DIMENSIONES DE LA HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Giuseppe Zaccaria

1. CARÁCTER ESTRUCTURAL DEL NEXO DERECHO-INTERPRETACIÓN

Desde la edad antigua y el Medioevo, los orígenes de la hermenéutica como *techne* –conjunto de reglas referidas a la interpretación de documentos escritos– se relacionan íntimamente, como es sabido, no sólo con la exégesis teológica de la Biblia, sino también con el derecho y con los textos jurídicos. Sin embargo, la hermenéutica apenas se había interesado por el aspecto jurídico del problema (lo había hecho sólo superficialmente y desde una perspectiva tradicional para su aplicación a la exégesis de textos normativos) hasta el día de la publicación de *Wahreit und Methode* de Hans Georg Gadamer y del floreciente debate que se abrió al comienzo de los años sesenta en la cultura alemana con los temas de la metodología jurídica y la teoría de la *Rechtsgewinnung*. En este debate la hermenéutica se convirtió pronto en uno de los puntos cruciales de la discusión sobre teoría y filosofía del derecho. Filósofos y juristas tardaron en darse cuenta del carácter estructural fundamental que une derecho e interpretación¹, a pesar de que algunas características del derecho

1. Como ejemplo, para ambas posturas, véase D. C. HOY, *Interpreting the Law: hermeneutical and poststructuralist perspectives*, en "Southern

tienen una importancia indiscutible de cara a un análisis de tipo hermenéutico que se oriente a la investigación de las condiciones estructurales de la posibilidad de comprensión. Algunas de estas características son, por ejemplo, el hecho de existir sólo en sus innumerables aplicaciones, la prerrogativa de convertirse en discursos escritos, en textos, y de presuponer situaciones de interlocución que se hacen efectivas en prácticas sociales, además de la exigencia estructural de funcionar como mediador entre diferentes lenguajes e imágenes del mundo.

El acercamiento a un encuentro más profundo entre hermenéutica y derecho era por lo tanto una etapa obligada. Tal encuentro no carece de ambigüedades: si por un lado el jurista muestra interés sobre todo hacia aquellas orientaciones filosóficas que no modifican su manera de pensar², por otro lado –hay que admitirlo– la hermenéutica ha mantenido hasta ahora una actitud demasiado acomodaticia con respecto a la manera tradicional de pensar de los juristas³. Después de que Gadamer reconociera como "ejemplar" la "hermenéutica jurídica"⁴, el volver a encontrarse con el derecho tenía que convertirse en un asunto crucial para la hermenéutica filosófica. Así, la relación que se establece entre hermenéutica jurídica y hermenéutica filosófica no sigue el

California Law Review", 58, 1985, p. 136-176, y K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 191, 6 ed., p. 204 y ss.

2. T. GIZBERT-STUDNICKI, *Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen*, en "Rechtstheorie", 18 (1987), p. 346. Por el mismo autor, véase también *Il problema dell'oggettività nell'argomentazione giuridica*, en "Analisi e diritto", 1994, Bompiani, 1990, p. 159-173.

3. M. BARBERIS, *Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto*, en *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, editado por M. Jori, Torino, Giappichelli, 1994, p. 160.

4. H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. por Gianni Vattimo, Milano, Bompiani, 1990, p. 376 ss. A este propósito, véase nuestro *Ermeneutica e Giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H. G. Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 80 ss.

típico modelo ya consolidado de una mera recepción pasiva de los principios de una corriente filosófica por parte de los juristas. Es evidente que los juristas no buscaban en la hermenéutica filosófica solo la adquisición de indicaciones o reglas metodológicas directas, sino más bien un despertar y una evolución de su conciencia interpretativa, el estímulo para una reflexión crítica acerca de la actividad específica que desarrollaban⁵. Lo importante aquí es que para la hermenéutica jurídica no vale lo que se ha dicho sobre la ciencia del derecho, esto es, que se parece a una provincia lejana donde la moda, ya en desuso en la capital, se lleva como si se tratara de lo más novedoso. En el caso de la hermenéutica, si bien después de una influencia filosófica inicial, ha sido la "capital" misma, la hermenéutica filosófica, quien ha recibido las benéficas influencias procedentes de la "provincia" hermenéutica-jurídica⁶. Lo que pudo producirse gracias a la obra de juristas como Josef Esser, Winfried Hassemer y Karl Larenz, quienes tuvieron un fecundo efecto sobre el pensamiento de filósofos del derecho como Arthur Kaufmann y Ronald Dworkin, hasta el punto de que se puede hablar de una efectiva reciprocidad de influencias entre hermenéutica filosóficas y jurídica.

2. LOS TEMAS DE LA INVESTIGACIÓN

La exploración de los temas hermenéuticos que quisiera llevar a cabo en estas paginas no se detendrá en los más conocidos, temas que van de la pre-comprensión al círculo hermenéutico, y que yo mismo he tratado en otras ocasiones (sobre todo su

5. Cf. GIZBERT-STUDNICKI, *Das hermeneutische Bewusstsein*, cit., p. 336.

6. El comentario es de U. NEUMANN, *Zum Verhältnis von philosophischer und Juristischer Hermeneutik*, en *Dimensionen der hermeneutik. Arthur Kauffmann zum 60. Geburtstag*, editado por W. Hassemer, Heidelberg, Decker und Müller, 1984, p. 49.

influencia en el campo jurídico); mas bien intentaré aplicar mi empeño a un reducido análisis de algunos aspectos de la filosofía hermenéutica que, aún siendo de especial interés para el derecho, no han sido hasta ahora estudiados a fondo desde este punto de vista .

Me refiero en particular a los conceptos, sutilmente entrelazados, de tradición, "poder ser" y contextualismo. Este último será precedido por algunas consideraciones sobre los problemas de la coherencia y de la "narratividad" (o sea, del carácter narrativo). Dirijamos por lo tanto nuestra atención a estos conceptos.

3. LA TRADICIÓN

En su radical carácter histórico y finito, la experiencia hermenéutica se distingue por el dato temporal de la comprensión: no solo porque se aplica a lo que se trasmite a lo largo de la cadena del tiempo, sino también porque ella misma es un acontecimiento histórico⁷. Tanto la dimensión hermenéutica de las interconexiones históricas del sentido como la decidida afirmación del carácter constitutivo de la relación con el pasado y de la pertenencia a la tradición (de la cual es imposible huir, porque a ella pertenecemos aún antes de comprenderla), adquieren un valor muy específico cuando quedan referidas al derecho.

Siguiendo a Heidegger, podemos afirmar que la tradición jurídica constituye el horizonte dentro del cual se desarrolla y se expresa la vida del derecho⁸: se trata de un horizonte "activo", que en el proceso vital de transmisión histórica permite la fusión y la síntesis de las dimensiones temporales del presente y del pasado, de los mundos vitales del intérprete y del texto. La

7. Cf. F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, en *Ermeneutica e filosofia analitica*, cit., p. 66 ss.

8. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. it. di P. Chiodi, Torino, Utet, 169, par. 74, p. 543 ss.; H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 355.

superación hermenéutica de la distancia entre pasado y presente de la norma jurídica por parte del intérprete refleja la naturaleza a la vez diacrónica y sincrónica del derecho. Al instituir una profundidad y una permanencia en el tiempo, el derecho como tradición transmite de modo inagotable un valor del ser y una presencia de la verdad que no dejan de transformarse del plano virtual al plano real⁹. La auténtica productividad del *traditum* se encuentra en su carácter de garantía de lo que está constantemente *in fieri*. El curioso destino de la interpretación jurídica implica que por un lado esta se conciba sólo dentro del marco de la tradición que guía y orienta la comprensión del jurista, y que sin embargo, por otro lado, dicha interpretación asuma un relieve y un peso específico propio justo en aquel punto donde el tejido común es inexistente o ya no es sólido¹⁰. Puede decirse que la comprensión jurídica es nueva cada vez porque es distinta la situación del intérprete¹¹: por eso en el proceso de transmisión del derecho es absolutamente central el papel de la persona que selecciona activamente los materiales jurídicos y verifica en cada caso su significación normativa para la vida jurídica. La justicia no puede estar preconstituída, como si fuera una "cosa", sino ha

9. L.PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano, Mursia, 1971, p. 35 ss.; S. COTTA, *Sulla circolarità fra tradizionalismo e rivoluzionarismo*, en AA.VV., *Tradizione e rivoluzione*, Brescia, Morcelliana, 1978, p. 60 ss.; B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 22 ss. Acerca del pensamiento de Pareyson, cf. el n° 40-41 de la "Rivista di estetica", XXXII, 1993, con ensayos de Eco, Cerchia, Ferraris, Givone, Perniola, y véase también F. RUSSO, *Esistenza e libertà. Il pensiero di Luigi Pareyson*, Roma, Armando, 1993.

10. NEUMANN, *Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer*, cit., p. 52. Análogamente, J. L. GARDIES, *De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit*, en "Archives de philosophie du droit", 29, 1984, p. 169 ss. evidencia con vigor la solidez del nexo entre tradición e interpretación; J. STELMACH, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach, Gremer, 1991, p. 98 ss..

11. GADAMER, *Verità e Metodo*, cit., p. 359; GIZBERT-STUDNICKI, *Das hermeneutische Bewusstsein*, Cit., p. 364.

de ser "encontrada" gracias a una mediación: desde este punto de vista el derecho siempre es hermenéutica¹² porque necesita una mediación ya que carece de inmediatez. Esta mediación es el lugar auténtico de la hermenéutica¹³. La experiencia del intérprete está viva porque es esencialmente valorativa y selectiva. El acto hermenéutico, profundamente unido a la tradición, es por un lado custodia de valores humanos y de modelos de comportamiento que han contribuido a la formación y a la consolidación institucional de la tradición jurídica; y por otro, constituye su continuo desarrollo como punto central del proceso activo de autorregulación y de re-articulación del orden jurídico.

Los materiales jurídicos en vigor, que Ronald Dworkin¹⁴ describió como una "tela sin costuras", presuponen un mundo común y formas de vida comunes en las que se insertan. Dichos materiales adquieren un significado específico sólo cuando se aplican a las situaciones concretas. La comprensión jurídica se desarrolla solo por medio de su aplicación: y es justamente el contexto, definido de acuerdo a la tradición cultural del intérprete y a un conjunto de prácticas interpretativas, lo que permite determinar la coherencia de una decisión dentro del *traditum* del material jurídico. Se puede añadir más afirmando que existe una tradición jurídica sólo allá donde hay una tradición que salvaguardar y a la vez ampliar. Piénsese en el peso adquirido por los textos existentes, en el papel de la dogmática, o bien en la autoridad que la doctrina y la praxis han proporcionado a reglas y conceptos generales. La tradición jurídica ejerce así una función

12. El concepto es bien expresado por V. MATHIEU, *Manifesto di un movimento ermeneutico universale*, en "Filosofia", XLIII, 1992, p. 204.

13. GADAMER, *Verità e Metodo*, cit., p. 345.

14. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1977, p. 115, trad. it. de F. Oriana, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 216.

"normativa"¹⁵, porque compensa la singularidad y la accidentalidad propias del acontecimiento histórico, factores presentes también en todas y cada una de las interpretaciones jurídicas. Todo ello simboliza aquella necesidad, connatural a la estructura misma del derecho, de referirse a un plano superior al individual. Los discursos siempre tratan de "cosas" y se mueven alrededor de ellas: quien quiere comprender está unido a la "cosa", que existe lingüísticamente en virtud de la tradición transmitida por el lenguaje. Sin embargo el derecho no se puede configurar por su cuenta, a menos que no se dé de él una representación "cosal"¹⁶: el ámbito jurídico y las reglas que lo rigen pueden determinarse solo a partir de los discursos que de hecho son entendidos y practicados como "jurídicos". Las teorías interpretativas –según las tesis hermenéuticas de Ronald Dworkin, que diferencia entre *Interpretive Theories of Law* y *Semantic Theories of Law*¹⁷– no proceden de un campo preconstituido, y consideran el derecho como una praxis interpretativa en cuyo interior se afirman las pretensiones de validez de las normas y de los valores jurídicos. La pertenencia al derecho se determina y se califica a través de la interpretación jurídica. Esto presupone, a su vez, la unidad de

15. Es el *bewährte Lehre und Überlieferung* del que habla Esser, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, Mohr, 1990, 4 ed., pp. 83 ss., 302 ss., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., Athenaeum, 1972, p. 187 ss., trad. it. de S. Patti y G. Zaccaria, Napoli, Esi, 1983, p. 183 ss.. Acerca de la unidad de la tradición jurídica como característica esencial del derecho, véase también J. DE SOUSA E BRITO, *Hermenéutik und Recht*, en "Persona y Derecho", 16, 1987, p. 196.

16. Retomo conscientemente esta expresión de MATHIEU, *Manifesto di un movimento ermeneutico universale* cit., p. 208.

17. R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, p. 32 ss., trad. it. L. Caracciolo di San Vito, Milano, Il Saggiatore, 1989, p. 36 ss. Sobre este aspecto del pensamiento de Dworkin, cf. C. BITTNER, *Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeine Theorie des Rechts*, Berlin, Duncker und Humblot, 1988, p. 20 ss.; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Jaca Book, 1990, p. 12 ss..

sentido de esta práctica operativa, y que el "entender" y el "comprender" sean considerados como lugares de interacción mutua y de cooperación intersubjetiva¹⁸.

4. EL PODER SER

Una de las dimensiones sin duda más productivas para el derecho es la que nos ha sugerido la ontología fundamental de Heidegger. Allí, el *comprender* (Verstehen) lejos de significar una forma de pensar, asume el significado de *poder* (können) y es así referido al poder-ser (Seinkönnen)¹⁹. En cuanto elemento fundamental de la analítica existencial del *Dasein*, el poder ser se convierte en un aspecto central de la experiencia humana. A través de la comprensión jurídica el hombre se proyecta sobre el aspecto potencial de su ser. Deshaciéndonos de las premisas de tipo fáctico sobre las cuales se apoyaban las teorías, diferentes pero complementarias, de la validez y de la efectividad²⁰, que de Kelsen a Toss han caracterizado ampliamente la teoría jurídica del siglo XX, la nueva hermenéutica presenta el derecho como practica social y por lo tanto como un conjunto de procesos intersubjetivos, que a su vez encajan en un contexto articulado de reglas y de vínculos. El derecho no es *cosa*, no es una entidad que existe una vez y para siempre y que se puede agarrar como un objeto: más bien, su sentido *acontece* continuamente. No es algo

18. L. L. FULLER, *Human Interaction in Law*, en K.I. Winston, editores, *The Principles of Social Order*, Duke U.P., Durham, N.C., 1981, p. 211 ss.

19. M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Mohr, 1967, 11ª ed., p.143.

20. Sobre este tema, cf. F. VIOLA, *Tre forme di positività nel diritto*, en *Diritto positivo e positività del diritto*, editado por G. Zaccaria, Torino, Giappichelli, 1991, p. 305 ss. L. LOMBARDI VALLAURI, en *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981, p. 155 ss., explica bien el aspecto complementario de la dos teorías.

casual que la frecuente tentación de rechazar la hermenéutica²¹, que se resuelve finalmente en un rechazo de la filosofía, se fundamenta –como ya hemos dicho– en una interpretación "cosal" del ser, que pretende "aplicar las manos" sobre las cosas, disponer de ellas, agarrar empíricamente la estaticidad de los datos. Comprender es, por contra, participar en prácticas interpretativas desarrolladas en el marco de contextos lingüísticos compartidos. En este "sentido intersubjetivo contextual"²², en el que toma forma y se articula el lenguaje de la interacción y de la comunicación, el derecho no es en ningún caso algo completamente *dado*, ni tampoco algo totalmente *creado* de la nada: encuentra continuas articulaciones y re-determinaciones en procesos sucesivos de concretización, dictados por la *razón práctica* al aplicar y utilizar el derecho en los distintos casos de la vida que se presentan. La hermenéutica jurídica centra su atención en el derecho, no como dato para interpretar sino como caso que hay que descubrir y reformular: la hermenéutica se identifica de esta manera con la problematización jurídica de cada situación de hecho, con la concretización de lo que ya se ha concretizado, con la historicización de lo que ya es histórico²³.

Esta nueva imagen hermenéutica, que deriva de la desobjetivación del fenómeno jurídico, posee las siguientes características esenciales: carga de potencialidad, dinamismo y finalidad aplicativa. La carga de potencialidad del fenómeno jurídico deriva del hecho de que el derecho no se agota ni se resuelve en un conjunto bien definido de reglas y de principios que se manifiestan visiblemente en un determinado momento empírico:

21. Entre las más recientes expresiones de esta posición en el ámbito jurídico, C. LUZZATI, *Teoria e metateoria dell' interpretazione giuridica*, en "Sociologia del derecho", 1993, n.2, p. 23 ss..

22. VIOLA, en *Tre forme di positività del diritto*, cit., p. 316, acusa a la concepción kelseniana de la falta de este sentido intersubjetivo contextual.

23. Esta característica de la mediación hermenéutica es claramente manifiesta en V. VITIELLO, *Ethos e natura*, en "Paradosso", 1992, n. 3, p. 22.

el derecho "se esconde" detrás del dato inmediato, entre los materiales jurídicos pertenecientes a la historia institucional de una cultura y de un ordenamiento²⁴, dispuesto a ser actualizado por la interpretación. El derecho, entonces, es algo mucho más amplio y comprensivo que su base contingente y empírica, con la cual no se deja ni identificar ni reducir; la dimensión de su *poder ser* se basa en el orden potencial (a sus espaldas) de una comunidad jurídica bien definida. Este orden potencial deberá ser traducido en actuaciones efectivas del derecho a través del razonamiento práctico, basándose en los valores públicos que en un contexto determinado son considerados como principios fundamentales y patrimonio indispensable de la convivencia civilizada.

El dinamismo deriva de la circunstancia por la cual una vez abandonado la *dateidad* (el derecho como objeto perfectamente concluido y cumplido) el marco de las fuentes del derecho se vuelve más articulado y complejo, a la vez que el proceso interpretativo se configura como una serie inagotable de actualizaciones sucesivas. No es casual que sea Hermes el dios que preside el proceso expresivo, y que cuente entre sus características con la velocidad y la prontitud gracias a las cuales transporta sus intenciones y recorre su camino, como nos recuerda oportunamente Vittorio Mathieu²⁵. La hermenéutica es muy rápida y móvil cuando se trata de insertar su obra entre los polos discursivos de la intención y de su objeto. En el caso del derecho, que cambia con cada interpretación, ni la ley ni las reglas metodológicas y argumentativas pueden entenderse como especificaciones fijas por medio de las cuales interpretar *more geometrico*: el mundo jurídico tiene características propias de un ámbito marcado por incesantes procesos de mutación y por el

24. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* cit., p. 418. Esta tesis de Dworkin es retomada por VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, p. 181 ss..

25. *Manifesto di un movimento ermeneutico* cit., p. 201.

carácter imprevisible de las soluciones que hay que aplicar²⁶. Sin embargo esto no significa acceder al relativismo, que es la conclusión obligada de las perspectivas de la "semiosis infinita": aquello que define a la razón jurídica es su carácter *abierto*, su capacidad de ajustar continuamente su programa directivo y de perfeccionar su normativa a raíz de la historicidad de los casos que se presentan²⁷. La practica jurídica obliga a una ininterrumpida reformulación actualizante del derecho positivo, donde el *quid iuris*, las reglas, al menos en parte, se manifiestan en el contexto de procesos activos, emergen de situaciones concretas gracias a los problemas específicos presentados por las situaciones mismas. Para que pueda ser comprendido, el *deber ser* exige constitutivamente una explicitación y una prolongación en los casos particulares²⁸. Emerge aquí un tipo particular de círculo hermenéutico, que tiene que ver con la relación entre normas y hechos: por un lado las normas son, o deberían ser, universales, mientras los hechos a los cuales las normas se aplican, son particulares²⁹; por otro lado las normas prevén un número limitado de

26. Acerca del principio hermenéutico de la excedencia de sentido, o de la potencialidad, cf. VIOLA, *Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, en "Ragion pratica", 1993, 1, pp. 77-78.

27. Acerca del comprender jurídico como *co-pensar*, en terminos de razón-práctica, remito a mi *Complèssità della ragion giuridica*, en "Ragion pratica", 1993, n.1, p. 89 ss..

28. Acerca de esta visión dinamica de la relacion entre deber ser y ser, véase W. HASSEMER, *Hermenéutica y derecho*, en "Anales de la Catedra F. Suarez", 25, 18985, p. 77 ss., y con terminos similares, W. Fikentscher habla de un 'Fallnormdenken' (cf. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen Mohr, IV, 1975, p. 202 ss.).

29. Acerca de los problemas del círculo hermenéutico entre normas y hechos, y de la superación de la diferencia entre universalidad de las normas y singularidad de los hechos, además del clásico K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, Carl Winter, 1963, 3ed., p. 15, cf. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, Heidelberg Decker und Müller, 1982, 2ed., y nuestro *L'arte della interpretazione*, Padova, Cedam, p. 98 ss., y además véase U. SCHROTH, *Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellungen* en *Dimensionen der Hermeneutik* cit., p. 86.

hechos caracterizantes, mientras los hechos, expresión de áreas siempre nuevas de la experiencia, son teóricamente ilimitados. Es justamente aquí, en la correspondencia concreta entre normas aplicables y hechos específicos para regular, donde reaparece la circularidad.

Más allá de estos aspectos concretos, la referencia estructural al caso se convierte no solo en el programa metodológico que está en la base de la teoría de la interpretación jurídica hermenéutica y que permite superar definitivamente el viejo dualismo entre la norma y el caso, entre el ser y el deber ser³⁰, sino que, más aún, se convierte en la contraseña esencial del fenómeno y de la razón práctica aplicada al derecho, ambos caracterizados por el cruce problemático entre la intención y la convención lingüística, entre lo individual y lo general.

Finalmente, es una necesidad constante el dotar al derecho de una finalidad aplicativa, porque, según la lección de Gadamer, el comprender histórico también vive en la dimensión histórica y quiere ser practicable y practicado: sin la aplicación el derecho no puede ejercer su acción directiva, pero, a su vez, la aplicación presupone la interpretación.

En cuanto *poder ser*, el comprender proyecta lo que *ya ha sido* (que es el *proprium* de las posturas tradicionales iuspositivistas y iusnaturalistas) en la *posibilidad de ser*, posibilidad que a partir de la finitud de un contexto histórico determinado se convierte en fuente inagotable de perspectivas y continuo rechazo de las cristalizaciones. El *poder ser*, garantizado por la obra del interés

30. La tesis que mantiene que el derecho es una correspondencia entre ser y deber-ser es el punto clave de la obra de A. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache* cit.. Sobre este tema, véase también G. WINCKLER, *Sein und Sollen*, en "Rechtstheorie", X, 1979, pp. 257-280; R. DREIER, *Sein und Sollen*, in Id., *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1981, pp. 217 ss.; A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli, Esi, 1983, p. 85 ss.; G. H. VON WRIGHT, *Is and Ought*, en E. Bulygin-J. L. Gardies-J. Niiniluoto, editores, *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1985, p. 263 ss..

prete, permite la comunicación y el discurso comunes, y presupone por lo tanto un contexto distinguido por la colaboración y la reciprocidad, dentro del cual el propio yo, que se autointerpreta³¹ cuando habla con los otros, puede reconocer y desarrollar su identidad personal. La personalidad del individuo se adquiere progresivamente con el crecimiento de una relación lingüística, también consigo mismo; sin embargo, la experiencia de la propia individualidad implica el conocimiento del otro: el "yo" no es inmediato, sino un "existir con". Precisamente porque la comprensión se delinea como un encuentro dinámico y recíproco entre los polos denominados por la gnoseología tradicional "sujeto que comprende" y "objeto de comprensión", por eso es imposible que el individuo (con su historia vital) y el contexto de las prácticas sociales (en el marco de las cuales se desarrolla su historia) no juegue un papel fundamental.

5. COHERENCIA Y "NARRATIVIDAD"³² COMO CONCEPTOS INTERPRETATIVOS

Justo a esta altura se presenta uno de los problemas centrales acerca del cual la hermenéutica *jurídica*, precisamente porque es *jurídica*, tiene que posicionarse. Este conjunto de especificaciones y concretizaciones progresivas, este campo de permanente dialéctica entre el orden jurídico definido y efectivo y el orden jurídico potencial³³, comparten evidentemente una serie de vínculos, susceptibles también de interpretación, que al derecho

31. E. BETTI, en *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 243 ss., niega la denominación de interpretación para la auto-interpretación.

32. [Nota del traductor: utilizaré el término 'narratividad', más cercano al original, para significar 'carácter narrativo'].

33. Algunos aspectos pueden recordar el derecho natural de contenido variable de R. STAMMLER, en *Die Lehre vom richtigen Rechte*, Berlin, T. Guttentag, 1902.

le vienen impuestos por su naturaleza positiva. Desde este punto de vista, tienen importancia algunas circunstancias concomitantes. Por un lado, no todas las potencialidades jurídicas todavía sin realizar y teóricamente posibles e ilimitadas³⁴ son compatibles con los fines y con los valores colocados en la base del ordenamiento. Por otro lado, no todas las condiciones pensables en abstracto para poner en practica el derecho resultan luego, en concreto, efectivamente realizables. Las interpretaciones imaginables *in potentia* han de ser medidas con la *legal practice*, a través de la interacción entre texto e intérprete que tiene lugar en la practica jurídica: es en este nivel donde queda claro si las compatibilidades pueden ser toleradas o no. Todo lo dicho pone de manifiesto, una vez más, el papel insustituible del sujeto que protagoniza la transformación de los datos potenciales del discurso interpretativo en soluciones jurídicas practicas, y que elige de manera concluyente entre los diferentes significados posibles de una expresión lingüística³⁵.

Dentro de un sistema jurídico, todo lo que está autorizado, establecido, prohibido o permitido depende del carácter normativo institucionalmente asumido por la interpretación jurídica, interpretación llamada a elegir entre los varios posibles significados de una expresión lingüística y a optar entre las diferentes pretensiones de sentido propuestas por la realidad social.

Lo que resulta decisivo, para averiguar si una interpretación jurídica puede llamarse genuina y correcta, es la fidelidad del derecho³⁶, bien sea a su identidad interpretativa, considerada en

34. KAUFMANN, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, en A. KAUFMANN-W. HASSEMER, eds., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, Müller, 1989, 5 ed., p. 128 ss..

35. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 204.

36. Acerca de "Fidelity to Law" habla L. L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law. A reply to Professor Hart*, en "Harvard Law Review", 1957-58, pp. 630-672.

el tiempo, bien sea a su unidad narrativa (los dos elementos sobre los cuales se ha ido construyendo el derecho)³⁷.

Esta exigencia de una *garantía*, que en parte debe ser buscada dentro de la misma interpretación, orienta ahora nuestro discurso hacia los principios hermenéuticos de la *coherencia* y de la "*narratividad*".

Desde siempre el concepto de coherencia, junto con el problema que le subyace de la relación entre parte y todo, ha tenido una importancia muy grande para la comprensión del fenómeno y del lenguaje jurídicos. Friederich Karl von Savigny, por ejemplo, ya hablaba de *innerer Zusammenhang*³⁸ de cada obra sistémica, demostrando con ello que entendía perfectamente la necesidad de considerar, a la hora de juzgar las consecuencias jurídicas de comportamientos dados, todas las posibles concatenaciones y todos los posibles reflejos en el ámbito de un determinado contexto jurídico. Hacia una dirección análoga se mueven también, en el pensamiento jurídico del siglo XX, las tesis de Philip Heck sobre la "idéntica horizontalidad" de los intereses y el canon de la totalidad hermenéutica de Emilio Betti.

37. Las nociones de perspectiva y de identidad narrativa han sido elaboradas por Paul Ricoeur en la compleja arquitectura de *Tempo e racconto*, trad. it. G. Grampa, vol. 3, Milano, Jaca Book, 1988, y retomadas en *Sé come un altro*, trad. it. D. Iannotta, Milano, Jaca Book, 1993, p. 201 ss. Ambas merecerían ser profundizadas y desarrolladas no solo en el ámbito del derecho sino también en el de la construcción de la vida individual y social que en dicho campo se realiza. Acerca de los fundamentos de la teoría de Ricoeur, véanse los volúmenes colectivos "*Temps et Recit*" de Paul Ricoeur en debat, editado por C. BOUCHINDHOMME y R. ROCHLITZ, Paris, Cerf, 1990 y también *Paul Ricoeur. Les metamorphoses de la raison herméneutique*, editado por J. GREISCH y P. KEARNEY, Pris, Cref, 1991; O. MONGIN, *Paul Ricoeur*, Paris, Seuil, 1994, y además P. A. ROVATTI, *Narrazione e "fragilità"*, en ID., *Abitare la distanza. Per un'etica del linguaggio*, Milano, Feltrinelli, 1994, p. 123 ss.

38. *System des Heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, p. XXXVII.

El concepto de coherencia (problema crucial del ius-positivismo e inevitable *punctum dolens* para un atomismo analítico realmente consecuente) testimonia en la hermenéutica la centralidad de la concepción holística del sentido: lo que apunta a una unidad de sentido (esto es, un "estar juntos" de acuerdo a una armonía de significado) del derecho como "*Sache*". Tomando como punto de partida la incoherencia constitutiva de los ordenamientos normativos, la hermenéutica jurídica recupera y reconoce la centralidad de la noción iuspositivista de coherencia, y la propone de manera radicalmente diferente. No se trata de coherencia solo formal, sino más bien de contenido³⁹. Ya no se trata de la validez lógica o formal del derecho en cuanto adhesión del discurso jurídico a las normas⁴⁰: el ingenioso constructo positivista de la norma implícita en cada ordenamiento, que no admitiría la validez de dos normas incompatibles⁴¹, deja lugar a la idea hermenéutica de coherencia como unidad e interdependencia interna de sentido del discurso jurídico. En la nueva visión hermenéutica, teorizada por ejemplo por Ronald Dworkin, se abandona la confianza abstracta que el ius-positivismo ponía en los atributos de clausura y autosuficiencia del ordenamiento, y la "coherencia" viene a significar sobre todo unidad y firmeza del organismo jurídico, además de coordinación recíproca y concatanamiento de contenido entre sus elementos constitutivos. Esta noción de coherencia solo puede calificarse como una noción muy hermenéutica, porque se puede predicar en relación a un

39. El comentario se refiere en particular a la teoría de Dworkin y es de B. PASTORE, *coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin*, en "Rivista di diritto civile", XXXVIII, 1992, pp. 432, 435.

40. A este propósito, véase E. OPOCHER, término *Valore (filosofia del diritto)* en *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 111.

41. Sobre este tema, véase el clásico de N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, p. 238 ss., y también A. G. CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, en U. Scarpelli, editado por, *La teoria genere del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Comunità, 1983, pp. 21-39.

contexto jurídico solo al finalizar una actividad interpretativa. Su acepción más significativa se refiere al aspecto, típicamente hermenéutico, de consonancia y coexistencia armónica de elementos diferentes, más que a la compatibilidad con el tejido normativo del sistema jurídico positivo.

En la metodología tradicional del positivismo jurídico la coherencia se presentaba esencialmente —como ya he dicho— como un vínculo rígido de incompatibilidad entre normas, de tipo exclusivamente intrasistémico, que todavía no podía resolver todos los casos posibles de antinomias entre normas.

Según la perspectiva hermenéutica, sin embargo, ese elemento vuelve a cargarse de mayor complejidad en el campo *intra-jurídico* y en el campo *extrajurídico*. Por un lado, aplicando otra modalidad del círculo hermenéutico, se subraya el nexo indisoluble que existe entre comprensión de la norma individual y comprensión del entero sistema normativo⁴². Sin embargo por otro lado, extendiendo el concepto de interpretación a la praxis corriente de un contexto histórico-lingüístico dado, se reconoce la naturaleza "holística" y global (o sea no fraccionable en segmentos) del sentido que hay que descifrar y articular⁴³.

La posibilidad de un sentido global precede la articulación del sentido de cada parte —fenómeno éste que se observa también en otras experiencias hermeneuticas, en la estética por ejemplo. Aún así dicho sentido, en cuanto *in fieri* e incompleto, no se deja encerrar dentro de los límites del sistema y del cuadro normativo institucionalizados y ya definidos, sino se crea y re-crea continuamente en el discurso práctico general (donde es evidente que dentro del sistema normativo se deben incluir también la

42. R. ALEXY-A. PECZENICK, *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*, en "Ratio juris", 1990, III, p. 130 ss.

43. Para una identificación de coherencia y holismo, véase ALEXY, *Legal Argumentation as rational Discourse*, en "Riv. internaz. di filosofia del diritto", LXX, 1993, que sin embargo atribuye a la visión de Dworkin caracteres de clausura y de autosuficiencia probablemente excesivos.

historia legislativa del derecho, los precedentes judiciales y las contribuciones doctrinales). También en este nivel se manifiestan y se renuevan las formulaciones del círculo hermenéutico: aquellas que se establecen entre el acto interpretativo individual y la comunidad de interpretación, y las que se abren entre cada proposición interpretativa de los datos normativos y la red de relaciones dentro de la cual está insertada⁴⁴.

De todas formas, nos encontramos delante de diferentes manifestaciones de la relación entre *parte* y *todo* sobre las cuales la reflexión hermenéutica⁴⁵ ha insistido repetidas veces: las expresiones individuales reciben significado en cuanto parte de un todo, y, paralelamente, el todo se convierte en comprensible a través de la integración de la parte. Sin embargo este *todo* —y es una de las novedades más interesantes de la hermenéutica jurídica— no se identifica solo con el conjunto de las proposiciones normativas, sino implica una necesaria referencia a las situaciones concretas, a las "cosas" de las cuales el derecho se ocupa⁴⁶.

Utilizando la relevante distinción lógica entre mera *consistency* o falta de contradicción y *coherence* del derecho⁴⁷, la

44. Sobre el problema de la selección de sentido y de compatibilidad con las premisas del discurso interpretativo, véase A. COSTANZO, *Condizioni di incoerenza. Un'analisi dei discorsi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 13 ss.

45. En ámbito jurídico, véase sobre todo BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 307 ss., ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., p. 117 ss., 132 ss..

46. Sobre la relación entre coherencia y referencia, cf. A. PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, p. 86; B. BAUM LEVENBOOK, *The Role of Coherence in Legal Reasoning*, en "Law and Philosophy", 43, 1984, 362 ss.

47. Sobre esta distinción, véase L. J. WINTGENS, *Coherence of the Law*, en "ARSP", 79, 1993, p. 484 y ss; y también A. AARNIO-R. ALEXI-A. PECZENIK, *The Foundation of legal Reasoning*, en "Rechtstheorie", 12, 1981, p. 268; R. GUASTINI, *Osservazioni in margine*, en *L'analisi del ragionamento giuridico* editado por P. COMANDUCCI-R. GUASTINI, Torino, Giappichelli, 1987, p. 209; ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 140 ss.; A. G.

hermenéutica jurídica investiga decididamente en la segunda dirección, explorando las relaciones entre materiales jurídicos diferentes –y en cuanto tales, no compatibles– pero soldados entre sí por determinadas conexiones de sentido. No es que el discurso acerca de la falta o no de compatibilidad entre premisas *stricto sensu* normativas y conclusiones sacadas por el intérprete de dichas premisas⁴⁸ sea irrelevante. Sin embargo, el requisito de la coherencia introduce ulteriores consideraciones relativas al contenido de las suposiciones del intérprete: se trata de suposiciones de tipo extralegislativo, referidas al sentido global de *conveniencia* y de *adaptabilidad* de una determinada solución en su conexión con una historia institucional concreta y con los principios morales y políticos que constituyen el fundamento de las reglas institucionales de una comunidad jurídica. Todo material jurídico es parte de otro "corpus" más amplio, o sea del derecho en su conjunto, y por lo tanto tiene que ser construido e interpretado coherentemente con los principios del derecho. La congruencia pone en juego el problema de unos nexos plausibles, pero no deductivos, que unan el punto de vista interpretativo a la materia por justificar⁴⁹. La *coherence* (entendida como congruencia, o sea como capacidad de un todo de "tener sentido") no procede de la premisa a la conclusión, de la causa al efecto, sino

CONTE, *Incoerenza costitutiva*, en COSTANZO, *Condizioni di incoerenza*, cit., pp. V ss.

48. En este ámbito encontramos la *normative coherence* de MacCormick y la *Stimmigkeitskontrolle* de Esser. Véase N. MAC CORMICK, *Coherence in legal justification*, en *Theory of legal Science. Proceedings of the conference of Lund 11-14 December 1983*, editado por A. PECZENIK, L. LINDAHAL, B. VAN ROERMUND, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, pp. 235-251, trad. it. P. Comanducci en *L'analisi del ragionamento giuridico cit.*, pp. 243-263; ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., pp. 13-14. Para una evaluación crítica de ese concepto, cf. nuestro *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffré, 1984, p. 181 ss.

49. C. TAYLOR, *Interpretation and Sciences of Men*, en "Review of Metaphysics", 1971, p. 8 ss.; sin embargo véase también *Understanding in Human Science*, en "Review of Metaphysics" 34 (1990), p. 23 ss..

más bien de un sentido a otro sentido, de un significado a otro significado; su ventaja es su predicabilidad no solo en relación a entidades lingüísticas, como son los enunciados normativos, sino también en relación a entidades extralingüísticas como los comportamientos humanos⁵⁰.

De esta manera la coherencia no solo responde a la más elemental instancia práctica (muy importante en el derecho —piénsese en el respeto por el precedente⁵¹) de no tratar de maneras diferentes casos similares⁵², yendo así en contra de la idea de que existe una única noción de justicia⁵³; sino que permite además crear un vínculo fundamental de fidelidad del intérprete al derecho. Ese vínculo no ha de ser considerado sólo como una compatibilidad lógico-formal con el sistema de ordenamiento jurídico, como hacían las perspectivas ius-positivistas tradicionales, sino como una armoniosa interdependencia y profunda unidad entre materiales y elementos sin duda heterogéneos pero con valores institucionales, políticos y morales comunes. Resulta entonces claro que mientras la *consistency* (no contradicción) responde a una lógica rigurosamente binaria (se da o no se da), la *coherence* (congruencia) puede estar presente en grado mayor o menor. El lenguaje, como ya sabía Aristóteles, es fundamentalmente polisémico; los sistemas normativos, como el

50. COMANDUCCI, *Osservazioni in margine*, en *L'analisi del ragionamento giuridico* cit., p. 272.

51. Sobre la relación entre igualdad de tratamiento, respeto del precedente y coherencia, véase F. SCHAUER, *Precedent*, "Stanford Law Review", 39, 1987, p. 596; y A. T. KRONMANN, *Precedent and Tradition*, en "The Yale Law Journal", 99, 1990, p. 1032 ss.

52. Insisten especialmente sobre la exigencia de generalización e imparcialidad R. ALEXI, *Der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1978, p. 214; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal justification*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1987, p. 198 ss..

53. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 176 ss., 225 ss., trad. it. cit., pp. 168 ss., 212 ss.

mismo Aristóteles había intuido⁵⁴, pueden tener una pluralidad de significados, y, en su intrínseca multiplicidad, se pueden reconocer diferentes grados y diferentes perfiles de coherencia dentro de un único marco de referencia (marco constituido por un sistema de significados en parte previamente elaborados). Incluida en la idea misma de finitud lingüística se encuentra la unidad del lenguaje: lo finito puede definirse así solo en relación con una totalidad que lo supera y que en cierta medida le da sentido⁵⁵. Será siempre el intérprete con su irrenunciable intervención, la persona llamada a reducir, y hasta a eliminar totalmente, las incongruencias presentes para restituir al derecho una condición suficiente de racionalidad. Será algo posible, y frecuente, el "conflicto de interpretaciones", debido al sentido no unívoco de los textos y de los comportamientos sociales: lo que se resuelve gracias a una interpretación dotada de fuerza autoritaria (que constituye, entre otras cosas, lo que diferencia la práctica jurídica de otras prácticas sociales).

Con todo esto no se niega lo que ya es imposible negar, o sea la constitutiva posibilidad de incoherencia de los ordenamientos normativos, pero se postula una posible solución en nombre de la unidad y de la continuidad del derecho que no admite que se le reduzca a una aglomeración de decisiones accidentales, heterogéneas e independientes. La coherencia, como ha aclarado bien Ronald Dworkin, es un concepto interpretativo que por un lado se enlaza con la racionalidad, de la cual es premisa necesaria⁵⁶, y

54. Cuando, en los *Sophistichí elencos*, afirmaba τὰ γὰρ δέοντα λέγεται πολλὰκὸς, en ARISTOTELES, *De ophistichí elenchis*, 19, 177a, 24.

55. E. BERTI, *Come argomentano gli ermeneutici*, en *Filosofía* 91, editado por G. Vattimo, Roma-Bari, Laterza, 1992, pp. 27-28.

56. A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1989, p. 160; ALEXY-PECZENIK, *The Concept of Coherence and its Significance*, cit., Sobre la coherencia como criterio de justificación de una decisión, cf. L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di Mac Cormick*, en "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVIII, 1988, p. 460 ss..

por otro lado se une a lo que Dworkin define como sentido de la *integridad*⁵⁷: una serie unitaria de principios y de finalidades, un sistema de valores aceptado como base de la justificación y enraizado en la estructura fundamental de la práctica jurídico-política. En cuanto concepto interpretativo, la verificación de la coherencia es un proceso esencialmente dialógico e implica una serie de preguntas y de respuestas para buscar los argumentos en favor de una conclusión positiva: ambos, el intérprete y el destinatario de la interpretación, se someten a una racionalidad común⁵⁸ y acogen la unión de sus conclusiones al aceptar a una determinada comunidad jurídica de interpretación.

El otro principio hermenéutico al que debemos referirnos, el de "narratividad"⁵⁹, intenta aplicar el modelo de "narratividad" a los problemas del derecho, representando y analizando los discursos jurídicos, y los procesos en particular, como textos narrativos. Hay que hacer notar que intentos parecidos se han dado no sólo en el ámbito hermenéutico-jurídico, sino también

57. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 167 ss., trad it. cit., p.160 ss. Acerca de la concepción de este autor del derecho como integridad, cf. J. ABRAMSON, *Ronald Dworkin and the Convergence of Law and Political Philosophy*, en "Texas Law Review", 65, 1987, p. 1211 ss.; Ph. SOPER, *Ronald Dworkin's Domain*, en "Harvard Law Review", 100, 1987, p. 1170 ss.; A. HUNT, *Law's Empire or Legal Imperialism?* en A. HUNT (ed.), *Reading Dworkin Critically*, New York-Oxford, Berg, 1992, p. 11 ss.; PASTORE, *Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento*, cit., e *Integrità, tradizione, interpretazione* en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXX, 1993, p. 43 ss.; y además nuestro *Diritto come interpretazione. Sul rapporto tra Donald Dworkin e l'ermeneutica*, en "Rivista di Diritto civile", XL, 1994, p. 316 ss. WINTGENS, *Coherence of the Law*, cit., p. 483 ss., desarrolla una noción en parte similar de coherencia, con un aspecto de calificación moral.

58. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, cit., p. 187.

59. Acerca del concepto de narratividad, tema preferido de la reflexión estructuralista de los años sesenta, v. R. BARTHES, *Introduction to the structuralist Analysis of Narratives*, in *Image-Music-Text*, London, Fontana, 1977; para una introducción general al tema, ver el texto editado por R. MITCHELL, *On Narrative*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1981.

en el marco más amplio de posturas semióticas de motivación antimetafísica y antiontológica (Greimas, Landowski, Jackson)⁶⁰ y en grupos que originalmente tenían posiciones analíticas, pero abiertas a considerar de manera más amplia el concepto de *coherence* (Mac Cormick)⁶¹.

Los muchos esfuerzos orientados a la elaboración de modelos interpretativos alternativos a las concepciones iuspositivistas y

60. Por A. J. GREIMAS véase *Semiothique et sciences sociales*, Paris, Seuil, 1976; por E. LANDOWSKI, v. *Analyse sémiotique d'un discours juridique*, en Greimas, *Analyse*, pp. 79-128; *Vérité et véridiction en droit*, en "Droit et société", 8, 1988, p. 45 ss.; por B. S. JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*, Routledge, London-Boston-Melbourne, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, Deborah Charles Publ., 1988. Una aplicación del modelo semiótico del derecho se encuentra también en M. JORI, *Tendances en sémiotique juridique*, en "Revue Internationale de Sémiotique Juridique", II/6, 1989, p. 277 ss.

61. Sobre la utilización de los conceptos de *coherence* y de *narrative discourse* existe hoy una bibliografía muy amplia. Véase: R. WEST, *Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory*, en "New York University Law Review" 1985; B. S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence* cit.; V. VILLA, *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, en "Riv. int. fil. dir.", 1988, p. 585 ss.; los ensayos de Z. Bankovski (pp. 226-250), J. Lenoble (pp. 127-168), A. Peczenik (pp. 275-309), B.C. van Roermund (pp. 310-345), G. Zaccaria (pp. 251-274), en *Law, Interpretation and Reality, Essay in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, editado por P. NERHOT, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1990; N.R. CAHN, *Speaking Differences: the Rules and Relationships of Litigants' Discourses*, en "Michigan Law Review", 90, 1992, pp. 1705-1718; D. PATTERSON, *Law, practice, interpretation and argument: toward a narrative conception of legal discourse*, en *Le recours aux objectifs de la loi dans son application* editado por M. FALLON, Bruxelles, Story-Scenia, 1990, p. 325 ss.; el vol. 40 (1990) de "Journal of Legal Education", dedicado a "Reflections on Storytelling and Narrative Jurisprudence"; L. R. HIRSHMAN, *It will be Pleasanter to tell you a Story*, en "Cardozo Law Review", 13, 1991, pp. 445-454; D. R. PAPKE, *Narrative and the Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the law*, Merseyside, Deborah Charles Publ., 1991; J. CALVO GONZÁLEZ, *Coherencia narrativa y razonamiento judicial*, en "Poder judicial", 25, 1992, pp. 97-102 y *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madrid, Tecnos, 1993. Por N. MAC CORMICK, cf. *Coherence and Legal Justification*, cit.

basados en la comparación entre interpretación jurídica e interpretación literaria se centran sobre todo en la distinción entre *normative coherence* y *narrative coherence* (con esta última se entiende el criterio de justificación de la premisa menor del silogismo decisorio del juez).

Este concepto, tomado, en particular por Neil Mac Cormick, como un sutil *test*, como un instrumento lógico para averiguar los fundamentos de la justificación externa del razonamiento judicial, da lugar a críticas –nosotros mismos las hicimos en otro lugar⁶²– y a perplejidades. Primeramente, se podría objetar, por ejemplo, que la noción de coherencia narrativa está elaborada tomando como base los procedimientos de prueba legal característicos del sistema inglés, y que se aplica mejor a sistemas como el de la *common law* –basados en vetos lógicos a admitir pruebas (*rules of exclusion*)– mientras que, por contra, es más difícilmente aplicable a sistemas codificados. Aunque parezca que la cultura anglo-americana valora solo en algunos casos limitados la relevancia y las implicaciones lógicas de la fase procesal cuyo objetivo es aislar las *issues of fact* (*pleading system*⁶³), el modelo inglés de proceso civil presenta una estructura lógica del procedimiento (articulado en dos momentos rigurosamente distintos) que, tomada como regla general, puede conllevar riesgos importantes de malentendido⁶⁴. En segundo lugar, se podría añadir que el intento de mantener la indagación y la evaluación

62. Véase *L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 142 ss.

63. A propósito de la relevancia del *pleading system* en contraposición al *adversary system*, ya es un clásico la posición de G. GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella Common law*, en "Giur. it.". 1965, I,1, c. 1239.

64. Es cierto que la reforma reciente del proceso civil (L. 26.11.1990 n. 353 - véase A. PROTO PISANI, *Principi generali del processo e riforma del rito ordinario*, en "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1990, p. 668 ss.) ha introducido en el modelo italiano algunas superficiales analogías con el modelo inglés. A este propósito, v. A. GIULIANI - N. PICARDI, *Attualità del processo civile inglese*, en "Riv. Dir. Proc.", XL-VI, 1991, p. 156 ss..

de los hechos (a ambos aspectos se refiere básicamente la coherencia narrativa) como elementos separados de la *quaestio iuris* (o sea de la elección del material normativo más adecuado para la resolución del caso) está destinado inevitablemente a rectificaciones y desmentidos en el momento de la práctica judicial. Y esto es así porque dicho momento se caracteriza por un intercambio dinámico entre normas y hechos, que no tolera cismas entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*: la controversia judicial siempre es una "cuestión mixta", entrelazada con relaciones intrincadas entre "hecho" y "derecho". Queda por considerar otro aspecto, quizás el más interesante, en el tema de la *narratividad del derecho*. Es difícil no seguir a Ronald Dworkin a lo largo del sugestivo camino en el que propone de manera brillante el "juego" de la aproximación entre derecho y literatura. Él afirma que existen analogías entre las reglas fundamentales de la actividad jurídica y las reglas de la actividad literaria, y concluye que los enunciados jurídicos, así como los literarios, no son puramente descriptivos ni puramente valorativos, sino que unen elementos de las dos categorías. Y es cierto: el texto jurídico también se transmite por medio de una narración, que es a su vez objeto de un continuo proceso de renovación, que contribuye, entre otras cosas, a modificar el significado atribuido al propio texto. También es cierto que en el caso de un texto jurídico, así como para cualquier otro texto, el lector se ve obligado en cada momento a elegir⁶⁵. El tema de la comprensión narrativa, estudiado en particular con respecto a la práctica interpretativa del juez, demuestra que los hechos tienen relevancia más que en su dimensión estrictamente descriptiva, sobre todo como historia que se cuenta, como organización narrativa del discurso que confiere a los hechos una coherencia y un significado mas amplio, imposible de reducir a sus componentes básicos. La

65. A este propósito véase U. ECO, *Sei passeggiate nei boschi narrativi*. Harvard University, Norton Lectures 1992-93, Milano, Bompiani, 1994, p. 7.

reconstrucción de los acontecimientos que se da en la indagación procesal tiene el aspecto de una serie de actos narrativos que confirman la afirmación de que la conducta pasada tiene un preciso sentido jurídico para el presente. La consecuencia es la constatación de que si bien es posible que el conflicto judicial se base en una cuestión de mero derecho, a menudo sin embargo este conflicto aparece porque las dos partes presentan historias narrativas antagónicas, de tal modo que la actividad de interpretación del juez se ejerce sobre un núcleo coherente que queda por debajo del conjunto de hechos y de informaciones presentado⁶⁶. Sin duda ha de re-conducirse dicho núcleo de coherencia a la cuestión de la verdad de los hechos en el proceso (como reconoce también Michele Taruffo⁶⁷). Lo que plantea un significado más profundo de aquel que le atribuyen los que defienden la radical relatividad de cada contexto⁶⁸. Cuando se mantiene que la verdad está relacionada con la coherencia de un conjunto de afirmaciones dentro de un contexto narrativo, se expresa la idea de la inteligibilidad de la acción como explicación dentro de un contexto comunicativo. O sea que el significado de la narración no es un simple elemento retórico⁶⁹, cuyo objetivo es disponer psicológicamente al juez para obtener su consentimiento⁷⁰, sino una componente perteneciente al cien por cien a la lógica del juicio. En una situación, de argumentación y de justificación, esen-

66. Así en J. CALVO GONZÁLEZ, *El discurso de los hechos*, cit., p. 28 ss.

67. *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 143 ss..

68. TARUFFO, *op. cit.*, p. 148.

69. En esta dirección se orienta JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*, cit., pp. 31 ss. 221 ss., y *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 61 ss., 155 ss., acerca del cual véase la recensión de A. PINTORE, en "Sociologia del diritto", XVIII, 1991, pp. 174-178.

70. En F. CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, en "Verifiche", XIII, 1984, p. 23 ss., se discute la alternativa entre persuasión como técnica emocional de argumentación y como adhesión racional relacionada con una tesis.

cialmente controvertida⁷¹, y por lo tanto de incertidumbre estructural⁷², la verdad solo puede nacer de lo contradictorio⁷³, puesto que los mismos argumentos y elementos probatorios que las partes alegan están enfrentados⁷⁴. Desarrollando un contexto discursivo común, basado en las técnicas procesales de la igualdad en el discurso⁷⁵ y del reparto entre los participantes de la controversia, el *decir* y el *contradecir* de las partes se enfrentan sobre la base de la coherencia narrativa en defensa de una hipótesis y apuntan a la constitución de una unidad discursiva substancialmente ausente⁷⁶. La coherencia narrativa podría por lo tanto definirse como el elemento unitario de enlace entre la afirmación de la realidad de determinados acontecimientos, relevantes desde el punto de vista jurídico, y la calificación normativa de dichos acontecimientos⁷⁷.

A pesar de que los elementos presentados podrían apuntar a una mayor compenetración entre derecho y "narratividad", la

71. Según G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, en *Opere*, Milano, Giuffré, 1959, p. 524 ss., la controversia es considerada un elemento constitutivo profundo de la experiencia. Véase también, sobre este tema, mi *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Padova, Ceda, 1976, p. 90 ss.

72. Acerca de la controversia como *res dubia*, v. E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1989, p. 86.

73. Se trata de todas formas de la verdad a la cual pragmáticamente se puede llegar, y no de la verdad: véase F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 44.

74. S. COTTA, *Quidquid latet apparebit: le problème de la vérité du jugement*, en "Archivio de filosofia", LVI, 1988, p. 398 ss.

75. Sobre este importante aspecto véase R. ALEXY, *A Discourse Theoretical Conception of Practical Reason*, en "Ratio Juris", 5, 1992, p. 234 ss.

76. F. CAVALLA, véase *Topica giuridica* en la *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, Milano, Giuffré, 1992, p. 734.

77. Acerca de estos aspectos bipolares, véase TARTUFFO, *Giudizio (teoria generale)* en "Enciclopedia giuridica", XV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1989, p. 6 ss.

hermenéutica judicial nos recuerda que las características de la "narratividad" "técnica" del derecho son muy distintas de aquellas de la narración literaria. Existe, en primer lugar, una diversidad de papeles: el crítico literario, pese a su influencia, solo es un ciudadano privado, mientras que el juez está oficialmente encargado del ejercicio del poder público; en la crítica literaria la "ultima palabra" no se impone con el recurso a la fuerza pública, como cuando el juez toma su decisión⁷⁸. En segundo lugar hay que tener en cuenta que es preciso individualizar, en la praxis jurídica, las reglas relevantes, y eso implica hacer referencia a un sistema de reglas que si bien se identifica con la praxis social, al mismo tiempo ha de ser capaz de orientarla⁷⁹.

Las dos exigencias de coherencia y de "narratividad" y su referencia a las expectativas y a las tendencias comunes a los miembros de una comunidad (dentro de un marco público e institucional, que determina la atribución de significado de los documentos legislativos y de los precedentes judiciales) llenan el vacío dejado por la antigua ilusión de totalidad del ius-positivismo.

6. EL CONTEXTUALISMO

Ya con Dilthey y Schleiermacher se habían puesto las bases para superar un equívoco anterior (equívoco mantenido por aquella concepción de la hermenéutica como actividad secundaria) según el cual la hermenéutica se ocuparía principalmente o exclusivamente de textos. El cambio hacia una hermenéutica que se fundamente en la necesidad de entenderse con un lenguaje

78. Además de nuestra *Presentazione a Diritto positivo e positività del diritto* cit., p. X, véase también P. RICOEUR, *Dal testo all'azione, Saggi di ermeneutica*, trad. it. de G. Grampa, Milano, Jaca Book, 1989, p. 198.

79. Cf. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 39; JORI, *Introduzione a Ermeneutica e filosofia analitica*, cit., p. 29 ss..

común se hace efectivo, como ya hemos sugerido, con la ontología existencial de Heidegger: en el centro queda no el objeto, sino la situación del intérprete. En el marco de la estructura fundamental del *Dasein*, el hombre interpreta sus posibilidades: el *Verstehen* se convierte en sinónimo de *Entwurf* (proyecto) como filosofía subjetiva de las posibilidades dentro de las alternativas a disposición.

Sin embargo, si es verdad que solo el proyecto, el poder ser, hace posible el desarrollo del sentido jurídico, es también cierto que hay que buscar los elementos de coherencia y de "narratividad" (trámites indispensables para que el sentido se forme) en el interior de un contexto representado por las instituciones, precedentes judiciales, y principios de moralidad política característicos de una comunidad. Poder ser y contexto se revelan como dos extremos de la misma tensión hermenéutica, íntimamente unidos e indisolubles.

Esta constatación limita nuestro análisis al tema del contextualismo, también señalado por la perspectiva hermenéutica. Ya en Gadamer la concepción de la hermenéutica como análisis fenomenológico-descriptivo implicaba la interpretación de un texto dentro de una tradición lingüística, dentro de una comunidad de sujetos, análisis que interpretaba según una tradición transmitida subrayando así el enlazamiento del significado de un texto con la *Wirkungsgeschichte* evocada.

La hermenéutica jurídica no puede, desde este punto de vista, no introducir sus "razones", reivindicando la insuperabilidad y el carácter ineludible de la experiencia lingüística de las cosas. El propio Aristóteles al comienzo de la *Política* había definido al hombre como el animal que habla: existir se traduce entonces en tener que hablar "dentro" del lenguaje, dentro de una experiencia discursiva. Existir es *ser con*, es hablar juntos, en un contexto, es abrirse al diálogo, contándose las experiencias que uno tiene de las cosas. Todo discurso jurídico se mueve dentro de un contexto: este elemento demuestra su importancia no sólo en la fase en que

cualquier proceso de acción se define concretamente (una acción es lo que es gracias a su existir dentro de un contexto), sino también en la fase sucesiva, muy importante para el derecho, en que la acción es calificada jurídicamente y juzgada por un sujeto distinto del protagonista de la misma acción. El contextualismo implica la imposibilidad de aislar un comportamiento o un discurso jurídico particular, prescindiendo de los otros comportamientos y discursos de los cuales consta el derecho y que se convierten así en elementos que contribuyen a individuar y a constituir un sentido. El texto jurídico (en el sentido más amplio) es una totalidad: para entenderlo es necesario seguir su recorrido del sentido hacia la referencia, de lo que el texto dice a las cosas sobre las cuales el texto habla⁸⁰.

El contextualismo representa, finalmente, el criterio para decidir acerca de la manera correcta de desarrollar ciertos discursos dentro de unos contextos dados, y esto presupone un entendimiento de la utilización de medios comunicativos y de los principios cuya finalidad es identificar las formas del discurso⁸¹. A este propósito no hay que olvidar aquellas notas de Dworkin donde nos recuerda que en una comunidad el derecho no puede desarrollarse como acción interpretativa si no existe un acuerdo inicial suficiente sobre la naturaleza de la praxis jurídica, que permite a los juristas estudiar la mejor interpretación partiendo de los mismos datos⁸². Si interpreto, debo inserirme en un discurso, en un acto lingüístico-social emprendido por otros, con el fin de prolongarlo. Para Schleiermacher el proceso de comprensión consistía en una ensimismación con la psicología del autor del

80. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, cit., p. 200. Acerca de la tensión entre textualidad y referencia en Ricoeur, cf. E. SOETJE, *Ricoeur tra narrazione e storia*, Torino, Rosenberg, 1993, p. 35 ss.

81. A este propósito cf. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica*, cit., p. 83.

82. Nos referimos a *Law's Empire*, cit., p. 65 ss., trad. it. cit. p. 66 ss..

texto; en tiempos más recientes, Hirsch⁸³ mantenía que el significado de un texto coincidía con las intenciones comunicativas de su autor; en Gadamer, por contra, existen siempre dos mundos de experiencia⁸⁴ en el proceso de comprensión: el mundo de experiencia en el cual el texto ha sido concebido, y el mundo del intérprete. El objetivo de la comprensión es acoplar los dos mundos, o sea introducirse en el contexto lingüístico-comunitario donde se ha originado el acontecimiento lingüístico que hay que interpretar. Dado que hay mucha distancia temporal y espacial entre los sujetos por un lado y los mundos de emisión y de recepción de los enunciados jurídicos prescriptivos por el otro, para atribuirles un significado resultará determinante el contexto de recepción. El contexto se realiza siempre temporalmente, se expresa en el presente⁸⁵ y requiere la existencia de una comunidad de intérpretes: exige la presencia de una serie de indicadores de identidad, que permitan a una acción social emanciparse de las intenciones de los agentes y sedimentar en el tiempo, convirtiéndose en "institución". La manera correcta de "hacer" discursos solo puede articularse dentro de instituciones sedimentadas que presuponen siempre nuevos contextos aplicativos y donde gobiernan unas reglas no extrínsecas pero capaces de trascender las situaciones concretas⁸⁶. Esto significa que el problema de la correcta comprensión asume necesariamente la forma de un proceso social.

Es evidente que, cuando la hermenéutica jurídica habla de contexto en sentido técnico, ha de referirse a las acepciones más usuales de contexto de significado de una ley utilizadas por los juristas. El criterio de contexto exige en primer lugar (como en

83. *Validity in Interpretation*, New Haven, Yale Univ. Press, 1967.

84. *Verità e metodo*, cit. p. 357.

85. RICOEUR, *Dal testo all'azione* cit., p. 178 ss..

86. P. WINCH, *The Idea of Social Science*, London, Routledge and Kegan Paul, 1958, trad. it. di Monadaori e M. Terni, Milano, Il Saggiatore, 1972, p. 147 ss.

todo discurso o texto escrito) que, para comprender frases o palabras sueltas de una ley, estas entidades lingüísticas concretas se encuentren en el contexto que las co-determina. Las normas jurídicas solo proporcionan un esquema general de interpretación que debe ser comprendido a raíz del propio contexto. Además de esta forma sencilla de círculo hermenéutico, la hermenéutica jurídica pone de relieve también otro aspecto, que afirma que el sentido de cada disposición normativa concreta solo se puede captar teniendo en cuenta la completa reglamentación jurídica dentro de la cual cada disposición se encuentra. Lo que indica que, entre las distintas interpretaciones posibles, se preferirá aquella que permita preservar una concordancia objetiva con otra determinación normativa⁸⁷. Desde este punto de vista el criterio del contextualismo exige un esfuerzo por parte del intérprete para justificar racionalmente y según criterios de generalización⁸⁸ la adecuación de un contexto frente a otros, sin olvidar nunca que la norma jurídica constituye solo uno de los argumentos que se pueden presentar en favor de una determinada decisión⁸⁹. Esto es posible solo a condición de retornar a la teleología de la ley y al "sistema interno" de principios y de valores que constituyen su base. La norma, como ha aclarado definitivamente Josef Esser, no está *en el texto* –porque su texto no puede establecer de antemano y definitivamente la totalidad de los juicios de valor necesarios

87. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 326.

88. Acerca de la justificación en terreno práctico, como referencia a un principio directivo más general, véase U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, en *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, editado por L. GIANFORMAGGIO y E. LECALDANO, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 38. Acerca de la fundamental diferencia entre justificación y aplicación, v. K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988, p. 25 y R.ALEXANDER, *Justification and Application of Norms*, en "Ratio Juris", 6, 1993, pp. 157-170.

89. L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, cit., p. 138 ss..

para aplicarla— sino de alguna manera se encuentra *detrás* suya⁹⁰ —en el sentido de que a su comprensión contribuyen la totalidad de los elementos jurídicos (material normativo, infraestructuras dogmáticas, precedentes) y extrajurídicos expresados por una comunidad lingüística. Como intuye Paul Ricoeur, la acción es parecida a un texto, y por eso pide ser contextualizada, con el objetivo de encontrar en tal contextualización una formulación determinada que reduzca sus márgenes de indeterminación⁹¹. Esto es necesario no solo por su fundamental pluralidad, sino también por su tendencia a dejar libre un mundo de posibilidades, a abrir nuevas referencias dentro de la experiencia, que es de por sí, inconclusa y abierta⁹². Así como en general un texto es siempre *un texto en un idioma determinado* (esto nos ha enseñado la lingüística y la semiótica moderna, de Jakobson a Greimas y a Lotman⁹³), de manera análoga y más concreta, el texto jurídico ha de darse en el contexto de la vida y en la práctica social dentro de la cual el intérprete opera. La hermenéutica jurídica no está circunscrita a la comprensión de los textos y de los materiales jurídicos, y no se limita a las relaciones entre la ley y la sentencia del juez: considerando el sistema jurídico como parte del mundo, la hermenéutica jurídica es también teoría de la comprensión de las situaciones y del mundo⁹⁴. Cuando el intérprete se refiere a lo que tiene importancia para el derecho, no puede limitarse al texto escrito, aunque sea lo más importante. Son también "texto" las instituciones sociales, los principios, las normas no escritas, los

90. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., p. 71.

91. Acerca de la determinación contextual de un discurso, como elemento decisivo para limitar el carácter plurívoco y la polisemia del lenguaje, remitimos para más amplias consideraciones a nuestro *Tra ermeneutica e analitica*, cit., p. 143.

92. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, cit., pp. 190, 197.

93. J. LOTMAN, *Testo e contesto. Semiotica dell'arte e della cultura*, Bari, Laterza, 1980. Véase también la teoría del "analisi del discorso" de T. A. VAN DIJK, *Testo e contesto*, Bologna, il Mulino, 1980.

94. HASSEMER, *Hermenéutica y Derecho*, cit., p. 68.

institutos y la doctrina jurídica. En su operación simultánea de des-contextualización y re-contextualización del texto jurídico, el intérprete pondrá siempre en juego a una comunidad de "reconocedores": al interpretar, el intérprete mantiene que existe una comunidad de "compartidores" que reconoce como suyos. Esta consideración es también válida para aquella necesidad de identidad y el sentido (para aquellos intereses, más personales) que hoy en día es tan urgente en la comunidad política: signos de identidad estructurales y de identificación de la individualidad que, precisamente por las razones ya mencionadas, implican un círculo de reconocimiento. La identificación de uno mismo implica la necesidad de precisarse a uno mismo las obligaciones y los derechos, la necesidad de definir todo lo que se entrelaza con el interés personal: esto comporta también la identificación del contexto vital, ético y cultural donde cada cual se coloca y donde uno ha elegido vivir. Participar en ciertas prácticas significa dejarse enmarcar en relaciones y en programas de vida⁹⁵. Lo mismo pasa con el derecho: el texto jurídico está vivo sólo en el contexto, o sea cuando es efectivamente reconocido, porque conocer y hallar el derecho comporta siempre inevitablemente un re-conocimiento. Este re-conocimiento, a su vez, sólo es posible en el contexto de un mundo histórico-existencial que se determina cada vez, y que nunca es el mundo de un individuo sino más bien de un "nosotros". Dentro de este mundo, la interacción no es simplemente una reacción causal a estímulos externos, sino una respuesta comunicativa a la interpretación de situaciones y, a la vez, un control intersubjetivo sobre la consistencia de los valores reconocidos⁹⁶. La propia acción comunicativa, como ha enseñado

95. Acerca de este tema, RICOEUR, *L'attestazione tra fenomenologia e ontologia*, a cura de B. Bonato, Pordenone, Ed. Biblioteca dell'Immagine, 1993, p. 52.

96. Cf. G. ELLSCHEID, *Hermeneutik zwischen Lebenswelt und System*, en *Dimensionen der heremenutik*, cit., p. 32 ss. También la auto-interpretación de uno mismo, que según Taylor en *Philosophical Papers* es connotación

bien Jürgen Habermas, recurre constantemente a un "fondo" de interpretaciones del mundo real (lleno, entre otras cosas, de implicaciones normativas), de tal manera que en aquella acción cooperativa que es el derecho, reconocer equivale a atribuir intersubjetivamente una dimensión valorativa a algunos aspectos considerados definitorios, permanentes en el tiempo y relevantes según una lógica de reciprocidad y de mutua coordinación⁹⁷. Cada interpretación, cada sentencia judicial –como ha mantenido Ronald Dworkin– presupone un juicio implícito relativo a la mejor unidad de interpretación para el contexto comunitario en el cual la interpretación es llevada a cabo⁹⁸. Los bienes inmanentes al derecho como practica social son identificados por los *standards of excellence* (como los define Alasdair Mac Intyre) que indican el grado de éxito o de fracaso de una practica dada.

7. EL DERECHO COMO INTEGRACIÓN HERMENÉUTICA

En su característica polaridad entre ontología y metodología del derecho, la hermenéutica jurídica nos previene contra un derecho anti-histórico y apersonal y se expresa en favor de un derecho vivo, histórico, institucional y concreto, capaz de acoger en sí mismo el carácter contradictorio y la falta de clausura en sí misma de la existencia individual. Solo en la movilidad y en la especificidad de la situaciones el derecho alcanza y manifiesta su "espesor" ontológico –rechazando la rigidez que conlleva la

característica del hombre, sigue el camino, necesariamente mediado, del reconocimiento, ético y jurídico, de las acciones, y asimismo de un proceso de evaluación que depende del éxito o del fracaso de las prácticas sociales.

97. A este propósito, refiriéndonos en particular al reconocimiento político, véase el análisis de F. VIOLA, *La comunità politica come discorso tra le diversità*, en *L'educazione alla politica. Azione collettiva e scuole di formazione in Italia*, editado por E. Sgroi, Catanzaro, Meridiana Libri, 1993, pp. 29 ss., 40 ss..

98. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 78, trad. it. cit., p. 77.

separación abstracta entre el sujeto y el objeto de la comprensión, un postulado, éste, del pensamiento objetivante y demostrativo. Es indisoluble de esta circunstancia el considerar el *comprender* siempre como un *comprenderse*⁹⁹, y que este comprenderse puede darse sólo dentro de un marco dinámico de relaciones vivas, en una relación personal entre personas que se realiza en la vida de cada día y donde la constatación de la "alteridad" es inherente a la relación inter-subjetiva. La relación entre hombres es siempre verbal y sólo en el apertura constituida por el lenguaje se puede encontrar a la otra persona: este encuentro requiere diálogo, mutua escucha, cooperación. La afirmación de que la verdad empieza donde se encuentran "alteridad" y convergencia no es solo un *slogan*, sino la conclusión obligada de una teoría del comprender fundada hermenéuticamente¹⁰⁰. La verdad no se entrega a una enunciación única y resolutive, sino que se encuentra en la interpretación¹⁰¹; y precisamente por remitirse a formulaciones históricas determinadas, ha de presuponer la multiplicidad, la diferenciación, la pluralidad.

Es cierto que, en esta perspectiva, el derecho pierde la rigidez y la inmutabilidad características del iuspositivismo. Sin embargo, la hermenéutica (que se refiere a la totalidad de la praxis y de la vida jurídica, incluso a los sistemas de comportamiento y de normas que se dan en la vida práctica¹⁰²) adquiere las connotaciones programáticas de la inter-subjetividad y de la interacción que, a nivel de teoría del conocimiento y de la comprensión constituyen el postulado de la motivación ontológica fundamental de la hermenéutica.

99. A. KAUFMANN, *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, en *Festschrift für Coing*, 1982, p. 541.

100. Este aspecto está bien enfocado en W. HASSEMER, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, en *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., p. 11 ss.

101. S. GIVONE, *Interpretazione e libertà. Conversazione con Luigi Pareyson*, en *Filosofia* 91, cit., p. 7

102. GIZBERT-STUDNICKI, *Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen*, cit., p. 353.

En el plano de la producción del derecho, la actividad jurisprudencial se convierte en comprensión creativa, relacionada con conexiones de sentido que se revelan sólo en las circunstancias concretas y que por eso pueden recibir respuestas y concretizaciones diferentes. El modelo propio del derecho no puede prescindir del reconocimiento de la profunda correlación entre normas y circunstancias de la vida real, circunstancias que por ser vividas son siempre interpretadas, aun antes de su análisis jurídico.

La instancia profunda expresada por la hermenéutica reivindica la unidad original de la teoría y de la práctica, visto que "al fin y al cabo no existe pensamiento que no tenga consecuencias prácticas ni acción que no presuponga un pensamiento¹⁰³". Esta exigencia de superar la contraposición entre la teoría y la praxis, consolidando en cada nivel la relación recíproca, nos remite claramente a la unidad del dato antropológico. La hermenéutica ha sido formulada precisamente a partir de una perspectiva antropológica, y pone en juego una fenomenología del actuar: sólo desde el punto de vista del hombre es posible representar el mundo, el lenguaje y el sentido como unidad y globalidad. El hombre es visto esencialmente en su carácter comunicativo y social, y por lo tanto como sujeto que coopera, dialoga y argumenta; como un sujeto que en un determinado contexto histórico pide a los otros que justifiquen sus elecciones y aporta las razones de las suyas¹⁰⁴.

Todo esto, que confiere al razonamiento filosófico una connotación ética, tiene lugar con la vista puesta en un intento de integración que representa una de las aspiraciones principales del pensamiento hermenéutico. En la comprensión hermenéutica se

103. PAREYSON, *Verità e interpretazione*, cit., p. 104.

104. E. BERTI, *Etica ermeneutica e etica argomentativa*, en ID., *Soggetti di responsabilità. Questioni di filosofia pratica*, Reggio Emilia, Diabasisi, 1993, p. 93.

da la participación personal, el ponerse en discusión¹⁰⁵, el compromiso personal en la apuesta por la actividad interpretativa, actividad que es la base de una relación sincera y mutua. En esta dialéctica de preguntas¹⁰⁶ y respuestas la comprensión hermenéutica se nutre de la tradición viva, como patrimonio común de las concepciones públicas en las cuales vivimos.

105. F. HAFT, *Juristische Hermeneutik und Rechtsretorik*, en *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., p. 94.

106. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 418 ss., insistió sobre la supremacía de la pregunta, independientemente de la adecuación de la respuesta, como característica del diálogo.

RECENSIONES