

Resumen: las consideraciones de Arthur Kaufmann y Hans Georg Gadamer hacen parte de las reflexiones contemporáneas sobre la interpretación del texto judicial que admite la pluralidad interpretativa. Esto es, el jurista no solo ha de referirse a la ley en sí misma, sino que también tiene que reconocer lo cambiante de las circunstancias y que, en consecuencia, la función normativa de la ley ha de irse modificando acorde al sentido y al caso que aplicará. Este planteamiento se ha denominado hermenéutica jurídica y se distingue de enfoques de interpretación del texto jurídico basados en procedimentalismos con ambiciones de objetividad o univocidad como el iusnaturalismo e iuspositivismo.

Determinado por esta necesidad particular y en la búsqueda de un marco de comprensión que se generan reflexiones en relación con la cuestión de la tesis a partir de la cual el iusnaturalismo, se considera que la labor de interpretación de los jueces ligada a casos difíciles debe seguir el método de la ponderación de principios. Desde el iuspositivismo se estima que la interpretación del texto alcanza validez si está en línea con la pertenencia al sistema jurídico, es decir, que los hechos perceptibles deben estar relacionados con la legalidad y han de ser corroborables de acuerdo con la lógica jurídica. En uno y otro enfoque no existe un interés por reivindicar una práctica jurídica en la que el intérprete de la norma encuentre una determinada posibilidad de sentido, que es lo que motivará a filósofos del derecho como Arthur Kaufmann, Josef Esser y Giuseppe Zaccaria.

Palabras clave: Hermenéutica filosófica, Gadamer, Kaufmann, Zaccaria, Interpretación, Comprensión

CONSIDERACIONES DE GADAMER ACERCA DE LA COMPRENSIÓN E
INTERPRETACIÓN: INFLUENCIA EN EL PLANTEAMIENTO HERMENÉUTICO
JURÍDICO DE KAUFMANN SOBRE EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN
CORRECTA DEL TEXTO JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

JUAN MANUEL HERNÁNDEZ AGUILAR

UNIVERSIDAD DEL VALLE
FACULTAD DE HUMANIDADES

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA

SANTIAGO DE CALI

ABRIL, 2023

CONSIDERACIONES DE GADAMER ACERCA DE LA COMPRENSIÓN E
INTERPRETACIÓN: INFLUENCIA EN EL PLANTEAMIENTO HERMENÉUTICO
JURÍDICO DE KAUFMANN SOBRE EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN
CORRECTA DEL TEXTO JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

JUAN MANUEL HERNÁNDEZ AGUILAR

Investigación presentada para optar al título de Doctor en Filosofía

Director

Nelson Jair Cuchumbé Holguín, Ph.D. en Filosofía

UNIVERSIDAD DEL VALLE
FACULTAD DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA
SANTIAGO DE CALI
ABRIL, 2023

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	9
IUSNATURALISMO, IUSPOSITIVISMO Y HERMENÉUTICA JURÍDICA: DIFERENCIAS Y RELACIONES RESPECTO AL SENTIDO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA	9
1.1 IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO	10
1.2 Hermenéutica jurídica: Esser, Zaccaria, Kaufmann	27
1.3 Hermenéutica jurídica: Zaccaria	42
CAPÍTULO II	60
EL MODO COMO GADAMER ENTIENDE Y SIGNIFICA LA RELACIÓN ENTRE COMPRENSIÓN E INTERPRETACIÓN	60
2.1 LA HISTORICIDAD DE LA COMPRENSIÓN COMO PRINCIPIO HERMENÉUTICO	61
2.2 LOS PREJUICIOS COMO CONDICIÓN DE LA COMPRENSIÓN	76
2.3 EL SIGNIFICADO HERMENÉUTICO DE LA DISTANCIA EN EL TIEMPO	81
2.4 EL PRINCIPIO DE HISTORIA EFECTUAL	87
2.5 LA APLICACIÓN COMO PROCESO INTERPRETATIVO Y APLICATIVO DE LO JURÍDICO	95
2.6 LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO PARADIGMA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO	106
2.7 ANÁLISIS DE LA CONCIENCIA DE LA HISTORIA EFECTUAL	122
CAPÍTULO III	127
PLANTEAMIENTO HERMENÉUTICO-JURÍDICO DE KAUFMANN SOBRE EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DEL TEXTO Y SU RELACIÓN CON LAS CONSIDERACIONES DE GADAMER SOBRE COMPRENSIÓN E INTERPRETACIÓN	127
3.1 RASTREO DE LA INFLUENCIA DE GADAMER EN KAUFMANN	128
3.2 POLÉMICA ENTRE LA INTERPRETACIÓN DE GADAMER Y KAUFMANN: DE LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA A LA HERMENÉUTICA JURÍDICA	137
3.3 RASTREO DE GADAMER EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DEL TEXTO JUDICIAL DE KAUFMANN	147
CONCLUSIÓN	168
REFERENCIAS	171

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral se afianza en el planteamiento hermenéutico-filosófico de Hans-Georg Gadamer con la pretensión investigativa de analizar en qué medida sus consideraciones acerca de la comprensión e interpretación han influido en la justificación del planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre el problema de la interpretación correcta del texto judicial en el Estado constitucional. Las consideraciones de ambos pensadores se inscriben en las reflexiones contemporáneas sobre la interpretación del texto judicial que admite la *pluralidad interpretativa*; esto es, el jurista no sólo ha de referirse a la ley en sí misma, sino que también tiene que reconocer lo cambiante de las circunstancias y que, en consecuencia, la función normativa de la ley tiene que ir modificando su sentido acorde al caso que aplicará. Este planteamiento hace parte de lo que se ha nominado hermenéutica jurídica y se distingue de enfoques de interpretación del texto jurídico basados en procedimentalismos y con pretensiones de objetividad o univocidad como el iusnaturalismo e iuspositivismo.

A partir del iusnaturalismo se considera que la labor de interpretación de los jueces ligada a casos difíciles (antinomias) debe seguir el método de la ponderación de principios. Desde el iuspositivismo se estima que la interpretación del texto alcanza validez si está en línea con la pertenencia al sistema jurídico, es decir, que los hechos perceptibles deben estar relacionados con la legalidad y han de ser corroborables de acuerdo con la lógica jurídica. En uno y otro enfoque no existe un interés por reivindicar una práctica jurídica en la que el intérprete de la norma encuentre una determinada posibilidad de sentido inmediato, que es lo que motivará a teóricos como Arthur Kaufmann, Josef Esser y Giuseppe Zaccaria. Antes de proceder a destacar los aportes significativos de estos teóricos, convendrá reconocer en ellos la repercusión de la hermenéutica filosófica de Gadamer.

En la propuesta hermenéutica gadameriana ya se considera que el jurista realiza su labor práctico-normativa cuando efectúa la permanencia del derecho como un *continuum* y ampara la tradición jurídica al interpretarla de modo diferente. Se presupone, entonces, el modelo de relación entre pasado y presente. En el momento en que el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene la intención de resolver una tarea práctica, lo que no quiere decir que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria (Gadamer, 2017). También en

su caso comprender e interpretar significa conocer lo que dice la ley y reconocer lo que hace el sentido vigente de la ley. En sus palabras: “el jurista intentará responder a la idea jurídica de la ley mediándola con el presente” (Gadamer, 2017, p. 400).

Los aportes de Kaufmann referidos a la hermenéutica jurídica tienen una estrecha relación con dicha propuesta gadameriana sobre la mediación entre la tradición y el presente, en cuanto señala que el texto proyecta un sentido en el que converge la pluralidad de precomprensiones al punto de generar una nueva forma de interpretación, esto significa que se reconocen las múltiples interpretaciones producidas por otros en el pasado y que tendrán que ser actualizadas por el intérprete en su situación histórica. La propuesta de Esser, por su parte, advertirá que el intérprete siempre está inserto en contextos condicionantes, constituidos por factores extratextuales no directamente deducible del derecho positivo. Sostiene, en este sentido, que la interpretación admite argumentos a favor de la necesidad y presencia de un recurso de justicia que funcione como criterio judicial, que, además, pueda desarrollarse junto con el sistema jurídico, lo cual exige la actitud mediadora del intérprete entre la norma y el conflicto social. Por último, Zaccaria concibe que la interpretación jurídica contemporánea gira en torno a criterios que permiten asociar la interpretación del caso a un tipo de objetividad que se concreta en la aplicación efectuada por el juez vinculado a una práctica social que admite la presencia de valores en los conceptos jurídicos y el razonamiento judicial.

Estos tres pensadores coinciden en poner de relieve un carácter de participación del intérprete en la actualización del sentido del texto mediante el ejercicio de la interpretación. Sin embargo, difieren en los criterios y maneras conducentes a la interpretación correcta. Para Esser el criterio está en la articulación entre un acuerdo intersubjetivo y las circunstancias concretas de la sociedad en las que se inscribe el caso. Para Zaccaría radica en la variedad de puntos de vista y una ponderación que tendrá en cuenta lo particular del caso mediado por la estructura del discurso práctico. Para Kaufmann reside en una triada entre el consenso, la comprensión de la historicidad y la transformación de los prejuicios mediante el diálogo. Los planteamientos de este último autor no solo plantean una vía para comprender cómo es posible la interpretación correcta del texto judicial por fuera del iusnaturalismo y al iuspositivismo —como lo hizo Esser y Zaccaría— sino que, además, al vincular consideraciones de la filosofía hermenéutica gadameriana, amplía la comprensión y evaluación de la norma, influenciada no solo por lo

institucional, lo normativo, sino también por la historicidad y contingencia propia de la realidad y de quien interpreta. En este ámbito problemático emerge la pregunta que orienta la presente tesis doctoral: *¿en qué medida las consideraciones de Gadamer acerca de la comprensión e interpretación han influido en la justificación del planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre el problema de la interpretación correcta del texto judicial en los Estados constitucionales?*

Frente a esta pregunta se postuló como hipótesis que el planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre el problema de la interpretación correcta del texto judicial en los Estados constitucionales está atravesado por la hermenéutica filosófica gadameriana en la medida en que hay una correspondencia entre, al menos, tres postulados de Gadamer. El primero es sobre la determinación histórica del intérprete; el segundo sobre la fusión de horizontes entre intérprete y texto; y el tercer postulado es acerca del carácter de dialogicidad propio del momento interpretativo. Kaufmann los adopta para su hermenéutica jurídica en estos términos: no es posible hacer acopio de cánones para la interpretación correcta del texto judicial relegando los condicionamientos históricos y culturales de quien interpreta; la labor práctico-normativa involucra poner en juego el horizonte comprensivo del juez y del texto judicial; el juez y las partes involucradas en el caso deben dialogar.

Hacer creíble este principio de argumentación exige abordar, en un primer momento, el iusnaturalismo, el iuspositivismo y la hermenéutica jurídica en sus contrastes, similitudes y relaciones respecto al sentido de la interpretación de la norma judicial; en un segundo momento, presentar el modo como Gadamer entiende y significa la relación entre comprensión e interpretación; en un tercero, exponer el planteamiento de Kaufmann en lo concerniente a la interpretación del texto judicial de tal modo que aparezca una vía de interpretación diferente frente al iusnaturalismo y al iuspositivismo y valorar críticamente cómo las reflexiones de Gadamer sobre comprensión e interpretación han influido en el planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre la interpretación correcta del texto judicial.

Esta tesis doctoral no busca probar o medir el carácter de un fenómeno, sino comprender un fenómeno en profundidad. Por ello busca reflexionar hermenéuticamente. Las fuentes de información son bibliográficas. Las razones que permiten justificar la necesidad y pertinencia esta tesis son: 1) el análisis de la interpretación correcta del texto judicial en el Estado

constitucional es necesario, pues ofrece a los operadores jurídicos y teóricos del derecho elementos para realizar interpretaciones en armonía con las exigencias de la realidad propias de las sociedades democráticas y pluralistas; 2) el estudio sobre la interpretación correcta del texto judicial es importante en términos teóricos, ya que posibilita a los operadores jurídicos ganar mayor conciencia respecto a cómo en su quehacer interpretativo siempre está enredado el contexto, lo general y la posibilidad de crear libremente nuevo sentido; 3) la investigación sobre la interpretación correcta del texto judicial es relevante en lo referido a la generación de conocimiento interdisciplinar, porque favorecerá la articulación de elementos filosóficos, proveniente de la hermenéutica con situaciones en las que se pretende explicar la interpretación jurídica, explorando otras vías diferentes del iusnaturalismo y del iuspositivismo; y 4) la indagación sobre la interpretación correcta del texto judicial es significativa en sentido formativo, dado que potenciará el fortalecimiento de las competencias investigativas de un estudiante de Doctorado en Filosofía de la Universidad del Valle.

Los resultados obtenidos son: (1) es relevante considerar la historicidad del derecho y las implicaciones del ejercicio interpretativo en el contexto social e histórico actual. Se propone un enfoque que se aleja de posturas centradas en la deducción y la lógica, y se enfoca en la comprensión del texto jurídico desde una perspectiva valorativa y creativa del intérprete. (2) Se destacó la importancia de los postulados de Gadamer en cuanto a la ontología de la comprensión e interpretación, y se enfatiza en la necesidad de que la aplicación de la ley sea orientada por el juez en función de la situación particular y con actitudes de justicia y precisión. (3) Aunque Kaufmann sigue la vertiente gadameriana en la interpretación jurídica, se aleja de la hermenéutica filosófica al utilizarla para crear un modelo normativo objetivo que oriente la interpretación jurídica. Estas ideas aparecerán en el artículo del profesor Nelson Jair Cuchumbé titulado: ***Consideraciones de Gadamer sobre comprensión, interpretación y aplicación: Kaufmann e interpretación jurídica.*** el artículo ha sido aceptado para publicación en la revista **Ius et Praxis**.

CAPÍTULO I

IUSNATURALISMO, IUSPOSITIVISMO Y HERMENÉUTICA JURÍDICA: DIFERENCIAS Y RELACIONES RESPECTO AL SENTIDO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

El estudio del derecho contemporáneo se encuentra dividido en dos corrientes principales: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, que se oponen y complementan entre sí. El iusnaturalismo se refiere a una corriente filosófica-jurídica que distingue entre el derecho natural y el derecho positivo, afirmando la preferencia del primero sobre el segundo. En cambio, el positivismo jurídico sostiene que solo existe el derecho positivo y que no hay lugar para el derecho natural. El iusnaturalismo considera que una ley no es válida sólo por ser declarada así formalmente, sino que debe fundamentarse en la coincidencia con el derecho natural, el cual se entiende como un conjunto de reglas que poseen la misma fuerza que el derecho positivo.

El teórico Alfonso Ruiz Miguel en su libro *Una filosofía del derecho en modelos históricos* (2009) realiza la descripción sobre la variación de los conceptos iusnaturalismo y positivismo en la historia. Lo anterior cabe mencionarlo, puesto que ambos son deudores históricos desde la antigüedad, iusnaturalismo, y de la modernidad, positivismo. El texto menciona que la teoría de la justicia verdadera está asociada al concepto versátil de derecho "natural". Para Ruiz la teoría de la justicia y el derecho natural surgieron en la filosofía griega siguiendo una evolución de la en relación con estas ideas. Se destaca lo que se conoce como el "modelo aristotélico" de justicia iusnaturalista. Este modelo ya incluye algunos de los aspectos más importantes de una concepción que incluso abarcó el pensamiento dominante en la Edad Media, al punto de que se contrastó el modelo aristotélico con el modelo iusnaturalista moderno, considerando que la filosofía medieval era simplemente una continuación del primero. Sin embargo, se hace una distinción aparte para el modelo medieval debido a la teologización del pensamiento y los cambios políticos y jurídicos significativos de esa época, que generaron diferencias destacables (Ruíz, 2009, p. 22).

En la primera parte de este capítulo, de acuerdo a Ruíz (2009), que se dedica a la concepción clásica del Derecho natural, se divide la exposición en tres secciones: 1) como antecedentes al modelo aristotélico, se presenta una síntesis de la evolución desde el periodo

cosmológico de la filosofía griega hasta Platón; 2) se describe el modelo aristotélico; y 3) se realiza una síntesis de la evolución posterior a Aristóteles bajo el título de "estoicismo y cristianismo". Es común mencionar la falta de distinción entre naturaleza (physis) y sociedad (nomos: literalmente "norma") en los primeros tiempos del pensamiento griego. Este hecho no solo es esclarecedor, sino también importante, ya que la compleja relación entre naturaleza y sociedad muestra las diferentes formas de entenderla, refleja un motivo recurrente que, con sus variaciones y complejidades, se convierte en un elemento duradero en el enfoque de la pregunta sobre la justicia que estará presente en Aristóteles, en el estoicismo y en la escolástica medieval (Ruíz, 2009, p. 22).

Esta falta de distinción entre las leyes naturales y sociales, según Ruíz (2009), entre el mundo natural y el humano, nos resulta extraña hoy en día debido al proceso de "desencantamiento" experimentado por el hombre moderno, como resultado del mayor conocimiento científico, que apenas deja espacio para el mito. Por eso, en la actualidad distinguimos casi automáticamente entre las relaciones de causalidad y las de imputación, lo cual nos lleva a interpretar de manera diferente un accidente y una multa como consecuencias de exceder la velocidad. Sin embargo, este proceso de diferenciación ha sido largo y, precisamente, comienza con la filosofía griega, que surge como una separación progresiva del pensamiento mítico-religioso. Y es en ese proceso de separación que la relación entre nomos y physis se convierte en uno de los principales puntos de discusión, dando lugar a propuestas que a veces buscan la distinción, como en el caso de los sofistas, y otras veces la compleja interrelación, incluso con diferentes énfasis, como en Heráclito, Platón, Aristóteles o el estoicismo (Ruíz, 2009, p. 19).

Entre el periodo cosmológico y Aristóteles, según Ruíz, se sitúa comúnmente el llamado periodo antropológico de la filosofía griega, que abarca los siglos V y IV a.C. y comienza con los sofistas y Sócrates, seguidos por Platón y los llamados socráticos menores (como los cínicos como Diógenes y los cirenaicos como Aristipo). Aristóteles, quien vivió en el siglo IV a.C. y fue contemporáneo de Diógenes, también puede ser incluido dentro del final de ese mismo periodo. A pesar de sus diferencias, la mayoría de estos filósofos, especialmente los sofistas, introdujeron una revolución en el pensamiento anterior al tender a separar lo natural y lo legal, contrastando lo factual y permanente con lo artificial o convencional y variable. Esta ruptura entre physis y

nomos también tiene una importante manifestación literaria en la obra Antígona de Sófocles, en el que la protagonista entierra a su hermano Polinice desafiando la prohibición de su tío, el rey Creonte, y le interpela con estas palabras (Ruíz, 2009, p. 22).

Esta conciencia del contraste entre las leyes naturales y humanas es el origen de una primera concepción iusnaturalista que varios sofistas expresaron de diferentes formas y con pretensiones concretas, pero con una función crítica común hacia las leyes existentes, según Ruíz 2009. De hecho, el contraste entre lo natural, considerado como un estándar ideal, y lo convencional dio lugar en algunos sofistas a una actitud crítica de carácter igualitario, como se refleja en las ideas atribuidas a Hipias en uno de los diálogos de Platón. En la primera parte de este capítulo, que se dedica a la concepción clásica del Derecho natural, se divide la exposición en tres secciones: 1) como antecedentes al modelo aristotélico, se presenta una síntesis de la evolución desde el periodo cosmológico de la filosofía griega hasta Platón; 2) se describe el modelo aristotélico; y 3) se realiza una síntesis de la evolución posterior a Aristóteles bajo el título de "estoicismo y cristianismo". Es común mencionar la falta de distinción entre naturaleza (*physis*) y sociedad (*nomos*: literalmente "norma") en los primeros tiempos del pensamiento griego. Este hecho no solo es esclarecedor, sino también importante, ya que la compleja relación entre naturaleza y sociedad, o mejor dicho, las diferentes formas de entenderla, refleja un motivo recurrente que, con sus variaciones y complejidades, se convierte en un elemento duradero en el enfoque de la pregunta sobre la justicia que estará presente en Aristóteles, en el estoicismo y en la escolástica medieval (Ruíz, 2009, p. 26).

Con una función crítica similar, aunque, según Ruíz (2009), en un sentido específico opuesto, lo que demuestra la flexibilidad de las mismas categorías abstractas para servir a diferentes usos ideológicos, Platón atribuye a otro sofista llamado Calicles el uso del mismo estándar ideal de lo natural para criticar el igualitarismo democrático introducido por las leyes positivas de algunas ciudades griegas. Además de lo anterior, y de manera significativa, tanto en la mayoría de los sofistas como especialmente en Sócrates, los cínicos y los cirenaicos, surgen ideas que pueden calificarse de individualistas, al menos en tres sentidos diferentes. Apuntando hacia la idea de contrato social, la organización político-social no se veía como algo natural, sino como el resultado de un convenio o acuerdo para proteger los intereses de los seres humanos, como lo demuestran estas palabras que Platón atribuye al sofista Glaucón en uno de sus diálogos.

Anunciando la idea de autonomía kantiana, la moral comienza a ser vista como un criterio subjetivo, es decir, como el criterio propio del individuo, más allá de las opiniones sociales dominantes, como lo enseña Sócrates en el diálogo platónico Critón, donde razona sobre la obligación de obedecer la sentencia que lo ha condenado a muerte. Y finalmente, prefigurando formas modernas de individualismo como la despreocupación por los asuntos colectivos en favor del interés individual, es importante mencionar las propuestas de retirarse a la vida privada que hicieron los cirenaicos en una versión hedonista y los cínicos en una versión ascética, como se refleja en la anécdota de Diógenes cuando respondió al emperador Alejandro, quien se acercó a su tonel para preguntarle si necesitaba algo, pidiéndole que se apartara porque le bloqueaba el sol. Estas diferentes versiones del individualismo avanzan ideas que, aunque de manera incipiente, anticipan algunos aspectos del modelo del iusnaturalismo racionalista o protestante, que se desarrollaría 2000 años después (Ruíz, 2009, p. 22).

Sócrates, según Ruíz (2009), una figura destacada en la historia del pensamiento, merece una mención especial por sus ideas en favor de la obediencia a las decisiones jurídicas de la comunidad. A pesar de su condena a muerte, votada por una mayoría de 280 miembros del Consejo de los 500 de Atenas, Sócrates expresó sus ideas de manera imparcial en relación con esa sentencia. Estas ideas se desarrollan en el diálogo Critón, donde Sócrates responde al discípulo del mismo nombre, quien le instaba a huir para evitar la sentencia. Sócrates expone tres motivos fundamentales por los cuales se defiende que el Derecho, especialmente el Derecho democráticamente aprobado, debe ser obedecido incluso por aquellos que moralmente discrepan de él: el interés general, los beneficios recibidos y el consentimiento. En primer lugar, la desobediencia al Derecho puede tener consecuencias negativas para el mantenimiento del orden político. Si se permitiera que el juicio individual prevaleciera sobre si las normas aprobadas oficialmente deben ser obedecidas o no, es poco probable que estas normas tengan la eficacia necesaria para mantener un sistema jurídico-político justo y necesario en su conjunto. En segundo lugar, se argumenta el interés general de la comunidad como motivo para obedecer el Derecho. La desobediencia a las leyes puede socavar el bienestar y la estabilidad de la sociedad en su conjunto, ya que el orden y la cohesión social dependen de la observancia generalizada de las normas (Ruíz, 2009, p. 28).

En tercer lugar, según (2009), Sócrates menciona la importancia del consentimiento al sistema y sus leyes. Al vivir en una ciudad y disfrutar de su protección, se asume un cierto pacto implícito con la comunidad y se adquiere la responsabilidad de acatar las leyes que han sido aprobadas. Existe un consentimiento tácito al vivir bajo la jurisdicción de la ciudad y tener la oportunidad de participar en el proceso de aprobación de las leyes. Estos argumentos presentados por Sócrates no agotan el debate sobre la obediencia a leyes injustas. Hay otras variantes interesantes que no fueron consideradas por Sócrates, como el consentimiento hipotético que merecería un sistema político fundamentalmente justo. Además, se pueden plantear réplicas más sólidas a los argumentos de Sócrates, especialmente en el contexto de sistemas políticos que no son de pertenencia voluntaria como la Atenas del siglo V a.C. Sin embargo, el mérito recae en Sócrates por ser el primero en elaborar y presentar estos argumentos, los cuales todavía son objeto de debate en la actualidad (Ruíz, 2009, p. 28).

Platón, Ruíz (2009) lo afirma, quien al igual que Aristóteles vivió la decadencia de la polis con una actitud conservadora y poco propensa al gobierno democrático, reaccionó no solo contra propuestas individualistas como las mencionadas anteriormente, sino también contra la simple oposición de la sofística entre naturaleza y convención legal. Propuso una concepción mucho más ambiciosa y objetivista de la justicia, vinculada a un modelo de justicia natural diferente, de carácter idealista y no naturalista. Las dos contribuciones más importantes de Platón a la idea de justicia. Por un lado, en el plano metodológico, Platón introdujo una concepción idealista del conocimiento según la cual las ideas o conceptos representan la verdadera esencia de las cosas. Según esta visión, una determinada mesa que vemos y tocamos es tal porque se ajusta a la forma, es decir, al modelo o patrón de mesa que existe en el eterno mundo de las ideas, el verdadero mundo real del cual se forma el mundo en el que vivimos, que es meramente aparente. Platón ilustra esta concepción mediante el conocido mito de la caverna, en el que, al igual que en nuestro mundo, los seres humanos solo lograrían ver el reflejo de las sombras de estatuas que representan las cosas reales, las cuales solo podrían ser vistas en su verdadera forma a la luz del sol, fuera de la caverna. En ese mundo de las ideas, más allá de la oscuridad de nuestro pobre mundo sensible, también se encontraría la idea de justicia, como concepto o modelo de comportamiento correcto entre los seres humanos. Es un modelo objetivo en el sentido de ser eterno y trascendente, y no derivado de hechos comprobables ni, especialmente, de lo común y permanente en las costumbres de diferentes lugares(Ruíz, 2009, p. 28).

Por otro lado, en el plano de los contenidos, Ruíz (2009), considera que el ideal de organización política y social que Platón defendió, al menos en su diálogo político más importante, "La República", es un orden jerárquico y total basado en el modelo del organismo individual. Dentro de este orden, junto con la comunidad de bienes y la igualdad entre hombres y mujeres, deberían existir tres clases de ciudadanos según sus capacidades naturales: la habilidad para el trabajo (artesanos y trabajadores), el coraje para la guerra (soldados o guerreros) y la sabia dirección de la sociedad, a cargo de los guardianes o gobernantes. Los guardianes, como consejeros, representan la parte más pequeña del Estado "por naturaleza" y su ideal es el del filósofo-rey. Platón presenta la justicia como un concepto objetivo, arraigado en el eterno mundo de las ideas, y propone un orden social y político jerárquico y total basado en el modelo de un organismo individual (Ruíz, 2009, p.26).

En la estructura jerárquica y fundamentalmente desigual que constituye el Estado platónico, Ruíz (2009) afirma que cada individuo debe someterse a la posición que le corresponde según sus capacidades naturales. Por lo tanto, una sociedad en la que cada persona y cada clase cumple con sus deberes naturales es considerada justa. Este criterio de justicia, que anticipa el principio romano de "dar a cada uno lo suyo", también se acerca a la idea aristotélica de la esclavitud por naturaleza. Sin embargo, que cada individuo ocupe su lugar asignado es opuesto a toda ética universalista e igualitaria, que busca que cada uno se ponga en el lugar del otro. Según Aristóteles, considerando al hombre como un animal racional y político, el fin último de las acciones humanas, que coincide con su bien supremo, es la felicidad, la eudaimonía o el "buen espíritu", entendido como vivir y actuar de manera virtuosa, es decir, una vida virtuosa que, por serlo, también es placentera (Ética a Nicómaco, 1095a). Sin embargo, en la concepción de la felicidad de Aristóteles hay cierta oscilación debido a su "concepción dual de la naturaleza humana" (Ruíz, 2009, 22), ya sea que se piense en el hombre como ser racional o como ser político. Esta oscilación determina la distinción entre el conocimiento teórico y su virtud, y el conocimiento práctico y sus virtudes: en el primero, el fin es la contemplación o sabiduría, es decir, la racionalidad propia del hombre como ser racional, como la actividad más virtuosa, aunque solo para el filósofo y no para la gente común, ya que es algo "divino"; mientras que en el segundo, el fin está marcado por virtudes como la prudencia, la justicia, etc., propias de

la política y la ética, que se refieren a una racionalidad práctica propia del hombre como ser político, que como una combinación de alma y cuerpo necesita de virtudes "simplemente humanas". Y es esta segunda forma de fin o bien humano la que Aristóteles presenta como el objeto de estudio de la ciencia política, la ciencia "suprema y directiva en grado sumo" (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1094a).

Es necesario detenerse un momento en esta segunda forma de razonamiento, afirma Ruíz (2009) que según Aristóteles es propia del conocimiento sobre la política y la justicia. En la historia del pensamiento filosófico-político, existen dos ideas clave relacionadas entre sí que son fundamentales y recurrentes. En primer lugar, la idea de la sociabilidad natural del ser humano, que sostiene que la organización social y política está justificada *prima facie*, incluso desde un punto de vista moral, como algo necesario y bueno. Por otro lado, se encuentra la idea de la preeminencia de la comunidad sobre los individuos. Aristóteles expresamente confirma esta idea al afirmar que "ningún ciudadano se pertenece a sí mismo, sino que todos pertenecen a la ciudad" y suele asociarse a la consideración de la comunidad como un cuerpo u organismo con necesidades, funciones y facultades independientes y superiores a las individuales, en contraposición a una visión atomista de la sociedad como una suma de individuos con derechos e intereses individuales frente a la comunidad (Ruíz, 2009, p. 25).

Estas ideas pueden sintetizarse en un cierto antiindividualismo o comunitarismo, afirma Ruíz (2009), en contraste con concepciones individualistas que comenzaron a surgir en el pensamiento griego y se desarrollaron principalmente con el iusnaturalismo racionalista a partir del siglo XVII. Estas concepciones individualistas presuponen la existencia de un individuo asocial previo a la organización política que establece contratos o pactos en condiciones de igualdad con otros individuos para crear un sistema de protección política de ciertos derechos individuales. En este enfoque, el individuo se considera en principio igual o superior a la comunidad, a diferencia de Aristóteles, donde los individuos son subordinados y menos valiosos que la ciudad. En contraposición a estas concepciones, la doctrina aristotélica de la justicia se basa principalmente en el concepto factual de "naturaleza", aunque a veces existe una ambigüedad implícita con el enfoque teleológico. ¿Qué es la justicia? La respuesta de Aristóteles, que sigue siendo una referencia en nuestros debates actuales, comienza con la identificación de la justicia con el orden de la ciudad, en el sentido de su buena organización.

Esta idea se expresa en los primeros párrafos de su obra Política, donde se habla de la sociabilidad humana y del valor de la ciudad (Ruíz, 2009, p. 35).

Aristóteles distingue dos tipos de justicia: la justicia según la igualdad y la justicia según la proporcionalidad, según Ruíz (2009). La justicia según la igualdad se resume en la conocida fórmula de "lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales". Estas dos relaciones dan lugar a lo que Aristóteles denomina justicia correctiva, que se aplica entre iguales, y justicia distributiva, que se aplica entre desiguales. La justicia distributiva implica la asignación o distribución de honores y bienes, especialmente los cargos políticos, de acuerdo con el mérito de cada individuo. Aristóteles establece una relación entre los diferentes conceptos de justicia distributiva y los distintos tipos de constituciones políticas, que se caracterizan por la asignación diferente de magistraturas y funciones políticas. La justicia distributiva se refiere principalmente a las relaciones verticales entre gobernantes y gobernados, aunque también afecta, de manera secundaria, a la distribución de bienes y, por lo tanto, a las relaciones entre ricos y pobres. Aristóteles sostiene que la justicia distributiva sigue la regla de la proporción geométrica, donde la ratio entre dos relaciones es idéntica. Por ejemplo, si en una división $9/3$ la ratio es 3, entonces en una división $15/x$, x será igual a 5. En términos políticos, en un régimen oligárquico, si la riqueza de A es tres veces mayor que la de B, el voto de B debe valer tres veces menos o la duración de su cargo debe ser tres veces inferior (Ruíz, 2009, p. 35).

Por otro lado, la justicia correctiva, que también es conocida como justicia conmutativa según Tomás de Aquino, como lo expone Ruíz (2009), se refiere a las relaciones contractuales o voluntarias y al castigo de los delitos o relaciones involuntarias (involuntarias para la parte perjudicada, no para el causante). Tanto el aspecto civil como el penal de la justicia correctiva tienen en común su capacidad de ser determinados mediante juicio, por lo que la justicia correctiva equivale a la justicia judicial. Ambas formas de justicia correctiva se refieren a relaciones sociales de carácter horizontal, más que a relaciones políticas o de poder, que tienen un carácter vertical. La relación de igualdad en la justicia correctiva no se basa en una proporción geométrica, sino en una igualdad aritmética simple, como en el caso de la ley del Talió ("ojo por ojo, diente por diente"). Sin embargo, la distinción aristotélica entre justicia distributiva y correctiva no es perfecta en su teoría, ya que se encuentra con dificultades en los delitos "políticos", donde Aristóteles no aplica la igualdad ante la ley, sino la proporción

geométrica. Aristóteles rechaza la doctrina pitagórica de la reciprocidad penal con el ejemplo dado. En cuanto a la justicia según la ley, esta se deriva de la existencia de un cierto orden en la sociedad política, es decir, en la forma de organización de la ciudad, que puede adoptar diferentes formas de gobierno. Aristóteles divide esta justicia de la ciudad en justicia natural y legal. La justicia según la ley, o "legal" en un sentido más amplio, se refiere a la justicia derivada del sistema legal establecido en la sociedad política (Ruíz, 2009, p.39).

Aristóteles divide la justicia según la ley en dos tipos: justicia legal en sentido estricto y justicia natural, según Ruíz (2009). La justicia legal en sentido estricto se refiere a lo que inicialmente da igual que sea de una manera u otra, pero una vez establecido, ya no da igual. Esto hace referencia a la justicia establecida mediante la ley humana (nomos), es decir, la justicia por convención. Ejemplos de justicia legal en sentido estricto son las reglas de coordinación que regulan la adquisición de la propiedad, los plazos para la reclamación, los sistemas procesales o las normas de tráfico. En la Retórica, Aristóteles también utiliza el término "ley particular" para referirse a esta forma de justicia, definiéndose como aquella que cada pueblo se ha establecido para sí mismo, algunas de las cuales son escritas y otras no escritas. Esto muestra que Aristóteles era consciente de la existencia de costumbres convencionales que no son comunes a todos los pueblos. Además, el realismo aristotélico anticipa lo que más tarde se conocerá como positivismo jurídico, es decir, la concepción discutible que considera al Derecho existente como justo simplemente porque existe (Ruíz, 2009, 35).

Por otro lado, según la lectura de Ruíz (2009) la justicia natural es aquella que se corresponde con lo que Aristóteles llama "ley común" en la Retórica, definida allí como la justicia conforme a la naturaleza. Es importante señalar que lo natural no siempre es entendido por Aristóteles como algo absolutamente inmutable. En la Ética Nicomáquea, al menos, menciona que "toda justicia es variable", lo cual puede relacionarse con la diferencia entre dos criterios de justicia natural que corresponden a la noción ambigua de "naturaleza" discutida anteriormente: la justicia natural como criterio tendencial, que se relaciona con el concepto fáctico o empírico de naturaleza, y la justicia natural como juicio crítico, que apela a la idea de naturaleza en un sentido teleológico. Estos dos conceptos de naturaleza conducen a diferentes consecuencias, siendo más flexible el primero, lo que explica por qué la justicia natural puede ser variable, al igual que la justicia legal o convencional, mientras que el segundo concepto, el

teleológico, parece ser más rígido y no admitir variabilidad. El estoicismo y la ley natural están estrechamente relacionados. El estoicismo, una corriente filosófica que tuvo influencia en la antigua Grecia y Roma, transmitió al pensamiento cristiano una síntesis compleja y dilemática sobre el Derecho natural. Los estoicos, como Zenón de Citio, Crisipo, Panecio y Posidonio, compartieron una visión finalista del mundo en la que lo natural se correspondía con la finalidad racional y la bondad moral (Ruíz, 2009, p. 45)

En primer lugar, según Ruíz (2009) los estoicos consideraban al logos (logos o recta ratio) como una ley racional universal que gobernaba y daba sentido al cosmos. El logos era visto como una razón-destino y una virtud inherente presente en todas las cosas. Esta concepción del logos como ley racional universal se reflejaba en la idea de justicia. Según Marco Aurelio, la naturaleza universal sintió el impulso de crear un mundo, y todo lo que existe es consecuencia de ello. El logos se entendía como una ley universal, natural y humana. La ley universal, o ley del cosmos, se manifestaba también como ley natural aplicable a los seres humanos. Los estoicos establecieron una conexión entre la ley natural y las leyes humanas. Esta concepción permitía prefigurar la tríada de la ley eterna, natural y humana, característica de la escolástica católica. Aunque el estoicismo tenía un enfoque panteísta en lugar de personalizar a un Dios, restauró la unidad entre physis (naturaleza) y nomos (ley) al considerar que la naturaleza era sinónima de ley justa universalmente. Según esta visión, el orden universal y natural se asemejaba a una república bien constituida y organizada. Así, lo que no era natural-racional o justo, no era legal. El estoicismo influyó en el pensamiento cristiano, estableciendo una conexión entre ambas corrientes. Aunque existían diferencias notables, como la divinización del cosmos en el estoicismo, se pueden encontrar influencias estoicas en escritos cristianos en griego, como el evangelio de Juan y posiblemente en Pablo de Tarso (Ruíz, 2009, p. 45).

La principal aportación del estoicismo al pensamiento filosófico-jurídico fue su concepción de la ley natural, según (2009). Dos rasgos importantes de la idea de ley natural que perduraron en el modelo católico de la Edad Media son: universalidad: La ley natural se considera universal, inmutable en el tiempo y en el espacio. Esta característica se expresa en la formulación de Cicerón. Superioridad: La ley natural tiene una posición superior respecto a las leyes humanas. Lo que es natural-racional y justo se considera legal, estableciendo una relación invertida entre la naturaleza y las normas jurídicas y sociales. El carácter de superioridad de la

ley natural se entiende como su esencialidad y atribución del verdadero carácter jurídico a las leyes naturales frente a las leyes injustas. Esta idea, formulada por Cicerón, sostiene que las leyes injustas no son propiamente Derecho. La importancia de la ley natural, según el estoicismo, es central en la filosofía posterior, incluyendo la filosofía medieval. Además de la concepción estoica de la ley natural, hay otra idea transmitida por Cicerón que también tuvo influencia a lo largo de la historia, incluyendo la actualidad. Se trata de la defensa del ideal del gobierno mixto, que había sido mencionado por Aristóteles y desarrollado por el historiador Polibio, quien también tenía afinidades con el estoicismo. Polibio propuso la idea de un gobierno mixto como remedio a la inestabilidad de las formas constitucionales. Según su teoría "histórica", las tres formas de gobierno buenas se alternaban con las malas de manera cíclica en la historia política de las ciudades griegas. Sin embargo, Polibio introdujo la posibilidad de un gobierno mixto que equilibrara las magistraturas y los poderes, combinando elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos. La República romana fue presentada como un ejemplo de ese modelo estable, donde los cónsules representaban el elemento monárquico, el Senado el aristocrático y los comicios populares el democrático. En la Alta Edad Media, se produjo una privatización del poder político y una falta de distinción entre el *ius publicum* (Derecho público) y el *ius privatum* (Derecho privado) que existía en el Imperio romano. Durante este período, el poder político, jurídico y económico era ejercido de manera indiferenciada por el emperador, los reyes y los señores feudales, quienes consideraban que estos poderes formaban parte de su patrimonio personal y podían ser heredados y divididos. Esta concepción llevó a la importancia de las dinastías y las uniones matrimoniales en la configuración territorial de los reinos y en las relaciones internacionales (Ruíz, 2009, p. 48).

Aunque con el tiempo, según Ruíz (2009), se fueron matizando algunas diferencias entre Derecho público y privado, esta distinción tuvo influencia durante toda la Edad Media y más allá. Incluso en la práctica, la privatización se desarrolló aún más durante la Edad Moderna, especialmente en aspectos como la venta de cargos públicos por parte del rey. Aunque gradualmente se estableció una separación entre lo público y lo privado a partir del siglo XVI, como reflejo de la idea absolutista de la superioridad del Derecho público sobre el privado, los actos públicos del príncipe seguían estando exentos de las leyes y la justicia. Sin embargo, a medida que se aceptó el principio de que incluso la administración debe estar sujeta al control judicial, se fue estableciendo una separación más clara entre lo público y lo privado. En Europa,

excepto en Inglaterra donde los actos del rey continuaron sometidos al common law y a los tribunales, esta separación condujo al surgimiento de una jurisdicción administrativa independiente de la ordinaria, que abarcaba asuntos civiles y penales. Esta separación también garantizó cierta independencia al Derecho privado como una esfera inmune a la omnipotencia del Estado. Durante la Alta Edad Media se produjo una privatización del poder político y una falta de distinción clara entre el Derecho público y el Derecho privado. Aunque con el tiempo se fueron estableciendo diferencias y separaciones más definidas, esta distinción tuvo influencia durante toda la Edad Media y más allá, y solo se fue superando gradualmente en la Edad Moderna con la aparición de una separación más clara entre lo público y lo privado (Ruíz, 2009, p. 48).

Durante la Edad Media, según Ruíz (2009) la tendencia iniciada por los glosadores de sistematizar la interpretación jurídica se consolidó y desarrolló con los postglosadores o comentaristas. Aunque hay cierta controversia entre los historiadores respecto a la relación entre ambos grupos, se reconoce que los comentaristas no fueron simplemente seguidores de los glosadores. Se distinguieron de ellos en dos aspectos principales. En primer lugar, ampliaron la interpretación jurídica que los glosadores aplicaban solo al *ius commune* (Derecho común), extendiéndola también al *ius proprium* (Derecho propio), abarcando así todas las fuentes jurídicas vigentes sujetas a reglas de interpretación similares. En segundo lugar, ampliaron el método de la *interpretatio*, incluyendo no solo la labor de glosa más estricta, sino también la reelaboración y ampliación del Derecho existente. Esto implica no sólo la comprensión literal de la ley (*comprehensio legis*) sino también la extensión de la ley (*extensio legis*). Aunque algunos consideran que el término "postglosadores" no refleja adecuadamente la riqueza de las contribuciones de estos juristas, tampoco se puede considerar a los glosadores simplemente como precursores de los comentaristas. Incluso el último de los glosadores, Accursio, ya había recogido ideas sobre interpretación que eran comunes entre sus contemporáneos, lo que demuestra que no hubo una ruptura abrupta con los comentaristas. El estilo de los comentaristas continuó siendo dialéctico y argumentativo, discutiendo cuestiones a través de argumentos basados en textos romanos, razones y autoridades anteriores. Sin embargo, avanzaron más allá de los glosadores al desarrollar también el pensamiento inductivo y sistematizador. A través de la comparación de diferentes situaciones y problemas concretos, llegaron a soluciones jurídicas de mayor validez general. Además, los comentaristas no siguieron ciegamente la autoridad de otros,

ya que tenían la posibilidad de cuestionarla. Podían ejercer cierta crítica y escapar de la autoridad misma de su primer maestro, Cuiusmodi da Pistoia. Esta actitud fue llevada a sus últimas consecuencias por juristas como Bartolo da Sassoferrato, quien utilizó la argumentación crítica para innovar el Derecho, incluso en asuntos políticos relevantes. La actitud de los comentaristas hacia la interpretación del Derecho romano estuvo motivada por su interés en resolver los problemas de su tiempo y hacer estudios de carácter práctico, en lugar de analizar filológicamente el significado auténtico de los textos romanos (Ruíz, 2009, p. 49).

Cicerón, según Ruíz (2009), como gran sintetizador, recogió la defensa de la forma republicana de gobierno y la fundamentó retóricamente en una cierta idea de libertad. Esta concepción de la libertad, ligada a la existencia previa de la ley y al bienestar general del pueblo, tuvo un largo recorrido histórico y fue retomada por pensadores como Tomás de Aquino, Maquiavelo y Montesquieu. Cicerón estableció una conexión paradójica pero penetrante entre la libertad y el sometimiento a la ley, afirmando que somos siervos de las leyes para poder ser libres. Sin embargo, estas leyes deben estar basadas en un gobierno justo, sometido a la ley natural y dedicado al bien común. Es cierto que en el texto mencionado se señala que Cicerón defendió el sistema republicano romano y no el sistema democrático en sí mismo. Cicerón prefería una forma de gobierno mixto que combinaba elementos democráticos, aristocráticos y monárquicos. En este sentido, el sistema republicano romano, con la participación de los comicios populares, el Senado y los cónsules, representaba para él un modelo equilibrado. En cuanto a Pablo de Tarso, se reconoce como uno de los primeros desarrolladores de ideas cristianas sobre el poder y la justicia. Aunque de formación judía, es probable que estuviera familiarizado con algunas ideas estoicas. Se pueden resumir tres aspectos clave de sus ideas: la asimilación de los Diez Mandamientos de Moisés a la ley natural estoica, la propuesta de cierta igualdad humana universal y la adopción de un criterio de legitimidad del poder político (Ruíz, 2009, p. 75).

Pablo de Tarso, según Ruíz (2009), estableció una analogía entre la ley natural defendida por los estoicos y el decálogo mosaico. Además, afirmó la igualdad entre todos los seres humanos, aunque esta igualdad se presentaba de manera más religiosa y posponía su plena realización para el mundo venidero, especialmente para los cristianos. En relación con el poder político, Pablo de Tarso justificaba la obediencia basada en la inescrutable voluntad divina. Esta

justificación religiosa de la obediencia al poder político serviría de base para la doctrina del origen divino del poder monárquico, que tuvo relevancia en la Edad Media y se extendió hasta la Edad Moderna. Cicerón defendió el sistema republicano romano, que era una forma de gobierno mixto, y no el sistema democrático en sí. Pablo de Tarso, por su parte, desarrolló ideas cristianas sobre el poder y la justicia, estableciendo una conexión entre la ley natural estoica y los Diez Mandamientos, proponiendo cierta igualdad humana y justificando la obediencia al poder político desde una perspectiva religiosa. El debate entre los especialistas sobre si la renovación de los estudios jurídicos hacia un método más cercano al actual se produjo en la Edad Media o no es aún discutido. Algunos historiadores, como Franz Wieacker, argumentan que fue a partir del siglo XII, con el "renacimiento" de los estudios jurídicos por parte de los glosadores y los postglosadores, cuando surgió la "Ciencia del Derecho por antonomasia" y se produjo una transformación hacia una nueva forma de entender y estudiar el Derecho, que prefiguraba las construcciones abstractas y sistemáticas de la pandectística alemana del siglo XIX. Por otro lado, el civilista Theodor Viehweg sostiene que los juristas medievales permanecieron ligados al pensamiento casuístico y problemático romano, sin avanzar hacia el método característico de la época contemporánea en la Europa continental. Independientemente de la resolución de este debate, es indiscutible que la forma medieval de estudiar el Derecho fue un paso crucial dentro de la larga historia del pensamiento jurídico europeo. La ruptura entre Roma y la Alta Edad Media tuvo un impacto significativo en la cultura y el Derecho de Europa occidental. A partir del siglo V y hasta finales del siglo X, la ocupación de las tribus germánicas provocó una ruptura en la cultura y el Derecho, tanto en la relación con el Imperio romano oriental como en la cultura grecolatina que había prevalecido en Roma. Sin embargo, esta ruptura no fue total y hubo algunos elementos de continuidad que dieron lugar a nuevas formas sociales, jurídicas y políticas (Ruíz, 2009, p. 76).

Uno de los efectos jurídicos, según Ruíz (2009), más inmediatos de esta ruptura fue la difusión de una forma de producción del Derecho basada en la costumbre en lugar de en el Estado o la ley. Se observó un alto grado de pluralismo jurídico, con la existencia de normas jurídicas variables según las localidades (como los fueros, normas escritas específicas para una determinada localidad) e incluso según las personas. En particular, el concepto de "nación" (originalmente vinculado al lugar de nacimiento propio o de los antepasados), la religión y otros factores influyeron en la diversidad de normas jurídicas. Aunque existe debate sobre si la

renovación de los estudios jurídicos hacia un método más cercano al actual se produjo en la Edad Media o no, es innegable que esta época fue un período de vitalidad y desarrollo en los estudios jurídicos. La ruptura entre Roma y la Alta Edad Media generó cambios significativos en la cultura y el Derecho, pero también hubo elementos de continuidad y pluralismo jurídico que caracterizaron este período (Ruíz, 2009, p. 94). Las discrepancias contemporáneas sobre la naturaleza de la ciencia jurídica medieval se centran en dos posturas aparentemente divergentes. Por un lado, historiadores del derecho como Wieacker, Piano Mortari, Cannata y Hespanha sostienen que tanto los glosadores como los comentaristas o postglosadores iniciaron un método de estudio del derecho que fomenta el pensamiento sistemático. Por otro lado, el civilista Viehweg plantea que los juristas del *mos italicus* (Italia medieval) ejercitaron un pensamiento similar al de los jurisprudentes romanos, caracterizado por ser problemático, casuístico y no sistemático, basado en la búsqueda inductiva de soluciones justas a partir de criterios comunes en casos concretos. En cuanto a la faceta historiográfica, es cierto que el trabajo de los glosadores se centraba más en el análisis exegético y no tanto en la sistematización. Su labor se basaba en las glosas o aclaraciones que agregan a los pasajes de los textos romanos, especialmente *El Digesto*, con el fin de delimitar su significado. Su tarea principal era analizar las reglas casuísticas del derecho romano transmitido por Justiniano, y no tanto sistematizadas adecuadamente. Esta perspectiva analítica se refleja en obras características de los glosadores, como los vocabularios jurídicos y los comentarios y lecciones en los que glosan el Digesto siguiendo su orden textual, que no era especialmente sistemático. Los glosadores aceptaban los textos tal como eran y trataban de conciliarlos lógicamente entre sí en el marco de una investigación eminentemente analítica (Ruíz, 2009, p. 80).

Sin embargo, según Ruíz (2009) es importante tener en cuenta que esta perspectiva histórica no excluye la existencia de elementos sistemáticos en el trabajo de los glosadores y comentaristas. Aunque su enfoque principal era analítico y casuístico, también se puede encontrar evidencia de un pensamiento más sistematizador en sus contribuciones. Por lo tanto, la postura de los historiadores que resaltan la naturaleza sistemática de la ciencia jurídica medieval parece estar respaldada por los elementos analizados. Es necesario tener en cuenta que las discrepancias teóricas en este tema a menudo provienen de malentendidos en el planteamiento analítico de los conceptos utilizados, como es el caso de la interpretación de Viehweg. La ciencia jurídica medieval de los glosadores y comentaristas presenta una combinación de enfoques

analíticos y sistemáticos. Aunque su trabajo se centraba principalmente en el análisis y la interpretación exegética de los textos romanos, también se pueden identificar elementos sistemáticos en sus contribuciones. La comprensión precisa de la naturaleza de la ciencia jurídica medieval requiere un análisis cuidadoso y una síntesis sistemática de los diferentes enfoques presentes en esta época. En la faceta conceptual de esta discrepancia doctrinal, la contraposición entre la tópica y la sistematicidad planteada por Viehweg adolece de una malinterpretación básica de la noción de sistema axiomático y conlleva ambigüedades y confusiones en relación al papel de la lógica en la argumentación jurídica. Además, está sesgada por el prejuicio central de que los estudios jurídicos no deben intentar desarrollar sistemas deductivos cerrados basados en criterios preordenados y abstractos, y que tal intento está destinado al fracaso (Ruíz, 2009, p. 80).

Bajo este criterio categórico, según Ruíz (2009), el método tópico y problemático sería el único aceptable para estudiar el Derecho, e incluso se argumenta que es inevitable que prevalezca, a pesar de las pretensiones de aquellos que defienden enfoques más sistemáticos. Sin embargo, esta valoración metodológica, aparte de ser discutible por sí misma, proporciona una imagen distorsionada de las diferentes modalidades de reflexión jurídica. No solo son posibles amplias sistematizaciones del Derecho más o menos cerradas y relacionadas con los criterios ético-sociales que sustentan sus interpretaciones, sino que también es posible el desarrollo de formas tópicas de pensamiento jurídico basadas en criterios arbitrarios, éticamente superados o incoherentes con soluciones aceptables para otros problemas similares. Además, es perfectamente factible y viable un tipo de pensamiento jurídico que, partiendo de un enfoque inicialmente problemático y tópico, progresivamente elabora relaciones y principios abstractos sobre el material jurídico, que pueden constituir la base de un sistema doctrinal organizado de forma deductiva. Esto es lo que ocurrió con la contribución de los juristas medievales. En resumen, los juristas medievales representan un paso intermedio entre la jurisprudencia romana y la ciencia jurídica contemporánea, y ya anticipan algunos rasgos típicos del método jurídico de la pandectística del siglo XIX, como la actitud dogmática hacia los textos jurídicos y la consideración unitaria del material jurídico, que comienza a organizarse de manera parcial en forma deductiva y sistemática. Por tanto, es importante reconocer que tanto la tópica como la sistematicidad pueden coexistir en el estudio del derecho, y que el desarrollo de un enfoque sistemático no implica necesariamente el abandono de la riqueza y flexibilidad que proporciona el enfoque tópico. La comprensión completa de la naturaleza de la ciencia jurídica medieval

requiere considerar tanto la faceta historiográfica como la conceptual, y superar los prejuicios y malentendidos para obtener una visión más equilibrada y precisa. El surgimiento del Estado moderno estuvo influenciado tanto por aspectos políticos como jurídicos durante la Edad Media. Aunque el derecho romano y canónico se consideraban como un lazo jurídico común para la cristiandad medieval, esta idea no se materializó plenamente. La cristiandad medieval estuvo caracterizada por conflictos entre el Imperio y el papado, así como por rivalidades entre los diferentes reinos, lo que condujo a la formación de los Estados modernos (Ruíz, 2009, p. 80).

En este contexto, según Ruíz (2009), tanto los glosadores y comentaristas como los juristas del "mos gallicus" (escuela jurídica francesa) desempeñaron un papel importante en el ámbito del derecho público y, por lo tanto, en el campo de la política, además de su influencia en el derecho civil. En un principio, los glosadores apoyaron decididamente el poder del emperador, al que atribuían el carácter de "legibus solutus" (sujeto solo a sus propias leyes). Algunas de las glosas al texto "Quod principi placuit, legis habet vigorem" de Ulpiano avanzaban un concepto voluntarista del poder político en el cual la "summa potestas" se presentaba como un elemento distintivo y característico de la asociación política. En general, los glosadores y comentaristas reconstruyeron y difundieron la imagen del príncipe legislador, según resume Tomás y Valiente. Esta visión contrastaba con la concepción más propia de la Alta Edad Media, donde el rey se consideraba sometido a la ley y el derecho se formaba principalmente a través de costumbres. Además, la alianza inicial entre el emperador y los juristas, que llevó a algunos glosadores a considerar al emperador como "dominus mundi" (señor del mundo) y "lex viva" o "lex animata" (ley viva o animada), más tarde se transformó en un apoyo de los juristas a los monarcas de los distintos reinos europeos. Los rasgos políticos y jurídicos del nacimiento del Estado moderno se entrelazaron en la Edad Media. Los estudios jurídicos medievales, aunque influyentes en la recepción del *ius commune*, también desempeñaron un papel importante en el ámbito del derecho público y en el desarrollo de la política. Los glosadores y comentaristas promovieron la imagen del príncipe legislador y apoyaron tanto al emperador como a los monarcas de los reinos europeos en diferentes momentos. El surgimiento de los reyes europeos como señores absolutos en sus reinos, adoptando el modelo del emperador, tuvo lugar a partir del siglo XII. Esto implicaba una concentración del poder interior, donde los reyes adquirirían un mayor dominio sobre la nobleza, así como una independización del poder imperial (*exemptio ab Imperio*). A finales del siglo XIII, se difundió en las cortes europeas una fórmula jurídica común que

afirmaba que el rey no reconocía a nadie como superior y era emperador en su propio reino (*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*). Esta doctrina, apoyada por el papado para debilitar al Imperio, fue elaborada por los juristas formados en el *mos italicus* y se basaba en textos e interpretaciones del Derecho romano que anteriormente se aplicaban en favor del emperador. Aquí radican las raíces medievales de la idea de soberanía, cuya derivación en el término francés "*souverain*" parece provenir de la expresión "*superiorem non recognoscens*" a través del vulgarismo latino "*superanus*" (Ruíz, 2009, p. 82).

La superioridad política del monarca, según Ruíz (2009), tanto hacia el exterior como dentro del reino, encontró su manifestación jurídica más destacada en la doctrina que consideraba a la ley, como norma expresamente ordenada por el rey, como el medio supremo y centralizado de gobierno. Esta concepción establecía a la ley como la fuente del Derecho jerárquicamente superior a cualquier otra. Esta primacía de la ley provocó un cambio en su relación previa con la costumbre. En la Edad Media, la costumbre tendía a predominar en ausencia de ley (costumbre *praeter* o *extra legem*), para su desarrollo o especificación (*secundum legem*) e incluso frente al texto expreso de la ley (costumbre *contra legem*). Sin embargo, con este renovado protagonismo de la ley, se debatió entre los juristas medievales la subordinación de la costumbre a la ley, y esto se centró en la interpretación del pasaje de Ulpiano sobre la *lex regia*. Durante el nacimiento del Estado moderno, los reyes europeos adoptaron el modelo del emperador como señores absolutos en sus reinos. Los juristas medievales desempeñaron un papel clave en esta transformación, promoviendo la idea de la soberanía real y estableciendo la ley como la fuente centralizada y suprema del Derecho, en contraposición a la costumbre. Esta evolución tuvo un impacto significativo en la estructura política y jurídica de los Estados modernos (Ruíz, 2009, p. 90).

Durante el surgimiento del Estado moderno, según Ruíz (2009), algunos juristas medievales interpretaron que la transferencia de autoridad al príncipe por parte del pueblo había sido una mera delegación, donde el pueblo no renunciaba a su imperio y potestad originaria y seguía controlando el poder legislativo del monarca. Esta interpretación se basaba en la doctrina de la "*concessio imperii*", en la que el pueblo mantenía la titularidad original del poder. Por otro lado, otros juristas sostenían que la transferencia había sido completa y definitiva, con la renuncia irrecuperable del imperio y la potestad originaria por parte del pueblo, concluyendo que

la costumbre ya no tenía la capacidad de derogar las leyes. Esta última perspectiva se basaba en la doctrina de la "translatio imperii". Con la consolidación de los reinos y su construcción como Estados centralizados y autoritarios, es evidente que la segunda tendencia prevaleció en los hechos, aunque no se especifica cuál de las dos posturas fue predominante. En el ámbito político y jurídico, estos fueron los rasgos esenciales que caracterizaron la creación del Estado moderno, que comenzó a surgir en Europa a partir del siglo XVI. Jean Bodin, jurista y humanista francés contemporáneo de Cujas, desempeñó un papel fundamental como su primer defensor teórico. Aunque inicialmente educado en el *mos gallicus*, Bodin se alejó de esa escuela cuando descubrió a Bartolo, Baldo y otros comentaristas del *mos italicus*, a quienes consideró como "príncipes de la ciencia jurídica". El descubrimiento de esta escuela jurídica italiana influyó en el método y el contenido de su obra, que se basa en elementos medievales como también se desarrolla en el contexto moderno de las guerras religiosas posteriores a la Reforma protestante. Es importante tener en cuenta que la organización europea a través de Estados territoriales no era la única forma en la que las organizaciones políticas medievales podrían haber evolucionado. Durante la Edad Media, dos formas alternativas rivalizaban con los reinos: las ciudades, que tuvieron un papel importante en Italia, Alemania y los Países Bajos, y el Imperio, que persiste parcialmente en Alemania y España, así como en Rusia y Turquía. Sin embargo, al final, la forma de los Estados territoriales se estableció como la principal y ha perdurado hasta la actualidad, aunque actualmente se enfrenta a desafíos y crisis. La formación del common law en Gran Bretaña fue un proceso que se desarrolló a partir del siglo XI, con la conquista normanda de Inglaterra en 1066, con la excepción de Escocia. A diferencia de otros países europeos donde la influencia del Derecho romano se hizo presente, en Inglaterra la dominación romana durante los primeros cinco siglos de nuestra era no dejó rastros jurídicos significativos. El common law puede caracterizarse por dos rasgos distintivos. En primer lugar, fue un derecho autóctono que se desarrolló de manera independiente al *ius commune*, el cual tenía sus raíces en el Derecho romano y adquirió gran importancia en el continente europeo. Aunque posteriormente se produjo cierta influencia del Derecho romano en Inglaterra, especialmente a través del contacto entre los juristas continentales y los británicos en las universidades, el common law se mantuvo principalmente como un sistema jurídico local y consuetudinario (Ruíz, 2009, p. 105).

En segundo lugar, según Ruíz (2009), el common law se estableció como un sistema jurídico centralizado en mayor medida que los derechos locales en la Europa continental. Esto se

logró a través de una fuerte centralización administrativa por parte de los reyes normandos, en la cual el Domesday Book desempeñó un papel importante como registro catastral para el control fiscal. Además, la centralización judicial también fue crucial en el proceso de unificación de los criterios jurídicos por parte de los tribunales reales. Esto implicó la organización de jueces itinerantes dependientes del poder central, quienes aplicaban el Derecho real a través de mandatos conocidos como writs o breves, que resolvían disputas legales. El common law se desarrolló así como un derecho consuetudinario que se basaba tanto en las leyes y costumbres de Inglaterra (*leges et consuetudines Angliae*) como en los criterios previos de los jueces en sus sentencias. A diferencia del derecho europeo-continental, la formación del common law fue principalmente obra de los jueces como juristas prácticos, con poca intervención de los juristas teóricos. Es importante destacar que la expresión "common law" tiene una fuerte ambigüedad, ya que en diferentes contextos puede referirse a cuatro tipos distintos de derecho. En primer lugar, puede oponerse al derecho consuetudinario local, siendo el derecho "común" de Inglaterra y Gales. En segundo lugar, puede referirse al derecho creado o declarado por los tribunales de common law y equity, en contraposición al derecho legislado, que es superior según la doctrina de la supremacía del Parlamento. En tercer lugar, puede hacer referencia al derecho utilizado por los tribunales de common law en sentido estricto, en contraste con el utilizado por la jurisdicción de la equity, la cual se fue desarrollando entre los siglos XIII y XV a través de las decisiones de justicia del Lord Chancellor. Finalmente, el término "common law" puede referirse al conjunto del derecho de Inglaterra y Gales, incluyendo el derecho legislado, en contraposición a cualquier derecho extranjero (Ruíz, 2009, p. 107).

El common law, según Ruíz (2009), se formó en Gran Bretaña como un sistema jurídico autóctono y consuetudinario, que se desarrolló de manera centralizada tanto en su administración como en su aplicación judicial. Aunque tuvo cierta influencia del Derecho romano en etapas posteriores, se diferenció significativamente del derecho europeo-continental y se estableció como el sistema jurídico predominante en Inglaterra y Gales. El common law se caracteriza por su enfoque práctico y no necesariamente sistemático, basado en el desarrollo de casos concretos y el razonamiento por precedentes. Esta característica explica la evolución única del sistema jurídico anglosajón, donde el derecho consuetudinario y judicial tuvo una fuerza significativa en comparación con la ley, a diferencia de las monarquías absolutas de la Europa continental. Aunque la ley aprobada por el Rey y el Parlamento se consideraba superior en

Inglaterra, siempre se partía del supuesto de que el common law era el sustrato preexistente. De hecho, los jueces ingleses tendían a considerar el derecho legal como excepcional y a interpretarlo de manera restrictiva, aplicando en la medida de lo posible el common law. La práctica judicial y su tradición interpretativa, así como el estilo mismo de las leyes, que solían ser más descriptivas y detalladas en lugar de abstractas y sistemáticas, también dificultaron el trabajo de interpretación de los jueces en relación con los textos legales. En esta tradición, los jueces siempre estuvieron mejor preparados y dispuestos para interpretar precedentes judiciales previos que resolvían casos concretos. Esto dio lugar al sistema de precedentes, que se fue fortaleciendo gradualmente en Inglaterra (Ruíz, 2009, p. 107).

En teoría, de acuerdo con el sistema del stare decisis, que aún se aplica de manera similar en todos los sistemas jurídicos de raíz anglosajona, según Ruíz (2009), las decisiones judiciales se toman buscando casos anteriores iguales o similares y les dan la misma solución. Sin embargo, en la práctica, este esquema rígido, que si se aplicara al pie de la letra impediría la evolución del ordenamiento jurídico a menos que se realicen modificaciones legislativas, se ha flexibilizado mediante el uso de técnicas interpretativas características del sistema. Estas técnicas incluyen, en primer lugar, la distinción en las sentencias entre la ratio decidendi, que es la parte vinculante y limitada en ocasiones, y los obiter dicta, que son afirmaciones incidentales y no tienen fuerza obligatoria. En segundo lugar, se utiliza la práctica del distinguishing, que consiste en encontrar diferencias relevantes entre los hechos de casos anteriores y los del caso presente para evitar la aplicación del precedente y, al mismo tiempo, establecer una nueva regla. El common law se basa en el razonamiento por precedentes, donde los jueces interpretan y aplican el derecho en función de decisiones judiciales anteriores. Esta práctica ha permitido la evolución del sistema jurídico anglosajón, adaptándose a las circunstancias cambiantes y creando reglas nuevas a través de la distinción entre casos y la interpretación flexible de los precedentes. El Estado moderno, como nuevo sustrato político, fue ideológicamente consolidado por el iusnaturalismo racionalista. Jean Bodin, un jurista y filósofo político francés del siglo XVI, teorizó sobre la soberanía y su relación con el Estado moderno en su tratado "Les Six Livres de la République". Bodin fue influenciado por el pensamiento aristotélico y los grandes juristas medievales, y presenció las luchas religiosas que marcaron el inicio de la modernidad después de la Reforma. El primer contraste es entre la razón secularizada e individual de los pensadores modernos y la razón teológica y eclesial de los medievales. Con el surgimiento del pensamiento

moderno, la razón se seculariza y se independiza del magisterio eclesiástico. Aunque no implica necesariamente la desaparición de la religión, la razón individual adquiere primacía y se convierte en un instrumento igualmente accesible para todos los hombres (Ruíz, 2009, p. 110).

El segundo contraste es entre la razón causal de los modernos y la razón teleológica o finalista de los medievales, según Ruíz (2009). Mientras que en la Edad Media la razón se entendía como el plan divino y la finalidad del hombre, en el pensamiento moderno se enfoca en las causas y efectos de la naturaleza física. Se privilegia el razonamiento deductivo y matemático como método para comprender la realidad. El tercer contraste es entre la razón demostrativa de los medievales y la razón interpretativa de los modernos. En la Edad Media, la razón se consideraba un contenido fiable y basado en la fe, mientras que en la modernidad se enfatiza el razonamiento como capacidad discursiva y se recurre al cálculo y la interpretación. Estos cambios en la concepción de la razón marcan las transformaciones intelectuales y culturales que se produjeron entre la Edad Media y la Moderna. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estos contrastes representan modelos conceptuales ideales y que no todos los pensadores de cada época se ajustaron estrictamente a ellos. En el pensamiento medieval, la ética y la política se consideraban asuntos opinables y se apoyaban en argumentos retóricos basados en la tradición y la autoridad. Estos argumentos eran a posteriori, es decir, fundamentados en la experiencia y la tradición, y por lo tanto, falibles. Sin embargo, el racionalismo adopta un enfoque opuesto, buscando una ética rigurosa y deductiva. Pretende basarse en la demostración lógico-matemática y moverse en el ámbito de la razón, utilizando argumentos a priori, es decir, basados en la razón y autoevidentes. Este cambio de método implica el desprestigio del argumento de autoridad, ya que el racionalismo considera que citar a los autores clásicos no es aceptable ni necesario. Los iusnaturalistas modernos presentan sus ideas de manera clara y directa, similar al lenguaje sintético del derecho o la sentencia silogística. El estilo de estos pensadores, como Hobbes, Spinoza, Locke y Rousseau, se caracteriza por argumentar y desarrollar demostrativamente uno o unos pocos principios. Además, el racionalismo también rechaza la tradición en general, y esto se relaciona con la primacía de la ley racional que privilegia el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración. Se prioriza la ley sobre la costumbre, la opinión de los doctores y otras formas de expresión jurídica. Este enfoque de la razón y la ley racional se adaptó perfectamente a los intereses políticos de las monarquías absolutas de la época (Ruíz, 2009, p. 110).

La superioridad del Derecho natural y cómo ha evolucionado su comprensión en la transición hacia la modernidad, según Ruíz (2009). En el pensamiento medieval, el iusnaturalismo se caracterizaba como "ontológico", ya que consideraba al Derecho natural como el verdadero modelo al que el Derecho positivo debía ajustarse para ser legítimo. En este enfoque, el Derecho natural se identificaba con la moral y, en particular, con la justicia. Sin embargo, en el iusnaturalismo moderno, se adopta una perspectiva "deontológica". Aquí, el Derecho natural, o los derechos naturales, se ven más como un punto de referencia o ideal al que el Derecho positivo debería aspirar, en lugar de ser su esencia o modelo conceptual. En este sentido, es el Derecho natural el que se presenta como moral, pero la moral se convierte en un referente ideal para el Derecho positivo, en lugar de ser su esencia misma. Esta nueva dirección también implica una distinción entre la moral y el Derecho positivo, e incluso se plantea como una separación en algunos iusnaturalistas. Esta diferenciación se debe a la concepción del Derecho positivo como un conjunto de normas coactivas respaldadas por el poder político, que no necesariamente coinciden con la moral. Su existencia permite superar la situación en la que sólo rige el Derecho natural, lo que conduciría a una falta de seguridad para los seres humanos. La distinción entre moral y Derecho se encuentra implícita en la separación entre el estado de naturaleza, donde rigen los criterios morales del Derecho natural sin una autoridad política común, y el estado civil, en el que el Derecho positivo impone reglas coactivas que pueden no coincidir siempre con el Derecho natural e incluso violar los derechos naturales de los individuos.

En la versión simple del contrato social defendida por Hobbes, Spinoza y Rousseau, se establece un único contrato llamado *pactum unionis*, esto según Ruíz (2009). Este contrato tiene una doble función: es tanto un acto de asociación horizontal como de sumisión al poder político vertical. Según esta perspectiva, el pueblo se constituye como tal y se organiza políticamente en un solo acto, sin necesidad de realizar otro pacto adicional. En este sentido, pueden someterse a un tercero, como un rey o un parlamento, o en el caso excepcional de Rousseau, someterse democráticamente a sí mismos como comunidad política. Esta versión del contrato único es más coherente con posiciones no estrictamente liberales, ya sean autoritarias (como en Hobbes, donde el contrato es entre individuos en favor de un soberano) o democráticas (como en Rousseau o, en parte, en Spinoza). En cuanto al contenido del contrato, se trata fundamentalmente de transferir al Estado una parte de los derechos que los individuos tienen en el estado de naturaleza. La

transferencia se realiza a través de la renuncia correspondiente de los individuos a varios o todos sus derechos naturales. El Estado, a su vez, puede restablecer algunos de estos derechos en forma de derechos positivos o civiles, que los ciudadanos pueden recuperar en mayor o menor medida. Sin embargo, existen variaciones significativas entre los autores en cuanto a la naturaleza y extensión del contenido del contrato social. Estas diferencias se manifiestan en las diferentes formas de gobierno propuestas por los iusnaturalistas, y se pueden identificar tres modelos distintos: el liberal, el autoritario y el democrático. En el contexto del iusnaturalismo racionalista, uno de los temas importantes relacionados con la sociedad civil o el Estado es el de los límites del poder político y el derecho de resistencia de los ciudadanos. Esto está estrechamente relacionado con la perspectiva deontológica del iusnaturalismo moderno (Ruíz, 2009, p. 110).

En teoría, según Ruíz (2009), la lógica subyacente en el modelo iusnaturalista lleva a la conclusión de que el poder político se justifica en la medida en que garantiza los derechos naturales de los individuos. Por lo tanto, la falta de protección o, aún más, la violación directa de estos derechos por parte del Estado constituiría una violación del contrato social y daría a los ciudadanos la libertad de desobedecer y oponerse al poder. Sin embargo, entre los iusnaturalistas más influyentes, solo Locke acepta explícitamente el derecho de rebelión ante un poder injusto, lo que se conoce como "apelación al cielo". Esta idea sostiene que cuando el gobernante incumple el pacto y se encuentra en estado de guerra con sus súbditos, estos últimos tienen el derecho de volver al estado de naturaleza y resistirse al poder. Por otro lado, la mayoría de los iusnaturalistas racionalistas, tanto los más destacados como otros menos conocidos, no sólo toleraron el absolutismo político de su época, sino que también tendieron a negar, en mayor o menor medida, el derecho de resistencia. Entre los más radicales negadores se encuentra Hobbes, quien utilizó la estructura del iusnaturalismo para justificar una concepción prácticamente positivista del derecho. Según Hobbes, el derecho positivo es el único existente y legítimo, ya que el soberano es la única autoridad legítima para decidir qué es justo o injusto. La concepción de la sociedad civil en el iusnaturalismo racionalista plantea cuestiones fundamentales sobre los límites del poder político y el derecho de resistencia de los súbditos. Aunque Locke reconoció el derecho de rebelión, otros iusnaturalistas tendieron a negar este derecho y justificaron el absolutismo político. Cada autor tenía su propia perspectiva sobre cómo se debían establecer y proteger los derechos naturales en el contexto de la sociedad civil. En su obra *¿Qué es la ilustración?* Kant acepta la afirmación de Federico II de Prusia: "Razonad cuanto queráis y sobre

lo que queráis, pero obedeced". Sin embargo, el "pero" en esta afirmación es significativo, como se evidencia en otras consideraciones conservadoras presentes en los escritos de Kant (Ruíz, 2009, p. 110).

Una de las paradojas que surge es cómo el contrato, una categoría que se caracteriza por la primacía de la voluntad, ha sido privilegiada por corrientes de pensamiento racionalista, según Ruíz (2009). Sin embargo, es importante destacar que la apelación al consentimiento por parte de los iusnaturalistas modernos no fue particularmente voluntarista en el sentido de otorgar primacía y autonomía a la voluntad por sí sola, separada de la razón. Todos estos pensadores, incluso aquellos que defendieron un consentimiento hipotético, consideraban la voluntad racional y reservaban un papel decisivo a la razón como fundamento ideal de la organización política. Además, cuando se habla de la libertad como autonomía individual, valor moral central en el contractualismo racionalista y en Kant, también se refiere a una voluntad racional y no arbitraria o caprichosa. Es importante destacar que la contraposición entre voluntarismo y racionalismo puede resultar engañosa en otro sentido. Es perfectamente posible defender tanto el racionalismo como una postura voluntarista radical, hasta atribuir un valor moral obligatorio a ciertos pactos, promesas o normas, como lo hizo Thomas Hobbes. Para comprender este aspecto, es necesario diferenciar entre racionalismo e intelectualismo y señalar que el voluntarismo se opone al segundo, pero no necesariamente al primero. El racionalismo se puede entender como un método de pensamiento y justificación del conocimiento que considera a la razón, especialmente en su aspecto deductivo y matemático, como el instrumento para todo conocimiento, excluyendo la fe, las tradiciones, las emociones o la voluntad pura. En este sentido, existe un continuo gradual desde el racionalismo hasta su extremo opuesto, permitiendo diferentes grados de racionalismo e irracionalismo. Por ejemplo, el rigor conceptual de Descartes o Hobbes refleja un máximo racionalismo, mientras que una posición menos racionalista podría atribuirse a Aquino, con sus apelaciones frecuentes a la fe y la autoridad de sus predecesores.

Por otro lado, según Ruíz (2009), el intelectualismo y el voluntarismo pueden entenderse como concepciones sobre el fundamento de la obligación del Derecho, especialmente en la época moderna y con respecto al derecho positivo, dada la importancia racional atribuida al derecho natural. En este sentido, el intelectualismo sostiene que las normas jurídicas son válidas sólo si son conformes a criterios de justicia o razón, y no basta con que hayan sido ordenadas por la

autoridad o pactadas por los interesados. De esta manera, una norma injusta o una promesa inmoral carecerán de validez. Si consideramos la distinción anterior, es perfectamente posible sostener un racionalismo voluntarista o no intelectualista, como el de Hobbes, que justifica con criterios racionales la primacía de la voluntad del soberano. Esta concepción contrasta tanto con la visión de Tomás de Aquino, quien considera que la ley es una "ordenación de la razón", como con la idea de Rousseau de que las leyes son el resultado de una voluntad general esencialmente justa. En general, el iusnaturalismo racionalista, con Hobbes como su exponente más extremo, fue principalmente voluntarista en su concepción del derecho positivo, admitiendo que las leyes positivas pueden ser inmorales. Si hubieran considerado que las normas jurídicas deben ser racionales o justas para ser válidas, la concepción de los iusnaturalistas modernos sobre el derecho de resistencia ante normas injustas habría sido muy diferente. En el núcleo de su propuesta, utilizaron el método racionalista para justificar un poder político que, idealmente, debía tener en cuenta, aunque de manera hipotética, el consentimiento y, por lo tanto, la libertad de los gobernados (Ruíz, 2009, p. 135).

En general, según Ruíz (2009), se puede hacer un balance crítico del modelo iusnaturalista moderno en comparación con el modelo clásico y medieval. La diferencia principal entre ambos modelos radica en la visión de la relación entre los individuos y la organización social y política. En el modelo clásico y medieval, esta relación se percibe como natural y superior a los individuos, mientras que en el modelo moderno se concibe como voluntaria y al servicio de los individuos. La pregunta de cuál de los dos modelos es más adecuado depende del contexto. Si buscamos describir la historia humana y las tendencias sociales fundamentales, el modelo aristotélico se acerca más a la realidad. Los seres humanos nacen en comunidades "naturales" en el sentido de que no son voluntarias y tienen pautas y autoridades preestablecidas. Estas comunidades tienden a comportarse como totalidades orgánicas, con derechos propios y superiores a los de sus miembros. Sin embargo, si buscamos justificar éticamente la organización social y política, la descripción anterior no resulta satisfactoria. ¿Qué sucede si la autoridad natural es despótica? ¿Qué ocurre si las normas impuestas son opresivas y limitan las formas más básicas de libertad e igualdad? ¿Es suficiente la existencia de pautas tradicionales y autoridades naturales para justificar tales situaciones? Es aquí donde adquiere importancia normativa el modelo iusnaturalista moderno, que inventa el concepto de estado de naturaleza y contrato social. Aunque hoy en día podamos considerarlos como meras hipótesis o ficciones regulativas,

este modelo también introduce la categoría de los derechos humanos. Así se establecen las bases de la forma más poderosa de limitar el poder político y garantizar los derechos individuales en toda la historia (Ruíz, 2009, p. 135).

Desde la perspectiva de Ruíz (2009), Aristóteles y Tomás de Aquino tenían razón en términos de los hechos observables, pero Locke y Kant tenían razón en lo que respecta a las justificaciones éticas y normativas. El modelo iusnaturalista moderno, con su énfasis en los derechos humanos, ha brindado una poderosa forma de limitar el poder político y garantizar la protección de los individuos. A diferencia de la enseñanza del *ius commune*, que en muchos países europeos seguía siendo repetitiva y basada en métodos medievales, la teoría iusnaturalista surgió inicialmente con cierta desconexión del estudio y la práctica jurídica. Sin embargo, sus construcciones tendrían una influencia decisiva tanto en los profundos cambios que experimenta el Derecho a partir del siglo XVIII, como en la ciencia jurídica desarrollada durante el siglo XIX, aunque este último aspecto queda fuera del alcance de este capítulo. En los tres epígrafes de esta parte se tratan tres manifestaciones diferentes de la importancia del iusnaturalismo en la doctrina jurídica moderna. En primer lugar, se resumen los principales puntos de vista de la concepción kantiana del Derecho, como una síntesis de la teoría jurídica iusnaturalista. En segundo lugar, se esquematiza la evolución de las doctrinas modernas sobre el Derecho internacional, tomando el cosmopolitismo kantiano como punto culminante de este período. En tercer lugar, se analiza la influencia del iusnaturalismo en las dos grandes ideas transformadoras del sistema jurídico que marcan el cambio de la época moderna a la contemporánea: la codificación, principalmente en el ámbito del Derecho privado, y el constitucionalismo, en el ámbito del Derecho público (Ruíz, 2009, p. 141).

El paso de la teoría política iusnaturalista a la jurídica, del Estado al Derecho, no es abrupto. Según Bobbio (2018), el sentido fundamental del iusnaturalismo racionalista se puede reducir a una efectiva racionalización del Estado. Esta caracterización puede dividirse en dos elementos: en cuanto al método, este iusnaturalismo es una teoría racional o racionalista del Estado, y en cuanto al resultado, es una teoría del Estado racional, es decir, una doctrina que justifica al Estado como una fórmula política conforme a la razón, donde los individuos pueden desarrollar plenamente sus derechos, ejercer su libre consentimiento y realizarse como seres racionales. En este sentido, Hobbes prefigura la gran justificación hegeliana del Estado como una

entidad absolutamente racional. La teoría racionalista del Estado racional tiene su correspondencia jurídica en lo que puede llamarse una teoría racional del Derecho racional. Esta correlación se refleja en la doctrina estatalista del Derecho como instrumento racional, donde la ecuación Estado-Derecho aparece en perfecta correspondencia. Esta correspondencia se manifiesta no sólo en expresiones características como los códigos y las constituciones, sino también en el ámbito del Derecho internacional. En el siglo XIX, estas ideas se sintetizan en la importante noción de Estado de Derecho. La formulación más completa de esta teorización racionalista del Derecho racional se encuentra en el universalismo de la doctrina kantiana, que Marx caracterizó como "la filosofía alemana de la Revolución Francesa". Esta filosofía se manifiesta en dos temas fundamentales, que se desarrollan sucesivamente en los dos primeros epígrafes del capítulo. El primero es el universalismo jurídico-moral, que destaca la teoría del Derecho natural o ideal. Kant elabora esta teoría bajo la noción de ley, cuyo propósito es coordinar las libertades individuales. Esta teoría sintetiza la contribución fundamental del iusnaturalismo racionalista, al presentar el Derecho como una ley que refleja idealmente la voluntad racional y al dar preeminencia a la libertad individual como derecho básico protegido por la ley. La segunda manifestación destacada de la filosofía kantiana es su universalismo jurídico-político. Kant parte de la necesidad del Estado para proponer una comunidad internacional pacífica en forma de una asociación voluntaria de Estados constitucionales. En este sentido, el Estado, aunque de naturaleza democrática, sigue siendo el protagonista principal de la doctrina jurídica del iusnaturalismo según lo sintetiza Kant (Ruíz, 2009, p. 145).

Estos dos aspectos del universalismo se relacionan estrechamente con la codificación y el constitucionalismo, que son los fenómenos que culminan y cierran la época moderna, según (2009). El espíritu geométrico y racionalista de esta época llevaba a la necesidad de las ideas de código y constitución en el campo del Derecho. Los códigos y constituciones marcan el comienzo de la época contemporánea y durante todo el siglo XIX, bajo diferentes enfoques doctrinales y con una evolución compleja, se sigue la misma estela de espíritu codificador y constitucionalista que todavía hoy se mantiene, aunque con desafíos y dificultades. Con el iusnaturalismo racionalista, se rompe la estricta conexión entre el Derecho natural y el Derecho positivo que había mantenido la escolástica debido a la influencia del pensamiento teológico católico. En la configuración moderna de las relaciones entre Derecho natural y positivo, mientras el primero se considera como un Derecho ideal pero no necesariamente efectivo, el

segundo se ve como un Derecho efectivo pero no necesariamente moral. En el enfoque de la mayoría de los iusnaturalistas racionalistas, que se preocupaban más por las relaciones entre el Estado y el individuo que por las relaciones entre Estados, estas últimas fueron concebidas como relaciones propias del estado de naturaleza, reguladas por criterios morales anteriores al Derecho positivo, pero con poca efectividad. Además, con el iusnaturalismo racionalista se comenzó a atribuir derechos a los Estados, considerándolos sujetos con iguales derechos entre sí. Esto se convirtió en una visión común, aunque en el pasado los Estados no eran vistos de esta manera (Ruíz, 2009, p. 147).

En su tesis doctoral Miguel Magaña Luna titulada *Entre iusnaturalismo y positivismo* (2015) reconstruye el positivismo considerando que el positivismo jurídico se caracteriza por concebir el derecho como un conjunto de normas creadas e impuestas por seres humanos. Sus defensores enfocan la tarea de la ciencia jurídica en el estudio, aplicación y cumplimiento de estas normas. El positivismo jurídico se centra en describir el derecho tal como es en un tiempo y lugar determinados, haciendo referencia a criterios formales en lugar de criterios morales o éticos para identificarlo. Según el positivismo, no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. En el positivismo jurídico, el objeto del derecho son las leyes promulgadas por un órgano autorizado por una ley superior para hacerlo. No se cuestiona el contenido de estas leyes, sino que se verifica que hayan cumplido formalmente con los requisitos de promulgación. La teoría pura del derecho de Kelsen se centra exclusivamente en conocer su propio objeto, es decir, cómo es el derecho en sí mismo. No se plantea la cuestión de cómo debería ser el derecho o según qué criterios debe construirse. Bobbio identifica al positivismo jurídico como teoría y como ideología. Como teoría, se refiere a la concepción que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer la coacción, es decir, el Estado. Históricamente, esta teoría surge como la expresión de la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado en la formación del Estado moderno. El positivismo jurídico se enfoca en el estudio y aplicación de las normas jurídicas establecidas por los seres humanos, sin considerar necesariamente su conexión con la moral. Se centra en la forma de las normas jurídicas y en la autoridad estatal como fuente del derecho. En el positivismo jurídico, la norma se considera parte de un sistema normativo completo en sí mismo. Este sistema es coactivo y tiene supremacía sobre otras fuentes del derecho, como la costumbre. Se ve la actividad del jurista o

del juez como una actividad fundamentalmente lógica, centrándose en la interpretación y aplicación del derecho.

Luís Prieto Sanchís en *El constitucionalismo de principios, ¿entre el naturalismo y el positivismo* (1996) Bajo la denominación de positivismo teórico, se agrupan diversas tesis independientes que abordan lo que comúnmente se conoce como la "naturaleza" del Derecho. Aunque no resulta completamente claro cuáles son estas tesis en concreto, se pueden formular las siguientes:

- a) La vinculación del Derecho con la fuerza: Esta tesis plantea que las normas jurídicas dependen del respaldo de la fuerza, ya sea en el sentido de que necesitan de coerción para ser efectivas, o en el sentido de que regulan y organizan dicha fuerza.
- b) Una concepción estrictamente estatalista del Derecho: Esta perspectiva atribuye a la ley un cuasi monopolio en la producción jurídica (legalismo), considerando al Estado como el principal actor en este ámbito.
- c) Una teoría imperativista de la norma jurídica: Esta teoría concibe principalmente a la norma jurídica como una regla de conducta dirigida a los ciudadanos, estableciendo mandatos y obligaciones para su cumplimiento.
- d) La idea del Derecho como sistema: Se entiende al Derecho como un conjunto ordenado de normas que forman una unidad coherente y sin contradicciones, donde su comprensión y análisis requiere considerar el sistema en su totalidad.
- e) Una teoría mecanicista de la interpretación: Según esta teoría, la aplicación del Derecho se ajusta al método de la subsunción, donde el juez desempeña una función "neutral" o de mero autómatas, aplicando las normas de manera mecánica.

Estas tesis representan diferentes aspectos dentro del positivismo teórico y abordan cuestiones relacionadas con la relación del Derecho con la fuerza, el papel del Estado, la naturaleza de las normas jurídicas, la estructura del sistema jurídico y el enfoque de interpretación utilizado en su aplicación. , parece que esta es una de esas tesis insostenibles que han sido repetidamente atribuidas a los iuspositivistas por sus adversarios, pero que nunca han sido defendidas por los propios iuspositivistas. Por otro lado, en su versión más moderada, el positivismo ideológico sostiene que el Derecho, por el mero hecho de ser un sistema regulado de convivencia, garantiza ciertos valores morales, como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, entre otros. Sin embargo, en cualquiera de sus versiones, considero que el positivismo ético resulta ser una tesis poco congruente con el positivismo, ya que traiciona uno de sus principios fundamentales: el enfoque neutral hacia el Derecho, en el cual no se admiten planteamientos de obligatoriedad moral.

Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y otorga al derecho, simplemente por existir, un valor positivo sin considerar su correspondencia con un derecho ideal. Esta ideología está estrechamente vinculada a la exaltación del Estado, donde la voluntad estatal determina lo que es ley y la impone. En el positivismo, prevalece lo establecido por la voluntad estatal sobre cualquier otro valor, incluso sobre opiniones discordantes. En términos generales, el positivismo jurídico afirma la validez de las leyes sin importar su contenido material. Si se le otorga un peso primordial a las leyes en sí mismas, estamos dentro del campo del positivismo jurídico. Por su parte, el positivismo jurídico establece que el ordenamiento de las normas se aplica por medio de la coacción, basándose en la definición de una norma jurídica en consonancia con una norma fundamental. En este sentido, se otorga la supremacía a la ley escrita por encima de otras fuentes del derecho, como el derecho consuetudinario, el derecho científico y el derecho judicial. Estas dos corrientes dominan la interpretación de la norma jurídica y son abordadas desde la hermenéutica jurídica, que cuestiona el procedimentalismo y busca una concepción del derecho que no se limite a una trasposición teórica de perspectivas. El concepto de norma está relacionado con el concepto de norma según Kelsen se refiere al sentido de un acto que ordena, permite o autoriza un comportamiento específico. Es importante tener en cuenta que la norma, como sentido de un acto intencional dirigido hacia el comportamiento de otro, es diferente del acto de voluntad del cual deriva su sentido. Mientras que la norma representa un deber, el acto de voluntad representa un ser.

Por lo tanto, cuando nos referimos a un acto normativo, debemos describirlo mediante el enunciado: "alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera". La primera parte del enunciado se refiere al hecho real de la voluntad que existe, mientras que la segunda parte se refiere al deber, es decir, a la norma como sentido del acto. Es incorrecto afirmar, como se hace a menudo, que el enunciado "un individuo debe algo" no significa nada más que "otro individuo quiere algo". La enunciación de un deber no puede reducirse a la enunciación de un simple hecho. La distinción entre ser y deber no puede ser explicada de manera más precisa, ya que se encuentra directamente dada en nuestra conciencia. Según Kelsen, la norma representa el sentido de un acto normativo que impone un deber de comportamiento sobre otro individuo, y esta distinción entre ser y deber es fundamental para comprender adecuadamente el concepto de norma:

"Norma" es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento-.Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser. De ahí que la circunstancia de hecho que se presenta en el caso de un acto semejante, tendrá que ser descrita mediante el enunciado: alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera. La primera parte del enunciado se refiere a un ente existente, el hecho real del acto de voluntad; la segunda parte, a un deber, a la norma como sentido del acto. Por ello no corresponde -como muchas veces se afirma- sostener que el enunciado: "un individuo debe algo", no significa nada diferente de: "otro individuo quiere algo"; es decir, que la enunciación de un deber pudiera reducirse a la enunciación de que algo es. (Kelsen, 1982, p. 19).

Desde la perspectiva de esta tesis existen varias clasificaciones del positivismo, todas ellas con cierto grado de acierto, pero ninguna logra capturar completamente el sentido exacto del positivismo jurídico. Yezid Carrillo de la Rosa y Joe Caballero Hernández en su texto *Positivismo jurídico* (2021) afirman que la clasificación estándar propuesta por Bobbio fue ampliamente aceptada, la cual distinguía entre positivismo teórico, ideológico y metodológico. Sin embargo, esta clasificación presenta diversas problemáticas, como la incapacidad de explicar el iuspositivismo sociológico y la inclusión del positivismo ideológico, que en realidad no es una forma de positivismo, sino una ideología política que utiliza el derecho positivo como estrategia de poder. También se ha establecido una distinción entre positivismo formalista y antiformalista, donde se incluye en el primer grupo a la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, y en el segundo grupo se encuentran todas las corrientes posteriores que critican o desconocen los postulados básicos del formalismo. Sin embargo, esta clasificación presenta dificultades, ya que si bien se entiende que el formalismo sostiene que el derecho está compuesto por reglas unívocas que conforman un sistema completo, coherente y claro, no se explica adecuadamente qué se entiende por antiformalismo. En esta categoría podrían incluirse corrientes que no son necesariamente positivistas, siempre y cuando nieguen los postulados del formalismo. Incluso, puede ocurrir que se incluyan corrientes como el "derecho como integridad" dentro del

formalismo, a pesar de que sostienen que no hay lagunas en el sistema jurídico, ya que los vacíos del derecho positivo son suplidos por principios morales y directrices políticas.

El iuspositivismo se refiere a las teorías jurídicas que dominaron desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX y que sostuvieron la tesis de separación radical entre el derecho y la moral. Estas teorías incluyen el positivismo teórico, sociológico y metodológico. Los iuspositivistas defienden que el derecho debe ser definido únicamente por su positividad, sin una conexión conceptual necesaria entre las reglas jurídicas. Esto significa que los ordenamientos jurídicos positivos no están vinculados ni subordinados a ninguna doctrina moral o forma de moralidad crítica, sino a fuentes autorizadas de derecho. Según el iuspositivismo, el derecho puede ser considerado como tal incluso si se considera inmoral o injusto. Kelsen, una figura emblemática del positivismo jurídico, argumenta que el derecho y la moral son órdenes sociales distintas y separadas. Para él, no existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y lo justo. Kelsen distingue entre normas jurídicas y normas morales, considerándolas como objetos de estudio de ciencias normativas diferentes: la ciencia jurídica y la ética. Además, Kelsen diferencia las ciencias normativas de las ciencias naturales.

Según Kelsen, la diferencia entre el derecho y la moral no radica en el tipo de comportamiento que prescriben, ya que ambos son normas sociales, ni en su creación o aplicación, ya que ambas dependen de la costumbre o de una decisión deliberada. La distinción se encuentra en que las normas morales no establecen sanciones, a diferencia de las normas jurídicas, o si lo hacen, son meros reproches de aprobación o desaprobación de conductas. Por lo tanto, no es el contenido de las normas, sino la forma en que prescriben o prohíben una conducta, lo que distingue a la moral del derecho. El derecho, según el iuspositivismo, es un orden social que busca la realización de una conducta específica y que impone una coerción socialmente organizada a aquellos que actúan en contra de ella. Esta característica coercitiva no se encuentra en el ámbito moral. Por lo tanto, es posible que exista un derecho que se ajuste a principios morales (derecho justo) o que no lo haga (derecho injusto), pero esto no afecta su naturaleza jurídica. El argumento de la separación conceptual entre el derecho y la moral, en su forma radical según el iuspositivismo, puede respaldarse en concepciones metaéticas subjetivas, escépticas o relativistas. Sin embargo, esto no significa que la moral no exista o que el derecho no deba aspirar a ser justo. Al contrario, el derecho siempre debe esforzarse por armonizarse con

la norma moral de justicia, reconociendo que existen diferentes sistemas morales o de justicia, que pueden ser incognoscibles racionalmente, objetivamente válidos según el contexto o percibidos de diversas formas. Por lo tanto, la calificación de un derecho como moralmente correcto depende del sistema moral elegido, de la percepción o de la subjetividad del emisor. El neiuspositivismo surge como respuesta a las críticas dirigidas hacia la teoría positivista durante la segunda mitad del siglo XX, cuando se popularizó la idea de los derechos humanos y su incorporación en los Estados democráticos a través de pactos, convenciones y constituciones. Estas corrientes neiuspositivistas, identificadas como positivismo incluyente y excluyente, cuestionan una idea central del iuspositivismo: la separación entre el derecho y la moral como órdenes sociales diferenciados y diferenciables, así como la dependencia del derecho en una regla de reconocimiento basada en fuentes sociales. Es innegable que los sistemas jurídicos democráticos de la posguerra permiten identificar el derecho válido a través de criterios autoritativos o institucionalizados establecidos en el sistema de fuentes. También es posible identificar el derecho con base en su contenido, es decir, en valores morales. En este último caso, la identificación del derecho con fundamentos en juicios de valor no es opuesta, sino exigida por el derecho mismo a los jueces y operadores legales. Los juicios de valor son utilizados en la aplicación del derecho para permitir que algunas normas que no eran consideradas derecho según el sistema de fuentes sean reconocidas como tal debido a su contenido, o para evaluar y excluir normas que, a pesar de ser identificadas como derecho según la regla de reconocimiento, resultan inaplicables o inconstitucionales.

Existen tres corrientes que han intentado abordar este desafío: el positivismo excluyente, el positivismo incluyente y el incorporacionismo. Cada una de ellas busca proporcionar una respuesta a la relación entre el derecho y la moral en el contexto de los derechos humanos y su influencia en los sistemas jurídicos democráticos. El positivismo excluyente, según Joseph Raz, sostiene que es conceptualmente incoherente incluir o hacer referencia a la moral en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. En otras palabras, la identificación del derecho y su contenido no puede depender de consideraciones valorativas, sino de la constatación de la existencia de un conjunto de prácticas sociales que pueden describirse sin recurrir a la moralidad. Según esta perspectiva, el derecho se compone de "razones para la acción" que son independientes del contenido de las reglas y que excluyen las deliberaciones morales a favor o en

contra de cumplir con la acción ordenada por el derecho positivo. Sin embargo, este enfoque neopositivista no niega el papel que la moral puede desempeñar en la práctica del derecho. Por lo tanto, se sugiere hacer una distinción entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, donde no se permite el juicio moral, y el razonamiento de acuerdo con el derecho, donde la moral puede desempeñar algún papel.

En el primer tipo de razonamiento, el intérprete debe basarse únicamente en las fuentes del derecho y no puede involucrar consideraciones morales. Sin embargo, puede ocurrir que, a partir de este razonamiento, el intérprete llegue a la conclusión de que el derecho le otorga discreción para que los jueces decidan según consideraciones morales. En ese caso, el juez puede apartarse de las pautas jurídicas establecidas según la tesis de las fuentes y aplicar razones morales. El positivismo incluyente, a diferencia de la versión anterior, reconoce que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico puede incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción. Sin embargo, esto no implica que sea necesario o que deba hacerlo. A pesar de dar cabida a consideraciones morales, esta versión del positivismo no renuncia a la tesis de la separación conceptual necesaria entre el derecho y la moral. El incorporacionismo es una corriente que plantea la posibilidad de dividir la tesis de las fuentes sociales en dos argumentos independientes. El primero sostiene que los criterios para determinar si una norma forma parte o no del derecho no están relacionados con su valor, sino con su origen o fuente. El segundo argumento plantea que los criterios establecidos para determinar si una norma es parte del derecho son convencionales. De acuerdo con esto, mientras que la primera tesis es válida y cierta, la segunda es contingente, ya que es posible que exista una convención que haga depender el carácter jurídico de una norma de su valor. Esto permite explicar por qué hay normas morales que forman parte del derecho debido a su valor, pero esto ocurre de manera contingente, es decir, debido a la convención establecida en la práctica de reconocerlas como derecho.

En el Estado Constitucional colombiano, según Patricia Bastidas Mora en su texto El modelo constitucional del Estado social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso (2009), a partir de la expedición de la Constitución de 1991, se produce la constitucionalización del Derecho. En este sentido, a los administradores de justicia les corresponde interpretar los preceptos a aplicar, de acuerdo con los preceptos, valores y

principios constitucionales. Esto implica que dichos preceptos no son rígidos, sino más bien cláusulas abiertas que requieren un razonamiento jurídico basado en la prudencia, la ponderación, la concordancia práctica o el balanceo entre bienes jurídicos (Rodríguez & Uprimny, 2004, p. 28). Bajo el nuevo modelo constitucional, el proceso se concibe como una garantía jurisdiccional para la protección de los derechos humanos. En los Tratados Internacionales se establecen garantías procesales que se repiten en la mayoría de las constituciones promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial. En el caso particular, estas garantías se encuentran en el artículo 29 de la Carta Magna, donde se enuncian principios relevantes como el de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, acceso a la administración de justicia, proceso rápido sin dilaciones injustificadas, entre otros. En la actualidad, se están formulando mecanismos de articulación que permiten que los jueces están vinculados tanto a la Constitución como a la Ley. Estos dispositivos incluyen la interpretación de la norma en función de los valores, principios y preceptos contenidos en la normativa superior. Esta tesis se aplica con el objetivo de lograr una adecuada aplicación de la justicia y la protección de los derechos fundamentales (Bastidas, 2009, 51)

Según Bastidas (2009), Al proceso, implica que el operador jurídico adopte una interpretación de la norma procesal que, sin violar su texto, permita la aplicación de la ley de acuerdo con los principios y valores establecidos constitucionalmente. No se trata de que el operador desconozca la ley, sino más bien de que la interprete teniendo en cuenta las circunstancias existentes, utilizando argumentación para buscar la realización de la justicia sin apearse estrictamente a la aplicación literal del texto normativo. Es importante tener en cuenta que en la actualidad prevalece el derecho sustancial sobre el procedimental. El proceso no puede aplicarse de manera irreflexiva y rigurosa a la ley. El juez debe adaptar las normas a la realidad humana para llegar a un fallo en el que se reconozca el derecho sustancial, y está obligado a motivar sus decisiones, explicando el razonamiento utilizado para elegir una de las muchas opciones posibles. Además, esto es coherente con el principio de lealtad procesal, que permite a las partes impugnar la sentencia a través del análisis argumentativo proporcionado por el juez (Villamil, 2004, p. 30). La sentencia T - 204 de 1997 estableció que "las formalidades procesales sólo se conciben como medios para garantizar la validez y eficacia de los actos procesales, en la medida en que estos contribuyan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, pero no como meras formalidades sin sustancia" (Bastidas, 2009, 51).

Bastidas (2009) asegura que la constitucionalización del Derecho se refleja en varios principios, 1) se enfatiza la legitimidad del sistema legal y de las normas en general, incluyendo la norma procesal, la cual se condiciona a su capacidad para servir como herramienta adecuada para el reconocimiento, protección y efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos; 2), se promueve el sometimiento del operador jurídico a la ley, siempre y cuando esta esté impregnada de los valores y principios establecidos por la legislación superior; 3) se adopta una nueva perspectiva sobre cómo debe actuar el operador jurídico, quien recurrirá a nuevos métodos de interpretación de la norma, buscando principalmente el valor en el cual se inspira y el principio que lo respalda. Esta concepción del Derecho impone una nueva visión del proceso, basada en la vigencia de valores como la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, el orden justo, entre otros.

Bastidas considera que (2009), en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho, se establece la obligación para el operador jurídico de interpretar la ley de acuerdo con los valores, principios y preceptos constitucionales. Es importante destacar que este modelo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: una de ellas considera a la Constitución como la regla de juego de la competencia social y política, garantizando a los individuos el desarrollo de su plan de vida personal, siguiendo la tradición estadounidense donde la Constitución tiene superioridad jurídica sobre otras normas, limitando así al poder político y, en particular, al poder legislativo. La otra tradición, de origen francés, concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bien articulado, en el que no solo establece reglas del juego, sino que participa directamente en él, condicionando las decisiones futuras. La idea de poder constituyente busca perpetuarse en su ejercicio a través del legislador como representante del pueblo. Por otro lado, el neoconstitucionalismo combina elementos de ambas tradiciones: un contenido normativo sólido y una garantía jurisdiccional. Esto se traduce en una Constitución transformadora que busca controlar de manera significativa las decisiones de las mayorías, siendo el juez el protagonista principal en lugar del legislador. Por lo tanto, si la esencia del Estado de Derecho es someter el poder al Derecho, ese sometimiento también incluye al legislador. En consecuencia, los operadores jurídicos ya no accederán a la Constitución a través del legislador, sino a través de la interpretación constitucional (Bastidas, 2009, p.56).

Liliana Ortiz Bolaños en su texto *La interpretación constitucional desde la teoría de la razonabilidad* (2010) plantea que La Constitución cuenta con una fuerza normativa que busca superar los conflictos entre la realidad y la aspiración de garantizar derechos a través de su función creadora y garantizadora (Revorio, 1991). Se trata de un nuevo estándar teórico de la norma constitucional que implica la constitucionalización del Derecho y su aplicación, argumentación e interpretación constitucional (Revorio, 2001). Los derechos y los principios se insertan en un sistema constitucional de derechos y en un sistema de protección internacional. La interpretación de estos derechos y principios puede variar según el concepto de Constitución que se considere en cada ordenamiento jurídico. En consecuencia, tanto los derechos como los principios, cuya práctica ha sido fundamentada en las decisiones de los tribunales constitucionales, contribuyen a promover ciertas condiciones de vida para sus titulares y fomentar la justicia, el consenso y el progreso social, aunque también están sujetos a diversas tensiones. La presencia de los derechos fundamentales y los principios en un ordenamiento jurídico configura en gran medida un determinado modelo de Estado y su compromiso con el respeto y la garantía de los derechos (De Asís, 2001). Sin ellos, no se puede hablar de un Estado Constitucional de Derecho. El juez constitucional reconoce la necesidad de condiciones de vida más razonables y el surgimiento de nuevas demandas y necesidades sociales relacionadas con los derechos y los principios. Sin embargo, cada derecho y principio no siguen el mismo esquema conceptual, ni responden de la misma manera a las posibilidades de la realidad. Estas condiciones de la realidad reflejan una forma de interpretación que tiene en cuenta las previsiones que hagan la vida en comunidad más razonable (Ortiz, 2010, p. 29).

Según Ortiz (2010) se traza así un nuevo enfoque que va desde lo absoluto hacia condiciones de razonabilidad, basado en la interpretación de la realidad y la sociedad (Revorio, 1991). La comprensión del concepto de derechos fundamentales y principios, así como su función dentro de un determinado ordenamiento jurídico, está directamente relacionada con las disposiciones y políticas establecidas en cada forma de Estado de Derecho. Para dar sentido a esta forma de interpretación, el juez recurre a la Constitución como punto de partida y referencia, como medio de integración, reconocimiento de la pluralidad política, garantía y reconocimiento de los derechos fundamentales y principios. Esto da lugar a una nueva configuración de la estructura de las relaciones sociales y de poder (Revorio, 1991). La Constitución, concebida como algo más que un conjunto de reglas para la organización del poder y las instituciones

políticas, se convierte en un depósito de la soberanía popular y de los cambios constantes requeridos en el orden estatal. En ella se incorporan valores, principios y catálogos de derechos que funcionan como moderadores del poder y de las relaciones entre los distintos poderes. De hecho, la misma concepción de poder ha cambiado y los responsables de proteger los derechos ya no se limitan a las instituciones, sino que se encuentran en una realidad más compleja que, precisamente por ser intangible, requiere un análisis imperativo desde el concepto de derechos fundamentales y valores a través de la interpretación constitucional (Ortiz, 2010, p. 30).

Según Ortiz (2010), Así, surge un problema constitucional fundamental en el cual la aplicación de la razonabilidad es necesaria para resolver conflictos entre principios o derechos, en lugar de simplemente aplicar normas (Aarnio, 1999). Identificar un conflicto de principios en presencia de la igualdad es complejo, ya que siempre existirán razones para argumentar a favor de uno de los subprincipios que conforman la igualdad (Aarnio, 1999, p. 39). Como ha señalado Rubio Llorente, el juez constitucional debe "inventar" una definición en este contexto (Aarnio, 1999, p. 39). Este carácter relacional y complejo de la igualdad ha dificultado la formulación de un enfoque específico para reparar la discriminación por parte del juez constitucional (González, 2002). El derecho fundamental al restablecimiento de la igualdad se basa únicamente en principios y, a su vez, la noción de perjuicio no puede determinar de manera predeterminada una única forma de remediar la discriminación, ya que existen varias posibilidades para abordarla (González, 2002, p. 130). En este punto, el juez constitucional tiene la legitimidad para emitir sentencias de carácter aditivo (González, 2002, p. 130). Otra posibilidad para fundamentar la reparación unilateral de la discriminación por parte del Tribunal Constitucional se basa en la constitucionalización de prohibiciones específicas de discriminación. Las diferenciaciones normativas basadas en criterios como el sexo, la raza, las creencias políticas o religiosas, o la filiación, entre otros, y el mandato constitucional que prohíbe cualquier forma de discriminación pueden argumentarse para que sea el Tribunal Constitucional quien restablezca unilateralmente la igualdad (González, 2002, p. 135).

Según Ortiz (2010) es evidente que, con el surgimiento de la crisis del positivismo jurídico, el intérprete constitucional se ha enfrentado a la realidad social, política, cultural y económica en relación con la norma positiva (Guastini, 1999). Estos problemas prácticos que la

dogmática jurídica no ha logrado resolver de manera satisfactoria se han convertido en problemas de coherencia entre la realidad y la norma jurídica, debido a fallas estructurales normativas que surgen de los problemas del lenguaje (vaguedad, ambigüedad) y generan confrontaciones conceptuales y distorsiones normativas para el intérprete. Por lo tanto, el intérprete se ve obligado a subsanar las deficiencias del lenguaje y de la apreciación de la realidad complementando la norma o proponiendo un nuevo sentido, ya que la antigua aplicación del silogismo jurídico no es suficiente. En este sentido, el juez desempeña un papel activo en el que crea derecho, amplía la norma o, por el contrario, se adhiere estrictamente a su contenido normativo al decidir casos considerados "fáciles" (Dworkin, 1997). De hecho, en la actualidad, el intérprete judicial emite sentencias de tipo "aditivo" (Ortiz, 2010, p. 31).

Ortiz (2010) afirma que estos problemas ponen de manifiesto la necesidad de incorporar fuentes de conocimiento como la sociología, la filosofía y las teorías del sistema normativo y del conocimiento, que nos permiten comprender las implicaciones de la percepción de la realidad, sus problemas y conflictos. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha abordado estas situaciones desde el estudio de la jurisprudencia, permitiendo la incorporación de teorías de la argumentación jurídica en sus fallos. Un ejemplo de ello es la sentencia C-901/03, en la cual la Corte estableció que, a través del "derecho viviente", tiene la capacidad de delimitar el marco de posibilidades razonables de interpretación de una norma para realizar un adecuado juicio de constitucionalidad. Por lo tanto, las dificultades para encontrar un fallo justo se originan en el análisis normativo, en su comprensión y en la vinculación filosófica de los conceptos fundamentales de los derechos fundamentales y los principios, así como desde la perspectiva de las necesidades sociales. Incluso pueden surgir problemas de "comprensión" como base de los debates jurídicos sobre la interpretación, los cuales son analizados desde la hermenéutica jurídica alemana (Gadamer, 2003). En el proceso de interpretación y aplicación normativa, el intérprete desempeña simultáneamente una labor de construcción de un concepto de Derecho. El juez constitucional no sólo descubre el significado de un enunciado jurídico, sino que también establece de manera específica un concepto sobre el ordenamiento jurídico para dotarlo de un nuevo contenido en casos difíciles o trágicos (Ortiz, 2010, p. 31). Ortiz (2010) concluye que Desde el análisis del concepto de estos elementos fundamentales del Estado constitucional de Derecho, el juez tiene la capacidad de argumentar sin incurrir en arbitrariedad, abordando

cuestiones que son esenciales tanto para el Estado como para los intereses sociales e individuales (Ortiz, 2010, p. 38).

Esta perspectiva sostiene que la conexión entre el derecho positivo y la moralidad política en los sistemas jurídicos actuales es contingente y no necesaria, a diferencia de lo que sostienen los iusnaturalistas y los no-positivistas. Según el positivismo incluyente, la identificación del derecho en una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden basarse tanto en criterios o razones autoritativas establecidas en un sistema de fuentes como en estándares morales específicos. En este sentido, la labor del intérprete debe ser práctico-normativa desde una reflexión gadameriana como propuesta de complementación podría vincular a esta interpretación tradicional la pluralidad de las precomprensiones en la interpretación del sentido de la norma jurídica. El juez, como intérprete, realiza una mediación entre el pasado y el presente, lo que implica una participación activa y constituye uno de los elementos fundamentales de la interpretación. La intervención del intérprete contribuye a la actualización del sentido de la norma, y, por lo tanto, su labor es normativa. La hermenéutica jurídica no solo busca significados preexistentes, sino que llama a una participación del intérprete en la formación del sentido de la norma que se aplica en el caso concreto. Esto permite explorar el problema de la interpretación correcta de la norma judicial, configurando una teoría interpretativa que no descansa sobre la base de una definición general de la interpretación previa a la labor del juez. Para justificar esta aserción se comienza con la descripción del iusnaturalismo y del positivismo jurídico; se continúa con la explicación de la hermenéutica jurídica; y se finaliza con la presentación de las diferencias y las relaciones entre iusnaturalismo, positivismo jurídico y hermenéutica jurídica.

1. 1 IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

El iusnaturalismo no emerge estrictamente de una interpretación abstracta de la norma, parte de una teoría moral. Lo que significa que no se acoge a una determinada propuesta de moral. Nace más bien de la justificación de la moral sin importar su contenido. El iusnaturalismo se designa como un sistema ético que se opone al relativismo. Interpretación que carece de preferencias éticas pues recurre a la naturaleza para demostrar que su tejido de valores es objetivo. El iusnaturalismo se refiere a esa parte del derecho cuyo origen, en el mismo camino de la sustancia

y justificación, es independiente del hacer del ser humano. Así que para que una interpretación siga la misma perspectiva del iusnaturalismo ha de comprender lo siguiente: 1) que integre las reglas de las conductas del ser humano en sociedad; 2) que las reglas que devienen de esta interpretación se hallen jerárquicamente en un plano mayor a las del positivismo. La primera afirmación demuestra el nacimiento de las leyes con distancia de la tradición consuetudinaria y de la voluntad del legislador o bien una forma distinta de justificar la obediencia a estas sin valerse de una categoría divina o de lo superior humano (Bobbio, 2018, p 108). La segunda, añade una estratificación entre varias reglas y postula una preferencia. La una y la otra, conforman una estructura que complementa los posibles contenidos según cada esquema. En consecuencia, los sistemas normativos del iusnaturalismo resultan diversos moralmente al aportar una fundamentación y justificación en situaciones históricas. Por ejemplo, tanto liberalismo como socialismo surgieron del seno de la interpretación iusnaturalista. Sin embargo, al librarse de esta, el primero se encaminó hacia la industrialización en Inglaterra; el segundo se orientó hacia el historicismo en Alemania. En sí el liberalismo y el socialismo cambiaron de perspectiva, pero no de fundamento.

Jose Ángel Dos Santos Melgarejo en su texto *El iusnaturalismo y el positivismo jurídico* (2013) asume al iusnaturalismo como un momento histórico e importante en la formación de los juristas. Melgarejo cita a Carlos Niño, quien establece dos tesis: a) Una afirmación de ética filosófica que sostiene que existen principios morales y de justicia que son universalmente válidos y accesibles mediante la razón humana. B) Una afirmación sobre la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden considerarse "jurídicos" si entran en contradicción con esos principios morales o de justicia. Si alguien rechaza alguna de estas dos afirmaciones, aunque acepte una sola de ellas, generalmente no se le considerará un iusnaturalista. La doctrina iusnaturalista se refiere a una perspectiva que afirma la existencia de una fuente jurídica previa a las leyes promulgadas por los legisladores humanos. Esta fuente puede ser de cualquier naturaleza, y aun cuando una doctrina no se identifique como iusnaturalista, se considerará como tal si postula esta premisa. Dentro de la corriente iusnaturalista, se encuentran diferentes doctrinas, pero todas comparten la creencia de que el derecho "positivo" debe ser evaluado en función de un sistema superior de normas o principios conocidos como "derecho natural". Esto implica que defienden la idea de que el derecho natural tiene supremacía y existencia previa al derecho positivo, y que el derecho positivo debe reflejar

fielmente al derecho natural. Según la doctrina del derecho natural, por encima de las normas establecidas por los seres humanos, existen principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales inherentes a la verdadera naturaleza humana. Estos derechos incluyen la vida, la integridad física, la expresión de opiniones políticas, la libertad religiosa, la no discriminación racial, la no coacción sin un debido proceso legal, y otros. Estos principios se conocen como "derecho natural". En consecuencia, las normas establecidas por los seres humanos solo se considerarán "derecho" si están en conformidad con el derecho natural y no lo contradicen. De esta manera, “el orden jurídico se justifica por su conformidad con los principios superiores que lo guían, y el conocimiento de estos principios permite evaluar el contenido de las normas. La obligatoriedad del derecho no se deriva únicamente de la existencia de un mandato, ya sea divino o humano, sino de su adecuación a los principios fundamentales que constituyen su base racional” (Melgarejo, 2013, p. 13) .

De acuerdo al iusnaturalismo, el fundamento de la ley positiva se encuentra en el derecho natural. Por lo tanto, la justificación del "derecho" no se limita únicamente a su origen, sino también a su contenido. Esto significa que para que las normas sean válidas y tengan fuerza obligatoria, no es suficiente que sean promulgadas por una autoridad competente, sino que también deben estar en conformidad con los preceptos del derecho natural, los cuales les otorgan legitimidad intrínseca. A su vez, esta conformidad genera la obligación racional de acatarlas, convirtiéndolas en reglas moralmente obligatorias, ya que la conciencia humana debe cumplir las normas cuyo contenido responda a las exigencias de la naturaleza, la justicia y la razón. Ahora bien, aunque todos los iusnaturalistas coinciden en defender estas dos afirmaciones propuestas por Carlos Nino, es importante señalar que existen discrepancias en cuanto al origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado "derecho natural". En este sentido, se pueden distinguir dos corrientes iusnaturalistas: el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista, doctrinas que se describirán a continuación. Además, se analizará la escuela histórica del derecho, la cual también ha sido clasificada como una corriente iusnaturalista. Según Kelsen, la supuesta objetividad de los derechos naturales es ideológica, ya que pretende otorgar una validez universal a una valoración que sólo puede ser válida para un individuo, un grupo de personas o un momento histórico específico. Además, según este autor, dado que los juicios de valor son subjetivos y relativos, si se definiera el concepto de derecho en

función de propiedades valorativas, dicho concepto también se volvería subjetivo y relativo, lo que haría imposible una comunicación efectiva entre juristas, abogados, jueces, y otros profesionales del campo legal. Por su parte, Ross llega a la conclusión de que toda filosofía de valores no es más que una mera ideología que busca justificar algún interés particular dentro de la sociedad. Todos los juicios de valor sobre lo justo e injusto, lo bueno y lo malo, se basan en emociones y sentimientos irracionales, lo cual permite que la noción de justicia se invoque para cualquier causa sin un argumento o criterio objetivo para determinar lo que es justo o injusto. Reconociendo la importancia fundamental de los valores en la vida humana y, por ende, en el derecho, Carlos Fernández Sessarego concluye que no se puede aceptar que "lo jurídico" se identifique plenamente con la dimensión axiológica. No se puede reducir el derecho únicamente a ideales jurídicos. La experiencia jurídica trasciende esta dimensión al requerir la presencia de la vida humana, que los experimenta, así como de las normas que prescriben dicha experiencia como obligatoria en la vida social.

Según Norberto Bobbio, en su libro *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, las definiciones "iusnaturalismo" y "positivismo jurídico" han sido analizadas a lo largo de la historia con variedad de significados y relaciones desde su oposición. En el momento de interpretar se presentan como ideologías de justicia, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico resultan en las antípodas del derecho por su forma externa; puesto que encarnan una opción que frente a una ponderación no deja una alternativa que escoger. Comportan semblantes contradictorios que de aceptar uno no admite a su contrario, o en el que ambos se excluyen. Cuando se presentan como teorías generales del derecho el iusnaturalismo y el positivismo jurídico también son discordantes, en el sentido en que no se puede admitir la superioridad de uno sin excluir al otro. Cada uno al afirmarse procura rechazar a su opositor.

Si bien existe una situación de conflicto entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, es posible comprobar que hay puntos en común entre el iusnaturalismo moderado¹ y el positivismo

¹ El **iusnaturalismo moderado** de Ronald Dworkin, por tanto, trata de recuperar la idea de la existencia de unos derechos morales, naturales, previos al Estado y que, en todo caso, sirven de módulo justificador para su operatividad y eficacia práctica, creando una protección de los ciudadanos frente al Gobierno. Ver: Aguilera, R. (2015). Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunitaria y liberal en Ronald Dworkin. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (9), 377-408. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872015000100010&lng=es&tlng=es.

moderado². Bobbio (2018) expone que la definición de iusnaturalismo y de positivismo jurídico son dadas en tres frentes: 1) la superioridad del derecho natural con respecto al positivo; 2) la exclusividad del derecho positivo; y 3) la relación ideológica entre iusnaturalismo moderado y positivismo moderado.

La superioridad del iusnaturalismo considera que la validez es fundamento de las reglas del derecho positivo, que deben ser seguidas por el positivismo. En la relación teórica, la superioridad del derecho natural referencia que la naturaleza antecede en formación de criterios a la voluntad del legislador al esclarecer mejor el fenómeno jurídico y una substancia más esencial para conformar una teoría del derecho. En la metodología, sugiere que la superioridad del derecho natural permite la crítica de las leyes, dándole peso al consultar los caminos que provienen de la tradición del derecho natural. Y la relación ideológica entre iusnaturalismo moderado y positivismo moderado conforma un balance que proporciona un valor al orden, pues conllevan a un resultado consistente en acatar las leyes sin dejar de lado fuentes, las cuales postulan un límite de diversas precomprensiones buscando el mal menor a través de un equilibrio entre la obediencia activa y la desobediencia activa. Este equilibrio hace desaparecer la línea que señala la ideología positivista e iusnaturalista (Bobbio, 2018, p 108). En contraposición a cuando se habla de prevalencia del derecho positivo, que proviene de obedecer las leyes que establece el legislador porque se le considera superior.

Así que la convergencia ideológica entre iusnaturalismo moderado y positivismo moderado varía y no se reduce solo a una simple oposición. El positivismo moderado y el iusnaturalismo moderado representan dos enfoques diferentes en la concepción de la oposición entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. En el positivismo moderado, se reconoce la existencia de un derecho natural, pero se le atribuye un papel secundario en relación con el derecho positivo. Según esta perspectiva, el derecho natural puede proporcionar principios o valores orientadores, pero la validez y obligatoriedad de las normas jurídicas se derivan únicamente de su promulgación por una autoridad competente y su inclusión en un sistema jurídico establecido. En otras palabras, el derecho positivo es el único que tiene carácter

² La teoría positivista moderada -según la cual las leyes deben ser obedecidas porque la obediencia a las leyes tiene por sí misma un valor positivo para el orden social- como la teoría iusnaturalista moderada -según la cual las leyes pueden ser desobedecidas solo si la desobediencia no pone en peligro el orden. Véase: Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49189.pdf>

obligatorio y vinculante, mientras que el derecho natural se considera como un complemento o referencia moral para evaluar y criticar el derecho positivo.

Por otro lado, en el iusnaturalismo moderado, se sostiene que el derecho natural y el derecho positivo tienen una relación más estrecha y complementaria. Según esta visión, el derecho natural proporciona los fundamentos morales y éticos que deben guiar la creación y aplicación del derecho positivo. Se argumenta que el derecho positivo debe estar en consonancia con los principios y valores del derecho natural para ser considerado legítimo y justo. En este sentido, el derecho positivo se ve como una manifestación concreta y aplicada del derecho natural, y su validez depende de su conformidad con los principios morales y de justicia establecidos por el derecho natural. El positivismo moderado concede primacía al derecho positivo y considera al derecho natural como una referencia moral secundaria, mientras que el iusnaturalismo moderado ve al derecho natural y al derecho positivo como complementarios, y sostiene que el derecho positivo debe basarse en los principios y valores del derecho natural para ser legítimo. Cuando se oponen como ideologías se contrastan como modos alternativos del acercamiento al derecho en la toma de posición y el modo de conocimiento. Por un lado, se desenvuelven en la manera de valorar la justicia de las leyes con el objetivo de realizar un escrutinio; y, por otro lado, se valora en la interpretación de las leyes concibiéndolas en la sistematización que proporcione la base a una aplicación práctica. Este contraste permite revisar y elevar la discusión más allá de las definiciones del iusnaturalismo y del positivismo jurídico. Tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico han sido objeto de críticas y han enfrentado desafíos en distintos aspectos a lo largo de la historia. Al explorar algunos de los posibles fallos y limitaciones de ambas corrientes, teniendo en cuenta sus diversas escuelas de interpretación y la aparición de la hermenéutica jurídica como una tercera postura. Respecto al iusnaturalismo una crítica común es la dificultad de establecer una base sólida y objetiva. Dado que existen diferentes concepciones de lo que constituye el derecho natural, resulta complicado llegar a un consenso sobre qué principios o valores son universalmente válidos y vinculantes. En contraste con el derecho positivo, el iusnaturalismo también ha sido objeto de críticas en cuanto a la forma en que establece la relación entre el derecho natural y el derecho positivo. Algunas corrientes iusnaturalistas han enfrentado dificultades para explicar cómo se aplican los principios del derecho natural al derecho positivo y cómo se resuelven los posibles conflictos entre ambos. Las condiciones cambiantes otra limitación del iusnaturalismo radica en su dificultad para adaptarse

a las cambiantes condiciones sociales, culturales y políticas. Al basarse en principios morales universales e inmutables, puede resultar inflexible frente a la evolución de las sociedades y los cambios en las concepciones éticas. En cuanto al positivismo jurídico la separación entre derecho y moral puede dar lugar a la legitimación de leyes injustas o inmorales, siempre y cuando cumplan con los requisitos formales de validez. Este riesgo del positivismo, en su forma más extrema, puede conducir a una visión excesivamente formalista y legalista del derecho, sin considerar su relación con la justicia y los valores morales. Esto puede generar un distanciamiento del derecho respecto a las necesidades y expectativas de la sociedad; adicional a lo anterior, la ignorancia de la interpretación y la aplicación ha tendido a descartar la importancia de la interpretación y la aplicación judicial en la determinación del derecho asumiendo la interpretación desde un aspecto formal y técnico al centrarse en la validez formal de las normas, pues deja de lado el papel fundamental de la interpretación y la hermenéutica jurídica para comprender el significado y alcance de las leyes en contextos concretos. En este sentido, la hermenéutica jurídica surge como una tercera postura que busca superar las limitaciones del iusnaturalismo y el positivismo jurídico. En suma, tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico presentan limitaciones y desafíos en distintos aspectos. La hermenéutica jurídica surge como una alternativa que busca abordar estas limitaciones, pero también enfrenta sus propios desafíos en términos de objetividad y consistencia interpretativa. La evolución del pensamiento jurídico a lo largo de la historia refleja la complejidad y la continua búsqueda de un enfoque más completo y adecuado para comprender el derecho y su relación con la moral y la interpretación.

En efecto, reflexionar solo a partir de las posiciones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico esquiva abordar las innumerables aristas que consolidan la interpretación de la norma y estancan la profundización en argumentaciones que no logran encuentros y terminan por reafirmar sus posturas. Bobbio demarca el “iusnaturalismo” distinguiendo entre el derecho natural y el derecho positivo y fija la preeminencia del primero sobre el segundo. Por “positivismo jurídico”, entiende la interpretación que no se opone al derecho natural y al derecho positivo, sosteniendo que no es posible el derecho sin el derecho positivo. Cabe destacar que, según Bobbio, existe una falta de correspondencia entre ambas interpretaciones del derecho; en el caso del iusnaturalismo el derecho viene dado por circunstancias sociales que cambian, en tanto que en el del positivismo jurídico se evita la prescripción del derecho requiriendo de un orden existente. También asegura Bobbio que “el iusnaturalismo afirma la superioridad del

derecho natural sobre el derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural” (Bobbio, 2018, p. 74), en su lugar conserva la singularidad del derecho positivo. Igualmente, asevera lo siguiente: “el iusnaturalismo es dualista, el positivismo jurídico, monista” (Bobbio, 2018, p. 123). Bajo estas reflexiones al intentar definir iusnaturalismo y positivismo jurídico como posiciones antinómicas, observa Bobbio, se limitan los posibles formas de pensar los juicios del derecho. El filósofo italiano contempla tres formas más de iusnaturalismo: 1) el derecho natural y el derecho positivo cada uno existiendo con indiferencia; 2) el derecho natural como la única fuente de derecho; 3) el derecho natural por debajo del derecho positivo.

La primera de estas tres formas se opone tanto al iusnaturalismo, al negar la superioridad del derecho natural sobre el positivo, como al positivismo jurídico, al dejar la exclusividad del derecho positivo. En este punto se hallan autores que consideran al derecho natural y al derecho positivo como dos elementos de una misma estirpe. Bobbio cita como origen a Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, al comenzar el capítulo VII del libro V que esboza lo justo civil como lo natural y el ámbito legal, discrepando entre dos clases de normas diferentes en su ámbito y validez, pero que no se oponen entre sí ni se excluyen. Otro de los orígenes que encuentra Bobbio está en Justiniano³, cuando expone la diferencia entre derecho positivo y derecho natural del *Corpus Iuris*, citándola de la siguiente manera: “Ius pluribus modis dicitur: uno modo...altero modo...” (Bobbio, 2018, p. 123).

La segunda forma va en contra de la tesis planteada del positivismo jurídico, es decir, de una regla jurídica que se deriva de hechos verificables que por medio de procedimientos entra en correspondencia con el campo de observación de los hechos lingüísticos aprobados; sin embargo, Bobbio no encuentra registro en la historia. La existencia del derecho natural como única concepción del derecho es característica de aquel estado natural de la humanidad en el que los seres humanos siguen leyes naturales tal y como ha sido planteado por Thomas Hobbes⁴ y John Locke⁵, estado en el que la ley aparece en el sometimiento a la razón y en la que se expresa la

³ “El principal problema que enfrentó el llamado *ius commune* fue aplicar los textos romanos a situaciones que muchas veces no encontraban acomodo en la regulación compilada por Justiniano” (Rodríguez-Puerto, 2011, pp. 4-5).

⁴ Hobbes, T. (1996). *Leviatán. O la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (4.^a reimpr.). Alianza. (Trabajo original publicado en 1951)

⁵ Locke, J. (2000). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (C. Mellizo, Traducción, prólogo y notas). Alianza Editorial.

voluntad general a través del Estado. En esta concepción el derecho natural apela a la sociedad de iguales: “Hay que cumplir las promesas” y en las asociaciones desiguales “hay que obedecer las órdenes del superior” (Bobbio, 2018, p. 125). En este caso la ley natural es el fondo que opera y permite sustentar el sistema y se gestiona a sí mismo. “Aquí el derecho natural hace posible la aplicación del derecho positivo en el sentido en que funda su legitimidad; allí el derecho positivo hace posible la aplicación del derecho natural al garantizar su efectividad” (Bobbio, 2018, p. 125). Esta descripción general respecto a las conexiones entre iusnaturalismo e iuspositivismo nos conduce a decir que el derecho natural está mezclado con el derecho positivo.

La tercera forma de iusnaturalismo es contraria a lo que se considera típico como iusnaturalismo: piensa la distinción entre derecho natural y derecho positivo, pero cambia la relación de dependencia, superponiendo el derecho positivo al iusnaturalismo. Aquí se hallan autores que históricamente validan el derecho natural, mas no reconocen a esta otra tarea que integre el derecho positivo al solventar las lagunas normativas. En ese sentido el derecho natural no queda eliminado de la ecuación, sino que vive como fuente reservada en las decisiones del juez. El derecho natural no tiene la fuerza para desplazar al derecho positivo cuando se promulga; lo que quiere decir que existen leyes positivas consideradas por encima de las leyes del derecho natural. Solo en el momento en que aparecen lagunas en el derecho positivo entra en consideración el derecho natural como fuente suplementaria de la creación jurídica. Esta concepción del derecho fue compartida por los juristas antes de que se impusiera el dogma de la plenitud del orden jurídico (Bobbio, 2018, p. 125).

El iusnaturalismo al afirmar la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo plantea tres grandes líneas que se distinguen en iusnaturalismo (según el pensamiento escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano):

1. El derecho natural es la agrupación de principios éticos generales de los que el legislador ha de beber como fuente para la constitución de reglas del derecho positivo: esto según la exposición de Santo Tomás deviene de lo que es natural *per conclusionem*, o *per determinationem*. En esta propuesta filosófica, el derecho natural se dice que está constituido por pocas normas y que tiene por destinatarios solo a los legisladores. De este antecedente del derecho natural se deriva en consecuencia que los súbditos en algunas

circunstancias estén obligados a obedecer incluso leyes consideradas injustas, pues están legítimamente promulgadas (Bobbio, 2018).

2. El derecho natural es el cúmulo que *dictamina rectae rationis* y brinda la sustancia de la reglamentación. Mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios práctico-políticos (como la institución y la organización de un poder coactivo) que enmarca la naturaleza. El derecho positivo forma la parte preceptiva de la regla, aquella que le da un valor normativo a un comportamiento tipificado y el derecho natural forma la parte ejecutiva, que hace efectiva la ley en un mundo dominado por las pasiones que obstaculizan los dictámenes de la razón. Bobbio asevera que la terminología de Kant reproduce exactamente la distinción entre derecho natural y derecho positivo. Esta diferenciación corresponde al derecho preceptivo y derecho perentorio: “aquello que cambia en el derecho positivo con respecto al derecho natural no es el contenido, sino los diversos procedimientos utilizados para imponerlo” (Bobbio, 2018, p. 125). El derecho natural es el proceso de las relaciones de coexistencia de individuos fuera del Estado; esto es, en el estado de naturaleza y tiene, por lo tanto, como destinatarios a los individuos singulares, según la conclusión de Bobbio.
3. El derecho natural es el sostén de todo el orden jurídico positivo. Contrario a este último, la reglamentación está determinada por el legislador (soberano): la razón del derecho natural está en dar un sustento de legitimidad al poder del legislador humano, obligando a los súbditos a la obediencia de todo aquello que se ordena. Esta concepción, que caracteriza la posición de Hobbes de acuerdo a Bobbio, reafirma la idea que el derecho natural queda reducido a una única norma. Teniendo en cuenta el precedente se invierten los valores entre el derecho natural y positivo. En este punto el derecho positivo hace aplicable el derecho natural en el sentido que asegura su validez. En la filosofía de Kant el derecho es enteramente natural, excepto al momento de generar un mecanismo de coacción; en la doctrina hobbesiana es positivo, salvo en el procedimiento de legitimación. Esta segunda concepción muestra, históricamente, el paso del iusnaturalismo al positivismo jurídico (Bobbio, 2018, p. 125). Kelsen en su libro *Teoría pura del derecho* aborda este episodio diciendo: “Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre derecho positivo y el derecho natural es imposible (refiriéndose a

Hobbes)”, y añade enseguida, “o si admiten la posibilidad de tal conflicto, este se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo” (Kelsen, 1986, p. 89). Esta relación entre positivismo y derecho natural elimina la idea de que uno se contraponga a otro en caso de conflicto entre estos dos derechos, argumentando que se trata de una disputa sobre el modo de considerar el derecho en un caso concreto. Conflicto en el que resultan opuestos el órgano estatal que crea y ejecuta el derecho positivo y el intérprete inmerso en esta tradición. La única institución estatal que faculta al intérprete o juez para fallar en derecho, al punto que hacer que su opinión tome la fuerza de validez jurídica es una norma jurídica contraria al derecho natural.

Así pues, la presentación de estos modos de iusnaturalismo posibilita recuperar tres aspectos de crítica positivista. Cada uno de estos rasgos de iusnaturalismo manifiesta una forma de afirmar que el derecho positivo depende del derecho natural; los tres principales momentos de la crítica del positivismo evidencian cómo el derecho natural ha sido desplazado, o en apariencia eliminado las posiciones en las que se había instituido. Oponiéndose a la primera versión de iusnaturalismo —aquella escolástica, según la cual el derecho natural es el conjunto de los primeros principios éticos generales— el positivismo jurídico se ha validado a partir de la crítica historicista, que no acepta principios éticos evidentes por sí mismo como valor absoluto y universal (Bobbio, 2018). Lo que demuestra que el iusnaturalismo primario hace la base de concepto formal que puede ser completado en su contenido e interpretado de acuerdo a sus intereses. En contraste Alfonso Ruíz Miguel (2009) el estudio de las formas históricas del iusnaturalismo desde la antigüedad al positivismo actual postula que el estudio y la comprensión de los fundamentos, la naturaleza y los principios del derecho, en contexto, con los modelos históricos y las distintas escuelas tanto del derecho iusnaturalista como del positivismo jurídico ofrecen un acercamiento a la hermenéutica que se centra en la interpretación y comprensión del significado de los textos y discursos, incluyendo los textos jurídicos que buscan comprender criterios establecidos que dan paso a preguntar desde la hermenéutica el modo en que esta pueda complementar el positivismo jurídico al considerar la importancia de la interpretación y la comprensión del significado de los textos jurídicos y el aplicar aspectos contextuales a los propósitos subyacentes en la formulación de las normas legales. Para acercar el positivismo

jurídico a la hermenéutica, es necesario reconocer que la interpretación y la comprensión del derecho no pueden limitarse únicamente a la aplicación mecánica de reglas legales. La hermenéutica permite considerar el contexto, las intenciones y los valores implicados en la interpretación de las normas jurídicas. Al combinar el enfoque positivista con la hermenéutica, se puede lograr una comprensión más completa y contextualizada del derecho.

Las principales corrientes filosóficas del siglo XX han desarrollado una postura antiiusnaturalista. “Desde el historicismo de derecha a izquierda, desde el positivismo evolucionista al sociológico, desde el utilitarismo al pragmatismo y hasta el irracionalismo” (Bobbio, 2018, p. 126). El positivismo jurídico no admite otra consecuencia para la formulación de su postura que leyes de conducta universalmente válidas, que se sostienen en el tiempo con el propósito de establecer un criterio de bien y de mal supeditado a la autoridad constituida, el legislador humano, el soberano. También plantea frente a las múltiples interpretaciones de las leyes naturales una interpretación que procede de la elaboración y aprobación de la historia. Una y otra postura tiene presencia bajo la forma de las teorías realistas, según Bobbio, que influyen en las conquistas políticas y en el consentimiento de la mayoría en las teorías democráticas.

En contraposición a la segunda forma de iusnaturalismo, el derecho natural como la única fuente de derecho, la crítica positivista afirma que las materias jurídicas son equivalentes y, en consecuencia, toda acción puede llenar una norma jurídica. Lo que lleva a suponer que una regla de comportamiento para ser una norma jurídica no está condicionada por su contenido, por el contrario, el modo de su origen y de su cumplimiento son los que han de determinar la lógica de sus relaciones en la aplicación del caso en concreto. La gran mayoría de estudiosos y doctrinantes reconocen en este punto las clásicas teorías positivistas del derecho como orden del soberano o norma que es ejecutada. Teorías que por naturaleza trasladan el elemento formativo del significado del derecho: de los hechos a la ley. Bobbio para explicar esto recuerda a Kant con el fin de afirmar que el positivismo jurídico señala la decadencia del derecho provisorio, y advierte a su vez a la perentoriedad como el ser esencial del derecho. A este respecto es necesario resaltar que la importancia de Kant aparece por la exigencia de una universalidad de las leyes bajo las que los seres racionales se vean vinculados a una práctica moral. No es ajeno a la comprensión que Kant tiene de la voluntad humana pues está obligado por el *deber* como un orientador de la decisión humana, es decir, por respeto a la ley como tal. El problema será reconocer el deber ante una pregunta por el bien. La exigencia de Kant está en que la

universalización implica que una máxima moral sea semejante a una ley hipotética, que resulte una norma para los seres humanos; fórmula que marca el primer momento en el desarrollo del imperativo categórico: “obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal” (Kant, 1996, como se citó en Bobbio, 2018, p. 40). La intención de incidir en el objetivo de principio objetivo y la conformación de un pensamiento moral: “obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la de los demás, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio” (Kant, 1996, como se citó en Bobbio, 2018, p. 44).

La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón !: -he aquí el lema de la ilustración (Kant, 2004, p. 34).

La forma en la que el pensamiento de Kant es introducido en el derecho está en la perspectiva de que los deberes que guían los actos externos son impulsados por máximas y no por la virtud lo que obliga a pensar en la ley como una nueva forma de obligar y no en un poder externo que dirija los actos. Asimismo, en la noción de Estado es la constitución la que conforma la unión entre los sujetos pues los deberes dibujan la supremacía frente a la moral. El pensamiento de Kant, opuesto al pensamiento de Hobbes, justifica su posición en la instauración del Estado. En tanto que en el de este último pensador es la constitución del Estado que habrá de dibujar la calidad de las leyes, sus objetivos, su seguridad; es decir, en Hobbes el Estado guarda la ley, en Kant es la ley deducida la que en su práctica justifica la seguridad jurídica según podemos afirmar de acuerdo a las deducciones. .

La tercera y última posición del iusnaturalismo —línea de pensamiento que reafirma Hobbes— aplica a la ley natural el cargo de “*atlante* del sistema jurídico positivo, o de la norma fundamental del sistema” (Bobbio, 2018, p. 126). En contra de esta posición se halla el principio positivista que justifica el derecho, podemos pensar que del planteamiento de Bobbio no se quiere señalar que sea otro derecho a modo de regreso al infinito, al cotejar su posición se recalca sobre un hecho, es decir, el principio de efectividad. Este procedimiento hace a un conjunto de reglas una conducta jurídica no derivada de una ley adoptada. El simple hecho, históricamente

verificable, que el orden es establecido por la costumbre de la gran mayoría de las personas quienes son los sujetos que se someten a la ley. Bobbio afirma que cuando un autor ha deseado mantener la teoría iusnaturalista de la norma fundamental esta se ha transformado análogamente a la doctrina de Kelsen en una hipótesis científica o una norma respecto de la cual no es solicitada a modo de validez al igual que con otras normas. A ojos de Bobbio, sólo es posible plantear el ser de la norma cuando se evidencia su actividad. Enseguida se exponen los tres momentos (aspectos) de la crítica del positivismo que constituyen las tres formas vitales en las que se ha sedimentado históricamente el positivismo jurídico: 1) el fenómeno complejo del positivismo como ideología de la justicia (una ética); 2) una teoría general del derecho; 3) un modo de entender la ciencia jurídica (en un sentido extrapolar, un método).

En el primer aspecto, como ideología, el positivismo jurídico según Bobbio, resume su posición al considerar el análisis de la afirmación de sus leyes válidas que han de ser obedecidas con independencia del contenido, o sea, existe una prescripción moral a acatar todas las legislaciones que estén dentro del sistema. Bobbio llama a esta posición formalismo ético, endilgándole que reconoce a la justicia como validez. Esto significa que se considera a la ley justa por el simple hecho de ser legítima. Esta posición surge a modo de respuesta contra el escepticismo que es producto de la polémica historicista y relativista que acoge el iusnaturalismo. En esta doctrina no existe una ley moral que se adquiera por medio de la razón *natural* del hombre. Contraponiendo a la confusión de los juicios morales el abandono de la voluntad a la razón del soberano (Hobbes), “o la razón histórica que se realiza cada vez que se cumple la voluntad general (Rousseau), o en el estado (Hegel)” (Bobbio, 2018, p. 128).

En el segundo aspecto, el positivismo jurídico ha propendido por un pensamiento que se atribuye limitar el derecho a derecho estatal y este último a la producción del legislador; de estas condiciones emanan las características que son propias del derecho moderno: “(generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud)” (Bobbio, 2018, p. 128). Sin embargo, según Bobbio, esta caracterización puede ser explicada cuestionando el segundo momento de la crítica positivista por el que se introduce un cambio de una consideración material del derecho a una definición instrumental, propia del iusnaturalismo extremo, lo que se entiende como un traslado de la tesis del derecho obedeciendo al conjunto de procedimientos que regula las conductas y resguarda el sistema. Según Bobbio, la teoría formalista del derecho representa la reacción al

iusnaturalismo racionalista⁶ en su disputa de establecer qué es lo jurídico y qué no lo es, previo a la estructuración de procedimientos en los que se levanta el Estado, comprendido como el ente privilegiado de poder.

El tercer aspecto, radica en entender el positivismo jurídico como el modo de reflexionar sobre el estudio científico del derecho y, por ende, la visión del jurista. Fundamentada en la distinción entre validez y valor del derecho, “entre las reglas que pueden ser válidas aún sin ser justas (que son las únicas de las que se ocupa la ciencia jurídica) y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas” (Bobbio, 2018, p. 128). Según Bobbio, solo las primeras son consideradas dignas de estudio. El positivismo jurídico se suma a este perfeccionamiento ocupando al derecho como una derivación del desarrollo histórico que deja de lado cualquier intento de legitimación ética, es decir, de la pregunta por el fundamento que ha sido tarea del iusnaturalismo. De esta manera es viable entrever la conexión entre el tercer momento crítico a modo de barrera, instante en el que los juristas se adhieren al principio de efectividad cercando cualquier petición a la ética que abra las posibilidades.

Estas reflexiones ponen de manifiesto los distintos momentos de las construcciones del positivismo jurídico como el efecto que tiene la expresión “positivismo jurídico” al imprimir formas de comprender el derecho y sus elementos, según la lectura que alimenta la intención de reducir la doctrina a la pugna histórica entre iusnaturalismo y derecho positivo. Al asegurar este último la exclusividad transformándose en la base de una ética (o de una ideología política) de una teoría y de un método. Lo cual tiene una primera consecuencia, determinar que el derecho positivo conduzca el comportamiento de los seres humanos; una segunda, proporcionar una interpretación sustancial que brinde una aclaración al fenómeno jurídico; y una tercera, instituir el objeto singular de la investigación de la ciencia jurídica.

Además, vale la pena recalcar que las tres formas de positivismo jurídico poseen una relación específica con el iusnaturalismo. Formas que no se agotan en la estricta contraposición por ser en gran medida general. El contraste entre positivismo jurídico e iusnaturalismo es referido por Bobbio como ideología. El positivismo jurídico plantea como ideología la

⁶ Doctrina que desarrolla las tesis del derecho natural desde la perspectiva del racionalismo moderno y que culmina en la filosofía jurídica de la Ilustración.

obediencia a las leyes en cuanto a que estas tienen valor en sí mismas; y el iusnaturalismo propone que se han de obedecer las leyes en tanto que son justas.

La máxima fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de esta manera: “Se debe obedecer las leyes en cuanto tales”; la del iusnaturalismo, de esta otra manera: “Se debe obedecer las leyes sólo en tanto son justas”. En el primer caso las leyes son ellas mismas criterio de lo justo y de lo injusto; en el segundo, las leyes están a su vez sometidas a un criterio superior de valoración (que se considera obtenible, en la ética iusnaturalista del conocimiento de la naturaleza humana). En el primer caso se puede hablar de ética legalista, según la cual sólo existe lo justo legal; en el segundo caso, de ética naturalista para la que existe también (o únicamente) lo justo natural. (Bobbio, 2018, p. 84)

Ahora bien, cabe decir que la posición del iusnaturalismo en contra del positivismo jurídico descansa en una controversia ideológica, en la crítica a un determinado método de investigación o de una determinada perspectiva que destaca con ideales una preferencia por una validez sistemática, un acento en el orden sistemático, que, con una lectura juiciosa parece más un prejuicio que carece de fundamento. Bobbio hace notar que en un principio este ataque al positivismo jurídico lo interpreta no como un método o una interpretación del derecho, sino como una ideología de la justicia. A su vez el iusnaturalismo no se presenta tampoco como una interpretación o un método, sino como una ideología. La relación entre uno y otro es la de dos interpretaciones que se excluyen mutuamente.

Bajo esta consecuencia, la contraposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo no resulta clara. Hasta el momento las dos interpretaciones del derecho han aparecido como ideologías opuestas, pero estas reconstrucciones resultan de un facilismo extremo cuando se trata de elaborar una exposición de cada una. Es necesario mencionar que existen dos versiones del positivismo jurídico. Una extrema y la otra moderada. De la misma forma se pueden distinguir dos versiones del iuspositivismo. Una moderada y la otra extrema. De tal modo que es posible proyectar cuatro formas de la ideología de la justicia, como afirma Bobbio (2018):

a) por ideología positivista extrema entendiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en tanto tales porque son justas (teoría de la obediencia activa); b) por ideología positivista moderada entendiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en tanto tales porque la legalidad, por sí misma, garantiza la realización del

valor específico del derecho, es decir, el valor del orden o de la paz social (teoría de la obediencia condicionada); c) por ideología iusnaturalista extrema entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas sólo en tanto justas y, como no todas las leyes por el solo hecho de ser válidas son también justas, existe en todos los hombres un derecho a la desobediencia (teoría de la desobediencia activa o de la resistencia); d) por ideología iusnaturalista moderada entiendo aquella según la cual las leyes pueden ser injustas, pero deben ser igualmente obedecidas, salvo en caso extremo (teoría de la desobediencia condicionada o de la desobediencia pasiva). (p. 130)

Mientras que las dos versiones extremas, la versión de la obediencia activa y de la desobediencia activa, se oponen la una a la otra, las dos versiones moderadas, de la obediencia condicionada y de la desobediencia condicionada, muestran un resultado en común a pesar de sus disímiles interpretaciones del derecho, incluso, la línea de investigación entre estas dos últimas terminan por perder sus determinaciones. En el caso de la interpretación positivista moderada, se hace énfasis en la obediencia de las leyes por sí misma como marco de valor para la organización social; como la interpretación iusnaturalista moderada, que manifiesta que las leyes pueden ser cumplidas solo si no se atenta contra el orden social, conformando una enfática advertencia del peso de la institucionalidad. Además, en ambos casos las posturas apuestan por una obediencia mayor. Aunque cabe resaltar que este precepto es obtenido por medios distintos: en una primera situación regulando el deber de la obediencia, en una segunda, demarcando el deber de la desobediencia. En palabras de Bobbio: “para el positivismo moderado el orden es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el iusnaturalismo moderado, un mal menor” (Bobbio, 2018, p. 131).

Entonces, tendremos en cuenta la relación entre positivismo jurídico e iusnaturalismo tomados no como ideologías, sino más bien como interpretaciones del derecho que entienden y revelan el fenómeno jurídico. El positivismo jurídico, según lo estudiado por Bobbio, reducido a modo de ciencia, no se reduce a un enaltecimiento moral del sistema del que se desprende su validez, también es fruto de la elaboración teórica del voluntarismo jurídico. Es decir, en el momento que la voluntad del soberano permea los dogmas de la ley por encima de otras fuentes del derecho. Esta voluntad fundamenta, de acuerdo a la tesis de Bobbio, la costumbre que permite expandir los alcances o nuevos significados de las normas establecidas.

Si se considera la historia del iusnaturalismo, es palpable que no siempre coincidió con una postura en defensa de la persona. Existieron épocas en que por su carácter vacío sirvió, según Bobbio, a la opresión o a las pretensiones del Estado o a la libertad individual en contra de las decisiones del Estado. En el iusnaturalismo se encuentra una diversidad de posiciones éticas, según el contexto histórico. Sea el caso de una moral de talla autoritaria como de corte liberal, ha predominado la necesidad de la esclavitud o ha abrigado el ansia de libertad. Tanto el derecho de resistencia como el de soberanía. Durante el siglo XVIII quienes han ejercido una presión en contra del iusnaturalismo han sido incluso los propios iusnaturalistas. Según Bobbio, un esbozo de esto es ejemplificado por Edmund Burke, que esgrime una postura clásica y escolástica promoviendo una posición contra las ideas ilustradas que procuraban los doctrinarios de la revolución. Pietro Piovani escribió *Per una filosofia della morale* en el que cataloga al iusnaturalismo como “una ética de la ley contrapuesta a la ética de la libertad y en tanto tal, ha de ser considerado de una vez para siempre y sin posibilidad de apelación como la verdadera rama seca de la filosofía del derecho” (Piovani, 2010, como se citó en Bobbio, 2018, p. 132).

A su vez, Bobbio pregunta por cómo se llega a explicar las posiciones opuestas que son consideradas iusnaturalistas. Y, responde que no es a partir de una moral o un sentido de la justicia, sino de una teoría de la moral o del derecho. Esto es el fundamento de la esencia que no debe buscarse en la voluntad del legislador o en una institución con comportamiento mutable, sino en la naturaleza humana, invariable y consistente. El iusnaturalismo es una de las formas en que se apela a una ética objetiva de la ética. Lo anterior permite identificar que el iusnaturalismo es contrario a un sistema de valores y prescripciones como se lo intenta definir, más bien pertenece a un contiguo de estimaciones acerca de la naturaleza humana con el fin de fundamentar objetivamente un ordenamiento de valores. Con esto cabe resaltar que el iusnaturalismo no es una moral definida, sino un modo de proyectar una moral (cualquiera). Cuando Burke (Bobbio, 2009, p. 41) criticaba a sus adversarios se valía de poseer las categorías historiográficas que presentaba como la más propia y fundamentada con respecto a sus adversarios a quienes acusaba de acudir a categorías falsas. El iusnaturalismo ha sido capaz de justificar posiciones contradictorias, pero ha dejado incólume el cimiento del valor de su interpretación.

Así, la interpretación iusnaturalista en oposición con las tesis positivistas basa sus leyes en *dictamina rectae rationis*, “la naturaleza de las cosas, y no la legislación, como fuente principal de creación jurídica” (Bobbio, 2018, p. 133). Por parte del juez, según Bobbio concluye, se exige la indagación de la interpretación del derecho más allá de la interpretación positivista. La tarea del juez está en adaptar, mejorar o perfeccionar las disposiciones del fenómeno jurídico. Sin embargo, estas prácticas no han sido la preocupación para los iusnaturalistas. Han sido posteriormente desarrolladas por interpretaciones sociológicas o realistas que pueden entenderse a modo de una manera de iusnaturalismo actualizado. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico, como interpretaciones, no constituyen la consunción de la interpretación correcta del texto judicial.

Como bien se ha visto, Bobbio recurre a la necesidad de estudiar no sólo históricamente las diferencias entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, también se ha valido de rastrear y reconstruir el cese de oposiciones y la construcción de un camino moderado en el que la obligación a la ley señala la necesidad de redefinir al derecho. Esto quiere decir que bajo las reflexiones del derecho natural y del derecho positivo existe la facultad de dotar al intérprete del derecho. Si se considera el iusnaturalismo y el iuspositivismo bajo estos aspectos es posible vislumbrar que estas teorías interpretativas desocultan el acontecer del derecho. La ciencia jurídica es producto de un diálogo que contiene los dogmas de la ley y diversas fuentes del derecho fundamentadas en la expansión de las normas establecidas de acuerdo a la pregunta por su sentido. Recordemos que en el iusnaturalismo se halla una pluralidad de posiciones éticas de acuerdo al desarrollo histórico; y, en el iuspositivismo la pesquisa de una solicitud de validez que pavimente la validez jurídica. En este talante la tarea de la interpretación del derecho condiciona al juez para que evalúe, adapte o perfeccione la consunción de la interpretación correcta del texto judicial al comprender el pasado, y ser capaz de incidir en su acontecer histórico.

Retomando, en busca de una definición, el iusnaturalismo racionalista es un sistema ético que se opone al relativismo y se refiere a la parte del derecho cuyo origen es independiente del hacer humano. Se basa en la justificación de la moral sin importar su contenido y recurre a la naturaleza para demostrar que su tejido de valores es objetivo. De acuerdo a lo que se puede concluir aunque existe conflicto entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, existen puntos en común entre el iusnaturalismo moderado y el positivismo moderado, como la superioridad del

derecho natural que considera que la validez es fundamento de las reglas del derecho positivo, y la relación ideológica entre ambos que conforma un balance que proporciona un valor al orden. Aunque el derecho positivo es considerado superior y el único que da lugar al estudio de la jurisprudencia como base científica, es importante estudiar y atribuir el uso de posiciones iusnaturalistas y positivistas según cada situación histórica y jurídica.

El capítulo “Tres formas de iusnaturalismo”, de *El problema del positivismo jurídico* de Norberto Bobbio presenta tres concepciones de iusnaturalismo en relación con el iuspositivismo. En la primera, el derecho natural apela a la sociedad de iguales y a la necesidad de cumplir las promesas. En las asociaciones desiguales, se deben obedecer las órdenes del superior. En este caso, la ley natural es el fondo que sustenta el sistema y se gestiona a sí mismo, permitiendo la aplicación del derecho positivo. En la segunda concepción, el derecho natural y el derecho positivo se distinguen, pero se superpone el derecho positivo al iusnaturalismo. El derecho natural no tiene la fuerza para desplazar al derecho positivo, pero entra en consideración como fuente suplementaria de la creación jurídica cuando aparecen lagunas en el derecho positivo. Esta segunda concepción muestra el paso del iusnaturalismo al positivismo jurídico. La tercera concepción es contraria a la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo. El derecho natural es el sustento de todo el orden jurídico positivo y el derecho positivo hace aplicable el derecho natural en el sentido de asegurar su validez. En la filosofía de Kant, el derecho es enteramente natural, excepto al momento de generar un mecanismo de coacción, mientras que en la doctrina hobbesiana es positivo, salvo en el procedimiento de legitimación.

En el capítulo “Tres momentos de la crítica positivista”, del libro antes citado, se presentan tres posiciones críticas del positivismo jurídico, las cuales se describen a continuación: la primera, que se centra en la idea de la ley natural como fuente superior al derecho positivo; la segunda, que cuestiona la definición instrumental del derecho y su limitación a la producción del legislador; y la tercera, que defiende la idea de la norma fundamental del sistema como atlante del sistema jurídico positivo y la aplicación del principio de efectividad. El positivismo jurídico se presenta como una ideología de la justicia, una teoría general del derecho y un modo de entender la ciencia jurídica. En resumen, el positivismo jurídico se caracteriza por considerar que el derecho es creado por el Estado y que se puede estudiar científicamente sin necesidad de buscar su legitimación ética.

Asimismo, Bobbio (2018), en este apartado, explora la relación entre el positivismo jurídico e el iusnaturalismo, interpretaciones del derecho que buscan entender y revelar el fenómeno jurídico. Respecto al positivismo jurídico afirma que es una ciencia que no solo se basa en un enaltecimiento moral del sistema legal, sino también en la elaboración del voluntarismo jurídico, donde la voluntad del soberano es la fuente principal del derecho. Respecto al iusnaturalismo nos dice que se basa en una teoría de la moral o el derecho, donde la esencia se encuentra en la naturaleza humana, y no en la voluntad del legislador o una institución mutable. Bobbio destaca que el iusnaturalismo no es una moral definida, sino un modo de proyectar una moral cualquiera, y ha sido capaz de justificar posiciones contradictorias mientras deja incólume el cimiento del valor de su interpretación. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico no constituyen la interpretación correcta del texto judicial, y la tarea del juez es adaptar, mejorar o perfeccionar las disposiciones del fenómeno jurídico.

Además, en el mismo capítulo, referente a la crítica positivista, se menciona qué es el iusnaturalismo y su relación con el derecho y la moral. Bobbio se pregunta cómo explicar que posiciones opuestas sean consideradas iusnaturalistas y responde que el iusnaturalismo no se basa en una moral o un sentido de justicia, sino en una teoría de la moral o del derecho que encuentra su fundamento en la naturaleza humana, invariable y consistente. El iusnaturalismo no es una moral definida, sino un modo de proyectar una moral. El texto igualmente menciona la oposición entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, y cómo el intérprete del derecho debe adaptar, mejorar o perfeccionar las disposiciones del fenómeno jurídico. Se presenta el iusnaturalismo como un sistema ético que se opone al relativismo y que se basa en la justificación de la moral, recurriendo a la naturaleza para demostrar que su tejido de valores es objetivo. También se menciona la relación ideológica entre el iusnaturalismo moderado y el positivismo moderado, y cómo es importante estudiar y atribuir el uso de posiciones iusnaturalistas y positivistas según cada situación histórica y jurídica. En general, el texto muestra diferentes concepciones de iusnaturalismo en relación con el iuspositivismo y enfatiza la importancia de entender la naturaleza y las implicaciones de estas teorías para la interpretación del derecho.

Así, el positivismo jurídico se define como el modo científico de estudiar el derecho y se basa en la distinción entre validez y valor del derecho, ocupándose solo de las reglas que pueden

ser válidas sin ser necesariamente justas. Y el iusnaturalismo se preocupa por la legitimación ética del derecho y busca un fundamento en la naturaleza humana. Asimismo, se exponen diferentes momentos en la construcción del positivismo jurídico y su relación con el iusnaturalismo, identificando cuatro formas de la ideología de la justicia: la ideología positivista extrema, la ideología positivista moderada, la ideología iuspositivista moderada y la ideología iusnaturalista extrema. Además, se evidencia que para Bobbio la contraposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo no es clara, ya que ambas son ideologías opuestas que se excluyen mutuamente. Se distinguen dos versiones extremas de cada corriente, la obediencia activa y la desobediencia activa, y dos versiones moderadas, la obediencia condicionada y la desobediencia condicionada. Ambas posturas moderadas coinciden en que la obediencia a las leyes es un marco de valor para la organización social y que solo deben ser desobedecidas en casos excepcionales. El positivismo jurídico se fundamenta en la voluntad del soberano, mientras que el iusnaturalismo se basa en la naturaleza humana como fuente del derecho. Ambas corrientes han sostenido posturas éticas diversas según el contexto histórico. El iusnaturalismo no es una moral definida, sino una forma de proyectar una moral a partir de una ética objetiva. Aunque el iusnaturalismo ha sido capaz de justificar posiciones contradictorias, mantiene su cimiento de valor en su interpretación.

El iusnaturalismo es una forma de proyectar una moral objetiva basada en una serie de estimaciones acerca de la naturaleza humana. Aunque ha sido capaz de justificar posiciones contradictorias, deja incólume el cimiento del valor de su interpretación. En contraposición con el positivismo jurídico, el iusnaturalismo basa sus leyes en la naturaleza de las cosas, no en la legislación. La interpretación correcta del texto judicial requiere que el juez vaya más allá de la interpretación positivista y que adapte, mejore o perfeccione las disposiciones del fenómeno jurídico. Aunque el iusnaturalismo y el positivismo jurídico no son la única interpretación correcta del texto judicial; también es importante estudiar y atribuir el uso de posiciones iusnaturalistas y positivistas según cada situación histórica y jurídica. Bobbio presenta tres concepciones de iusnaturalismo en relación con el iuspositivismo, donde el derecho natural y el derecho positivo pueden superponerse o entrar en consideración como fuente suplementaria de la creación jurídica cuando aparecen lagunas en el derecho positivo. La relación entre Bobbio, Esser, Zaccaria y Kaufmann se establece a través de su contribución al debate entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Bobbio analiza las diferentes formas de ideología de la

justicia, incluyendo el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, y destaca que la contraposición entre ambas corrientes no es clara.

Esser, Zaccaria y Kaufmann, por su parte, se sitúan en el ámbito de la hermenéutica jurídica y cuestionan la interpretación puramente positivista del texto judicial. Esser enfatiza la importancia de considerar el propósito y la finalidad de la norma, Zaccaria resalta la necesidad de una precomprensión en la interpretación, y Kaufmann aboga por un enfoque activo y creativo en la determinación del derecho. En relación con Bobbio, se puede decir que comparten una preocupación por el papel del derecho positivo y la posibilidad de complementarlo o superarlo con principios iusnaturalistas. Bobbio presenta tres concepciones de iusnaturalismo en relación con el iuspositivismo, donde el derecho natural y el derecho positivo pueden interactuar en la creación jurídica. Bobbio, Esser, Zaccaria y Kaufmann participan en el debate entre positivismo jurídico e iusnaturalismo desde diferentes perspectivas. Mientras Bobbio analiza las distintas ideologías de la justicia y la relación entre derecho natural y derecho positivo, Esser, Zaccaria y Kaufmann abogan por una interpretación del texto judicial que trascienda el enfoque puramente positivista y consideren elementos como la finalidad de la norma, la precomprensión y la creatividad en la determinación del derecho.

El positivismo jurídico se fundamenta en la voluntad del soberano, es decir, en la autoridad y la legislación establecida por los poderes estatales. Por otro lado, el iusnaturalismo se basa en la naturaleza humana como fuente del derecho, sosteniendo que existen principios y valores superiores que trascienden las leyes positivas. Ambas corrientes, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, han sostenido posturas éticas diversas a lo largo de la historia, ya que la moral y la ética pueden variar según el contexto histórico y social. Sin embargo, a diferencia del positivismo jurídico, el iusnaturalismo no se adhiere a una moral definida, sino que proyecta una moral a partir de una ética objetiva.

Es importante destacar que el iusnaturalismo ha sido capaz de justificar posiciones contradictorias, lo cual puede generar cierta controversia. No obstante, su cimiento de valor radica en su interpretación y en su capacidad para proyectar una moral objetiva basada en la naturaleza humana. En contraposición al positivismo jurídico, el iusnaturalismo basa las leyes en la naturaleza de las cosas, en lugar de fundamentarse únicamente en la legislación positiva. Esto implica que, según el iusnaturalismo, existen principios y normas inherentes a la naturaleza

humana que deben guiar la creación y aplicación del derecho. Además, el iusnaturalismo plantea que la interpretación correcta del texto judicial requiere que el juez vaya más allá de la interpretación positivista y que pueda adaptar, mejorar o perfeccionar las disposiciones del fenómeno jurídico. Esto implica que el iusnaturalismo reconoce la importancia de la interpretación jurídica en la aplicación del derecho. Es relevante tener en cuenta que tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico no son las únicas interpretaciones correctas del texto judicial. Cada situación histórica y jurídica puede requerir el uso de posiciones iusnaturalistas y positivistas de manera flexible y contextualizada. En su libro, Bobbio presenta tres concepciones de iusnaturalismo en relación con el iuspositivismo, destacando que el derecho natural y el derecho positivo pueden superponerse o considerarse como fuentes complementarias en la creación jurídica, especialmente cuando existen lagunas en el derecho positivo.

El iusnaturalismo y el positivismo jurídico, como corrientes de pensamiento en el ámbito jurídico, han influido en la interpretación y aplicación del derecho a lo largo de la historia. Sin embargo, ambas corrientes han sido objeto de críticas y han dado lugar a debates sobre la forma adecuada de interpretar el texto jurídico. En este sentido, las teorías de la hermenéutica jurídica planteadas por Josef Esser, Arthur Kaufmann y Giuseppe Zaccarà ofrecen una perspectiva interesante para abordar el proceso de interpretación del derecho. La hermenéutica jurídica se enfoca en comprender el sentido y el alcance de las normas jurídicas, así como en determinar cómo deben ser interpretadas y aplicadas en situaciones concretas. Estos teóricos han contribuido a la hermenéutica jurídica al proponer enfoques y metodologías específicas para llevar a cabo la interpretación del derecho. Por ejemplo, Josef Esser ha defendido la importancia de la interpretación histórica, considerando el contexto y la evolución histórica de las normas para comprender su significado actual. Por su parte, Arthur Kaufmann ha enfatizado la necesidad de una interpretación sistemática del derecho, es decir, considerar las normas jurídicas en su conjunto y establecer las relaciones entre ellas para lograr una interpretación coherente y congruente. Giuseppe Zaccarà ha aportado a la hermenéutica jurídica el concepto de "horizonte hermenéutico", que se refiere al conjunto de conocimientos, valores y presuposiciones que el intérprete tiene al momento de abordar el texto jurídico. Según Zaccarà, el horizonte hermenéutico influye en la interpretación y debe ser conscientemente considerado para evitar sesgos y prejuicios. Estas teorías hermenéuticas se conectan con el iusnaturalismo y el positivismo jurídico en el sentido de que plantean la necesidad de una interpretación más

profunda y contextualizada del derecho. Aunque el iusnaturalismo y el positivismo jurídico pueden tener diferencias en su fundamentación, la hermenéutica jurídica propuesta por Esser, Kaufmann y Zaccarà busca superar esas diferencias al ofrecer herramientas y enfoques para comprender y aplicar el derecho de manera más efectiva. Las teorías de la hermenéutica jurídica planteadas por Esser, Kaufmann y Zaccarà proporcionan un puente entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico al ofrecer enfoques y metodologías para la interpretación del derecho que buscan superar las limitaciones y discrepancias de ambas corrientes. Estas teorías enfatizan la importancia de considerar el contexto histórico, la coherencia sistémica y el horizonte hermenéutico en la interpretación del texto jurídico.

1.2 Hermenéutica jurídica: Esser, Zaccaria, Kaufmann

Una de las alternativas a la interpretación por parte del positivismo jurídico es la hermenéutica jurídica. Algunos de los doctrinantes que esgrimen esta propuesta son Giuseppe Zaccaria, Josef Esser, Arthur Kaufmann quienes permeados por la filosofía hermenéutica desarrollaron una noción que racionaliza metódicamente las ciencias del espíritu; y otra que desenvuelve una ontología sustentada en la interpretación de la realidad humana. En esta segunda noción se acoge el planteamiento de Hans-Georg Gadamer que tiene como fundamento los estudios de Martin Heidegger. Esta noción ontológica funge como impulso de la teoría jurídica hermenéutica, como lo expone Zaccaria en su texto “Ermeneutica e comprensione narrativa”, publicado en la revista “Materiali per una Storia della cultura giuridica” (1988). El objetivo principal está en examinar el concepto de derecho que considera la tradición positivista: Un conjunto de normas emanadas desde el centro unitario de poder, el Estado, prestas a ser aplicadas sin más. La juridicidad de esas reglas obedece exclusivamente a su dependencia de la voluntad política; una vez puestas poseen un contenido preciso, salvo excepciones, que puede ser conocido sin demasiados problemas. (Rodríguez-Puerto, 2011, p. 1). La hermenéutica jurídica, por el contrario, no concibe el derecho en la dimensión de las reglas generales sin considerar la particularidad del proceso de aplicación.

Actualmente, los positivistas contemporáneos van en contra de la idea de un sistema de normas cerrado compuesto por leyes que se aplican de forma automática. Hans Kelsen, dice Rodríguez-Puerto (2011), reconoce como impracticable tratar la decisión jurídica apoyado solo en el contenido de la norma. También asegura que la ambigüedad del lenguaje problematiza la

determinación del significado de la norma, y el empleo de la metodología interpretativa de igual manera no sobrepasa la falta de precisión del lenguaje; así que la decisión se determina por la elección arbitraria del intérprete en el fallo. Kelsen postula, entonces, que la decisión no llega a ser jurídica por la naturaleza de los argumentos. Es el autor, quien está facultado el que crea el derecho autorizado por el sistema.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento a contrario están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una “interpretación” resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal. (Kelsen, 1982, p. 353)

Hart puso en duda también el igualar el positivismo con el uso de la aplicación automática de las leyes, pues su perspectiva parte de la analítica del lenguaje común que establece la complejidad de las palabras y su significado. Lo anterior hace patente la existencia de zonas de incertidumbre cuando se habla del significado estándar con el que han de poner en juego los jueces al tener que ir más allá del ámbito de la interpretación y optar por una decisión que establezca nuevas relaciones en el derecho; zona que en los “casos difíciles” no permite el empleo de la subsunción por parte de los jueces. Esto enreda una elección creativa entre las situaciones a elegir; de acuerdo a esta forma de proceder los jueces acuden a principios y valoraciones que, según Hart (1998), no poseen previo al fallo en el que se ve reflejado.

Recapitulando, las posiciones de Kelsen y Hart prueban que la solución a una situación jurídica no descansa ni se deriva de las normas establecidas por el legislador. La decisión surgirá precisamente de la discrecionalidad y el criterio del juez. Según estos autores la decisión judicial no se desprende de una racionalización de conceptos materiales con los que se llega a una

resolución, pues los contenidos del derecho dependerán de la comprensión del juez y la tradición a la que rinda culto, o la dominante según la tradición jurídica de mayor fuerza interpretativa. Pero es la posición del positivismo tradicional la que plantea limitaciones interpretativas de la correcta interpretación del texto judicial para los representantes de la filosofía hermenéutica. Desde esta última posición, opuesta a la anterior, se asume que han de existir criterios que den paso a la racionalización de ese campo decisorio no establecido por la ley. Este esfuerzo se centra en la preocupación por teorías jurídicas que persiguen la concreción del derecho. De las diversas formas de definir concreción, la hermenéutica considera que el corazón del derecho se halla en el ajuste de la ley al caso. Este tipo de teoría llama por la importancia que tiene el caso o el problema para la teoría hermenéutica, porque los fundamentos de la decisión tienen su origen en la situación particular en la que la ley general ha de desplegarse. Cabe resaltar que tanto Esser como Kaufmann ya habían formulado sus inquietudes respecto al positivismo jurídico, antes de buscar un fundamento teórico en la filosofía hermenéutica.

De acuerdo a Giuseppe Zaccaria y Francesco Viola la interpretación de estos teóricos del planteamiento gadameriano surge del intento por justificar una falta de acierto ante las teorías metódicas dominantes. Este asunto se inserta en las aportaciones de Josef Esser y Arthur Kaufmann quienes inician manifestando un concepto de derecho cuya juridicidad no está restringida al mandato del legislador, ni por la vinculación sociológica de los individuos. Para Esser el derecho es capaz de calificar las realidades. En cuanto a metodología el proceso de aplicación se distancia del empleo silogístico y deductivo tradicional. La hermenéutica jurídica de Esser revela que el problema jurídico es “una captación de sentido desplegada en dos frentes” (Rodríguez-Puerto, 2011, p. 34), de esta forma, señala el trabajo a partir de estos dos frentes: 1) la fuerza del sentido del presente en el caso en que se aplica la ley; 2) el asunto de la ley que se concreta en el caso. El contenido de este último provee la interpretación, una tarea prescriptiva resuelta mediante estratagemas técnicas y argumentos habituales, como la manera de proceder en cada marco legal; relación que se define mediante la aplicación de la lógica

Uno de los primeros juristas que incidieron en la etapa inicial de la hermenéutica jurídica es Josef Esser. El concepto aparece en 1949, con la publicación de las lecciones *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates* celebradas en la Universidad de Innsbruck sobre la teoría jurídica y en cuyo primer apartado asegura que la juridicidad no se comprueba en el

mandato del soberano ni en ceñimiento a los hechos sociológicamente verificables; la juridicidad se da por concretar ciertas realidades por intermedio de la idea de derecho. Al abordar la aplicación del derecho desde la deducción y el silogismo, crítica la solución del problema jurídico acometiendo en dos frentes: 1) parte del presente del caso y 2) del contenido de la norma aplicable. La atención de Esser recae en este último pues conforma el modo de proceder de la interpretación jurídica tradicional del iuspositivismo alimentada por argumentos técnicos, producto de la lógica que exige un contenido material que subsane la dependencia entre el asunto enjuiciado y la ley que regula la situación; de esta manera es posible penetrar en las relaciones sociales y objetivas que cimentan las interpretaciones y aplicaciones que cada una pone en juego. De lo anterior se sigue que la decisión del jurista no descansa sólo en las deducciones lógicas o inevitables (como opera la ciencia); también abarca valoraciones jurídicas que revisan contextos objetivos, cuestionamientos humanos y la búsqueda de una disposición que se ajuste a esas realidades. Esta situación permite hablar de verdades jurídicas y morales y concede una reivindicación del pensamiento iusnaturalista (Bobbio, 2018, p. 124). La doctrina interpretativa de Esser abre la posibilidad a pensar en una valoración puesta en la norma y no solo en la reproducción histórica de la voluntad del legislador. Para Esser la norma no es solo una orden, extraña asimismo un sentido.

El intérprete tiene que hallar el Derecho con la ayuda de modelos de orden, que no son comprensibles como mandatos, sino como encargos de actualización de un fin normativo, sobre todo de un fin normativo que puede estar previamente vinculado a, e incluido en, un sinnúmero de otras referencias regulativas actuales. Con este significado, el objeto propio de los esfuerzos interpretativos lo constituye una ratio legis, que quien aplica el Derecho no sólo «comprende mejor» que el legislador histórico, sino que además sólo ella hace racional y comprensible en absoluto el contenido histórico de la norma (4). Por consiguiente, en este hacer comprensible y hacer comprender, entendidos como justificación del contenido normativo, existe un recurso tanto a la racionalidad ahistórica del texto como también al consenso sobre la racionalidad entre las ideas valorativas de quien aplica el Derecho y las de los destinatarios del Derecho. (Esser, 2020, p. 41)

Es el sentido objetivo de la ley lo que ha de orientar siempre a la luz de los contextos actuales: “el juez no ha de lanzarse a la investigación de intereses históricos, sino a la

conformación de la vida y la conciencia jurídica de su época para entender desde ahí la ordenación legal” (Rodríguez-Puerto, 2011, p. 34). La idea de un fallo que explore los efectos en la vida social y en las relaciones vitales que repercutirán en los intereses de la jurisprudencia y en las teorías anteriores sobre la interpretación objetiva. La vida jurídica y las nuevas variaciones hacen que nuevos casos no estipulados en la norma asomen a la realidad. A partir de este modelo Esser modificará sus intereses por el derecho de influencia neokantiano y se concentrará en los problemas que racionalicen la decisión jurídica. Su propuesta no deja de cuestionar el sistema cerrado de normas desde el que han de deducir e interpretar la aplicación de las leyes.

Tanto Esser como Rodríguez abordan la cuestión de la interpretación del derecho, pero desde enfoques ligeramente diferentes. Esser destaca que la norma no se limita a ser una simple orden, sino que también implica un sentido. El intérprete del derecho tiene la tarea de encontrar el significado de la norma, utilizando modelos de orden que no se entienden como mandatos, sino como encargos para actualizar un fin normativo. Esser sostiene que la interpretación adecuada implica comprender la *ratio legis*, es decir, la razón o finalidad normativa que puede estar vinculada a múltiples referencias regulativas actuales. En este proceso interpretativo, se recurre tanto a la racionalidad inherente al texto normativo como al consenso sobre la racionalidad entre quienes aplican el derecho y los destinatarios del mismo. Por otro lado, la cita de Rodríguez resalta que el sentido objetivo de la ley debe orientarse siempre a la luz de los contextos actuales. El juez no debe buscar intereses históricos, sino conformar la vida y la conciencia jurídica de su época para comprender la organización legal desde esa perspectiva. En otras palabras, Rodríguez argumenta que el juez debe tener en cuenta la realidad social y jurídica actual al interpretar y aplicar la ley, en lugar de enfocarse únicamente en los aspectos históricos. Aunque ambas citas reconocen la importancia de la interpretación del derecho, Esser pone énfasis en la comprensión de la razón normativa y la racionalidad, mientras que Rodríguez destaca la relevancia de la orientación hacia el sentido objetivo de la ley en el contexto actual. Ambos enfoques apuntan a encontrar una justificación y comprensión adecuada del contenido normativo, pero con énfasis ligeramente diferentes en cuanto a los elementos y criterios involucrados en el proceso interpretativo.

Esser escribe en 1952 *Elementos de derecho natural en el pensamiento jurídico dogmático*. En él expone los presupuestos valorativos a los que el sistema que aplica la ley

acorde con la deducción abandona. Presupuestos valorativos que no dependen del legislador y que son considerados derecho natural, es decir, un conjunto de principios y exigencias basados en el problema jurídico con la idea de que doten de sentido al iuspositivismo. Estos principios aparecen, según Esser, en el momento en que el juez piensa una solución justa antes de fundamentarla en la dogmática o la jurisprudencia. Al momento de subsanar lagunas, de ajustar el sentido de la norma presente en el derecho (ideológicos y emotivos); al encontrar el contenido al ordenamiento y hacer manifiesto el abuso del derecho. Las valoraciones son parte del ordenamiento; la propia dogmática ha sido elaborada en parte por este sentido. Esser las llama manifestaciones de un derecho natural que es propio de las cosas y que resultan autónomas del legislador al estar presentes en el problema del pensamiento jurídico y su constitución. Esser explica estos elementos extralegales en su libro *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (1956). Igualmente, señala que los principios están unidos a los problemas concretos, a partir de los que son desvelados y elevados a una normatividad general; la reiteración de problemas semejantes en otros ordenamientos jurídicos lleva a que se compartan estos principios. En esta línea de pensamiento se debe entender que el origen de los principios no es la ley; es la naturaleza de la cosa o la institución la que añade la situación sin solución. Sin embargo, es hasta que el derecho positivo se valide en una decisión judicial que los principios ganan estatus.

Esser sostiene que los principios desde su inmanencia forman parte del derecho positivo al ser una condición que posibilita el ser y las disposiciones singulares, que solo se hacen efectivas al ser reconocidas en las instituciones positivamente. Sin embargo, Esser es consciente de que las soluciones jurídicas son históricas, concretas, flexibles y cambiantes de ahí que ve la necesidad en que quien autorice la ley deba interpretar su contenido. Pero lo anterior no significa que cualquier decisión legislativa, administrativa o judicial pueda ser derecho. Porque los jueces al fallar respecto a los problemas titulares del derecho han de seguir directrices de las que los principios forman parte. Respecto al concepto derecho, Esser lo concibe en contraposición con el sistema cerrado, es decir, flexible, en el que ninguna decisión ya está dispuesta, tal como lo afirmaba la doctrina del siglo XIX. Esta versión del derecho, se trata como un descubrimiento de sentido que descansa en el texto. De esta conformación de significado histórico derivan técnicas de interpretación (la voluntad del legislador, el espíritu de la ley) que Esser considera un documento que se entiende en clave del derecho estático. No obstante, el filósofo del derecho

interpreta que el derecho no es una mera mimesis de la realidad; además tiene un carácter productivo. Esser propone que el texto tiene una posibilidad de comprensión desde el contexto pues concede que el significado normativo tiene carácter productivo. Esta propuesta expresa la intención de que la comprensión del texto y su aplicación supere la literalidad y esboce en su proceso intelectual una producción o reproducción de la norma en torno a una situación objetiva que acoja los principios del ordenamiento. Esto quiere decir que el juez ha de recurrir a instancias que resultan de la conciencia general histórica de la manera de relacionarse del asunto desarrollado y de las conexiones que descansan en el sistema jurídico. Entonces, la actividad de interpretación judicial debe conectar el texto escrito con el derecho no escrito. El juez, por lo tanto, se vale de los recursos legales que encuentra en la tradición.

Esser adopta una postura flexible del derecho en cuanto a que la interpretación no se ve agotada en la literalidad del texto. Sin embargo, cabe advertir que matiza esta libertad regulándola al hacer que pase por los recursos que habilita el derecho dentro de su sistema. Esser cita a Max Radin y explica que la ley alcanza su sentido desde el momento en que obtiene una finalidad ordenadora que yace en el asunto que pretende resolver. Lo anterior se aleja de la creencia que relaciona la esencia de la ley retrotrayéndose a la voluntad del legislador. Por asunto, Esser, indica lo que hace referencia al problema que exige una decisión y que no es indiferente al ejercicio del jurista. En este aspecto, Esser (2020) se declara contrario a Philip Heck al asumir que la importancia de la ley se desprende de los intereses previstos en esta. Al centrar su lectura en esta base abandona elementos externos que del texto legal puede llegar a variar su interpretación: principios, la lógica material, los valores jurídicos generales que no han de coincidir la inclinación de quienes demandan en una pugna.

Es la correlación entre la finalidad normativa y la lógica del asunto la que sirve de guía hacia la objetividad con el motivo de rechazar el decisionismo judicial. Según Esser los límites de la arbitrariedad se ejercen mediante criterios materiales: el fin de la norma, los principios, valores, la lógica de la cosa, la casuística. Al entender la calidad de estas semblanzas jurídicas es notable que Esser considere reducido al silogismo en el acontecer de la decisión jurídica: ligándola no a la dependencia lógica e incluyendo lo determinante al caso, incorporando la evaluación del resultado y los efectos de su impacto. En esta línea de pensamiento, la decisión, al incluir elementos materiales muestra que no se supedita a la precisión lógica y requiere de una

conformidad de las premisas a la realidad. La juridicidad nace de una precomprensión justa del asunto, los conceptos y las categorías de la que se habrán de desprender las aserciones ya dadas.

Para Esser los principios se conjugan cuando el juez entra en esta tarea. De modo que el aceptar la valoración y la corrección de conceptos y categorías que habrán de alimentar las premisas que el juez interpreta en la juridicidad de las decisiones se alimenta de la finalidad prevista de la norma y la constitución de la situación jurídica. En realidad, Esser, se preocupa por un dogmatismo que conlleve a una lectura subjetiva (basada en el derecho natural a un tipo de ética); el peligro está en conectar el sistema y la exigencia de un razonamiento jurídico a una búsqueda ciega de la ley en general. Franz Wieacker al reseñar el texto *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* encontró que la posición de Esser construye una teoría de la conducta correcta; con esto el derecho natural concreto se ciñe a la lógica material del asunto que se plantea resolver.

El pensamiento sistemático es de una dimensión ahistórica, en cuanto a su ideología. Esta construido y limitado lógicamente, y tiene una fundamentación ingenuamente ontológica. Lo que sostiene una resolución no es el *hic et nunc de la doxa y de la opinio iuris*, sino la “esencia” de una relación e institución jurídicas y el nexo interno del ordenamiento, que se refleja en el sistema dogmático. Así, las soluciones son sacadas de por interpretación y construcción, su autoridad no es quebrantada por efecto de las nuevas soluciones, no es abandonado en favor de otro sistema (que sería inimaginable), sino “perfeccionado” por el encuadramiento de las nuevas soluciones. El nacimiento de tal sistema está presidido por el afán de una fundamentabilidad ahistórica, inspirado en una optimista confianza de la garantía supratemporal de la *ratio*. Al final del sistema está el escepticismo frente a la verdad de esta fuerza ordenadora, nacido de las experiencias políticas de su abuso, y del descubrimiento psicológico de los elementos volitivos que intervienen en una búsqueda del derecho que se quiere hacer pasar por puramente racional. Lo que con tanto trabajo se había ido edificando partiendo de la primitiva generalización de las soluciones recibidas, el sistema de la deducción lógica, se hace con su aparato intelectual constructivo. Se le superpone un pensamiento problemático, que en los puntos candentes de los conflictos actuales toma en sus manos la dirección y, con gran escándalo de la dogmática, empieza dictando valoraciones abiertas, hasta que estas se condensan en principios adheridos a los problemas (pensamientos jurídicos) y adoptan un revestimiento dogmático. (Esser, 2020, p. 228)

De acuerdo a Esser la ordenación no debe obedecer a un asunto de voluntad legislativa, sino que debe guardar correspondencia con el derecho positivo sin dejar de lado los vínculos de la materia jurídica, pues existe la necesidad de que el intérprete acuda a principios jurídicos extralegales, lo cual no forma un derecho natural implementado positivamente. Al entender el derecho y su interpretación como un conjunto de directivas derivadas desde el contexto social y relacionado con la naturaleza del asunto a resolver y la estructura lógico objetiva, Esser no muestra la fundamentación de sus propuestas. Según lo dicho en el texto de Rodríguez-Puerto, Wieacker afirma la necesidad de verdades objetivas en las ciencias del espíritu, que vienen dadas por una referencia a una tradición que los participantes han obtenido en la construcción de conocimiento. Sin embargo, Esser solo remite a la práctica jurídica civil y en su insatisfacción con las teorías heredadas y las metodologías puramente técnicas; lo que hace necesario resaltar en su propuesta las circunstancias e intereses en los casos concretos (Rodríguez-Puerto, 2011, p. 40).

Josef Esser se aparta de la senda de la metodología al considerar que la base de la interpretación hace uso de una comprensión histórica. Según su crítica, la interpretación del método histórico orienta al intérprete de acuerdo con dos formas: primero, con la utilización de materiales que sirvan de medio auxiliar para la interpretación del texto legal; segundo, al identificar la ideología de los principios que subyacen en el texto normativo. Ambas vías de argumentación están reguladas por el legislador o el espíritu de la ley. Contrario a esta concepción del derecho, Esser concibe que la interpretación no puede partir de separar significados que vuelven a la vida o se salvan como resultado de quien legisla. Acorde al pensamiento de Esser, la interpretación ha de poner especial cuidado a la conciencia jurídica del presente. Para soslayar las arbitrariedades de la interpretación metodológica, Esser desarrolla otras categorías: los principios jurídicos y la conformación del caso a resolver. Sin embargo, cabe aclarar que la posición del jurista alemán no echa por tierra la reconstrucción de la voluntad del legislador, más bien estima que dicho cometido requiere de los principios jurídicos que ha ganado la jurisprudencia. En esta línea, cabe anotar que, para Esser, la interpretación no se desprende de un ejercicio exegético histórico dirigido a entender la ley similar a la voluntad del legislador. El intérprete ha de enfocar su atención en los principios jurisprudenciales que remiten a las fuentes actuales del derecho y le otorgan al jurista la posición desde la que ha de mediar su tarea. Los principios jurisprudenciales tienen la calidad de estar abiertos, pues la interpretación

requiere de una creación de sentido tomando la comprensión como base del caso objetivo y del propósito del ordenamiento jurídico efectivo, direccionado por los principios jurídicos vigentes. Según Esser, el texto sólo puede comprenderse desde el contexto, de tal modo que este tejido es quien marcará el sentido de los criterios interpretativos y la escogencia del marco de posibilidades a los que puede recurrir el jurista.

Ahora bien, es importante señalar que no se busca establecer una lista exhaustiva de casos; puesto que el juez debe ceñirse a los precedentes judiciales y a las instancias propias del sistema jurídico. Según Esser, el papel del juez es encontrar un equilibrio entre la ley escrita y la no escrita, que incluye principios, necesidades, exigencias tradicionales, doctrinas y jurisprudencia, y que se relaciona de manera dinámica con la tradición jurídica. De esta manera, la interpretación se enlaza con una forma de racionalidad no metódica, y se busca alcanzar un consenso que permita a las partes ajustar su decisión a la ley vigente. La precomprensión, un concepto clave en la hermenéutica, es la base de la primera categoría. Para Esser, esta se entiende como un contexto o horizonte en el que el intérprete se desenvuelve, pero sin ser consciente de los prejuicios de su tiempo. Tanto el horizonte de comprensión del derecho como el caso particular conforman un criterio para la interpretación que debe ajustarse al consenso social, que a su vez requiere un acuerdo sobre los valores y los puntos de vista propios de la situación en concreto. En resumen, Esser sostiene que las referencias objetivas de un caso en concreto deben ser reemplazadas por un acuerdo intersubjetivo abierto que esté en línea con la situación concreta de una sociedad, veamos lo que añade el autor:

El recurso a un tal consenso es algo esencial al acto interpretativo, que tiene que hacer convincente el texto y la idea regulativa de él inferida y, por cierto, incluso cuando un tal consenso entre los destinatarios de la norma y el legislador histórico no exista en absoluto hasta entonces. El plano común a los destinatarios de la norma, que, partiendo de máximas de racionalidad reconocida con todos sus prejuicios coetáneos, es responsable de problemas de verdad incluso más allá del círculo histórico y en el marco de un pensamiento valorativo temporalmente condicionado, es el núcleo de la denominada precomprensión. Esta puede ser entendida en principio como completamente no problemática, en el sentido de una manera generalmente accesible de concebir la necesidad de regulación y las alternativas de regulación, pero sobre todo la tendencia de solución legalmente «prevista» de manera clara, la denominada *ratio legis*. Mas tal precomprensión puede devenir problemática tan pronto como la situación del caso muestre el carácter cuestionable de la meta inequívoca fijada y su inclusión en estructuras

sistemáticas más amplias de las que originalmente se habían manifestado. Otros elementos de la precomprensión pueden luego surgir, para un planteamiento más diferenciado, de la posibilidad de contemplar todos los elementos lingüísticos y sociológicos, en especial de prestar atención a criterios que solo tienen relevancia en posibilidades alternativas de solución. (Esser, 1972, p. 46)

Para Esser, la interpretación del derecho es un terreno de conflicto donde se debate cómo identificar de manera no subjetiva la ley aplicable. La interpretación se entiende como una forma de comprender y hacer comprensibles las normas establecidas que no se aplican mecánicamente. Aunque las opiniones varían en cuanto a cómo lograrlo, se espera que la interpretación haga más transparente y racional el proceso de aplicación del derecho. Tanto aquellos que ven la aplicación del derecho como un problema de cumplimiento de las normas y su concreción en diferentes fases, como aquellos que proponen una comprensión menos jerárquica del proceso, consideran la interpretación como un tema central. Sin embargo, la ley no es clara en muchos aspectos, y depende de la retroalimentación obtenida del proceso de aplicación.

Ambas concepciones respecto a la aplicación del derecho consideran que la dogmática juega un papel fundamental. Por un lado, desde la perspectiva aplicativa, la conceptualidad es clave para garantizar la capacidad funcional del sistema legal. La eficacia de las normas y programas legales depende de la interpretación semántica y constructiva, así como de la necesaria impermeabilización de las posibilidades de decisión autónoma del sistema ante las complejas expectativas sociales. En relación con esto, Luhmann propone una aplicación puramente dogmática de la ley, usando la Sociología analítica funcional para una técnica interpretativa que permita liberarse de concepciones tradicionales en beneficio de nuevas alternativas y resoluciones de conflictos. Sin embargo, la Sociología analítica funcional puede no ser capaz de determinar qué cosas son equivalentes funcionales de los intentos de solución existentes, dado que no parte de presupuestos valorativos y no considera las concepciones de la “absorción”.

Por otro lado, la concepción opuesta defiende la responsabilidad de la decisión en el proceso de encontrar el Derecho aplicable, reconociendo que el sistema legal es solo provisionalmente autónomo y heurísticamente autónomo mediante la reducción selectiva de la complejidad a través de la dogmática. El jurista, por lo tanto, está obligado a aprovechar la alta abstracción de los conceptos jurídicos y su dogmática, mientras que, al mismo tiempo, no debe

reducir la confrontación del caso concreto con la norma a lo formal y debe hacerla valorativamente fecunda mediante una comprensión crítica y reflexiva de la decisión política-jurídica. Es decir, si el control político-jurídico sigue siendo ficticio, ya sea por apelar a la “fidelidad a la ley” o por “salvaguardar una razón suprapersonal”, o por sumisión ideológica al programa político respectivo, la interpretación ilimitada del Derecho puede conducir a una deformación de la meta e incluso a una total perversión del Derecho y de sus propios presupuestos como Derecho. La utilidad de esta concepción amplificadora de la interpretación depende, por lo tanto, de que se indiquen las vinculaciones racionales de la precomprensión judicial a postulados de justicia no manipulables. Si esto no sucede, cualquier teoría que abogue por una interpretación objetiva y no encadenada a la voluntad del legislador podría ser criticada por desencadenar el pensamiento jurídico instrumental.

Así, las ideas de Esser sobre la interpretación del derecho destacan la importancia de establecer vínculos racionales entre la precomprensión judicial y los postulados de justicia para evitar el pensamiento jurídico instrumental. Para ello, es fundamental que los jueces sean conscientes de sus valores y precomprensión al interpretar el derecho, de manera que estos valores se ajusten a los postulados de justicia no manipulables. De esta manera, se puede preservar la integridad del sistema jurídico y evitar su deformación. En términos de interpretación objetiva del texto normativo, se requiere una relación estrecha entre los postulados de justicia no manipulables y la interpretación del texto. Además, se necesita un consenso sobre la racionalidad entre quienes aplican el derecho y sus destinatarios para que la interpretación sea convincente, incluso si no existía previamente un consenso entre los destinatarios y el legislador histórico. Con el fin de clarificar, la precomprensión se refiere a un conjunto de ideas y conocimientos previos que pueden influir en la interpretación y aplicación de la norma. Estos conocimientos pueden provenir de diversas fuentes, como la cultura, la tradición, la formación académica o la experiencia personal. La interpretación del derecho debe tener en cuenta la precomprensión judicial, los postulados de justicia no manipulables y el consenso sobre la racionalidad para preservar la integridad del sistema jurídico y evitar su deformación. La precomprensión se refiere a las ideas y conocimientos previos que pueden influir en la interpretación y aplicación de la norma.

La precomprensión es un fenómeno natural en la interpretación del texto normativo, donde los intérpretes utilizan su bagaje cultural y conocimiento previo para comprenderlo. Sin embargo, puede convertirse en un obstáculo para una interpretación objetiva y justa si se utiliza de forma sesgada, lo que puede llevar a una interpretación injusta o equivocada de la norma. Es importante que los intérpretes sean conscientes de su precomprensión y hagan un esfuerzo consciente para separarla de la interpretación objetiva y justa de la norma. La comprensión del derecho va más allá de la comprensión de la ley, y la precomprensión técnica puede convertirse en un problema si se utiliza selectivamente al elegir criterios de interpretación en situaciones de duda o decisión. En este proceso interpretativo y constructivo, es importante tener en cuenta los criterios relevantes para resolver el conflicto. La jurisprudencia siempre estará sujeta a cambios y evoluciones en función de las circunstancias y del desarrollo de la sociedad. Por ello, la interpretación y la construcción del derecho deben ser flexibles y abiertas a la evolución y el cambio, siempre respetando los límites impuestos por la legalidad y los derechos fundamentales. Los tribunales y los jueces tienen la tarea de lograr un equilibrio entre la necesidad de estabilidad y la necesidad de adaptación a los cambios y la evolución social, siempre guiados por los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, es esencial que la interpretación del Derecho tenga en cuenta tanto la precomprensión técnica como las expectativas de protección jurídica de los destinatarios de la norma. Sin embargo, como la precomprensión técnica puede volverse problemática si se utiliza de manera selectiva para guiar la interpretación y construcción del Derecho en situaciones de duda o decisión, es necesario, por lo tanto, proceder con energía y trascender la comprensión de la ley para llegar a una comprensión más profunda del Derecho (Esser, 2020, p. 41). La jurisprudencia, aunque es variable, es esencial para la confianza en la justicia, y el control de rectitud es esencial para la interpretación y construcción del Derecho. De hecho, la interpretación debe ser racional y tener en cuenta tanto la técnica jurídica como las expectativas de protección jurídica de los destinatarios de la norma. En otras palabras, el control de rectitud es esencial en la interpretación jurídica para asegurar que la norma se aplique de manera objetiva y justa, evitando cualquier abuso político o ideológico. Aunque la precomprensión es la base de este control, su comprobación crítica y objetiva somete a prueba la *ratio legis* y asegura que la interpretación sea racional y no esté sujeta a la influencia de ideologías, la pretendida libertad valorativa del pensamiento jurídico puede llevar a la manipulación del derecho para justificar resultados

políticos o ideológicos, lo que es más peligroso que la libertad de valoración que tiene que justificar el resultado o hacerlo plausible.

En concreto, Esser enfatiza la importancia del control de rectitud en la interpretación del derecho y en la búsqueda de su aplicación adecuada. Este control es esencial para garantizar la objetividad y evitar abusos políticos o ideológicos en la aplicación de la norma. Además, se destaca la importancia de considerar las posibilidades y consecuencias lógico-objetivas, así como la referencia a la doctrina y práctica probadas, como criterios relevantes en la interpretación y aplicación del derecho. El legislador alemán reconoce la importancia de estos criterios como garantía de continuidad y autocontrol del sistema jurídico. La interpretación del Derecho implica la disposición a comprender y a orientarse por puntos de vista racionales. Esta disposición es aplicable no solo a las diferentes opiniones sobre lo que es o no es parte del sistema de normas positivas que necesitan interpretación, sino también a la idea de los planos en los que este derecho puede ser accesible a la interpretación. Estos planos pueden ser el del lenguaje normativo legal o el de la dogmática, que determina el lenguaje normativo. En definitiva, la interpretación del derecho requiere de una actitud crítica y racional que tenga en cuenta las diversas perspectivas y factores que influyen en la comprensión y aplicación del derecho. El lenguaje es un medio fundamental para la interpretación del Derecho y es decisivo para el tratamiento de la precomprensión. El lenguaje jurídico dogmático se proyecta en el lenguaje convencional, pero su contenido normativo no se adapta sin actos de valoración a las exigencias del primero y del entorno. Por esta razón, la jurisprudencia moderna se refiere tanto a las normas jurídicas fundamentales como a los precedentes para explicar los controles de rectitud y los argumentos de convicción.

Como consecuencia de una lectura de Esser en el ámbito jurídico, es fundamental que el lenguaje utilizado en las leyes sea claro y comprensible tanto para los ciudadanos comunes como para los juristas encargados de aplicarlas e interpretarlas. Para entender el significado y alcance de una norma jurídica, es crucial interpretar correctamente las palabras y conceptos normativos relevantes de manera transparente y convincente, a fin de asegurar la confianza en la justicia. Es esencial que exista una correspondencia adecuada entre el lenguaje legal y el convencional para garantizar una comprensión y aplicación consistentes y justas de las normas. La interpretación jurídica va más allá de una simple cuestión gramatical, lógica o sistemática del texto legal, ya

que también implica considerar principios, máximas y conceptos generales del derecho. Además, el lenguaje técnico-jurídico no se limita al plano legal, sino que también está influenciado por factores como la historia, la cultura y la sociedad en general. Por lo tanto, la interpretación jurídica requiere un enfoque holístico y multidisciplinario que tenga en cuenta estos diversos factores y su relación con la norma en cuestión. La interpretación es un proceso fundamental para la comprensión y aplicación del derecho vigente. Se debe tener en cuenta que la precomprensión del intérprete está influenciada por factores sociales, culturales, históricos y personales, y el lenguaje es esencial para la interpretación, ya sea técnico-jurídico o convencional. Asimismo, que la interpretación no se limita a las relaciones gramaticales, lógicas y sistemáticas del texto legal, sino que también puede recurrir a principios, máximas e ideas generales del derecho. Su objetivo, en primer lugar, es alcanzar una comprensión congruente con la intención reguladora que sirvió de base a la norma, y, en segundo lugar, permitir una aplicación del derecho que sea justa y adecuada a las circunstancias particulares de cada caso.

La interpretación correcta del texto judicial que plantea Esser reconoce que la interpretación no puede desligarse de la valoración y concepción ordenadora que cada intérprete tiene del derecho. El significado y el sentido de las normas jurídicas siempre van acompañados de una carga valorativa que los hace relevantes en un contexto jurídico determinado. Adicionalmente, la comprensión del derecho no se puede reducir exclusivamente a la aplicación mecánica de las reglas y principios jurídicos, sino que requiere un grado de interpretación y valoración que depende de la formación y experiencia de cada intérprete. La responsabilidad de quien aplica el derecho implica no sólo la interpretación del contenido de la norma, sino también la comprensión del encargo regulativo que se le ha conferido y la relación mutua de varias directrices. Además, el juez tiene cierta autonomía en la vinculación, por lo que debe tener en cuenta las prioridades y las conexiones al decidir sobre un caso específico. Así que la interpretación jurídica es un proceso complejo que requiere una comprensión profunda y una aplicación cuidadosa de los principios y valores que sustentan el derecho. En efecto, la responsabilidad del juez o de quien aplica el Derecho no se limita a interpretar el contenido de las normas jurídicas, sino que también debe comprender la relación entre diferentes directrices y su aplicación a situaciones nuevas. Esto es especialmente importante cuando se trata de trasladar regulaciones históricas a situaciones y necesidades actuales. En tales casos, la simple aplicación del conocimiento racional del texto y su significado no es suficiente para resolver el conflicto

regulativo. La comprensión debe abarcar tanto la situación histórica como la actual, y debe permitir la transformación de las ideas de solución de acuerdo con la problemática del momento. En resumen, la responsabilidad de quien aplica el Derecho implica además de la interpretación de las normas jurídicas la comprensión de su contexto histórico y su aplicación a situaciones nuevas. La tarea interpretativa del jurista no se limita a la mera comprensión literal del texto legal, igualmente implica comprender el fundamento y el sentido de las reglas formuladas. La interpretación jurídica se aleja de ser simplemente una cuestión de aplicar la norma a un caso concreto, porque implica una labor hermenéutica para determinar el alcance y el significado de la norma en su contexto histórico y social. En este sentido, la interpretación jurídica es una tarea creativa que requiere una comprensión profunda del objeto regulado y una sensibilidad hacia las necesidades sociales y culturales del momento. Por lo tanto, la interpretación no se puede reducir a un mero ejercicio de subsunción, debido a que comprende una reflexión crítica sobre el objeto regulado y los valores y principios que subyacen a la norma.

Además, podemos señalar que el proceso de interpretación histórica no es suficiente para proporcionar una comprensión adecuada de la normativa actual. La interpretación de las normas regulativas no se limita únicamente al conocimiento histórico, sino que implica una comprensión crítica del significado actual de la norma en relación con el contexto en el que se aplica. Esto significa que la interpretación histórica debe ser flexible y capaz de adaptarse a las necesidades y demandas del presente, en lugar de limitarse a una reconstrucción del significado original del texto. Por lo tanto, la comprensión de las normas requiere un enfoque hermenéutico, en el que el intérprete debe utilizar su capacidad crítica y creativa para descubrir el significado actual de la norma y aplicarla en función de las necesidades del presente. Es importante que el intérprete considere tanto la historia como las necesidades actuales al aplicar el derecho a un caso concreto. El objetivo no es simplemente encontrar una solución que se ajuste al texto de la norma, sino comprender su fundamento y aplicarla de manera coherente a las necesidades actuales. En consecuencia, la interpretación jurídica implica una gran responsabilidad en la creación del orden actual en el sentido del encargo regulativo. La interpretación jurídica es un proceso dinámico y crítico que busca establecer una conexión coherente entre el pasado y el presente en un contexto en constante cambio (Esser, 2020, p. 31).

El intérprete no puede evitar que su propia perspectiva influya en su interpretación del texto legal. Su prejuicio o predisposición hacia ciertos temas, su comprensión del lenguaje y su contexto histórico y social son factores que influyen en su interpretación. Por lo tanto, es importante que el intérprete reconozca sus propios prejuicios y limitaciones, y trate de ser lo más objetivo posible en su interpretación. La responsabilidad del intérprete es hacer una interpretación justa y razonable del texto legal, teniendo en cuenta los intereses y necesidades actuales, así como la intención del legislador al crear la ley (Esser, 2020,p. 31).

En esta instancia, cabe recalcar la importancia de la interpretación y construcción del Derecho y cómo esto va más allá de la comprensión de la ley. Para lograr una comprensión profunda del Derecho, es esencial tener en cuenta tanto la precomprensión técnica como las expectativas de protección jurídica de los destinatarios de la norma(Esser, 2020, 31). Sin embargo, la precomprensión técnica puede volverse problemática si se utiliza selectivamente para guiar la interpretación y construcción del Derecho en situaciones de duda o decisión. En este proceso interpretativo y constructivo, los conflictos de intereses no se reducen necesariamente a las características de la racionalidad sistemática, y es importante tener en cuenta los criterios relevantes para resolver el conflicto. Es decir, los tribunales y los jueces tienen la tarea de lograr un equilibrio entre la necesidad de estabilidad y la necesidad de adaptación a los cambios y la evolución social, siempre guiados por los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, aunque es variable, es esencial para la confianza en la justicia, y el control de rectitud es esencial para la interpretación y construcción del Derecho. Este control es esencial para garantizar la objetividad y evitar abusos políticos o ideológicos en la aplicación de la norma. Además, se destaca la importancia de considerar las posibilidades y consecuencias lógico-objetivas, así como la referencia a la doctrina y práctica probadas, como criterios relevantes en la interpretación y aplicación del derecho (Esser, 2020, 31).

Asimismo, reiteramos que ciñéndonos a la propuesta de Esser sobre la interpretación que el lenguaje es un medio fundamental para la interpretación del Derecho y es decisivo para el tratamiento de la precomprensión (Esser, 2020, 31). Es importante que el lenguaje utilizado por el legislador sea claro y comprensible para el ciudadano común, pero también para los juristas que tienen la tarea de interpretar y aplicar las leyes. La interpretación de las palabras y los

conceptos normativos relevantes es fundamental para comprender el significado y alcance de una norma jurídica. La interpretación del derecho requiere de una actitud crítica y racional que tenga en cuenta las diversas perspectivas y factores que influyen en la comprensión y aplicación del derecho. El control de rectitud es esencial en la interpretación jurídica para asegurar que la norma se aplique de manera objetiva y justa, evitando cualquier abuso político o ideológico. Aunque la precomprensión es la base de este control, su comprobación crítica y objetiva somete a prueba la *ratio legis* y asegura que la interpretación sea racional y no esté sujeta a la influencia de ideologías. Por otro lado, la pretendida libertad valorativa del pensamiento jurídico puede llevar a la manipulación del derecho para justificar resultados políticos o ideológicos, lo que es más peligroso que la libertad de valoración que tiene que justificar el resultado o hacerlo plausible. En conclusión, la interpretación y construcción del Derecho son procesos complejos que requieren de una actitud crítica y racional para tener en cuenta las diversas perspectivas y factores que influyen en la comprensión y aplicación del derecho. La jurisprudencia y el control de rectitud son esenciales. Esser argumenta que el control de rectitud es esencial para evitar abusos y asegurar una interpretación objetiva y justa, mientras que Zaccaria sugiere que la comprensión del derecho debe basarse en una práctica que refleje las transformaciones sociales para garantizar la objetividad y evitar abusos. Una conexión entre ambos podría establecerse en el énfasis en la necesidad de considerar diversas perspectivas y factores en el proceso de interpretación. Esser destaca que la interpretación del derecho requiere de una actitud crítica y racional que tenga en cuenta estos elementos, mientras que Zaccaria se aleja de la tradición jurídica al proponer el concepto de comprensión del derecho como una práctica conjunta.

La interpretación del derecho, requiere de una actitud crítica y racional que considere diversos factores y perspectivas para comprender y aplicar las normas jurídicas de manera justa y objetiva. Esto implica un control de rectitud para evitar abusos políticos o ideológicos y garantizar una interpretación fundamentada en la *ratio legis* y no influenciada por ideologías. En este contexto, la propuesta de Zaccaría representa un enfoque distinto al iuspositivismo y al iusnaturalismo, ya que se aleja de la tradición jurídica convencional y enfatiza la comprensión del derecho como una práctica social compleja. Zaccaría considera que la comprensión del derecho se basa en la "razón práctica" y se nutre de las transformaciones y la interacción social. Esto implica que las leyes están en constante movimiento y deben ser interpretadas desde diferentes posturas, reconociendo la influencia de la experiencia lingüística del mundo.

Ambos enfoques coinciden en la importancia de la interpretación crítica y racional en la comprensión y aplicación del derecho. Esser destaca la necesidad de controlar la interpretación para asegurar su objetividad y evitar la manipulación ideológica, mientras que Zaccaría propone una comprensión del derecho como una práctica social compleja que se basa en la razón práctica y la experiencia lingüística del mundo. El puente de conexión entre Esser y Zaccaría se establece al destacar la importancia de la interpretación crítica y racional en el ámbito jurídico, y luego introducir la propuesta de Zaccaría, que se diferencia del iuspositivismo y el iusnaturalismo al enfatizar la comprensión del derecho como una práctica social compleja basada en la razón práctica y la experiencia lingüística del mundo.

1.3 Hermenéutica jurídica: Zaccaria

En el plano de la interpretación, el filósofo del derecho Zaccaria, se aleja de la tradición jurídica en la que existe una separación metodológica entre ser y deber. El pensamiento de este filósofo toma como base el concepto de comprensión del derecho a modo de práctica que guíe el proceso de elaboración conjunta del ejercicio jurídico. En su sistema de pensamiento, retoma el valor en la “razón práctica”, que le posibilita entender el derecho, concibiéndolo similar a una “práctica social compleja” fruto de transformaciones en la interacción social, acciones que han de permear y transmutar las leyes en constante movimiento y que se entregarán en posturas interpretativas. La propuesta de Zaccaria representa un camino distinto al iuspositivismo y al iusnaturalismo en razón de dar preponderancia en el instante de la comprensión y, “la conciencia de la lingüística de la experiencia de mundo” (Viola y Zaccaria, 2002).

Según la tradición hermenéutica, la interpretación se basa fundamentalmente en la comprensión y es una actividad subjetiva, ya que implica la participación del sujeto que interpreta. Específicamente en el caso de la interpretación jurídica, esta se lleva a cabo en el proceso de aplicación del derecho. Cada interpretación es siempre nueva debido a que la situación del intérprete y la realidad, es decir, el caso concreto a resolver, son siempre diferentes. Sin embargo, para Zaccaria, esto no significa que la interpretación jurídica sea completamente arbitraria o sin restricciones. Siguiendo una tradición que se remonta a la fase posterior del pensamiento de Esser, el autor destaca los límites de la libertad interpretativa. El primer límite se encuentra en el texto mismo, que proporciona el marco dentro del cual el intérprete debe concretar la intención normativa, deduciéndola de los textos. En relación a esto, la actividad del

intérprete se entiende como una innovación que surge a partir de la dependencia del texto. Existen otros límites que están determinados por la tradición y el contexto, siendo este último un concepto lo suficientemente amplio como para incluir la noción de tradición. Según el autor, es el contexto de sentido, definido por la pertenencia del intérprete a una tradición cultural y a un conjunto de prácticas interpretativas, el que permite determinar la coherencia de una decisión dentro del contexto del material jurídico transmitido por la tradición.

En el positivismo incluyente se suscribe a la tesis de la incorporación, según la cual se admiten criterios de validez que circunscriben normas morales al sistema jurídico. En estos ordenamientos, la validez de la norma estriba en la deducción lógica de su contenido con la norma moral más notable. Sin embargo, es en el desarrollo del derecho constitucional que se manifiestan los efectos de la relación entre derecho y moral expresado en el momento interpretativo a causa de los principios que reposan a la base de las constituciones. En la controversia de las discusiones actuales, la atención de los académicos descansa en la aceptación de principios a modo de norma eficaz y de valor jurídico. El asunto encuentra su punto más álgido en la condición de dichas normas y la repercusión de su uso en el derecho. Para ilustrar, el neoconstitucionalismo se ha enfocado en el perfeccionamiento de la conformación de los principios y las derivaciones que han terminado por afectar a la interpretación jurídica. Impacto que pone en suspenso las tesis del iuspositivismo y restituye algunos aspectos del iusnaturalismo (Zaccaria, 2019, p. 45). Si nos planteamos reflexionar sobre el tema de la interpretación en el contexto actual del derecho, resulta evidente que las transformaciones ocurridas en las últimas décadas han debilitado y vuelto cada vez más inseguro el sistema jurídico construido sobre la base de un conjunto normativo centrado en la ley. El escenario actual se caracteriza por profundos cambios en los procesos de producción del derecho y una modificación estructural del sistema de fuentes. Estos cambios cuestionan cualquier visión verticalista del derecho que se centraba únicamente en la voluntad del creador de la norma y en su acto de producción, y que otorgaba una supremacía indiscutible a la ley como la fuente primaria del derecho. El modelo positivista del siglo XIX, vinculado al código y basado en una perspectiva "objetivista" que consideraba al derecho como algo ya establecido y completo, entra en crisis. Este modelo sostenía, en la teoría de las fuentes, el monopolio legislativo en la creación del derecho. Además, al presuponer la racionalidad y coherencia del legislador, en la interpretación del derecho

identificaba la norma jurídica con la disposición en la que se formulaba, reduciendo la aplicación a un procedimiento formal de subsunción ejemplificado por el silogismo judicial.

Sin embargo, en la actualidad, el Estado ya no es la única fuente de la soberanía, sino que esta se despliega en varios niveles en relación con los poderes públicos (infraestatales, estatales y supraestatales) y se redistribuye también entre poderes privados. Además, la voluntad del legislador ya no se asume como un dogma, se multiplican las delegaciones del poder normativo y se rediseña el panorama del ordenamiento jurídico. En este contexto, aumenta el papel creativo y dinámico de la jurisprudencia, aunque no sin contradicciones, ante las nuevas demandas y desafíos. La hermenéutica jurídica y el neoconstitucionalismo se entrecruzan en la manera de comprender a los principios, al considerarlos normas que no ostentan una demarcación y en la forma de entender los cambios que representan para la hermenéutica jurídica. Esta falta de determinación de los principios lleva a que los jueces, en su ejercicio de aplicación de la ley, deban hacer frente en casos especiales, a una oposición entre estos, obligándolos a ponderar y conceder un valor que se ajuste al caso en particular, a diferencia de otras normas cuya aplicación se infiere conforme a razonamientos lógicos (Zaccaria, 2019, p. 45). El hecho de que el juez tenga por tarea hallar, interpretar y aplicar principios, confiere a su trabajo una condición ineludible de producir nuevos sentidos. El jurista ha de interpretar una decisión examinando con cuidado la imprecisión, la diversidad de posturas y la ponderación de principios que hagan justicia a las características del caso. En la determinación de peso de los principios, la interpretación constitucional se vale de estructuras del discurso práctico (Viola y Zaccaria, 2002). Esta relación con el discurso práctico ayuda a que sea posible subsanar la indeterminación en la interpretación judicial. El razonamiento práctico está vinculado a la argumentación y es cercano al hallazgo de principios ético-políticos y sociales, así como razones de opinión pública.

La preocupación de Zaccaría no radica en la aceptabilidad de normas morales en la interpretación jurídica, sino en establecer criterios que den a la creación del derecho, un grado de objetividad (Viola y Zaccaria, 2002). En esta misma línea de pensamiento, su modelo teórico se fundamenta en el momento de la interpretación del juez, concretamente en su actividad. Cabe anotar que la interpretación jurídica es presentada contraria al ejercicio formal, esto quiere decir que su aplicación no puede realizarse sin una práctica social atravesada por normas morales y deliberaciones judiciales. Estas valoraciones implicadas en la mediación del juez, son

consideradas en la producción de conceptos jurídicos. El intérprete asume la tensión entre la norma y el caso concreto, asimismo en su esfuerzo por determinar si el objetivo de la ley cumple o no su cometido, su entendimiento comparte la comprensión de su comunidad, de referentes compartidos (Viola y Zaccaria, 2002). Así, los valores moldean la precomprensión del juez y le dan una posición desde la que reflexiona en el instante en que efectúa la identificación, interpretación y aplicación de las leyes.

Un ejemplo de este procedimiento es la compatibilidad entre la sentencia y las normas establecidas por el sistema judicial al que pertenece el juez. Con base en esta verificación se realiza un control para garantizar la seguridad jurídica del caso. La teoría hermenéutica de Zaccaria no es incompatible con la idea de un vínculo entre el razonamiento judicial permeado por valores y la concepción de una decisión judicial que cree un nuevo sentido en el derecho. El producir un nuevo sentido no significa que se invoque a la arbitrariedad, pues su formulación obedece a parámetros fijados por el ordenamiento jurídico. De esta manera, la anterior propuesta ofrece un camino que busca abrir criterios para la aceptabilidad intersubjetiva, que considere el pluralismo ético y el progresivo crecimiento de los problemas en estas sociedades del posconflicto, empeñadas en un afán por reducir lo complejo a fórmulas deductivas.

En la búsqueda de significado, el fenómeno de la interpretación para Zaccaria asume el lugar de una precondition anterior a cualquier intento de concebir el derecho y de cualquier fallo judicial. Para el filósofo del derecho italiano, revela el aspecto que presupone la decisión y la manera de emplear el derecho de forma que caracterice y afecte los vasos interpretativos que requieren de un material jurídico; a su vez concreta cada caso en particular. Esto dado que el ordenamiento es soportado por el sentido derivado de la interpretación ganado por la comunidad de intérpretes, de esa forma la comprensión de la norma depende de este mismo sentido y no de la expresión de la norma textual, que solo es aclarada en correlación con el caso y la demarcación de los vínculos institucionales y discursivos. La lectura que tiene Zaccaria de la obra de Gadamer le permite entender que la validez de la norma no se desprende solamente de la procedimentalidad del derecho, al final es la participación del intérprete (ciudadano) la que alimenta la tarea jurídica que representa aquello de ha de cristalizarse en la ley positiva.

Por ley positiva, Zaccaria representa el proceso que es el resultado de la interacción de los sujetos cuyo trabajo es adaptar textos jurídicos a la particularidad de las situaciones. Estos se

realizan desde la base que ha autorizado la ley para validar la normatividad, sin embargo, a pesar de estos lugares autoritativos no se pueden apartar de la interpretación que permite destacar la práctica jurídica con un enfoque que busca articularse de acuerdo a la pluralidad de la configuración del derecho. Es la interpretación la herramienta que articula el sentido y especifica las fuentes del derecho y confirma la estructura que permite operar en la aplicación del derecho.

Así, como sugiere Zaccaria (2010) “el intérprete, en consecuencia, está llamado a una tarea dirigida a lograr unidad y coherencia que, lejos de configurarse como condiciones “obvias” y “naturales” del derecho, representan hoy exigencias que implican una actividad interpretativa” (p. 284) solo realizables al fallar en derecho. Es el intérprete que, como mediador insustituible, media y delimita en las situaciones de escasez disciplinar la creación del derecho, en la constante tensión entre la abstracción y la imprevisibilidad de los casos de la vida y en su constante y progresiva adaptación. La tarea de interpretar, según el artículo de Zaccaria “De nuevo sobre la interpretación y los principios jurídicos” (Zaccaria, 2010), exige un esfuerzo permanente, y no fácil, de coordinación y “recomposición del sistema”, a través de una obra interesante de reinterpretación y re-delimitación de los principios ante el cambio de los contextos concretos.

En suma, añadimos que tales procesos transcurren frente a la imagen de fragmentación, incompletitud y caos de la tradición jurídica en constante construcción; ante la crisis de la idea de derecho como una serie de actos de voluntad dirigidos por el legislador con poder de mandato. También añadimos que la reafirmación del papel de los principios en los debates teóricos y jurídicos es la categoría más efectiva para comprender y considerar adecuadamente algunas de las características básicas del derecho contemporáneo. Lo que hace que el derecho se defina hoy como “derecho de principio” al comparecer los intérpretes en las nuevas constituciones del siglo XX como fase de toma de decisiones de las disposiciones legales, provocando una reorientación de la interpretación que ilumina y prescribe al pie de la letra. En la teoría jurídica del siglo XX, los inicios de un amplio debate sobre principios se remontan a inicios de la década de 1950 y a los primeros trabajos de Josef Esser, Robert Alexy y Jules Coleman. La teoría de los últimos 30 años ha sido realmente una distinción entre reglas y principios que se evidencian tanto en el derecho civil y consuetudinario, como en sistemas tan codificados y vinculados a la “escritura” como la lengua italiana, la misma Estructura, señala Zaccaria. En una sociedad pluralista donde se manifiestan múltiples derechos, intereses, valores y aspiraciones, la capacidad de la ley para ver con eficacia la complejidad y el rápido desarrollo de las cosas no necesariamente debe

descansar únicamente en la observancia de la ley, pues también se debe a la capacidad del juez en usar y practicar los principios.

En el ámbito de un dilema jurídico, en el panorama de “fin de la ley”, los principios no solo reducen o socavan la presencia de la ley en la sociedad, más bien también restauran la ley y replantean la comprensión de la sociedad ampliando la lectura del pasado. Revisitado, el principio ya no se entiende a la manera de un mero instrumento auxiliar. El principio otorga un rol normativo autónomo. En cuanto a las reglas, un principio tiene su propia lógica deliberativa desde el momento en que su aplicación está asociada a una evaluación “significativa” en un razonamiento jurídico que debe ser relevante para un caso particular. Los criterios deben especificarse y determinarse en el entorno de la aplicación, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes en el contexto de la aplicación y guiar al intérprete para tomar decisiones interpretativas específicas con respecto a los demás. La noción de centralidad del momento de la aplicación está, por tanto, “estrecha y estructuralmente ligada a los principios jurídicos” (Zaccaria, 2010, p. 286). Lo interesante en este punto es el “aumento” de la presencia del principio que se ha producido en los últimos años, no solo en el campo de la reflexión filosófica y jurisprudencial, sino también en la práctica efectiva del derecho procesal en el campo de la materia (Zaccaria, 2010). Aumento que se ha considerado en el campo del derecho constitucional, y con lo cual se busca no solo un derecho que acuñe una ética sustantiva. En el pasado, el iuspositivismo tradicional consideraba que los principios, incluyendo los principios constitucionales, tenían una connotación extrajurídica. Sin embargo, hoy en día, tanto las teorías jurídicas como las versiones del iuspositivismo más destacadas afirman la importancia de los principios en lo jurídico:

Los principios en cuanto traducción jurídica de los valores fundamentales se constituyen en criterios guía y en parámetros normativo-ideales para la producción y la aplicación del derecho y, aunque no sean por sí mismos suficientes para determinar las decisiones judiciales, deben considerarse como verdaderas y auténticas normas jurídicas, dotadas de carácter prescriptivo y de superioridad normativa. (Zaccaria, 2010, p. 287).

Sin embargo, debido a que los principios tienen una estructura peculiar y presentan una formulación abierta, lo que resulta en una indeterminación semántica, se requieren técnicas de

interpretación y argumentación específicas para aplicarlos. En la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, los principios a menudo se utilizan como razón para elegir entre diferentes interpretaciones posibles de una misma disposición. Además, las normas constitucionales formuladas como reglas se redefinen y se consideran principios que se deben poner en relación de ponderación en caso de conflicto con un caso concreto, ya que se consideran como un conjunto integrado y complejo que debe someterse a interpretación. Incluso la ley en sí misma debe interpretarse y aplicarse constantemente en función de los principios constitucionales, lo que implica la realización de consideraciones de conexión, ponderación, jerarquización y razonabilidad. Los principios prescriben que su contenido específico se realice en la medida de lo posible, lo que permite la afirmación y la interpretación de un principio constitucional de manera suficientemente amplia como para justificar conclusiones respecto de otros casos diferentes de los inmediatamente considerados, aunque estas conclusiones se determinen en relación con un caso y una finalidad limitada (Zaccaria, 2010).

También Zaccaria (2010) expone que, en la actualidad, se puede dar cuenta del acto de juzgar mediante “el reconocimiento de los principios”, debido al incremento en el derecho de los “valores ético-políticos”. Lo cual genera que se reproduzcan “tanto las posibilidades de resolución de los casos como la eventualidad de los conflictos interpretativos” (pp. 287-288). Se aclara que los valores útiles dentro de los principios se corresponden con los conceptos interpretativos, de los cuales se dice que su valor coincide con “la fuerza valorativa” atribuida en lo jurídico (Zaccaria, 2010, p. 288).

La publicación de *Verdad y Método* de Hans Georg Gadamer y el posterior debate sobre la metodología jurídica y la teoría de la *Recht Gewinnung* a principios de la década de 1960 en la cultura alemana fue un hito en la evolución de la hermenéutica jurídica. Antes de este debate, la hermenéutica apenas había prestado atención al aspecto jurídico del problema, abordándolo superficialmente desde una perspectiva tradicional para su aplicación a la exégesis de textos normativos. Sin embargo, gracias a la influencia de Gadamer, la hermenéutica se convirtió rápidamente en uno de los puntos cruciales de la discusión sobre la teoría y la filosofía del derecho. Tanto filósofos como juristas comenzaron a darse cuenta de la conexión estructural fundamental que existe entre el derecho y la interpretación, reconociendo que algunas características del derecho tienen una importancia indiscutible para un análisis de tipo hermenéutico que se oriente a la investigación de las condiciones estructurales de la posibilidad

de comprensión. La obra de Gadamer y su influencia en la cultura alemana contribuyó significativamente al desarrollo de la hermenéutica jurídica y a la comprensión de la conexión fundamental entre el derecho y la interpretación.

Estas características del derecho tienen una importancia crucial en un análisis de tipo hermenéutico que busque investigar las condiciones estructurales necesarias para la comprensión del derecho. Entre estas características se encuentra el hecho de que el derecho solo existe en sus innumerables aplicaciones, su capacidad de transformarse en discursos escritos o textos, su dependencia de situaciones de interlocución que se llevan a cabo en prácticas sociales, y su función como mediador entre diferentes lenguajes e imágenes del mundo. El acercamiento entre la hermenéutica y el derecho era una etapa necesaria para lograr un encuentro más profundo. Sin embargo, este encuentro presenta algunas ambigüedades. Por un lado, los juristas tienden a interesarse principalmente por aquellas orientaciones filosóficas que no alteren su manera de pensar. Por otro lado, se debe admitir que la hermenéutica ha adoptado una actitud demasiado complaciente con respecto a la forma tradicional de pensamiento de los juristas. Después de que Gadamer reconociera la importancia de la “hermenéutica jurídica” al considerarla como un ejemplo a seguir, se volvió crucial para la hermenéutica filosófica volver a involucrarse con el derecho.

Comencemos con un reconocimiento de carácter general: una cuestión hermenéutica por excelencia es la de la relación entre los diferentes mundos culturales, el de la interacción dialógica y comunicativa entre diferencias, y en este sentido se puede decir que el multiculturalismo, el pluralismo que caracteriza las sociedades contemporáneas representa un terreno y un contexto particularmente propicio para el desarrollo de un enfoque hermenéutico. A tal respecto, un primer aspecto que merece ser profundizado es la relación que se establece entre la precomprensión y el objeto de la interpretación. La precomprensión representa el escenario anticipatorio de la comprensión como actividad; un escenario desde el cual se reorienta el sentido de nuestro interpretar y conferimos unidad de significado a nuestras prácticas sociales, extrayendo un «sentido» de ellas (Gadamer 1977). La precomprensión puede ser explicada y corregida por medio de un diálogo y de una dialéctica de preguntas y respuestas con otras personas o con otros grupos culturales, y es precisamente en este plano que actúan el encuentro, la confrontación, el mismo desencuentro entre horizontes culturales específicos y diferentes; un encuentro-desencuentro cuyo resultado se ve facilitado por la función normativa asignada al intérprete: es a su prestación

hermenéutica y argumentativa que corresponde decidir si esta o aquella interpretación, entre las diferentes posibles, son legítimas y en consonancia con la prácticas sociales afianzadas. (Zaccaria, 2015, p. 4)

La relación entre la hermenéutica jurídica y la hermenéutica filosófica no se basa en un modelo de mera recepción pasiva de los principios de una corriente filosófica por parte de los juristas, sino que se trata de una relación más compleja y mutuamente influyente (Zaccaria, 2004). Así, la hermenéutica jurídica desde Zaccaría busca un enriquecimiento conceptual y una mayor profundidad en su comprensión del derecho, más allá de las convenciones superficiales que pueden predominar en la ciencia del derecho. Esto implica una reflexión crítica y una toma de conciencia sobre la naturaleza interpretativa inherente a la actividad jurídica, y cómo esta interpretación puede afectar a la aplicación del derecho en la práctica. La hermenéutica filosófica ofrece a la hermenéutica jurídica una oportunidad para reflexionar críticamente sobre su actividad y ampliar su comprensión del derecho más allá de los límites convencionales de la ciencia jurídica. La influencia de la hermenéutica jurídica no se limita a ser receptora de influencias filosóficas, sino que ha tenido un impacto positivo en la hermenéutica filosófica. Esto se debe a la obra de juristas como Josef Esser, Winfried Hassemer y Karl Larenz, quienes han tenido un efecto fructífero en el pensamiento de filósofos del derecho como Arthur Kaufmann y Ronald Dworkin (Zaccaria, 2004). Lo cual ha llevado a una verdadera reciprocidad de influencias entre la hermenéutica filosófica y jurídica, según Zaccaría.

La experiencia hermenéutica se caracteriza por su naturaleza histórica y limitada en el tiempo, ya que se aplica no solo a lo que se transmite a lo largo del tiempo, sino también porque ella misma es un acontecimiento histórico. Tanto la dimensión hermenéutica de las conexiones históricas del sentido como la afirmación del carácter constitutivo de la relación con el pasado y de la pertenencia a la tradición adquieren un valor muy específico cuando se aplican al derecho. Esto significa que la comprensión del derecho no puede prescindir de la historia y la tradición jurídicas, y que el pasado influye de manera crucial en la interpretación y aplicación del derecho en el presente (Zaccaria, 2004).

En otras palabras, la tradición jurídica es el marco de referencia en el que se mueve y se expresa la actividad jurídica, y su importancia radica en su capacidad para fusionar las dimensiones temporales del presente y del pasado en el proceso de transmisión histórica. Este horizonte “activo” permite que el intérprete del derecho y el texto jurídico se encuentren y se

fundan en un mismo mundo vital, donde se establece una relación hermenéutica entre el pasado y el presente en la interpretación y aplicación del derecho. De esta manera, la tradición jurídica se convierte en un elemento constitutivo y determinante de la actividad jurídica, en la medida en que influye en la forma en que se comprende y se aplica el derecho. La hermenéutica permite al intérprete del derecho superar la distancia temporal entre el pasado y el presente al comprender la naturaleza diacrónica (a lo largo del tiempo) y sincrónica (en el momento presente) del derecho. Al transmitir los valores y verdades del ser de manera continua a lo largo del tiempo, el derecho como tradición tiene un carácter inagotable y se transforma constantemente de lo virtual a lo real (Zaccaria, 2019, p.45). La verdadera productividad del derecho como *traditum* radica en su capacidad de garantizar lo que está en constante evolución. Destaca la paradoja de la interpretación jurídica: por un lado, está estrechamente ligada a la tradición y a la comprensión histórica y cultural del jurista, pero, por otro lado, tiene un papel activo y distintivo en situaciones en las que la tradición no ofrece una respuesta clara. En este sentido, la interpretación jurídica es siempre nueva y diferente porque se basa en la situación específica del intérprete y en su selección activa de los materiales jurídicos. Además, la selección y verificación de la significación normativa de los materiales jurídicos es una tarea crucial en el proceso de transmisión del derecho (Zaccaria, 2019, p.45). La interpretación jurídica es una tarea dinámica y activa que combina la tradición con la creatividad del intérprete en la selección y aplicación de los materiales jurídicos. La interpretación del derecho es un proceso complejo que implica la mediación del intérprete entre la norma y la vida jurídica, y que requiere de una comprensión valorativa y selectiva de los materiales jurídicos pertinentes en cada caso. La hermenéutica, como lugar auténtico de esta mediación, es esencial para la comprensión del derecho y para su continua evolución y adaptación a los cambios sociales y culturales. En definitiva, la interpretación del derecho no es algo dado o preconstituido, sino que requiere de un esfuerzo constante por parte del intérprete para encontrar la justicia en cada caso concreto.

La comprensión del derecho solo puede desarrollarse a través de su aplicación práctica en el contexto cultural y tradicional del intérprete. Es el contexto, definido por la tradición cultural del intérprete y un conjunto de prácticas interpretativas, lo que permite determinar la coherencia de una decisión dentro del *traditum* del material jurídico. Se puede decir que solo hay una tradición jurídica donde hay una tradición que salvaguardar y ampliar. Esto se ve reflejado en la

importancia que tienen los textos existentes, el papel de la dogmática, y la autoridad que la doctrina y la praxis han proporcionado a las reglas y conceptos generales (Zaccaria, 2004).

La recuperación de la legitimidad de la tradición en el ámbito jurídico implica necesariamente buscar un horizonte común y fusionar los horizontes que en un principio se consideraban independientes y no comunicantes. Esta fusión de horizontes es fundamental para acercar y coordinar las diferencias que inevitablemente surgen en la interpretación y aplicación del derecho. El papel y el desafío de la interpretación jurídica y del derecho en general radica en tratar de reconciliar y unificar las diferencias, para restablecer una comunión que no solo se encuentra en las formas, sino también en las sustancias mismas. La comprensión y, específicamente, la comprensión jurídica, se enfrenta al reto de unificar los textos, comportamientos y desarrollos de las prácticas sociales, que están expuestos a los cambios y a los efectos de la historia, a través de una cadena continua de mediaciones interpretativas. Para lograr esto, es necesario encontrar un sentido común entre el mundo del intérprete y el mundo que el texto a interpretar representa. Gadamer se refiere a este proceso como la "fusión de horizontes", que implica superar la posición hermenéutica inicial y alcanzar un acuerdo intersubjetivo sobre algo en el mundo. Es a través de esta fusión de horizontes que se puede lograr una comprensión genuina y una interpretación jurídica efectiva.

El texto judicial explora la relación entre la hermenéutica filosófica y la hermenéutica jurídica, y cómo la comprensión del derecho se ve influenciada por la historia y la tradición jurídica. Se matiza que el derecho sólo existe en sus aplicaciones y su capacidad de transformarse en discursos escritos o textos, y que depende de situaciones de interlocución que se llevan a cabo en prácticas sociales. Se señala que la relación entre la hermenéutica jurídica y la filosófica no es de mera recepción pasiva, sino más bien una relación compleja y mutuamente influyente que busca una mayor profundidad en la comprensión del derecho. Además, se recalca que la comprensión del derecho no puede prescindir de la historia y la tradición jurídicas, y que la hermenéutica permite al intérprete del derecho superar la distancia temporal entre el pasado y el presente al comprender la naturaleza diacrónica y sincrónica del derecho. La tradición jurídica se convierte en un elemento constitutivo y determinante de la actividad jurídica, influyendo en la forma en que se comprende y se aplica el derecho. En general, el texto enfatiza la importancia de la reflexión crítica y la toma de conciencia sobre la naturaleza interpretativa inherente a la actividad jurídica, según Zaccaria.

La conexión entre Zaccaria y Kaufmann se encuentra en su enfoque hermenéutico de la interpretación jurídica. Ambos autores reconocen la importancia de la tradición y la comprensión histórica en el proceso interpretativo del derecho. Zaccaria destaca la necesidad de una reflexión crítica y de tomar conciencia sobre la naturaleza interpretativa inherente a la actividad jurídica. Según él, la tradición jurídica desempeña un papel constitutivo y determinante en la forma en que se comprende y se aplica el derecho. Por su parte, Kaufmann adopta una perspectiva hermenéutica basada en el lenguaje histórico vivo. Él sostiene que la hermenéutica jurídica debe superar la mera aplicación del derecho a través de la subsunción. Para Kaufmann, la comprensión de una norma requiere una precomprensión o historicidad que permita al juez mediar entre la ley y el caso concreto. En este proceso, se debe considerar la praxis social, los razonamientos, la interacción de los participantes y el acuerdo de la comunidad como elementos relevantes para corroborar el derecho.

1.4 Kaufmann y la hermenéutica jurídica

Kaufmann privilegia la perspectiva hermenéutica partiendo del lenguaje histórico vivo. De acuerdo con este planteamiento, la hermenéutica jurídica tiene la tarea de superar la aplicación del derecho determinada por la subsunción. La comprensión de una norma involucra una precomprensión o una historicidad que le permita al juez mediar entre la ley y el caso. Esto implica que la corroborabilidad del derecho ha de involucrar a la praxis social. Este debe tener en cuenta los razonamientos, la interacción de los copartícipes y el acuerdo de la comunidad. El pensamiento de Kaufmann toma distancia del dualismo entre iuspositivismo e iusnaturalismo. El autor considera que ambas posturas a pesar de sus diferencias presuponen una verdad que no admite controversias, ni va más allá de la validez de las normas jurídicas en su interpretación. Limitando con ello cualquier discrepancia al operar cerca del objetivismo. El punto de vista de Kaufmann sitúa la realización del valor en una posición más elevada que las normas jurídicas. Las realizaciones del valor orientan el actuar del juez, lo restringen en cuanto al contenido de su decisión y le dan una base para establecer su argumentación (Kaufmann, 2007, p. 136). Acorde con esta lógica, la seguridad jurídica de los conceptos legales se halla no en una serie de normas, sino en los contenidos materiales de la vida social, precisamente, en el diálogo entre las prácticas sociales y el derecho (Kaufmann, 2007, p. 136). En palabras de Kaufmann el derecho “correcto” encuentra su ser en una actividad que no esté vaciada de las experiencias de la vida social. Con

esto, también cabe mencionar, que el derecho acontece en un discurrir que no tiene conclusión. El lenguaje histórico vivo al que Kaufmann se refiere no guarda su justificación en el iuspositivismo e iusnaturalismo jurídico. Tampoco en la exigencia de alcanzar verdades jurídicas estáticas. La concepción del derecho es dinámica y mantiene una estrecha relación con los contenidos materiales de la vida social, dicho aspecto resulta visible con las lagunas que aparecen en el ordenamiento jurídico. De acuerdo con Kaufmann, los jueces se hallan en la constante necesidad de complementar el aparato judicial con elementos extra sistemáticos (Kaufmann, 2007, p. 138). Si se parte del supuesto de que las normas no poseen lagunas, se habla de interpretación; el derecho es un acto de habla performativo que crea y necesita de normas que direccionen su horizonte. El derecho histórico-concreto no está reducido a un cúmulo de normas, al contrario, ha de ser “producido, conformado y hecho” (Kaufmann, 2007, p. 139).

Para que el derecho, entendido como lenguaje histórico vivo, sea comprendido hermenéuticamente, resulta necesario introducir tres concepciones importantes del sistema de Kaufmann. La primera radica en no identificar a la ley con el derecho, de acuerdo al filósofo, la norma no es material suficiente para la concepción del derecho. La ley solo condiciona una versión de lo concreto (Kaufmann, 2007, p. 139). La segunda presenta la incompletitud del derecho como una característica intrínseca de su ser. Esta regla permite describir a la realidad del derecho en una concepción pluriforme y en constante alteración. Por este motivo, es lógico concluir que, debido a la variedad, no puede formularse una ley que sea unívoca y concluyente (Kaufmann, 2007, p. 139). La tercera, derivada de las otras dos, afirma qué ley puede comprenderse dentro de los límites de su situación histórica, ajustada al caso y desde el cual se manifiesta lo que se piensa de la ley (Kaufmann, 2007, pp. 139-140). Las tres reglas muestran una forma de entender el texto legal en contraste con el contenido material social, sin esto no sería posible una comprensión entre el ámbito social y la ley (Kaufmann, 2007, p. 140). Interpretar en derecho contiene un saber práctico y edificador. Es por este proceso, que el derecho pasa de una perspectiva teórica a integrarse en la acción humana y en el acontecer. Esto significa que comprender exige contenidos materiales mediados por perspectivas normativas. Al poner estos elementos en correspondencia surge el derecho concreto en el acto de la decisión, facilitando la clasificación y la concreción del caso particular para el derecho concreto (Kaufmann, 2007, p. 140). En esta misma línea de razonamiento se hacen patentes situaciones

inadvertidas en el proceso de interpretación realizado por el juez. A diferencia del método de la subsunción, el aporte de Kaufmann percibe en la ley la realización del comprender que se evidencia porque requiere respuestas a nuevas situaciones. Kaufmann ve en la ley la capacidad del cambio, contrario a su condición de naturaleza literal, porque entiende que se hace viva e histórica en su aplicación (Kaufmann, 2007, p. 141). De igual manera destaca el proceso de creación de una ley por insuficiencia del derecho real, “cuando el juez dice el derecho, introduce siempre algo propio de su entendimiento; de lo contrario, no podría nunca poner en correspondencia la ley y el caso” (Kaufmann, 2007, pp. 141-142).

La interpretación de Kaufmann se centra en la comprensión hermenéutica del derecho como lenguaje histórico vivo. Según su perspectiva, es importante tener en cuenta tres concepciones fundamentales para comprender el sistema jurídico. En primer lugar, Kaufmann destaca que no se debe identificar la ley con el derecho en su totalidad. Para él, la norma no es suficiente para abarcar toda la concepción del derecho, ya que solo condiciona una versión particular de lo concreto. Es decir, la ley establece ciertos límites y condiciones, pero no puede representar de manera completa y unívoca la realidad jurídica. En segundo lugar, Kaufmann sostiene que la incompletitud es una característica intrínseca del derecho. Esto implica que el derecho es pluriforme y está en constante cambio. Debido a esta variedad y dinamismo, no es posible formular una ley que sea absolutamente unívoca y concluyente. El derecho se adapta y se transforma a medida que evoluciona la sociedad. En tercer lugar, Kaufmann afirma que la ley solo puede comprenderse dentro de su situación histórica y ajustada al caso concreto. Es decir, la comprensión de la ley debe tener en cuenta el contexto histórico y las circunstancias específicas en las que se aplica. El pensamiento sobre la ley se desarrolla desde la interacción entre el ámbito social y la norma jurídica. En el proceso de interpretación jurídica, según Kaufmann, se requiere un saber práctico y constructivo. La comprensión del derecho implica la integración del conocimiento teórico en la acción humana y en los eventos concretos. Esta perspectiva implica que la comprensión del derecho implica una interacción entre contenidos materiales y perspectivas normativas.

A diferencia del método de la subsunción, Kaufmann destaca la capacidad de cambio de la ley y su aplicación en situaciones nuevas. Considera que la ley no debe entenderse de manera literal y estática, sino que se vuelve viva e histórica en su aplicación. Además, reconoce que

cuando un juez pronuncia una decisión, siempre introduce algo propio de su entendimiento, lo cual es necesario para establecer una correspondencia entre la ley y el caso particular. Desde el punto de vista de Kaufmann la hermenéutica agrega dos condiciones bajo las que el derecho no es el mismo. Primero, el derecho sólo se efectúa en la comprensión, y, segundo, la interpretación y complementación de sus vacíos no puede ejercerse si se excluyen las condiciones particulares que lo crearon. Se piensa al derecho como el resultado de la conjunción entre las normas y los valores sociales performados y este talante incluye al juez que en su juicio introduce la comprensión de su tiempo (Kaufmann, 2007, p. 142). Entonces, la corrección del derecho ha de involucrar la reflexión, la argumentación y el consenso de quienes participan en la sociedad. El derecho es una actividad creadora que requiere del reconocimiento de los prejuicios de quien interpreta, estos son transformados en el diálogo que tiene con los criterios que sitúan su acción y producción de una decisión en derecho. En esta medida, el juez ha de examinar su acción e interpretar para tener en cuenta la ley en cada caso particular (Kaufmann, 2007, p. 142).

Más allá de las etiquetas del Positivismo y del Iusnaturalismo, Kaufmann escribe sobre la estructura ontológica del derecho, la naturaleza de la cosa, mostrando distinguir entre la ley y el derecho. La primera es una regla general, y el segundo es un acto aplicado a una situación determinada y conectado a un problema que señala la intervención de criterios que el derecho sostiene como un conjunto abierto de posibilidades. Al ser un lugar de asuntos humanos concretos e históricos Kaufmann recalca que el derecho sólo puede ser conocido en situaciones cotidianas, por lo que la solución jurídica se deriva de una lectura de la ley al interpretar las circunstancias. El derecho en Kaufmann nace en la aplicación de la ley ante unos hechos que no pueden ser confrontados con las normas. Él explica que la aplicación debe entenderse en tres planos de la realidad jurídica: 1) el formado por los principios; 2) el integrado por leyes; y 3) el caso concreto. De acuerdo a Kaufmann los casos se solucionan a partir de las leyes y los principios, pero al momento de aplicar la ley se entrevé que no es un hecho en bruto, sino que tiene un impacto de sentido sobre el contenido general de la ley que puede afectar a la naturaleza de la normatividad y a las próximas coordinaciones entre normas y casos. Cuando se plantea el problema, aparece de nuevo la exigencia de determinar qué es el derecho. Kaufmann señala además que la solución al problema ha de ser justa respondiendo a los principios y las exigencias del caso, un derecho histórico y cambiante como es la esencia de los asuntos humanos.

Así pues, para concretar el punto de vista jurídico en la interpretación, el derecho no se debe conocer unilateralmente desde las normas ni desde los hechos puesto que solo en el diálogo de estos elementos aparece la realidad del mismo. Esta conclusión muestra que existe una alternativa en la filosofía hermenéutica que recuerda aspectos de la ontología tradicional. Con esto las propuestas de Esser y Kaufmann enlazarían las insuficiencias del deductivismo sin dejar de lado el volver a un derecho que haya descubierto la filosofía de Gadamer para alimentar la atención entre la generalidad de la ley y la particularidad del caso. La filosofía del derecho actual se aleja tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico, y la noción de “historicidad” es una de las claves de esta separación. Aunque el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son diferentes, también comparten ciertos aspectos en común. Por ejemplo, ambos intentan establecer normas jurídicas que sean absolutas y válidas para todo tiempo, ya sea a través de la naturaleza humana o a través de la positivización de una ley. Sin embargo, la filosofía del derecho actual reconoce la historicidad del derecho, lo que significa que el establecimiento concreto del derecho está sometido al cambio histórico. Esto implica que las normas jurídicas no son absolutas ni inmutables, sino que están sujetas a cambios y evolución en respuesta a las necesidades y contextos históricos. En este sentido, la historicidad del derecho es una noción fundamental para entender la forma en que el derecho se desarrolla y evoluciona a lo largo del tiempo, según Kaufmann. A pesar de que a menudo se percibe al derecho positivo como algo estático y preestablecido, la realidad es que está sujeto a cambios históricos y sociales que afectan su aplicación y desarrollo. Por lo tanto, para comprender y aplicar correctamente el derecho, no basta con considerar únicamente el texto de las normas, sino que también es esencial tomar en cuenta el contexto histórico y social en el que se aplican. De esta forma, la interpretación del derecho no puede ser exclusivamente lógica y deductiva, sino que debe tener en cuenta factores históricos y sociales relevantes para su aplicación. Hoy en día, la filosofía del derecho reconoce la importancia de la historicidad del derecho y busca desarrollar enfoques más sensibles a su contexto histórico y social. Sin embargo, esta perspectiva también ha sido objeto de críticas, ya que algunos argumentan que el positivismo jurídico, al excluir los hechos jurídicos del concepto de derecho y enfatizar en las normas de deber ser, deja poco espacio para la discreción judicial y la adaptación del derecho a los cambios sociales y culturales. Además, esta concepción puede ignorar la dimensión empírica y sociológica del derecho, que es fundamental para entender cómo funciona en la práctica y cómo se relaciona con otras dimensiones de la vida

social. Como resultado, es importante buscar un equilibrio adecuado entre la comprensión de las normas y su aplicación en el contexto social y cultural, según Kaufmann. Aquel equilibrio es necesario puesto que tampoco se ha de olvidar que las lagunas en la ley se toman como un desierto, tal como sugiere Kaufmann:

La constatación de que todo ordenamiento jurídico tiene lagunas se ha ido haciendo lugar común, y por ello nadie rechaza que el juez se encuentre continuamente en la necesidad de completar las normas legales con algo exterior a su ámbito (“derecho judicial”). Pero estos casos en los que el juez no ha de limitarse a subsumir se consideran aún hoy como excepciones, como irregularidades, porque el juez asumiría aquí un papel que, de acuerdo con el principio de división de poderes, no le compete: el papel de legislador (muy claramente viene expresado en el conocido artículo 1 del Schweizerisches Zivilgesetzbuch: cuando la ley y el derecho consuetudinario callan, debe el juez “decidir de acuerdo con aquella regla que él hubiera establecido como legislador»). La existencia de lagunas en la ley se considera, pues, como un fallo, como una imperfección desgraciadamente inevitable y no como una particularidad fundamentada en la “naturaleza de la cosa”. (Kaufmann, 2007, pp. 67-68)

Aun así, la formulación de leyes concluyentes y unívocas resulta difícil debido a la diversidad y cambiantes contenidos vitales. Por tal razón, la ley debe ser concretizada en la respectiva situación histórica, y sólo a través de casos concretos se hace comprensible lo que la ley “piensa”. La interpretación de un texto legal implica un proceder práctico y conformador, y es imposible comprender una norma sin tener en cuenta ciertos contenidos materiales. Sin embargo, reconocer un contenido material como tal sólo es posible bajo determinados puntos de vista normativos. Kaufmann critica el dualismo metódico de ser y deber ser, argumentando que la obtención del contenido material y la aplicación del derecho como procesos temporalmente separados es una ilusión. La subsunción no es un proceso mecánico en el cual la norma se aplica automáticamente al caso, sino que requiere de un juicio valorativo y creativo por parte del intérprete, quien debe determinar si los hechos del caso se ajustan a las premisas de la norma y, en caso contrario, realizar una adecuación o interpretación de la norma para que se ajuste a los hechos. Así, se construye el derecho concreto mediante un proceso continuo de interacción entre normas y hechos, en el cual no existe una separación absoluta entre lo que es y lo que debería ser, sino que se trata de un continuum en constante evolución.

Según Kaufmann, el proceso de determinación del derecho va más allá de la mera subsunción de la realidad a una norma jurídica existente, como plantea el positivismo objetivista. Para él, este enfoque es pasivo, lógicamente incorrecto y alejado de la realidad del ser en el tiempo, lo que no conduce a la creación de un derecho justo y adecuado en cada caso particular. Kaufmann sostiene que la subsunción es una actividad incompleta para la creación del derecho, ya que pertenece sólo al ámbito de la lógica formal. En cambio, para determinar el derecho, es necesario ir más allá de una mera actividad receptiva de subsumir el caso a la ley. El acto de determinar el derecho es una manifestación del ser ontológico del ser humano, que actúa desde la tradición y la modifica. Según Kaufmann: "La hermenéutica se enfrenta al concepto objetivista del conocimiento, suprime el esquema sujeto-objeto y reconoce que la comprensión es a la vez objetiva y subjetiva. Lo comprendido se introduce en el 'horizonte del comprender' y contribuye a crearlo. En lugar de simplemente subsumir el caso bajo la ley y situarse completamente fuera de este proceso, la comprensión desempeña un papel activo y creador en la llamada 'aplicación del derecho'. No tiene sentido buscar una 'corrección objetiva' del derecho al margen del proceso de comprensión hermenéutica. Del mismo modo, cualquier intento de separar la racionalidad de la personalidad en el acto de comprender está destinado al fracaso". Kaufmann argumenta que la determinación del derecho va más allá de la subsunción y requiere un enfoque hermenéutico que reconozca la interacción entre la objetividad y la subjetividad en la comprensión. La comprensión activa y creadora desempeña un papel fundamental en la aplicación del derecho, y cualquier intento de buscar una corrección objetiva o separar la racionalidad de la personalidad en el proceso de comprensión es inadecuado.

Kaufmann sostiene que en el proceso de creación del derecho, el sujeto no se limita a subsumir la ley al caso, sino que capta la realidad, la comprende y la transforma incorporando su propia personalidad. Para él, la creación del derecho no se reduce a un mero procedimiento formal de subsunción desligado de la historia y la comprensión del ser. De hecho, critica enérgicamente este enfoque y se muestra contrario a su enseñanza en las universidades. Esta crítica al objetivismo y la falta de historicidad en la ciencia jurídica y la creación del derecho muestra una coincidencia entre Kaufmann y la hermenéutica jurídica gadameriana. Gadamer afirma que la comprensión no se trata solo de acercarse a un objeto, sino de comprender significados que se transmiten a través de una tradición y que hablan al presente. En el caso de la hermenéutica jurídica, esto implica que el jurista debe comprender la ley en su mediación

histórica y presente. Gadamer también argumenta que la idea de una dogmática jurídica total, en la que se pueda fallar cualquier sentencia mediante una mera subsunción, no es sostenible.

La idea de que existe un “sistema cerrado”. Conforme a eso, tanto el derecho natural como el positivismo, pretenden formular, por vías puramente deductivas, una suma de proposiciones legales completas y sin lagunas, prontas para el uso y no necesitadas de interpretación alguna, con las cuales resolver cualquier cuestión jurídica (Kaufmann, 1999, pp. 91-92).

Tanto Kaufmann como Gadamer cuestionan el enfoque meramente formal y objetivista en la creación del derecho, defendiendo la importancia de comprender la realidad, incorporar la personalidad del sujeto y considerar la mediación histórica en el proceso de comprensión jurídica. Ambos argumentan en contra de una visión reduccionista y mecánica del derecho basada únicamente en la subsunción.

En efecto, según, al sacar a la luz las limitaciones de la subsunción exacta del caso jurídico bajo una ley, la hermenéutica jurídica plantea nuevos problemas y cuestiones que deben ser abordados. Estos problemas están relacionados con la actividad del legislador y del juez, así como con su relación mutua y el principio de división de poderes. Por un lado, el legislador debe reflexionar sobre la forma en que formula las leyes y su capacidad para abarcar todas las situaciones posibles, dada la complejidad y la variabilidad de la vida humana. Por otro lado, el juez debe asumir una mayor responsabilidad en la interpretación y aplicación de las leyes, y debe ser consciente de que su tarea no consiste únicamente en aplicar la ley de manera mecánica, sino que requiere un proceso de reflexión y de juicio crítico.

De acuerdo a lo antes expuesto, se plantea la pregunta sobre cómo equilibrar el poder del juez y el legislador en relación a la interpretación del derecho. Según la hermenéutica jurídica, el juez no debe ser un mero intérprete de la ley, sino que debe tener la capacidad de adaptarla a la situación específica. Sin embargo, esta idea puede generar tensiones con el principio de división de poderes y la separación de funciones entre los poderes del Estado. De esta manera, la hermenéutica jurídica nos presenta desafíos importantes y nos invita a reflexionar críticamente sobre las limitaciones y posibilidades del sistema jurídico. En relación a esto, esta disciplina busca comprender el sentido y alcance de las normas jurídicas, lo cual no es fácil debido a la complejidad y variabilidad de los contenidos vitales. Por lo tanto, la hermenéutica jurídica debe considerar las condiciones bajo las cuales se pueden considerar “correctos” tanto el acto de

legislación como el dictamen del juez. Aunque la hermenéutica jurídica aún está en desarrollo, se espera que ofrezca respuestas a los problemas que enfrentan el legislador y el juez en su actividad diaria. En tal sentido, según Kaufmann, la interpretación del derecho no es simplemente una cuestión de aplicar la ley al caso en cuestión, sino que involucra un proceso de comprensión y elaboración de proposiciones jurídicas específicas que se correspondan con el contenido material del caso. A continuación, exponemos lo que este autor afirma:

La ley ha de concretizar siempre en la respectiva situación histórica; sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que “piensa” la ley. La metodología tradicional ha errado, pues, cuando ha creído que la respuesta a la cuestión de si el texto legal “piensa” un determinado contenido material podría encontrarse en la ley misma a través de la “interpretación”. En realidad, hay que preguntar siempre también al contenido material (adelantado al menos teóricamente) si el texto legal le resulta adecuado, pues de lo contrario sería imposible una “comprensión” de la “correspondencia” (*adaequatio*) existente entre contenido material y texto legal. Comprender un texto no es por tanto algo puramente receptivo, sino un proceder práctico y conformador. Sólo a través de tal proceder se hace el derecho concreto e histórico. (Kaufmann, 2007, pp. 69-70)

Reiteramos, entonces, que la hermenéutica jurídica, según Kaufmann, pone de manifiesto que la aplicación del derecho no es una mera subsunción del caso bajo la ley, sino que requiere de una interpretación que tenga en cuenta tanto la norma legal como las circunstancias específicas del caso. Lo anterior tiene importantes implicaciones para el legislador y el juez, ya que implica que deben considerar cuidadosamente las condiciones bajo las cuales un acto de legislación o una sentencia judicial pueden considerarse “correctos”. Crear una relación entre Kaufmann, Zaccaria y Gadamer se justifica por su enfoque compartido en la importancia de la hermenéutica y la comprensión en el ámbito jurídico. Los tres filósofos abogan por una visión interpretativa del derecho y argumentan en contra de una comprensión reduccionista y formalista basada únicamente en la subsunción.

Kaufmann destaca la necesidad de superar la aplicación mecánica del derecho mediante la subsunción y enfatiza que la ley es más que su texto literal, ya que se adapta y evoluciona en su aplicación a nuevas situaciones. Para él, la creación del derecho implica un acto creador por parte del juez, que incorpora su propia comprensión y personalidad en la interpretación. Zaccaria resalta la importancia de la precomprensión y el prejuicio en la comprensión del texto jurídico. Según él, el lenguaje de la norma no puede expresar lo correcto sin el prejuicio de la necesidad

de ordenación y la posibilidad de solución. En este sentido, la hermenéutica jurídica se centra en el proceso de "traer a colación" un problema de ordenación específico en relación con el sentido y el ordenamiento del texto jurídico. Gadamer, por su parte, desarrolla la noción del "círculo hermenéutico", que establece que la comprensión de un texto se realiza a través de un proceso continuo de revisión y aproximación al sentido del texto. Destaca la importancia de los prejuicios y la mediación histórica en la comprensión, argumentando que el texto nunca puede ser comprendido por sí mismo, sino que requiere de la interpretación y proyección del lector. En conjunto, estos tres filósofos enfatizan la necesidad de una comprensión hermenéutica del derecho, basada en la interpretación, la precomprensión y la consideración de la mediación histórica. Su enfoque crítico hacia la visión formalista y objetivista del derecho los une en su defensa de una comprensión más amplia y contextualizada, donde el juez desempeña un papel activo en la creación y aplicación del derecho. La filosofía hermenéutica sostiene que para comprender un texto lingüístico es necesario contar con una precomprensión o prejuicio, ya que el texto nunca puede ser comprendido por sí mismo. Según Gadamer, los prejuicios son condiciones del comprender y permiten al lector proyectar un sentido del texto en la medida en que se insinúa un primer sentido. Es decir, el lector lee el texto con ciertas expectativas relativas a un determinado sentido. La comprensión de lo que está implícito en un texto lingüístico se lleva a cabo mediante la elaboración de un proyecto previo, el cual se revisa continuamente a medida que se aproxima al sentido del texto. Esto se conoce como el "círculo hermenéutico", que establece que solo se puede comprender algo designado lingüísticamente en la medida en que ya esté precomprensible en su propio lenguaje, aunque a un nivel quizás aún no reflexivo (idea de la comprensión como un movimiento en forma de espiral). Para la hermenéutica jurídica, esto significa que el lenguaje de la norma, según Zaccaria (2010), no puede expresar lo correcto sin un prejuicio sobre la necesidad de ordenación y la posibilidad de solución. El acto decisivo es "traer a colación" un problema de ordenación específico en relación con el posible significado-orden del texto interrogado. La hermenéutica jurídica gira precisamente en torno a este "traer a colación". Kaufmann afirma que la ley es más inteligente que el legislador porque da nuevas respuestas a nuevas situaciones y cambia a pesar de mantener su tenor literal. La ley se hace viva e histórica en su aplicación, y se completa a través del acto creador del derecho realizado por el juez. Como resultado, no es posible una corrección objetiva del derecho fuera

del proceso de comprensión, y la objetividad de las ciencias naturales no es adecuada para la ciencia del derecho (Zaccaria, 2010).

Se asevera entonces que las normas legales son solo material bruto que requiere elaboración para que surja el derecho. según Kaufmann. De igual manera, se añade que la ley no es solo un texto estático, sino que se vuelve viva y cambia a través de su aplicación en casos concretos mediante la superación del naturalismo y el positivismo jurídico planteada por el autor. Además, se señala que el juez tiene un papel activo en la creación del derecho, ya que debe aplicar la ley a la situación del caso y agregar algo de su propio entendimiento para llegar a una decisión justa. También se menciona que el proceso de conformación de la ley no es puramente objetivo, ya que los jueces introducen elementos subjetivos en su interpretación y aplicación. Sin embargo, esto no significa que debemos defender el subjetivismo judicial, sino que los momentos subjetivos deben hacerse conscientes e incluirse en la conexión metódica de la fundamentación. El juez debe someterse a sí mismo a la reflexión y considerar no sólo la ley y el caso, sino también su propia persona y situación al tomar decisiones. En resumen, el proceso de comprensión de la ley y la creación del derecho es un proceso creativo y subjetivo, que debe basarse en la reflexión, argumentación y consenso entre los participantes, desde Kaufmann.

En síntesis, he abordado la estructura ontológica del derecho, la diferencia entre ley y derecho, la historicidad del derecho y la importancia de la interpretación del derecho. Se destaca que el derecho no es algo absoluto e inmutable, sino que está sujeto a cambios y evolución a lo largo del tiempo, tomando en cuenta la teoría de Kaufmann. La filosofía del derecho actual (Kaufmann, 2007, p. 67) reconoce la importancia de la historicidad del derecho y busca desarrollar enfoques que permitan comprender y aplicar el derecho de manera más sensible a su contexto histórico y social. Además, se destaca la importancia de la interpretación del derecho, que debe tener en cuenta factores históricos y sociales relevantes para su aplicación. La interpretación del derecho no puede ser puramente deductiva y lógica, sino que debe tener en cuenta los hechos jurídicos y el contexto histórico y social en el que se aplican las normas. Esto permitirá que el derecho se adapte a los cambios sociales y culturales y que se relacione con otras dimensiones de la vida social. En definitiva, se propone una concepción del derecho como un conjunto de normas de deber ser que están en constante evolución y que se relacionan con la realidad a través de la interpretación y la adaptación a los cambios sociales y culturales.

Asimismo, el texto presenta la postura de la hermenéutica jurídica acerca de la interpretación correcta del texto jurídico. Esta disciplina sostiene que la formulación de leyes concluyentes y unívocas es difícil debido a la diversidad y los cambiantes contenidos vitales. En cambio, la ley debe ser concretizada en la respectiva situación histórica, y sólo a través de casos concretos se hace comprensible lo que la ley “piensa”. La interpretación de un texto legal implica un proceder práctico y conformador, y es imposible comprender una norma sin tener en cuenta ciertos contenidos materiales. La subsunción no es un proceso mecánico en el cual la norma se aplica automáticamente al caso, sino que requiere de un juicio valorativo y creativo por parte del intérprete, quien debe determinar si los hechos del caso se ajustan a las premisas de la norma y, en caso contrario, realizar una adecuación o interpretación de la norma para que se ajuste a los hechos. También se ha explicitado que la hermenéutica jurídica plantea nuevos problemas y cuestiones relacionados con la actividad del legislador y del juez, así como con su relación mutua y el principio de división de poderes. Y se ha dicho que esta busca comprender el sentido y alcance de las normas jurídicas, lo cual no es fácil debido a la complejidad y variabilidad de los contenidos vitales, y plantea desafíos importantes que deben ser abordados por el legislador y el juez en su actividad diaria.

podemos plantear que en línea con los argumentos esgrimidos en la síntesis, y amparados en la búsqueda de hacer creíble el principio argumentativo estipulado en la tesis, se puede concluir que en torno el problema de la interpretación correcta del texto judicial tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico tienen enfoques diferentes que deben ser reconsiderados a partir de una hermenéutica jurídica que no relegue la corrección del texto normativo a la obediencia de una ley justa o cualquier ley sin importar su contenido. En conclusión, abordar el positivismo jurídico y el iusnaturalismo en relación a la interpretación correcta del texto judicial es importante para tener una concepción completa del derecho y de su aplicación en la sociedad. La hermenéutica jurídica surge como una corriente que cuestiona el procedimentalismo y busca una interpretación práctico-normativa considerando la pluralidad de las precompresiones en la interpretación del sentido de la norma jurídica. La conclusión que se puede extraer de las perspectivas de Esser, Zaccaria y Kaufmann en relación con la interpretación correcta del texto judicial es que esta interpretación no puede limitarse a un enfoque puramente formalista o positivista. Estos filósofos sostienen que comprender adecuadamente un texto jurídico implica ir más allá de su letra y considerar su contexto

histórico, su relación con la realidad social y las implicaciones normativas. Esser destaca la importancia de considerar el propósito y la finalidad de la norma, así como el espíritu y la intención del legislador, para interpretar correctamente el texto jurídico. Argumenta que la interpretación debe ser teleológica y contextual, teniendo en cuenta el sistema jurídico en su conjunto. Zaccaria resalta la necesidad de una precomprensión y prejuicio en la interpretación, reconociendo que el lenguaje de la norma no puede expresar lo correcto sin una perspectiva previa sobre la necesidad de ordenación y solución. La hermenéutica jurídica se centra en "traer a colación" los problemas de ordenación específicos para comprender el sentido y el ordenamiento del texto jurídico. Kaufmann argumenta en contra de una interpretación meramente subsuntiva, basada en la mera aplicación mecánica del derecho. Él sostiene que la ley es más que su tenor literal y que se hace viva e histórica en su aplicación. Para él, la interpretación correcta implica un acto creador por parte del juez, que incorpora su comprensión y perspectiva en la interpretación del texto. Estos filósofos coinciden en que la interpretación correcta del texto judicial requiere considerar su propósito, finalidad, contexto histórico y la mediación del intérprete. La interpretación no puede ser reducida a una aplicación mecánica de la norma, sino que implica un proceso activo de comprensión contextualizada y teleológica. Esto nos lleva a entender que la interpretación del texto judicial es un ejercicio complejo que involucra la interacción entre el texto, el contexto y la visión del intérprete.

CAPÍTULO II

EL MODO COMO GADAMER ENTIENDE Y SIGNIFICA LA RELACIÓN ENTRE COMPRENSIÓN E INTERPRETACIÓN

En el ámbito de la hermenéutica jurídica, la interpretación y aplicación de la ley son procesos fundamentales para comprender y adaptar el sentido del texto a la situación actual del intérprete. En este sentido, la teoría hermenéutica de Gadamer se presenta como una clave para entender el fenómeno hermenéutico en el ámbito jurídico. En su obra, Gadamer destaca la importancia de la comprensión y la interpretación como procesos unitarios en los que también interviene la aplicación. En este texto se aborda el concepto de actualización en la hermenéutica de Gadamer y se explora la relación entre comprensión, interpretación y aplicación en el ámbito jurídico. El texto judicial en cuestión aborda el concepto de actualización en la hermenéutica de Gadamer, señalando que esta tarea consiste en mediar comprensivamente la aplicación originaria de la ley con la actual. Gadamer critica la tradición hermenéutica por entender el problema del sentido del texto como un acto complementario y posterior a la comprensión, en lugar de considerarlo como una experiencia de comprensión e interpretación. En este sentido, la interpretación se convierte en la forma explícita de la comprensión, y la aplicación se convierte en el tercer momento de la problemática de la hermenéutica. Gadamer destaca que en la comprensión siempre tiene lugar una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete. En este proceso, la comprensión alude a entender el punto de vista proyectado por el otro en su circunstancia particular, mientras que la interpretación refiere a la manera de relacionar lo dicho por el otro en el pasado con las proyecciones que determinan el presente en que se inscribe el intérprete. La aplicación, por su parte, se refiere a la forma de relación creativa aportada por el intérprete a partir del poder destacar un algo no contenido en la tradición. Esta perspectiva unitaria de comprensión, interpretación y aplicación se constituye en una de las claves para entender el fenómeno hermenéutico en el ámbito jurídico. En la teoría hermenéutica jurídica actual, la tarea consiste en adaptar el sentido del texto a la situación hermenéutica del intérprete. En la hermenéutica de Gadamer, el papel del intérprete no se limita a la reproducción del mensaje del interlocutor, sino que se destaca la importancia de su participación activa en el proceso de comprensión, interpretación y aplicación de la ley. Para respaldar esa afirmación, se empieza por explicar los fundamentos para una teoría de la experiencia hermenéutica y se

culminará con la reconstrucción de la recuperación del problema hermenéutico fundamental de la aplicación y su relación con la historicidad (Gadamer, 2017, p. 370).

2.1 LA HISTORICIDAD DE LA COMPRENSIÓN COMO PRINCIPIO HERMENÉUTICO

Así pues, siguiendo el pensamiento del autor, se evidencia que la intención de Heidegger al abordar la hermenéutica y las críticas históricas era utilizarlas como punto de partida para desarrollar, desde una perspectiva ontológica, la estructura previa a la comprensión; en palabras suyas, “Heidegger solo entra en la problemática de la hermenéutica y críticas históricas con el fin de desarrollar a partir de ellas desde el punto de vista ontológico la preestructura de la comprensión” (Gadamer, 2017, p. 331). En contraste, esta tesis se enfocará en cómo la hermenéutica puede reconocer la historicidad de la comprensión, una vez liberada de las limitaciones ontológicas impuestas por el concepto científico de la verdad (Gadamer, 2007, p. 332). Esta necesidad es postulada por Gadamer aludiendo a que, en el pasado, la hermenéutica se basaba en su naturaleza prescriptiva aludiendo a la extensión diltheyana de la hermenéutica como herramienta para las ciencias del espíritu. Sin embargo, Gadamer considera importante para efectos de su planteamiento preguntarse cuáles son las implicaciones para la hermenéutica de las ciencias del espíritu cuando Heidegger deduce la estructura circular de la comprensión a partir de la temporalidad del ser-ahí (Gadamer, 2017, p. 332). El derivar la estructura circular de la comprensión a partir de la temporalidad del ser ahí insinúa el camino de una nueva teoría que aplique a la práctica un cambio radical en la manera en que se ejerce el arte de comprender. Tales implicaciones podrían consistir en la corrección y depuración de la autocomprensión de la comprensión que normalmente se practica, eliminando las adaptaciones inadecuadas. Este proceso solo tendría un beneficio indirecto para el arte de comprender. Así pues, procederemos a analizar la explicación de Heidegger sobre el círculo hermenéutico con el fin de utilizar el nuevo y esencial significado que otorga la estructura circular a nuestra intención. (Gadamer, 2017, p. 332). Heidegger sostiene que el círculo no debe interpretarse como un círculo vicioso o incluso como un círculo permisible (Gadamer, 2017, p. 332). No obstante, existe una perspectiva positiva del conocimiento más primordial en él, que solo puede ser verdaderamente comprendida cuando la interpretación reconoce que su tarea fundamental, última y continua es no dejarse nunca imponer por ideas propias o “conceptos populares, ni por la posición, la previsión o la

anticipación”, sino garantizar la “elaboración del tema científico” a partir de la propia cosa (Gadamer, 2017, p. 332). De esta forma, el autor especifica lo siguiente:

El círculo no debe ser degradado a círculo vicioso, ni siquiera a uno permisible. En él yace una posibilidad positiva del conocimiento más originario, que por supuesto sólo se comprende realmente cuando la interpretación ha comprendido que su tarea primera, última y constante consiste en no dejarse imponer nunca por ocurrencias propias o por conceptos populares ni la posición, ni la previsión ni la anticipación 3, sino en asegurar la elaboración del tema científico desde la cosa misma. (Gadamer, 2017, p. 332)

La afirmación de Heidegger aquí no es una exigencia para practicar la comprensión, sino más bien una descripción de cómo realizar una interpretación comprensiva apropiada (Gadamer, 2017, p. 332). La reflexión hermenéutica de Heidegger no busca demostrar la existencia de un círculo, sino mostrar que este círculo tiene un sentido ontológico positivo (Gadamer, 2017, p. 332). La descripción en sí misma es evidente para cualquier intérprete que sepa cómo hacerlo. Cualquier interpretación correcta debe protegerse contra la arbitrariedad de las ocurrencias y los hábitos imperceptibles del pensamiento y debe centrarse en la “cosa misma” (para los filólogos, los textos que hablan de cosas con sentido) (Gadamer, 2017, p. 333). El objetivo de permitir que la cosa misma determine la interpretación no es simplemente una buena decisión inicial, sino una tarea constante y final para el intérprete. Es fundamental mantener la atención en la cosa misma, incluso a pesar de todas las desviaciones a las que el intérprete se enfrenta constantemente debido a sus propias ocurrencias. Cuando alguien intenta comprender un texto, siempre hay un proceso de proyección. Tan pronto como un primer sentido aparece en el texto, el intérprete proyecta un sentido completo. El intérprete lee el texto con ciertas expectativas y preconcepciones que están relacionadas con algún sentido previo que él tiene en mente. La verdadera comprensión del texto implica la elaboración constante de este proyecto previo, que debe ser revisado continuamente a medida que se avanza en la comprensión del sentido del texto. El proceso de comprensión e interpretación es un constante reprojectar en el cual el intérprete va ajustando sus conceptos y expectativas en función de lo que va descubriendo en el texto o en la cosa misma. Este movimiento de sentido del comprender e interpretar es lo que Heidegger describe como la estructura circular de la comprensión, donde el intérprete va del todo a las partes y de las partes al todo, y donde el sentido se va desplegando a medida que se profundiza en la comprensión. Este círculo hermenéutico no es un círculo vicioso, sino una posibilidad

positiva del conocimiento más originario, que permite una comprensión más auténtica y adecuada a la cosa misma.

Así, como ya se ha dicho, desde Gadamer, quienes intentan comprender algo están en riesgo de equivocarse debido a sus opiniones previas, que no necesariamente se ajustan a la realidad de las cosas en sí. La tarea constante de la comprensión consiste en elaborar proyectos adecuados y precisos a las cosas, que sean anticipaciones que deban ser confirmadas por las mismas. La objetividad en este proceso se obtiene a medida que se van validando las opiniones previas a través de su elaboración, ya que las opiniones previas inadecuadas son arbitrarias y pueden aniquilarse en el proceso de su aplicación. Por lo tanto, la comprensión sólo puede alcanzar sus verdaderas posibilidades cuando las opiniones previas con las que se inicia no son arbitrarias. Es importante que el intérprete no se enfoque directamente en los textos desde sus opiniones previas, sino que las examine en términos de su origen y validez. En términos generales, cuando nos topamos con un texto que no tiene sentido o cuyo significado no coincide con nuestras expectativas, es entonces cuando comenzamos a sospechar que puede haber una diferencia en el uso del lenguaje. En principio, se parte de la idea de que todos los hablantes de una lengua utilizan las palabras en el mismo sentido que uno está acostumbrado, aunque esta idea solo se pone en duda en casos particulares. Lo mismo sucede cuando se trata de lenguas extranjeras, donde tendemos a suponer que conocemos su uso generalizado y damos por sentada la estabilidad de este uso al acercarnos a cualquier texto. Es posible que nos enfrentemos a ideas que desafían nuestras creencias y suposiciones, lo que nos lleva a cuestionar y revisar nuestras preconcepciones.

Entonces, debemos reconocer que nuestra precomprensión puede limitar nuestra capacidad de entender un texto en su totalidad y, por lo tanto, debemos estar abiertos a nuevas ideas y perspectivas que puedan surgir a partir de una lectura crítica y reflexiva. Es importante ser conscientes de nuestras opiniones y prejuicios anteriores, y estar dispuestos a cuestionarlos para lograr una comprensión más completa y profunda de los textos que leemos. Cuando alguien nos comunica algo, ya sea en una conversación, una carta o un libro, debemos tener en cuenta que se trata de su opinión y no necesariamente la compartimos. Esta suposición puede dificultar la comprensión, ya que nuestras opiniones previas pueden influir en cómo entendemos el mensaje. Además, si estas opiniones previas causan malentendidos, “¿cómo podemos siquiera

darnos cuenta de ellos en relación con un texto que no puede responder o defenderse? ¿Cómo podemos proteger un texto de malentendidos previos?” (Gadamer, 2017, p. 335).

Al examinar con detalle un asunto, las opiniones no pueden ser completamente arbitrarias, ya que mantener una comprensión errónea del lenguaje o de una opinión durante mucho tiempo puede destruir el sentido general. Al escuchar a alguien o leer un texto no es necesario olvidar todas las opiniones previas, sino estar abiertos a la opinión del otro y establecer una relación entre las opiniones propias y las del otro. Aunque las opiniones son diversas y cambiantes, no todo es posible dentro de esa diversidad, y si se ignora lo que el otro está realmente diciendo, es difícil integrar por completo lo que se malinterpretó en las propias expectativas de sentido. Es trascendental tener en cuenta que desconocer lo que el otro está diciendo puede llevar a una mala interpretación y una comprensión incompleta, incluso si las opiniones son variadas y cambiantes.

Se añade a lo anterior que existen ciertos patrones, reseñados enseguida, que operan en la tarea de la interpretación y que proporcionan una base objetiva para la comprensión. Para lograr una comprensión auténtica de un texto, no se puede depender únicamente de las propias opiniones y expectativas previas, sino que es necesario estar dispuesto a considerar seriamente la opinión del texto en sí mismo. La comprensión hermenéutica requiere una conciencia abierta y receptiva que esté dispuesta a aceptar y dejarse influenciar por la alteridad del texto, lo que puede requerir dejar de lado ciertas suposiciones o preconcepciones que podrían interferir con una comprensión más completa y auténtica. La apertura a la opinión de otro o de un texto no significa ser completamente neutral o ignorar las propias opiniones previas y prejuicios. En lugar de eso, implica incorporar de manera matizada las propias anticipaciones y prejuicios, reconociéndolos conscientemente. Al hacerlo, el texto puede presentarse en su alteridad y tener la oportunidad de confrontar su verdad objetiva con las propias opiniones previas del lector. En definitiva, lo importante es ser consciente de las propias anticipaciones y estar dispuesto a cuestionarlas para permitir que la verdad del texto emerja.

Gadamer destaca la importancia de la descripción fenomenológica correcta de la lectura y comprensión de un texto, tal como lo hizo Heidegger al descubrir que la preestructura de la comprensión está en “leer lo que pone” (Gadamer, 2017, p. 336). Heidegger también proporciona un ejemplo de cómo se sigue una tarea de comprensión después de descubrir esta preestructura.

En su obra *Ser y Tiempo*, Heidegger, según Gadamer, convierte una proposición universal en un problema hermenéutico al examinar críticamente la historia de la metafísica y confrontarla con su posición, previsión y anticipación. Este enfoque es necesario para comprender adecuadamente el problema del ser y cómo la conciencia histórico-hermenéutica debe abordar cualquier problema de comprensión. Una comprensión metódica y consciente busca controlar y hacer conscientes las anticipaciones previas para obtener una comprensión más precisa de las cosas en sí mismas. Heidegger enfatiza la importancia de asegurarse en las cosas mismas mediante la elaboración de posición, previsión y anticipación en el tema científico. Esto significa no dejar que las anticipaciones previas influyen en la comprensión directa, sino más bien utilizarlas como un marco para una comprensión más precisa. De hecho, Gadamer afirma que no se trata de rechazar la tradición y su influencia en la comprensión del texto, sino de evitar que los prejuicios no percibidos nos impiden entender la cosa misma. Bajo este orden de ideas, se hace necesario explicitar que Heidegger establece en su libro *Ser y tiempo* (2012) que Descartes y Hegel aún están bajo la influencia de la ontología griega de la sustancia, que interpreta el ser como algo actual y presente. El argumento que desarrolla Heidegger sostiene que Descartes, aunque se apoya en la escolástica medieval y utiliza su terminología, no ha ganado nada filosóficamente al descubrir esta influencia. Lo que realmente importa es comprender el alcance fundamental que tiene la ontología medieval en la determinación o indeterminación ontológica de la res cogitans para la época posterior. Sin embargo, este alcance solo se puede evaluar una vez que se hayan revelado el sentido y los límites de la ontología antigua desde la perspectiva de la pregunta por el ser.

Según Heidegger,(2016) En su libro *Ser y tiempo* la destrucción (en el sentido fenomenológico de desvelamiento y comprensión) se enfrenta al desafío de interpretar los fundamentos de la ontología antigua a la luz de la problemática de la temporalidad. En este proceso, se hace evidente que la interpretación antigua del ser del ente está orientada por el "mundo" o la "naturaleza" en su sentido más amplio, y que la comprensión del ser se logra a través del "tiempo". La prueba externa de esto es la determinación del sentido del ser como "presencia" (παρουσία) o "sustancia" (οὐσία) con su significado ontológico-temporal de "presencia". El ente es aprehendido en su ser como "presencia", es decir, se comprende en relación con un modo específico del tiempo: el "presente".

La problemática de la ontología griega, al igual que cualquier otra ontología, debe encontrar su hilo conductor en el Dasein mismo, es decir, en el ser del ser humano. El Dasein se define, tanto en términos vulgares como filosóficos, como un ser vivo que posee la capacidad de hablar (ζῶον λόγον ἔχον). El habla (λέγειν) es el hilo conductor para comprender las estructuras de ser del ente que se manifiesta cuando nos referimos a algo o decimos algo sobre ello. Por lo tanto, la ontología antigua, que se desarrolla en Platón, se convierte en "dialéctica". A medida que se avanza en la elaboración del hilo conductor ontológico, es decir, en la "hermenéutica" del logos, se amplía la posibilidad de una comprensión más radical del problema del ser. La "dialéctica", que era una verdadera perplejidad filosófica, se vuelve innecesaria. Aristóteles, al fundamentarla en un nivel más profundo, la supera y ya no la comprende, porque el habla misma y, correlativamente, el pensar (νοεῖν) -es decir, la aprehensión simple de lo que está ahí en su mero estar ahí, tal como Parménides lo había tomado como guía para la interpretación del ser- tiene la estructura temporal de la pura "presentación" de algo.

Añadimos también que este análisis no es arbitrario, sino que se basa en una posición que hace comprensible esta tradición, al descubrir las premisas ontológicas del concepto de subjetividad. El objetivo es mantener una postura crítica y consciente hacia la tradición y nuestros propios prejuicios, para poder acercarnos a la cosa misma y obtener una comprensión más profunda. Así, Heidegger encuentra en la crítica de Kant a la metafísica "dogmática" la idea de una metafísica de la finitud que valida su propio proyecto ontológico. Al hacerlo, asegura el tema científico al introducirlo y ponerlo en juego en la comprensión de la tradición. Esta es la concreción de la conciencia histórica de la que se trata en el comprender. El reconocimiento del carácter esencialmente prejuicioso de toda comprensión es lo que confiere al problema hermenéutico toda la agudeza de su dimensión. Medido por este patrón, el historicismo se encuentra sobre el suelo de la moderna Ilustración y comparte sus prejuicios sin siquiera darse cuenta. El prejuicio básico de la Ilustración es el prejuicio contra todo prejuicio y con ello la desvirtuación de la tradición (Gadamer, 2017, p. 336).

Heidegger interpretado por Gadamer analiza que el concepto de prejuicio, en su origen, no tenía una connotación negativa. En cambio, se refería a un juicio que se hacía antes de tener toda la información objetivamente necesaria para llegar a una conclusión definitiva. En el ámbito jurídico, por ejemplo, un prejuicio podría ser una decisión anticipada antes de que se emita un

fallo definitivo en un proceso legal. Aunque el francés, “préjudice” y el latín “praeiudicium” también significan perjuicio o desventaja, la connotación negativa es secundaria a la validez positiva de una pre-decisión, como cualquier otro precedente (Gadamer, 2017, p. 337). Heidegger sostiene que fue en la Ilustración cuando el concepto de prejuicio adquirió un matiz negativo al ser considerado como algo que debía ser eliminado para alcanzar la verdad y la libertad intelectual. Sin embargo, esto lleva a una desvirtuación de la tradición y a la imposibilidad de una comprensión auténtica de la misma. El término “prejuicio” no se refiere necesariamente a un juicio falso, sino que puede ser valorado positiva o negativamente. La raíz latina “praeiudicium” muestra que el término tenía originalmente una connotación positiva como una decisión previa en un proceso legal. Sin embargo, desde la Ilustración, el término ha sido criticado por su falta de fundamentación y la falta de una garantía metodológica. En la actualidad, el término “prejuicio” se ha restringido en gran medida a significar “juicio no fundamentado”. La Ilustración consideró que la falta de fundamentación en un juicio significaba que no tenía un fundamento en la cosa misma y, por lo tanto, era considerado como un juicio sin fundamento. La afirmación de que los prejuicios son siempre falsos o erróneos es una idea que se asocia comúnmente con el pensamiento racionalista. Esta perspectiva sostiene que el conocimiento científico debe descartar completamente los prejuicios, y es en gran medida responsable de la desacreditación generalizada de los prejuicios. La ciencia moderna se basa en el principio de duda y el método científico, que exige la eliminación de los prejuicios en la búsqueda de la verdad. Sin embargo, este enfoque presenta dificultades en el estudio histórico y la comprensión de la conciencia histórica, lo que sugiere la necesidad de repensar la esencia del método científico y considerar el concepto de prejuicio como un punto de partida para hacerlo (Gadamer, 2017, p. 338).

La pregunta por el modo en que los prejuicios afectan las condiciones de comprensión e interpretación plantea un desafío importante para la hermenéutica, ya que implica reconocer que la comprensión histórica no puede basarse exclusivamente en un método riguroso de investigación científica que excluya cualquier forma de prejuicio. En lugar de eso, la hermenéutica debe buscar comprender cómo los prejuicios legítimos pueden contribuir a la comprensión histórica y, al mismo tiempo, distinguirlos de aquellos prejuicios que obstaculizan o distorsionan la comprensión histórica. La legitimidad de un prejuicio puede basarse en diversos factores, como la experiencia compartida de una comunidad, la tradición cultural o el contexto

histórico. La hermenéutica reconoce que la comprensión histórica siempre está situada en un contexto, y por lo tanto, los prejuicios legítimos pueden ser herramientas útiles para comprender ese contexto de manera más profunda. Sin embargo, la hermenéutica también reconoce la importancia de la crítica y la autocrítica para evitar que los prejuicios legítimos se conviertan en dogmas que obstaculicen la comprensión histórica. Por lo tanto, la hermenéutica debe buscar un equilibrio entre la apertura a los prejuicios legítimos y la crítica rigurosa de los mismos, para así alcanzar una comprensión histórica más completa y rigurosa. Sin embargo, como ya hemos mencionado, la experiencia histórica y la comprensión gadameriana de la hermenéutica nos han mostrado que el ser humano no puede construir su conocimiento de manera puramente racional y objetiva, sino que está condicionado por sus prejuicios y por su contexto cultural e histórico.

En el ámbito de la teoría crítica, la teoría de los prejuicios no busca simplemente erradicar todo prejuicio, sino más bien distinguir entre aquellos que son legítimos y aquellos que son equivocados o limitantes. Los prejuicios de autoridad se refieren a la aceptación ciega de una idea o afirmación sólo porque proviene de una fuente de autoridad, sin cuestionar su verdad o validez. Y los prejuicios por precipitación se refieren a la adopción rápida de una opinión o juicio sin haber considerado adecuadamente los hechos o argumentos relevantes. En la teoría crítica, se considera que los prejuicios legítimos son aquellos que se basan en la experiencia y en el conocimiento acumulado a lo largo del tiempo, y que han demostrado su utilidad y veracidad en contextos y situaciones específicas. Estos prejuicios no limitan la capacidad de la razón crítica, sino que la complementan y guían en la búsqueda de la verdad y el conocimiento. Por lo tanto, la legitimidad de un prejuicio se basa en su capacidad para explicar y comprender efectivamente la realidad, y no en su aceptación ciega o popularidad. En este sentido, la tarea de la razón crítica no es eliminar todos los prejuicios, sino más bien reconocer y discernir entre aquellos que son legítimos y aquellos que deben ser superados en la búsqueda de la verdad y la comprensión del texto judicial en cuestión (Gadamer, 2017, p. 345).

La Ilustración considera que la autoridad es un prejuicio negativo que impide el uso correcto de la razón, mientras que la precipitación es un error que proviene de un uso inadecuado de la razón. La tradición, en este contexto, puede ser vista como una fuente de prejuicios de autoridad, pero también como una fuente de conocimiento valioso que requiere una interpretación crítica para ser comprendida adecuadamente. La hermenéutica se convierte así en

una disciplina central, según como lo expone Gadamer en *Verdad y Método* (2017) para la comprensión de la historia y la cultura, y para la superación de los prejuicios negativos que impiden una comprensión adecuada de la realidad. La hermenéutica de la Ilustración buscaba superar los prejuicios a través del uso crítico de la razón y la eliminación de la autoridad como fuente de verdad. Sin embargo, esta visión era limitada y no reconocía la importancia de los prejuicios legítimos y de la tradición como fuente de conocimiento. La distinción entre prejuicios de autoridad y de precipitación reflejaba esta limitación y la oposición excluyente de autoridad y razón. Enfatizamos que una hermenéutica verdaderamente histórica y crítica debe reconocer la importancia de los prejuicios legítimos y buscar comprender su fundamento y su distinción de otros prejuicios que deben ser superados. Además, la autoridad y la tradición no deben ser descartadas por completo, sino que deben ser sometidas a un análisis crítico y hermenéutico para comprender su verdadero sentido y significado (Gadamer, 2017, p. 346).

La Ilustración sostiene, desde Gadamer, que la razón es la única fuente de autoridad, lo que implica que cualquier autoridad o tradición debe someterse a la crítica racional. En consecuencia, el prejuicio de autoridad se convierte en un obstáculo para el ejercicio libre y crítico de la razón. A pesar de ello, la visión crítica de la autoridad y la tradición no implica necesariamente su negación absoluta, sino más bien su sometimiento a la crítica racional y a la posibilidad de reinterpretación. Según Schleiermacher, los prejuicios de sujeción son barreras personales que pueden impedir la comprensión adecuada debido a la preferencia unilateral por ideas cercanas, mientras que los prejuicios de precipitación son juicios erróneos momentáneos que surgen de la falta de reflexión y análisis cuidadoso. En su enfoque, la razón sigue siendo el criterio fundamental para evaluar la verdad y corregir errores, y no hay lugar para la autoridad dogmática.

Por tanto, desde Gadamer, la Ilustración, en su afán de disolver todo prejuicio, no aborda la cuestión de si existen prejuicios justificados y productivos para el conocimiento. Por lo tanto, la cuestión de la autoridad sigue siendo relevante, ya que ciertas fuentes de autoridad pueden proporcionar conocimientos valiosos y confiables. Es importante tener en cuenta que el rechazo absoluto de toda autoridad en nombre de la razón y el método científico puede ser igualmente problemático y limitante para el conocimiento. Aunque la Ilustración desacreditó toda autoridad en su defensa de la razón y la libertad individuales, esto no implica que toda autoridad deba ser

descartada como fuente de verdad. Descartes mismo reconoció la importancia de la autoridad en la moral, y aunque su moral provisional no desarrolla una moral definitiva, esto no significa que Descartes rechazara la autoridad como tal (Gadamer, 2017, p. 347).

De modo que el problema surge cuando la autoridad se convierte en una fuente de prejuicios, de acuerdo a Gadamer, y cuando la obediencia ciega a la autoridad se impone sobre el propio juicio crítico. En este sentido, la crítica a las modernas dictaduras es una expresión contemporánea del problema de la autoridad que surgió en la Ilustración: la autoridad se convierte en un instrumento de opresión cuando se impone por la fuerza y se exige obediencia ciega sin ningún tipo de razón o justificación. En cambio, la autoridad puede ser una fuente legítima de conocimiento y de verdad si se ejerce de manera responsable y se acepta como tal por parte de aquellos que la reconocen. La autoridad no debe ser entendida como una imposición ciega de un juicio sobre otro, sino como un reconocimiento y un conocimiento que se adquiere a través de la razón misma. No se otorga, sino que se gana y se adquiere a través del reconocimiento de la perspectiva y el juicio más acertado de otro. Incluso la autoridad que implica el poder de dar órdenes y encontrar obediencia sólo se sigue de la autoridad que se ha ganado a través del reconocimiento de la perspectiva más acertada. Por lo tanto, la autoridad no se opone necesariamente a la razón y la libertad, sino que puede ser compatible con ellas si se entiende correctamente su esencia (Gadamer, 2017, p. 347).

Es importante destacar que el reconocimiento de la autoridad no implica necesariamente la aceptación ciega de todo lo que dice la autoridad, sino que implica un diálogo y una reflexión crítica que permita al sujeto evaluar y discernir lo que es válido y lo que no lo es. En este sentido, la autoridad se convierte en una guía y un referente que orienta la reflexión y el pensamiento del sujeto, sin anular su propia capacidad de juicio y razonamiento. La autoridad verdadera no se basa en la obediencia ciega ni en la sumisión de la razón, sino en un acto de reconocimiento y conocimiento que otorga primacía a la perspectiva de aquellos que por su conocimiento y experiencia tienen una visión más amplia y certera sobre un tema.

Este reconocimiento implica un diálogo y reflexión crítica que permite al sujeto evaluar y discernir lo que es válido y lo que no lo es, sin anular su propia capacidad de juicio y razonamiento (Cuchumbé-Holguín, 2022, 2023). En efecto, la autoridad puede ser una fuente de prejuicios, pero esto no significa que sea exclusivamente una fuente de prejuicios. La autoridad

puede ser también una fuente de verdad, y su validez se basa en el reconocimiento y el conocimiento de la persona que la representa. En este sentido, la autoridad se convierte en un prejuicio objetivo, que puede ser reconocido como cierto por motivos aducidos por la razón. Cabe destacar que la autoridad no debe ser vista como una fuente de prejuicios en sí misma, sino que su uso puede ser distorsionado por las personas que la ejercen. Por esta razón, es necesario analizar la esencia de la autoridad dentro de una teoría de los prejuicios, que permita comprender su papel en la formación de nuestros juicios y opiniones. La autoridad no debe ser rechazada de forma sistemática como fuente de prejuicios, sino que debe ser valorada en función de la calidad y la validez de los argumentos que la respaldan. De esta manera, podremos liberarnos de los extremismos de la Ilustración y comprender la verdadera esencia de la autoridad en el contexto de una teoría de los prejuicios (Gadamer, 2017, p. 348).

Gadamer expone respecto al tema en cuestión, desde otra posición, que el romanticismo defendió la autoridad de la tradición como un medio para conectar a los individuos con su pasado y sus raíces culturales. A través de la tradición, los individuos pueden recibir la herencia de sus antepasados y aprender de sus experiencias, valores y creencias. Aunque la autoridad de la tradición se ha vuelto anónima a lo largo del tiempo, sigue siendo poderosa en nuestra vida diaria, determinando nuestras acciones y comportamientos. La educación, por ejemplo, se basa en gran medida en la autoridad de la tradición. Los padres y maestros transmiten a los niños los valores, creencias y costumbres de sus antepasados, y estas enseñanzas se convierten en una parte fundamental de su identidad y cultura. Si bien la madurez biográfica implica asumir la responsabilidad de nuestras propias perspectivas y decisiones, esto no significa que nos liberemos completamente de la autoridad de la tradición y el pasado. Las costumbres, por ejemplo, se adoptan libremente, pero su validez se fundamenta en la tradición y no en la libre determinación (Gadamer, 2017, p. 348).

Ahora bien, vale la pena aclarar que el texto de Gadamer se relaciona con la interpretación correcta del texto judicial y explica que la crítica romántica a la Ilustración busca alejarse de los extremos de la Ilustración que promovían la razón y la libertad como los únicos criterios para la verdad y la justicia. En este sentido, la autoridad de la tradición se convierte en un medio para equilibrar la razón y la libertad con la necesidad de conexión con el pasado y la comunidad. El romanticismo se opuso a la excesiva confianza de la Ilustración en la razón y la

ciencia, y afirmó la importancia de la emoción, la intuición y la experiencia en la vida humana. Además, defendió la importancia de la tradición y la historia como fuente de sabiduría y autoridad, en contraposición a la creencia ilustrada de que la razón y la libertad individual eran suficientes para crear una sociedad justa y racional. El romanticismo reconoció que la tradición y la historia tenían un papel importante en la formación de nuestras instituciones y comportamientos, y que la ética antigua y sus prácticas tenían una sabiduría que la filosofía moral moderna no podía igualar. En lugar de buscar una revolución abstracta y universal, el romanticismo valoró la diversidad y la particularidad de las culturas y tradiciones, y reconoció que la identidad y la sabiduría de un pueblo estaban estrechamente ligadas a su historia y tradición. Por lo tanto, la crítica romántica a la Ilustración defendió la importancia de la tradición y la historia como fuente de autoridad y sabiduría, y reconoció que la razón y la libertad individual no eran suficientes para crear una sociedad justa y armónica. En lugar de buscar una revolución abstracta y universal, el romanticismo valoró la diversidad y la particularidad de las culturas y tradiciones, y afirmó la importancia de la emoción, la intuición y la experiencia en la vida humana.

Siguiendo la línea argumentativa de esta tesis, reconocemos que el enfoque tradicionalista pretende recuperar el verdadero significado de la tradición, que no se reduce a una aceptación pasiva de lo transmitido, porque implica un diálogo constante entre el pasado y el presente. También reconocemos que la tradición es vista como una fuente de sabiduría, experiencia y valores que deben ser respetados y tenidos en cuenta en la toma de decisiones y la construcción de instituciones y prácticas sociales. Sin embargo, al igual se reconoce que deben ser revisados y reinterpretados en función de las exigencias del mundo actual. En este sentido, se busca superar la dicotomía entre razón y tradición, ya que ambas son necesarias para una comprensión adecuada de la realidad, y su relación no es de subordinación sino de complementariedad. El objetivo es construir una sociedad que integre la sabiduría del pasado con la creatividad y la libertad del presente, y que pueda enfrentar los desafíos de la modernidad sin renunciar a sus raíces y valores fundamentales. De modo que la tradición y la razón no deben ser consideradas como opuestas de manera irreductible, ya que la conservación de la tradición implica una elección activa y consciente que es un acto de la razón.

Asimismo, es importante señalar que la tradición no se limita al pasado, sino que se integra en el presente y el futuro a través de los cambios históricos. De hecho, la innovación y la transformación son posibles gracias a la base de conocimiento y experiencia acumulada a través de la tradición. La tradición y la razón no son opuestas, sino que se complementan entre sí. La tradición es esencial para la conservación y transmisión del conocimiento y la experiencia, mientras que la razón es necesaria para elegir conscientemente qué tradiciones mantener y cómo integrarlas en el presente y en el futuro. Es necesario reconocer que nuestra relación con el pasado no es de distancia o libertad con respecto a lo transmitido, sino que estamos constantemente inmersos en tradiciones. Esta inmersión en la tradición no es un acto objetivador, sino un reconocimiento de lo que es propio, ejemplar o aborrecible.

Por lo tanto, la hermenéutica espiritual-científica debe reconocer el papel fundamental de la tradición en nuestra comprensión del pasado y del presente, y cómo esta se transforma a lo largo del tiempo. Es verdad que la conciencia histórica ha permitido una mayor comprensión de nuestro comportamiento en relación al pasado, y ha llevado a una mayor conciencia de la influencia de las tradiciones en nuestra forma de pensar y actuar. Sin embargo, es difícil afirmar que las ciencias del espíritu estén completamente libres de prejuicios y que se hayan desligado por completo de la influencia de las tradiciones. En realidad, la idea misma de una “ciencia libre de prejuicios” podría considerarse un prejuicio en sí mismo, ya que no es posible separar completamente la perspectiva de un investigador de su contexto histórico y cultural.

Igualmente, es importante reconocer la influencia de las tradiciones en nuestro comportamiento científico y reflexionar críticamente sobre ella, en lugar de asumir una posición de neutralidad o de rechazo absoluto de las tradiciones. La hermenéutica espiritual-científica puede ser una herramienta útil para este fin, ya que busca comprender las tradiciones en su contexto histórico y cultural, reconociendo la influencia de nuestra propia perspectiva en la interpretación de los textos y las prácticas culturales. La comprensión en las ciencias del espíritu no se limita a un proceso objetivo y desapasionado de recopilación de datos históricos, sino que requiere una relación activa y comprometida con la tradición. La comprensión verdadera de los objetos de investigación y contenidos de la tradición solo es posible a través de esta relación. El significado de lo investigado se encuentra no solo al final del proceso de investigación, sino también al inicio, en la elección del tema y en la obtención de un nuevo enfoque.

Para lograr una hermenéutica histórica adecuada, es crucial superar la oposición abstracta entre tradición e investigación histórica, reconociendo la unidad efectiva entre ambas. La conciencia histórica es un momento nuevo dentro de la relación humana con el pasado y es esencial reconocer la importancia de la tradición en el comportamiento histórico y la productividad hermenéutica. En las ciencias del espíritu, la historia de la investigación y la tradición son elementos esenciales que influyen en el conocimiento mismo. El valor cognitivo de los conocimientos en estas áreas depende de su relación con la tradición y la historia de la investigación en esa área específica. Por lo tanto, la historia de la ciencia en las ciencias del espíritu no se puede escribir desde el estado actual de los conocimientos, sino que es necesario considerar la tradición y la historia de la investigación en esa área para comprender el valor cognitivo de los conocimientos actuales. En contraste con las ciencias naturales y matemáticas, la tradición y la historia de la investigación son elementos fundamentales que influyen en la comprensión y el valor cognitivo de los conocimientos en las ciencias del espíritu.

Además, la cuestión de la interpretación y la comprensión es fundamental en la evaluación de una investigación en estas disciplinas, y su valor y relevancia dependen en gran medida de cómo se interpreta y presenta la materia. A diferencia de las ciencias naturales, donde el progreso se mide en términos de resultados concretos y medibles, en las ciencias del espíritu, la capacidad de ofrecer una comprensión y una interpretación más profundas y significativas de la materia es valorada incluso cuando el conocimiento histórico ha avanzado.

En las ciencias del espíritu, se reitera que la investigación y el progreso están estrechamente ligados a la interpretación y la comprensión, y no simplemente a la acumulación de datos y resultados medibles. La idea de la mediación histórica del pasado con el presente y su presencia en todo comportamiento histórico plantea la pregunta de si existe un sustrato operante en todas las acciones humanas que las conecte con su historia y tradición. Esta pregunta implica una autocrítica de la conciencia histórica que reconoce la movilidad histórica no solo en el acontecer, sino también en el propio comprender. Es decir, el comprender no debe verse solo como una acción de la subjetividad, más bien como un desplazamiento hacia un acontecer de la tradición en el que pasado y presente están en continua mediación (Gadamer, 2017). En la teoría hermenéutica, esta idea implica que el comprender no puede ser reducido a un mero procedimiento o método, sino que debe ser entendido como un proceso en el que el intérprete se

mueve hacia una comprensión del pasado a través de la tradición y la historia. La teoría hermenéutica debe superar la idea de un procedimiento o método fijo y reconocer la movilidad histórica que implica el comprender en la mediación entre pasado y presente. En síntesis, la interpretación del texto judicial ha sido un tema de discusión en la teoría hermenéutica, y Gadamer ofrece una perspectiva interesante al respecto. Según este autor, el texto jurídico es un diálogo entre el pasado y el presente, y para comprenderlo adecuadamente, el intérprete debe tener en cuenta el contexto histórico y cultural en el que se produjo. Sin embargo, Gadamer también reconoce que la interpretación no es un proceso objetivo, sino que está influenciado por la perspectiva y los prejuicios del intérprete. Por lo tanto, la interpretación correcta del texto judicial implica una comprensión crítica y contextualizada del mismo.

En relación con la autoridad, Gadamer sostiene que reconocerla no significa aceptar todo lo que se dice sin cuestionar. La verdadera autoridad se basa en el conocimiento y la experiencia de la persona que la representa y puede ser una fuente de verdad, pero también de prejuicios. Por lo tanto, es importante evaluarla en función de la calidad y validez de los argumentos que respalda. El romanticismo, siguiendo la lectura de Gadamer, por su parte, defendió la autoridad de la tradición como un medio para conectar a los individuos con su pasado y sus raíces culturales. A través de la tradición, los individuos pueden recibir la herencia de sus antepasados y aprender de sus experiencias, valores y creencias. Aunque la madurez implica asumir la responsabilidad de nuestras propias perspectivas y decisiones, no podemos liberarnos completamente de la autoridad de la tradición y el pasado, ya que estas enseñanzas se convierten en una parte fundamental de nuestra identidad y cultura. En este contexto, el romanticismo buscó equilibrar la razón y la libertad con la conexión con el pasado y la comunidad a través de la autoridad de la tradición. Se opuso a la creencia de que la razón y la libertad individual eran suficientes para crear una sociedad justa y racional, reconociendo la importancia de la tradición y la historia en la formación de nuestras instituciones y comportamientos. Valoró la diversidad y la particularidad de las culturas y tradiciones, reconociendo que la identidad y la sabiduría de un pueblo estaban estrechamente ligadas.

La posición de Gadamer es que la tradición y la razón no deben ser consideradas como opuestas de manera irreductible, sino que la conservación de la tradición implica una elección activa y consciente que es un acto de la razón. La interpretación correcta del texto judicial en

Gadamer es una cuestión clave que se aborda a través de la comprensión de la tradición y su importancia en la construcción de instituciones y prácticas sociales. Y la tradición es vista como una fuente de sabiduría y valores que deben ser respetados, pero también deben ser revisados y reinterpretados en función de los desafíos del mundo actual.

Se concluye entonces que la hermenéutica espiritual-científica es valiosa para comprender las tradiciones dentro de su contexto histórico y cultural, examinando la influencia de nuestra propia perspectiva en la interpretación de los textos y las prácticas culturales. En las ciencias del espíritu, como se hizo saber antes, la comprensión verdadera de los objetos de investigación y contenidos de la tradición solo es posible a través de una relación activa y comprometida con la tradición. La conciencia histórica es un momento nuevo dentro de la relación humana con el pasado, y es esencial reconocer la importancia de la tradición en el comportamiento histórico y la productividad hermenéutica. El texto judicial en Gadamer debe ser interpretado dentro de un marco más amplio que incluya la comprensión de la tradición y la importancia de su revisión y reinterpretación. También cabe señalar que la hermenéutica espiritual-científica y la conciencia histórica son instrumentos apropiados para lograr una interpretación precisa y significativa de los textos y prácticas culturales. Señalamos igualmente que la comprensión verdadera solo se puede lograr a través de una relación activa y comprometida con la tradición.

2.2 LOS PREJUICIOS COMO CONDICIÓN DE LA COMPRENSIÓN

El problema hermenéutico surge en la Ilustración cuando la razón fue concebida como una construcción absoluta, lo que llevó a la desvalorización del concepto de prejuicio. Sin embargo, con el tiempo se ha comprendido que existen prejuicios legítimos, lo que plantea la pregunta de cómo distinguir entre prejuicios legítimos y los que deben ser superados por la razón crítica. Este es un problema clave de la epistemología que debe ser abordado a través de una perspectiva histórica. Para abordar este problema, es importante desarrollar una teoría de los prejuicios que la Ilustración elaboró con un propósito crítico. La división de los prejuicios en “prejuicios de autoridad” y “prejuicios por precipitación” se basa en el presupuesto fundamental de la Ilustración de que un “uso metódico y disciplinado de la razón es suficiente para evitar cualquier error” (Gadamer, 2017). Esta idea refleja la confianza en el método científico de la época.

Gadamer apunta a que la Ilustración propone una distinción entre prejuicios de autoridad y prejuicios por precipitación, basada en la oposición entre autoridad y razón. Los prejuicios por precipitación son aquellos que nos llevan al error al usar incorrectamente nuestra propia razón, mientras que los prejuicios de autoridad son aquellos en los que confiamos ciegamente en la autoridad de una fuente sin aplicar un pensamiento crítico. La Ilustración busca combatir la inclinación hacia los prejuicios de autoridad y favorecer la razón, como se puede ver en la gesta reformadora de Lutero, que debilitó el prejuicio de respeto humano hacia la autoridad del papa y de la filosofía de Aristóteles. Esta reforma preparó el camino para la hermenéutica, que enseñó a usar correctamente la razón para comprender la tradición. La distinción entre autoridad y precipitación se basa, como ya se dijo antes, en la idea fundamental de la Ilustración de que el uso metódico y disciplinado de la razón es suficiente para evitar cualquier error, mientras que la autoridad puede inducir al error en el uso de la razón. Sin embargo, algunos autores creen que esta distinción entre autoridad y precipitación son dos extremos y que se necesita encontrar un equilibrio adecuado. La Ilustración no necesariamente lleva a una crítica religiosa radical, ya que la posibilidad de una verdad sobrenatural sigue abierta. La filosofía popular alemana a menudo limita las pretensiones de la razón reconocida en la autoridad de la Biblia y de la Iglesia. Aunque se reconoce la distinción entre autoridad y precipitación, la tarea hermenéutica es defender el sentido razonable del texto contra toda imposición (Gadamer, 2017).

La Ilustración elaboró una teoría crítica de los prejuicios, distinguiendo entre prejuicios de autoridad y prejuicios por precipitación. La distinción se basa en la oposición excluyente entre razón y autoridad, y la Ilustración defiende el uso disciplinado de la razón como suficiente para protegerse de cualquier error. La tarea de la hermenéutica es defender el sentido razonable del texto contra cualquier imposición autoritaria. Sin embargo, la Ilustración no necesariamente implica una crítica religiosa radical, ya que se puede mantener la posibilidad de una verdad sobrenatural. En cualquier caso, es importante encontrar un camino intermedio entre la razón y la autoridad, y evitar los extremos de rechazar de inmediato las verdades nuevas o aceptar ciegamente la autoridad sin cuestionamiento. La Ilustración no representa una exclusión completa de la autoridad. Lo que se rechaza es la autoridad en el sentido de la revelación sobrenatural. La verdad se busca únicamente en la razón y en la experiencia. Sin embargo, esto no significa que se descarte la autoridad en todos los sentidos. Por ejemplo, la autoridad puede ser importante en la educación y en la transmisión de la cultura. Además, la autoridad también

puede ser útil en la vida cotidiana para tomar decisiones rápidas. En cuanto a la hermenéutica, la Ilustración busca un equilibrio entre la autoridad y la razón. La autoridad no debe ser aceptada ciegamente, sino que debe ser examinada a la luz de la razón. De esta manera, la hermenéutica defiende el sentido racional del texto contra cualquier imposición.

Gadamer discute en su obra *Verdad y Método* la importancia de la hermenéutica en la Ilustración y cómo esta ha influenciado en la interpretación de los prejuicios. Según el autor, la Ilustración ha llevado a una reevaluación de los prejuicios, reconociendo que algunos pueden contener una parte de verdad. Esto contrasta con la visión anterior, donde se creía que los prejuicios eran siempre negativos y debían ser eliminados. Además, la hermenéutica puede ayudar a defender el sentido razonable del texto contra cualquier imposición y la distinción entre las dos clases de prejuicios (autoridad y precipitación) puede ayudar a encontrar un punto medio entre ellos. También argumenta que la Ilustración no implica la exclusión de la religión o la autoridad, sino más bien una subordinación de éstas a la razón. La cuestión esencial está en el concepto de sujeciones y en la idea de que los prejuicios que nos determinan provienen de ellas. Sin embargo, si existen prejuicios justificados que pueden ser útiles para el conocimiento, el problema de la hermenéutica debería abordarse de nuevo. Las consecuencias radicales de la Ilustración, como la fe metódica de Schleiermacher, pueden no ser tan sostenibles como se pensaba. La Ilustración trajo consigo la idea de que la razón debe primar sobre la autoridad y los prejuicios, pero esto puede llevar a una actitud de desconfianza hacia toda autoridad, generando nuevos prejuicios. Además, aunque Descartes fue un gran defensor del uso de la razón, él mismo reconoció que la moral no puede ser totalmente deducida de la razón y, por lo tanto, no desarrolló una moral definitiva. La Ilustración no debe ser vista como un rechazo total de la autoridad, sino como un llamado a usar la razón de manera crítica para cuestionar las creencias y tradiciones injustificadas.

El concepto de autoridad, basado en una noción ilustrada de razón y libertad, podría convertirse en el opuesto de estos valores, en la obediencia ciega. Según Gadamer, la autoridad se otorga por aquellos que reconocen en el otro una perspectiva más acertada. La autoridad, por lo tanto, no se otorga por mero decreto, al contrario, debe ser ganada a través de una acción consciente de la razón misma, la cual reconoce sus propios límites y concede al otro una posición de superioridad en determinadas circunstancias. Es importante destacar que esta noción de

autoridad no implica una obediencia ciega y sin cuestionamientos, sino que se basa en un reconocimiento mutuo y en un diálogo constructivo. La autoridad no sólo se deriva del poder de dar órdenes y ser obedecido, sino que su verdadero fundamento es un acto de libertad y razón, donde se concede autoridad a una persona porque tiene una visión más amplia o está más consagrado (Gadamer, 2017).

En la educación, la autoridad del educador se basa en esta idea, aunque pierde su función cuando llegamos a la madurez. Sin embargo, esto no significa que nos volvamos dueños de nosotros mismos y nos liberemos de toda tradición y dominio del pasado. Las costumbres y tradiciones siguen siendo importantes y se adoptan consciente o inconscientemente. Gadamer sugiere que el romanticismo tiene una deuda con la Ilustración al reconocer que la emoción y la pasión tienen un papel importante en nuestras decisiones y acciones, más allá de la razón. La ética antigua es superior a la filosofía moral de la edad moderna porque se basa en la tradición, que es vista como algo ineludible y necesario para la política y la buena legislación.

La tradición es vista como la contraparte de la libertad nacional y se considera válida sin necesidad de fundamentos racionales. Sin embargo, la comprensión romántica de la tradición puede ser ambigua, ya que se basa en una oposición abstracta al principio de la Ilustración. La crítica romántica a la Ilustración intenta volver a la verdad de la tradición para renovarla, lo que puede denominarse tradicionalismo. Así, la obra antes citada, trata sobre la relación entre el romanticismo y la tradición, destacando la importancia de la tradición como base para la ética y la política. La conservación representa un producto libre y rico de la relación entre la tradición y la innovación, y la crítica ilustrada a la tradición, así como su rehabilitación romántica, quedan por detrás de su verdadero ser histórico.

De acuerdo con lo antes expuesto es importante cuestionarnos si en la hermenéutica espiritual-científica se debe reconocer plenamente el papel de la tradición. En nuestro comportamiento hacia el pasado, siempre nos encontramos dentro de las tradiciones, y es importante preguntarnos si la conciencia histórica ha logrado realmente distinguir nuestro comportamiento científico del natural hacia el pasado: ¿Son correctas las ciencias del espíritu al desplazar su propia historicidad hacia los prejuicios de los que hay que liberarse? ¿Acaso esta “ciencia libre de prejuicios” no comparte, más de lo que cree, la recepción y reflexión ingenua presente en las tradiciones y en el pasado?

En las ciencias del espíritu, la comprensión se basa en la interpretación de la tradición. Es a través de la tradición que los objetos de investigación en estas ciencias adquieren significado. Aunque este significado esté mediado por el interés histórico y su origen parezca lejano del presente, sigue siendo una tarea auténticamente histórica. Cuando se trata de elegir un tema de investigación o plantear una nueva pregunta, la comprensión en la hermenéutica histórica requiere considerar la relación entre la interpretación de la tradición y la investigación histórica. Estas dos formas de comprensión se complementan mutuamente y deben ser analizadas juntas. Es importante reconocer que la tradición tiene una productividad hermenéutica y una influencia en el comportamiento histórico. Para entender su verdadera esencia y carácter, es necesario considerar la historia de la ciencia y la diferencia entre las ciencias del espíritu y las ciencias de la naturaleza. Aunque es imposible borrar completamente las huellas de esta unidad efectual, es importante tenerla en cuenta para una comprensión adecuada de la historia.

La relación entre la ciencia y la historia es problemática y redefine la hermenéutica de Gadamer. Por un lado, la historia de la ciencia refleja las preguntas y preocupaciones de la época y es una parte importante de su desarrollo. Por otro lado, los científicos y matemáticos tienden a escribir la historia de su disciplina desde el estado actual de los conocimientos y ven los errores y enfoques obsoletos como parte del pasado. El valor cognitivo de los conocimientos científicos y matemáticos no se ve afectado por esto. En las ciencias naturales, algunos enfoques tradicionales pueden seguir siendo relevantes en algunas aplicaciones, pero el progreso de la investigación científica no depende de ellos. El concepto de investigación y progreso utilizado en las ciencias naturales no se aplica de manera satisfactoria a las ciencias del espíritu. Sin embargo, puede tener cierta aplicación en la descripción de la historia de la solución de un problema difícil. La analogía entre ambas sólo representa un aspecto secundario en el trabajo de las ciencias del espíritu.

Gadamer sostiene que los grandes logros de la investigación en las ciencias del espíritu no se logran con facilidad, y que un historiador puede llegar a juzgar la calidad de un trabajo por su capacidad de analizar y comprender detalles del pasado. Por ejemplo, un lector preferirá leer a Droysen o a Mommsen, aunque sus obras sean antiguas, en lugar de obras más recientes de un historiador actual. Por lo tanto, el patrón que se está aplicando en las ciencias del espíritu es diferente al utilizado en las ciencias naturales, y es importante reconocerlo para poder valorar y

apreciar el trabajo en estas áreas del conocimiento a partir de la autocrítica de la conciencia histórica, reconoce Gadamer siguiendo la movilidad histórica del intérprete. No solo en el acontecer, sino también en el propio comprender. El comprender no debe ser pensado “como una acción de la subjetividad que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición en el que el pasado y el presente están en continua mediación” (Gadamer, 2017). La teoría hermenéutica debe dejar de estar dominada por la idea de un procedimiento o un método y enfocarse en este proceso de mediación continua entre pasado y presente y esto lo consigue replanteando el concepto de la distancia en el tiempo y el posicionamiento del intérprete.

Gadamer retomó la reflexión ilustrada sobre los prejuicios y la autoridad, pero la desarrolló de una manera más amplia y contextual, aportando a la hermenéutica una visión más dinámica y abierta. Además, su enfoque hermenéutico permitió que la interpretación del derecho se considerará como un proceso de diálogo entre el texto y el intérprete, en el que ambos se enriquecen mutuamente. Asimismo, Gadamer enfatizó la importancia de la comprensión previa que tiene el intérprete, lo que incluye los prejuicios y la tradición de la que forma parte, y que deben ser cuestionados críticamente. En resumen, Gadamer influyó en la hermenéutica jurídica al proporcionar una teoría hermenéutica más rica y contextualizada, en la que se reconoce la importancia de la tradición, la comprensión previa y el diálogo entre el texto y el intérprete.

En este orden de ideas, Gadamer abre una reflexión que confronta a la hermenéutica jurídica al examinar el concepto de autoridad y su relación con la razón, la libertad y la tradición. El autor cuestiona la idea de la autoridad basada en la obediencia ciega y sugiere que la verdadera autoridad se otorga a través del diálogo constructivo y la razón consciente. Además, se destaca la importancia de la tradición como base para la ética y la política, aunque se plantea la necesidad de cuestionar nuestra relación con la tradición y la conciencia histórica en la investigación en ciencias sociales. La comprensión en la hermenéutica histórica se basa en la interpretación de la tradición y su influencia en el comportamiento histórico, lo que requiere una consideración cuidadosa de la relación entre la interpretación de la tradición y la investigación histórica. En general, su obra aporta una perspectiva crítica y reflexiva sobre el papel de la autoridad y la tradición en el pensamiento jurídico y la investigación en ciencias sociales, lo que puede contribuir a una hermenéutica más rigurosa y consciente en estas áreas.

2.3 EL SIGNIFICADO HERMENÉUTICO DE LA DISTANCIA EN EL TIEMPO

La hermenéutica se basa en la idea de que la comprensión no es meramente subjetiva, sino que está influenciada por la tradición y por la anticipación de sentido que uno tiene en relación al todo. La regla hermenéutica es comprender el todo desde lo individual y lo individual desde el todo, lo que implica una relación circular entre ambas partes. La anticipación del sentido global solo se logra a través del análisis de las partes que, a su vez, determinan el todo. Este proceso de comprensión es similar al aprendizaje de una lengua antigua, donde uno debe construir una frase antes de comprender el significado de cada parte de la misma. La tarea de comprensión es ampliar la unidad del sentido del texto en círculos concéntricos, y el criterio para la corrección de la comprensión es la coherencia de cada detalle con el todo. Si no hay coherencia, significa que la comprensión ha fracasado (Gadamer, 2017, p. 369).

La comprensión de un texto implica la comprensión tanto del autor como de su contexto histórico y cultural, lo que se opone a la visión del formalismo literario que destaca la estructura interna del texto. La comprensión del texto es un proceso complejo que involucra elementos objetivos y subjetivos. La comprensión del todo depende de la comprensión de las partes, y viceversa. Además, la comprensión implica una relación activa entre el lector y el texto, en la que el lector aporta sus propias expectativas, prejuicios y conocimientos (Gadamer, 2017, 369). El proceso hermenéutico es dinámico y siempre está abierto a nuevas interpretaciones y perspectivas. Es importante destacar que la comprensión no es solo una comunión emocional entre las personas, sino una participación en un sentido común. Así que la tarea de la hermenéutica es explicar este fenómeno y encontrar un acuerdo en la interpretación de los textos. Sin embargo, es importante cuestionar si esta es la única forma adecuada de entender el movimiento circular de la comprensión y explorar otras perspectivas hermenéuticas. Se añade a lo antes dicho que la hermenéutica busca mediar entre diferentes interpretaciones para encontrar un sentido común, aunque esto no siempre sea posible. En el siglo XIX, el romanticismo y Schleiermacher propusieron una conciencia histórica universal que prescindía de la tradición como fundamento, lo que representó una innovación cualitativa en la hermenéutica. Para lograr esto, es necesario renunciar a la generalidad formal y abrazar la concreción de la conciencia histórica (Gadamer, 2017, p. 369).

Así pues, en el marco de la teoría hermenéutica gadameriana, se habla de la estructura circular de la comprensión, donde el movimiento circular va y viene por los textos hasta que se

alcanza una comprensión completa. Sin embargo, Heidegger propuso una descripción y fundamentación existencial del círculo hermenéutico que representa un giro decisivo en la interpretación de los textos. Para él, la comprensión de un texto no es un acto adivinatorio del intérprete, sino un proceso dinámico en el que el todo y las partes se determinan mutuamente en un movimiento circular continuo. La comprensión es una comunión que está sujeta a un proceso continuo de formación y no es un acto de subjetividad (Gadamer, 2017, 369). La presuposición de la perfección es esencial para la comprensión de un texto y guía toda comprensión. Esta presuposición implica que solo es posible comprender lo que representa una unidad coherente de sentido. El lector debe asumir que el texto es perfecto y guiado por una intención de sentido trascendente para poder comprenderlo en su totalidad. Sin embargo, esta presuposición puede resultar insuficiente cuando encontramos algo en el texto que parece no tener sentido o que no encaja en la totalidad de la tradición. Además, la aplicación correcta de las reglas de la crítica textual depende de la comprensión del contenido del texto. En este orden de ideas, la hermenéutica busca mediar entre diferentes interpretaciones para encontrar un sentido común en la comprensión de los textos. La teoría hermenéutica del siglo XIX hablaba de la estructura circular de la comprensión, pero Heidegger propuso una interpretación existencial del círculo hermenéutico que representa un giro decisivo en la comprensión de los textos. La presuposición de la perfección es esencial para la comprensión de un texto, pero puede resultar insuficiente en algunos casos. La comprensión del contenido del texto es fundamental para la aplicación correcta de las reglas de la crítica textual.

La comprensión de un texto no es simplemente entender su contenido desde la filosofía gadameriana, sino también interpretarlo y darle sentido en relación con nuestras experiencias y conocimientos previos. Sin embargo, la comprensión completa de un texto va más allá de nuestras experiencias y conocimientos individuales. Para entender completamente el significado de un texto, necesitamos una comprensión profunda de la tradición y el contexto en el que fue escrito. La hermenéutica, o el arte de la interpretación, reconoce que nuestro entendimiento está influenciado por la tradición y que debemos considerar el contexto cultural y social en el que se produce el texto para entender completamente su significado (Gadamer, 2017, 369). Además, la conciencia hermenéutica reconoce que no puede estar desvinculada del tema y que existe una verdadera polaridad entre familiaridad y extrañeza, en la que se basa la tarea de la hermenéutica. La posición intermedia que ocupa la hermenéutica implica no solo desarrollar un proceso de

comprensión, sino también iluminar las condiciones que permiten la comprensión. Estas condiciones no son simplemente procedimientos o métodos que el intérprete puede aplicar por sí mismo, sino que están dadas por los prejuicios y opiniones previas que ocupan la conciencia del intérprete. Estos prejuicios pueden obstaculizar la comprensión y producir malentendidos. La comprensión del sentido de un texto no es solo una tarea individual, sino que está profundamente ligada a la tradición y el contexto en el que fue creado (Gadamer, 2017, pp. 360-361).

De igual forma, la importancia de distinguir entre los prejuicios y las condiciones para la comprensión sólo puede ser entendida en el proceso de comprensión en sí mismo. Es por ello que la hermenéutica se plantea cómo llevar a cabo este proceso de comprensión y cómo superar los obstáculos que puedan surgir en el camino. A continuación, se centrará en uno de los temas que la hermenéutica debe tener en cuenta en este proceso, el cual se prioriza en esta sección: la distancia en el tiempo y su significado, es decir, cómo el hecho de que el intérprete se encuentre en un momento histórico diferente al del texto o la tradición que está interpretando puede influir en su comprensión. La hermenéutica busca comprender cómo estas diferencias históricas pueden afectar la interpretación y cómo pueden ser superadas para lograr una comprensión adecuada. Es interesante recordar que la comprensión se ha considerado como la reproducción de una producción originaria, lo que llevó a la divisa de que hay que llegar a comprender a un autor mejor de lo que él mismo se comprendía. Y aunque ya hemos explorado el origen de esta frase y su relación con la estética del genio, debemos volver sobre ello ahora para entender su nuevo significado a la luz de nuestras últimas consideraciones.

Ahora bien, es pertinente recalcar que la comprensión de un texto es fundamentalmente distinta a la producción del mismo, y no depende solamente del momento en que fue creado, sino que está influenciada por el contexto histórico en el que se presenta. Cada época tiene un interés objetivo y se posiciona a sí misma dentro de una tradición histórica que condiciona la interpretación del texto. El sentido real del texto no se limita al momento y al público original, sino que también está influido por la situación histórica del intérprete, según Gadamer. El autor Chladenius (Gadamer, 2017, 369) entendía que el intérprete puede llegar a comprender más que el propio autor, ya que el sentido de la comprensión no depende únicamente de la producción original, sino que también implica una comprensión diferente influenciada por el proceso histórico y la interpretación del mismo. Por lo tanto, el acto de comprender no implica

necesariamente entender mejor o tener una superioridad consciente frente a la producción original, sino que se trata de una comprensión diferente que rompe con la idea de la hermenéutica romántica.

Adicionalmente, la comprensión no se limita a las opiniones subjetivas, sino que se enfoca en la verdad objetiva, lo que otorga credibilidad y validez al texto, según Gadamer. Aunque esto fue algo que se consideraba natural en el pasado, la conciencia ilustrada y la psicología de Schleiermacher socavaron esta dimensión del problema hermenéutico. No obstante, con el advenimiento del historicismo, se pudo recuperar esta dimensión y fue fomentada por el trabajo de Heidegger, quien pensó en la productividad hermenéutica de la distancia en el tiempo desde el giro ontológico que dio a la comprensión como “factum existencial”, y desde la interpretación temporal del modo de ser del estar ahí (Gadamer, 2017, 369). Gadamer sostiene que el tiempo ya no debe ser visto como un abismo que separa y distingue el pasado del presente, sino más bien como el fundamento que une y sostiene el presente. La distancia en el tiempo no es algo que deba ser superado, sino que debe ser reconocido como una posibilidad productiva y positiva para comprender la tradición y todo lo que ha sido transmitido. Además, resalta la importancia de la distancia temporal en la formación de juicios seguros, especialmente en relación con el arte contemporáneo y la objetividad histórica.

En cuanto a la valoración del arte contemporáneo, se reconoce que este tipo de creaciones genera cierta inseguridad en la conciencia científica debido a que nos acercamos a ellas con prejuicios incontrolables y presupuestos que tienen demasiado poder sobre nosotros. Se afirma que la verdadera forma y significado de la creación contemporánea no se corresponden con la percepción que tenemos de ella, y que solo a través de una exploración gradual de los nexos actuales se puede llegar a comprenderla en su totalidad. La experiencia de la investigación histórica ha demostrado que solo se puede obtener un conocimiento objetivo desde cierta distancia histórica. La verdad solo puede distinguirse claramente en relación a su realidad y significado en una época determinada, lo que implica una comprensión histórica y una aceptación tácita de que el significado objetivo y permanente de algo solo se hace verdaderamente reconocible cuando se ve en un contexto histórico concluido, es decir, cuando ya no es relevante en el presente y solo es de interés histórico. Se aboga por una comprensión más

profunda y reflexiva de cómo el tiempo influye en nuestra percepción y comprensión del mundo. En efecto, la reflexión hermenéutica plantea que la autoconciencia metodológica del sentido debe ser agudizada en relación a la distancia en el tiempo. Aunque es cierto que ciertos requisitos hermenéuticos se satisfacen sin dificultad cuando un hecho histórico ya solo interesa históricamente, esto no agota completamente el problema hermenéutico. La distancia en el tiempo es importante para la comprensión de un texto o de una obra de arte, pero el verdadero sentido contenido en ellos no se agota al llegar a un punto final, sino que es un proceso continuo en el que se integran nuevas fuentes de comprensión.

La distancia en el tiempo permite filtrar los prejuicios particulares y discernir los prejuicios verdaderos que pueden guiar una comprensión correcta. Por lo tanto, una conciencia formada hermenéuticamente debe ser consciente de sus propios prejuicios y tener una conciencia histórica para comprender la tradición desde diferentes perspectivas. Se reitera que la reflexión hermenéutica gadameriana es necesaria para agudizar la autoconciencia y entender el verdadero sentido de un texto o obra de arte, teniendo en cuenta que este sentido no se agota en un punto final, sino que es un proceso continuo que implica múltiples fuentes de comprensión. Para hacer visible un prejuicio, es necesario estimularlo, y esto se logra al encontrarlo en la tradición. La comprensión comienza cuando algo nos interpela, y la condición hermenéutica suprema es poner en suspenso nuestros propios prejuicios. La suspensión de los juicios y los prejuicios tiene la estructura lógica de una pregunta, ya que abre posibilidades y mantiene abiertas esas posibilidades. Cuando se cuestiona un prejuicio, no significa que se deje de lado y se reemplace inmediatamente con algo más. El prejuicio solo entra en juego cuando ya está presente. Solo en la medida en que se ejerce el prejuicio, puede llegar a ser cuestionado y puesto en suspenso.

Se expone, entonces, que el llamado historicismo malentendido consiste en sustraerse a una reflexión sobre su propia historicidad y confiar en la metodología de su procedimiento. Un pensamiento verdaderamente histórico debe ser capaz de pensar su propia historicidad y conocer tanto lo diferente de lo propio como lo uno como lo otro. El verdadero objeto histórico es la unidad de lo uno y de lo otro, una relación en la que la realidad de la historia persiste igual que la realidad del comprender histórico. Así que una hermenéutica adecuada debe mostrar en la comprensión misma la realidad de la historia, lo que se llama “historia efectual”. Entender es un proceso de la historia efectual, en el que se reconocen y suspenden los prejuicios para permitir

que la comprensión se desarrolle de manera continua y se integren nuevas fuentes de comprensión (Gadamer, 2017, p. 370).

En síntesis, Gadamer enfatiza la importancia de comprender un texto dentro de su contexto histórico y tradición para acceder a un sentido más profundo y significativo. Esta idea es relevante en la interpretación del derecho, en el que es importante entender cómo una norma o ley se ha desarrollado a lo largo del tiempo y cómo se ha interpretado en diferentes momentos históricos. Además, Gadamer sostiene que el tiempo no debe ser visto como un abismo que separa el pasado del presente, sino como el fundamento que une y sostiene el presente. Esta perspectiva puede ser relevante en el derecho, pues en él se busca establecer una continuidad en la interpretación de las normas y leyes a lo largo del tiempo. Debido a que la distancia temporal puede permitir un juicio más seguro sobre la validez y efectividad de ciertas normas o leyes. La reflexión hermenéutica también plantea la importancia de ser conscientes de nuestros propios prejuicios y tener una conciencia histórica para comprender la tradición desde diferentes perspectivas. Esto puede ser aplicado en la interpretación del derecho, que reconoce cómo nuestras propias perspectivas y prejuicios pueden influir en la interpretación de las normas y leyes. La reflexión de Gadamer sobre la importancia de comprender un texto dentro de su contexto histórico y tradición, así como la valoración de la distancia en el tiempo y la conciencia de nuestros propios prejuicios, pueden tener aplicaciones relevantes en la hermenéutica jurídica.

2.4 EL PRINCIPIO DE HISTORIA EFECTUAL

Gadamer utiliza el término “conciencia de la efectualidad histórica” (Wirkung Geschichtliches Bewusstsein) para referirse a una nueva comprensión de la historicidad (Gadamer, 2017, 370). Esto implica que la conciencia histórica debe enfocarse en el efecto que los acontecimientos pasados han tenido en la historia en lugar de simplemente registrar los hechos y sus documentos. Los eventos históricos se acumulan en el fondo de la historia y generan una sedimentación histórica que el intérprete debe captar. La hermenéutica debe reconocer que la historia es constructivista y que, al investigar un documento, no debe estar limitada al significado original o la intención del autor, sino al impacto que ha tenido en la historia. Esto es importante porque el investigador mismo es parte de la historia que ha sido efectuada por el documento, y su comprensión se convierte en otro eslabón en la cadena de efectividad histórica que el documento ha originado.

A propósito de la creencia ciega en los métodos históricos y críticos a menudo se olvida de que nuestra comprensión es también histórica y que forma parte de un proceso histórico más amplio. Gadamer advierte que al negar la historia efectual, se corre el riesgo de deformar el conocimiento. La efectualidad del objeto interpretado es crucial para la comprensión, al igual que lo es el prejuicio. Esta mediación necesaria entre el intérprete y lo histórico permite que la tradición despierte nuestra comprensión y nos revele su propia verdad. Así que es importante recordar que la fe en los métodos no garantiza la verdad infalible, y que se debe tener en cuenta la efectualidad histórica para evitar deformaciones en nuestra comprensión del pasado.

Ahora bien, cuando se habla de mediación en la comprensión histórica, no se busca crear una nueva hermenéutica, sino más bien generar conciencia de que siempre estamos influenciados por la historia efectual. El error del historicismo fue no darse cuenta de esto y caer en la falsa idea de que podíamos desechar las verdaderas bases de la comprensión histórica. La historia efectual está presente en toda comprensión, ya sea que seamos conscientes de ella o no, pero ignorarla puede llevarnos a la idolatría de los métodos objetivistas. Es posible que sea ilusorio pretender una plena objetividad y neutralidad al tratar de comprender los acontecimientos históricos, pero esto no nos exime de seguir avanzando hacia una comprensión cada vez más completa. La hermenéutica nos ayuda a evitar el error de creer que hemos alcanzado la objetividad absoluta y nos recuerda que, según Antonio Osuna Fernández-Largo (1992) siempre estamos en una situación determinada, lo que condiciona nuestra comprensión y nos obliga a fusionar horizontes de manera controlada por la conciencia de la efectualidad histórica, lo que implica que la fusión de horizontes siempre se realiza en función de la comprensión histórica (Osuna, 1992, p. 58).

El enfoque histórico, de acuerdo a la idea de Gadamer, no se limita solo a los hechos y obras del pasado, sino también a su impacto en la historia, incluyendo la historia de la investigación. Aunque no es una idea nueva, lo que sí es innovador es la demanda de un enfoque histórico-efectual cada vez que se saca una obra o tradición del olvido y se presenta al público. Esta demanda se dirige más a la conciencia metódica de la investigación que a la investigación en sí misma y es una consecuencia natural de una reflexión profunda sobre la conciencia histórica. En resumen, la exigencia de historia efectual implica una toma de conciencia de que nuestra perspectiva hermenéutica siempre está influida por los efectos que los fenómenos

históricos han tenido en la historia y la historiografía. Esta toma de conciencia es crucial para evitar la ingenuidad de creer que nuestra comprensión de un fenómeno histórico es completa y objetiva, cuando en realidad está condicionada por factores históricos y culturales que influyen en nuestra perspectiva. En consecuencia, la historia efectual es una exigencia teórica para que nuestra conciencia histórica sea más rigurosa y crítica, y para que seamos más conscientes de la complejidad de la comprensión histórica (Gadamer, 2017, p. 370).

Gadamer expone además que nuestra comprensión histórica puede estar limitada por nuestra propia perspectiva, lo que puede dificultar la comprensión de otras perspectivas. Además, critica el objetivismo histórico, argumentando que puede ocultar aspectos importantes de la historia y negar ciertos supuestos necesarios para entender el pasado. Gadamer también compara el objetivismo histórico con la estadística, señalando que ambas se presentan como objetivas, pero dependen de la legitimidad de sus planteamientos para ser consideradas verdaderas. Y al cuestionar la objetividad de la comprensión histórica, sugiere que la historia efectual influye en todas las formas de comprensión, incluso si no somos conscientes de ello. Por ello, reconocer la historia efectual es esencial para una conciencia científica adecuada y para evitar distorsiones en nuestro conocimiento de la historia. Aunque nunca podemos alcanzar un conocimiento absoluto de la historia, debemos ser conscientes de su impacto en nuestra comprensión para mejorarla, puesto que la conciencia histórico-efectual es un elemento importante de la comprensión y ayuda a formular las preguntas adecuadas. Asimismo, recalamos que la tarea de la hermenéutica filosófica consiste en seguir el camino de *la fenomenología del Espíritu* hegeliana, en la que se muestra la sustancialidad que determina toda subjetividad. Empero, observamos que hacerse consciente de una situación es una tarea difícil, ya que uno siempre se encuentra inmerso en ella y nunca se puede tener un conocimiento objetivo completo de la misma. La inacababilidad de nuestra naturaleza histórica nos limita y prefigura todas las posibilidades de comprensión de una tradición en su alteridad histórica (Gadamer, 2017, p. 372).

La hermenéutica filosófica busca ampliar y ajustar el horizonte de la situación hermenéutica para una comprensión adecuada de la tradición que se quiere interpretar. Esta tarea es difícil y nunca completa, ya que siempre habrá nuevos horizontes y perspectivas por descubrir. Así que es fundamental estar abiertos a nuevas perspectivas para una comprensión más profunda

y auténtica de la tradición y de nosotros mismos como seres históricos. Para lograrlo, es necesario superar nuestros propios patrones y prejuicios contemporáneos y adentrarnos en la mentalidad y cosmovisión propia de la época que queremos comprender. Esto implica estudiar detenidamente la historia, cultura y contexto social, político, económico y cultural de la época. La hermenéutica nos invita a cuestionar nuestros propios horizontes y adoptar una actitud crítica y reflexiva hacia nuestra propia comprensión de la realidad. La empatía y la comprensión mutua son importantes en la comunicación y el diálogo intercultural para superar las barreras culturales y construir puentes de diálogo y entendimiento entre diferentes comunidades y tradiciones.

La noción de horizonte es clave para la comprensión hermenéutica tanto en la filosofía como en la historia. El horizonte se refiere al límite de lo que podemos ver y entender, y la tarea de la comprensión hermenéutica es desplazarse al horizonte adecuado para entender correctamente lo que se quiere comprender. En el diálogo, comprender el horizonte del otro significa reconocer su posición y perspectiva, lo que no implica necesariamente llegar a un acuerdo o consenso. En el ámbito histórico, la tarea es entender el pasado desde su propio horizonte, lo que significa situarse mentalmente en la época correspondiente para comprenderla de manera adecuada. Al comprender la historia o las tradiciones, es necesario adoptar el horizonte histórico correspondiente y comprender las perspectivas desde las que surgieron. La comprensión histórica no requiere necesariamente un consenso, sino más bien comprender la perspectiva de la época en su propia medida. En este proceso, se suspende la pretensión de verdad de la tradición y la alteridad del otro se convierte en objeto de conocimiento objetivo. Este desplazamiento al horizonte histórico permite una comprensión más completa y adecuada de las tradiciones, pero también implica renunciar a la pretensión de encontrar una verdad aplicable a uno mismo (Gadamer, 2017, p. 373).

Gadamer plantea que la distinción entre el horizonte presente y el histórico puede ser cuestionada, ya que ambos están conectados y se influyen mutuamente. El horizonte del presente es dinámico y está en constante cambio, por lo que el desplazamiento a un horizonte histórico implica explorar diferentes perspectivas y contextos, y no solo superar una barrera fija. Sin embargo, es importante reconocer que la comprensión histórica sigue siendo importante, ya que implica entender las circunstancias y perspectivas de tiempos y lugares diferentes al nuestro. Además, la verdad puede ser percibida de manera diferente en diferentes contextos históricos,

por lo que la comprensión histórica no implica renunciar a la verdad, sino comprender que puede ser percibida de diferentes maneras. El horizonte es algo dinámico y en constante evolución, y se desplaza al paso de quien se mueve. Al explorar horizontes históricos, el individuo no se traslada a mundos extraños, sino que se une al gran horizonte que rodea la profundidad histórica de nuestra autoconciencia. Entender una tradición requiere un horizonte histórico, pero para desplazarse a cualquier situación, el individuo debe tener siempre su horizonte presente para poder comprender la individualidad del otro (Gadamer, 2017, p. 373).

El acto de desplazarse hacia el horizonte no implica empatizar con la individualidad de otro, ni someterlo a los patrones propios. En cambio, significa ascender hacia una generalidad superior que va más allá de la propia particularidad y la del otro. El concepto de horizonte es interesante porque expresa una panorámica más amplia que debe ser alcanzada por aquel que comprende. Ganar un horizonte implica aprender a ver más allá de lo cercano y lo muy cercano, integrándose en un todo más grande y en patrones más correctos. Gadamer también critica la descripción de la conciencia histórica de Nietzsche, quien habla de los muchos horizontes cambiantes a los que ella enseña a desplazarse. Según el autor, el que aparta la mirada de sí mismo se priva del horizonte histórico, y la idea de Nietzsche de las desventajas de la ciencia histórica para la vida no se refiere realmente a la conciencia histórica en sí misma, sino a la enajenación que sufre cuando entiende la metodología de la moderna ciencia de la historia como su propia esencia (Gadamer, 2017, p. 369).

Gadamer afirma que una conciencia verdaderamente histórica aporta siempre su propio presente y lo hace viéndose tanto a sí misma como a lo históricamente otro en sus verdaderas relaciones. Destacar implica, por tanto, un proceso de selección y de discernimiento, en el que se identifica lo que es esencial y se separa de lo que es secundario o superfluo. Este proceso destaca aspectos fundamentales en la comprensión de la tradición, ya que permite descubrir los elementos que son relevantes y significativos para el presente, y separarlos de aquellos que son obsoletos o no tienen ya ninguna relevancia. Es un proceso que requiere una atención constante y una apertura a la novedad, ya que los aspectos que deben ser puestos de relieve pueden cambiar a medida que cambian las circunstancias históricas y culturales. Así pues, interpretar es una actividad crítica y reflexiva que permite una comprensión más profunda y significativa de la tradición. De hecho, el horizonte del presente no es un conjunto fijo y acabado de prejuicios y

valoraciones, sino que está en constante evolución y cambio. A medida que adquirimos nuevas experiencias y conocimientos, nuestro horizonte se amplía y se enriquece, lo que nos permite ver las cosas de manera diferente y comprender mejor el mundo que nos rodea. Además, la alteridad del pasado no es un fundamento sólido e inmutable, sino que también está sujeta a reinterpretaciones y recontextualizaciones constantes a medida que cambian las perspectivas y los intereses de los que lo estudian (Gadamer, 2017, p. 369).

En este sentido, la comprensión desde esta teoría que aborda la tradición, siempre implica un diálogo crítico y una apertura a la novedad y la diversidad de interpretaciones posibles. El horizonte del presente se forma en constante diálogo con el pasado y está en constante evolución. Los prejuicios que llevamos con nosotros son importantes para dar forma a este horizonte, pero es necesario someterlos constantemente a prueba y estar abiertos a la novedad y a la comprensión más profunda de la tradición. La fusión entre lo viejo y lo nuevo es constante en el dominio de la tradición, y es en este proceso de fusión donde se logra una validez llena de vida. Por lo tanto, la comprensión de la tradición es esencial para una comprensión más profunda del presente y para la formación de un horizonte histórico más completo y significativo. La fusión de horizontes se refiere a la comprensión de que la tradición no puede ser entendida simplemente en términos de un horizonte histórico fijo y aislado, sino que debe ser vista en relación con el horizonte histórico del presente.

Así pues, como se ha puesto en evidencia antes, la conciencia histórica es una superposición sobre una tradición que pervive, por lo que la tarea hermenéutica consiste en desarrollar conscientemente la tensión entre el texto y el presente, proyectando un horizonte histórico que se distinga del presente. El proyecto del horizonte histórico es una fase en la realización de la comprensión y no se consolida en la autoenajenación de una conciencia pasada, sino que se recupera en el propio horizonte comprensivo del presente. La fusión horizónica que se lleva a cabo en la tarea de la conciencia histórico-efectual permite la superación de los horizontes históricos y la realización de una comprensión más profunda y significativa de la tradición. La comprensión refiere a la relación entre lo que se comprende y su contexto actual. La aplicación implica llevar lo comprendido a la práctica en una situación determinada, y esto a su vez implica la toma de decisiones y la responsabilidad ética. Por lo tanto, la tarea hermenéutica no puede limitarse a una comprensión abstracta y teórica, sino que debe involucrar

la reflexión sobre las implicaciones prácticas de lo comprendido. De esta manera, la hermenéutica se convierte en una herramienta crítica para la interpretación de la realidad y la acción en el mundo.

En síntesis, la reflexión del pensamiento de Gadamer influye en la hermenéutica jurídica al resaltar la importancia de la historia efectual y la conciencia histórica en la comprensión del derecho. Según Gadamer, la comprensión histórica debe enfocarse en el efecto que los acontecimientos pasados han tenido en la historia, en lugar de simplemente registrar los hechos y sus documentos. Esto significa que la hermenéutica no debe limitarse al significado original o la intención del autor, sino al impacto que ha tenido en la historia y en la sociedad en general. Además, Gadamer advierte que al negar la historia efectual, se corre el riesgo de deformar el conocimiento. La efectualidad del objeto interpretado es crucial para la comprensión, al igual que lo es el prejuicio. La mediación necesaria entre el intérprete y lo histórico permite que la tradición despierte nuestra comprensión y nos revele su propia verdad. La exigencia de historia efectual implica una toma de conciencia de que nuestra perspectiva hermenéutica siempre está influida por los efectos que los fenómenos históricos han tenido en la historia y la historiografía. Esta toma de conciencia es vital para evitar la ingenuidad de creer que nuestra comprensión de un fenómeno histórico es completa y objetiva, cuando en realidad está condicionada por factores históricos y culturales que influyen en nuestra perspectiva.

En la hermenéutica jurídica se resalta la importancia de comprender el horizonte histórico y cultural de la tradición jurídica que se quiere interpretar. Esto implica adoptar una actitud crítica y reflexiva hacia nuestra propia comprensión de la realidad y estar abiertos a nuevas perspectivas para una comprensión más profunda y auténtica de la tradición y de nosotros mismos como seres históricos. De igual forma, reiteramos que la empatía y la comprensión mutua son importantes en la comunicación y el diálogo intercultural para superar las barreras culturales y construir puentes de diálogo y entendimiento entre diferentes comunidades y tradiciones. Además, la noción de horizonte es clave para la comprensión hermenéutica y es importante para la interpretación de la ley y la jurisprudencia. La tarea de la comprensión hermenéutica es desplazarse al horizonte adecuado para entender correctamente lo que se quiere comprender.

La fusión horizontal que se lleva a cabo en la tarea de la conciencia histórico-efectual permite la superación de los horizontes históricos y la realización de una comprensión más profunda y significativa de la tradición jurídica. Además, la hermenéutica jurídica no puede limitarse a una comprensión abstracta y teórica, sino que debe involucrar la reflexión sobre las implicaciones prácticas de lo comprendido, lo que implica la toma de decisiones y la responsabilidad ética en la aplicación de las normas jurídicas en situaciones concretas. La propuesta de Gadamer propone una comprensión dinámica y en evolución de la tradición jurídica, que implica la proyección de un horizonte histórico en constante evolución y cambio, y la reflexión sobre las implicaciones prácticas de la interpretación de las normas jurídicas en situaciones concretas.

De acuerdo a Gadamer la comprensión permite superar la brecha que separa a los seres, ya que se desbordan para abarcar diferentes entidades y así fusionar sus horizontes. Los horizontes son las perspectivas que se pueden ver desde un punto determinado de la historia y son dinámicos, evolucionando y progresando constantemente. Al proyectar un horizonte histórico, se gana un nuevo horizonte superior que se expande desde un punto en el presente. La comprensión implica superar el horizonte histórico limitado y obtener una perspectiva más amplia. Los horizontes no existen de forma independiente, sino que se generan dialécticamente al enfrentarse con el pasado desde el presente. No son ideas abstractas que existen por sí mismas. La fusión de horizontes implica que la conciencia histórica está presente tanto en el hecho pasado como en el intérprete actual, quien también está inmerso en la temporalidad e historicidad. Así que es fundamental reconocer la historicidad del intérprete al igual que la del *interpretandum* (Gadamer, 2017, 376). La fusión de horizontes sostiene que el texto histórico solo puede ser abordado desde la historicidad del intérprete y que el pasado no necesita ser reconstruido, sino más bien revivido presencialmente. La clave en la interpretación es el horizonte de la pregunta que el intérprete plantea (Frage Horizont). El diálogo hermenéutico con el texto es un proceso en el que el intérprete se apropia progresivamente del horizonte peculiar del texto hasta que moldea su propia comprensión.

La fusión de horizontes implica que la comprensión histórica se basa en la interacción continua entre el intérprete actual y el pasado, ya que ambos están sujetos a la historicidad. La tarea de las ciencias del espíritu es fusionar el horizonte del presente con el pasado, lo que

requiere una interpretación en constante evolución que nunca está completa. El objetivo es captar el equívoco introducido por el historicismo al intentar someter al intérprete al horizonte del autor primitivo o sus lectores originales. En cambio, la tarea es adentrarse en la fusión continua de horizontes que constituyen la historia del texto y su comprensión. Esto reivindica el tema de la tradición, ya que lo viejo y “lo nuevo crecen juntos hacia una validez llena de vida” (Gadamer, 2017) en la fusión constante de horizontes. La fusión de horizontes implica una interpretación en constante evolución y una comprensión basada en la interacción continua entre el presente y el pasado. Cuando se habla de “conciencia histórica”, se busca comprender el pasado sin limitarlo a la perspectiva del presente, ni aislándolo del contexto en el que se originó. Del mismo modo en que dialogar implica no solo conocer la perspectiva del otro, sino también interactuar entre las diferentes perspectivas para dar lugar a nuevas expresiones de los hechos, la hermenéutica es una fusión de horizontes que ocurre históricamente. Aunque los horizontes puedan ser diferentes al principio y no estar alineados, no son resistentes a la comprensión.

2.5 LA APLICACIÓN COMO PROCESO INTERPRETATIVO Y APLICATIVO DE LO JURÍDICO

Si consideramos que el objetivo del derecho es regular y moldear los comportamientos de los ciudadanos y las instituciones en la vida social, es evidente que su máximo potencial se alcanza cuando se aplica a situaciones específicas de acuerdo a la teoría del positivismo jurídico. De esta manera, la actividad aplicativa es fundamental en el mundo del derecho. No obstante, en el estudio de la ciencia jurídica, esta aplicación se considera solo como una parte del conocimiento, mientras que otras áreas como la interpretación o el punto de vista hermenéutico se ocupan de cuestionar las concepciones tradicionales sobre la aplicación del derecho. Según Gadamer, la aplicación es parte de la comprensión y la comprensión siempre implica aplicación. Pero esto requiere una definición amplia de lo que se entiende por aplicación, que no se limita a la sentencia judicial o el acto administrativo, sino que se extiende a todo el conocimiento práctico del derecho (Cuchumbé-Holguín, Molina-Hincapé, 2021). El derecho siempre parte de una pregunta histórica o una situación fáctica que condiciona todo el proceso del raciocinio y lo orienta hacia la generalidad de lo normativo y lo concreto de los comportamientos. Desde el punto de vista hermenéutico, la aplicación es importante en todo texto al que se acerca un sujeto

para entenderlo, pero es especialmente relevante en el derecho, donde el concepto de aplicación es utilizado de manera espontánea por los juristas.

La comprensión del sentido de una norma está intrínsecamente ligada a su situación histórica, ya que solo en este contexto es efectiva y productiva. No se puede pensar que la aplicación de una norma sea una virtualidad oculta en ella misma, que se revele con éxito en la aplicación, independientemente de cuándo y cómo se lleva a cabo. Por el contrario, la norma es silenciosa hasta que es interrogada, invocada y traída al presente, donde muestra sus potencialidades. Es entonces cuando se comprende en “su” sentido. La interpretación es la que vincula el texto normativo con su aplicación, así como también la ley con la jurisprudencia. El pasado y el presente, lo general y lo concreto, están mediados en el derecho por la actividad de aplicación.

Por lo tanto, comprender e interpretar el derecho implica necesariamente el horizonte histórico, donde en un extremo se encuentra una situación concreta y definida, y en el otro un directivo de conducta que sería mudo y estaría inerte si no se le otorga voz al presente. El jurista no puede entender las leyes ni captar su sentido sin sumergirse en el río de la historia y deslizarse hasta el presente de su aplicación. La jurisprudencia no es algo ajeno al derecho, sino lo que le otorga su perpetua validez y efectividad. La aplicación, tanto judicial como extrajudicial, es la referencia necesaria en el conocimiento jurídico. Una norma no puede aislarse de los comportamientos que regula y configura. Sin embargo, para que la norma mantenga su pretensión directiva y su iniciativa, debe ser entendida como el inicio de un largo proceso interpretativo y aplicativo que conformará la totalidad de lo que llamamos el mundo jurídico. Esta pretensión no equivale a encerrar la norma en su “objetividad”, sino más bien, es un modo de abrirla a un devenir formado por su significado histórico. En esa pretensión irrenunciable se fundamenta su validez, entendida como la meta aplicativa más allá de la cual ya no tendría sentido seguir refiriéndose a la norma (Osuna, 1992, p. 98).

En el pasado, existía una antigua tradición hermenéutica que se enfoca en tres aspectos clave para lograr la comprensión completa de un texto: la “*subtilitas intelligendi*”, que se refería a la comprensión; la “*subtilitas explicandi*”, que se relaciona en la interpretación; y la “*subtilitas applicandi*” (Gadamer, 2017, p. 378), que se enfocaba en la aplicación. Estos tres aspectos no se consideraban simplemente como un método, sino más bien como una habilidad que requería

atención y una actitud apropiada del espíritu. La interpretación no se veía simplemente como un paso adicional después de la comprensión, sino que se entendía que la interpretación estaba intrínsecamente vinculada a la comprensión. Es decir, la comprensión ya implicaba una forma de interpretación, puesto que al entender algo se seleccionan significados e interpretaciones de los mismos. Por lo tanto, la interpretación no se limitaba a explicar o aclarar lo que ya se había comprendido, sino que era un proceso continuo que implicaba una constante reinterpretación y reevaluación de los significados y los contextos en los que se encontraban. La hermenéutica reconocía la importancia de la subjetividad, la historicidad y la cultura en el proceso de comprensión, convirtiéndose así en una teoría completa de la comprensión y la interpretación.

En el contexto del romanticismo, el lenguaje y los conceptos de la interpretación son vistos como un elemento estructural interno de la comprensión, lo que significa que el problema del lenguaje adquiere una importancia central en la filosofía (Gadamer, 2017, p. 378). Sin embargo, este tema se tratará más adelante. En efecto, la comprensión siempre implica una aplicación de lo que se está comprendiendo a la situación actual del intérprete. La aplicación no se refiere solo a la interpretación de textos sagrados, sino que es un elemento esencial en la comprensión de cualquier tipo de texto o fenómeno cultural. Al comprender una obra literaria, por ejemplo, no solo se busca entender su significado en el contexto histórico y cultural en que fue escrita, sino también se busca una conexión con la experiencia personal del lector.

De tal forma que la hermenéutica no se trata simplemente de entender y explicar un texto, sino de aplicarlo a nuestra vida cotidiana y encontrar su relevancia personal. Esto va más allá de la actividad académica y se convierte en una conexión con el mundo y la cultura en la que vivimos. La aplicación del texto a la situación actual del intérprete es fundamental para la hermenéutica y no puede ser separada de la comprensión e interpretación. Por lo tanto, la hermenéutica no es solo la comprensión de un texto en su contexto histórico, sino también su aplicación a la situación presente del intérprete. Este proceso es continuo y dinámico, y no se detiene en la comprensión o interpretación, sino que se extiende hasta la aplicación del texto a la realidad actual. En resumen, la hermenéutica es una práctica que nos permite conectar con el mundo que nos rodea, aplicando la sabiduría de los textos antiguos a nuestra vida diaria (Gadamer, 2017, p. 379).

La historia de la hermenéutica muestra la relevancia de adaptar el sentido de un texto a la situación específica en la que se encuentra el intérprete. Desde los intérpretes de la voluntad divina en la antigüedad hasta los trabajos de los intérpretes modernos, siempre es fundamental tener en cuenta el contexto para poder dar una opinión adecuada. Además, la hermenéutica no es solo una disciplina filológica, sino que también tiene aspectos teológicos y jurídicos igualmente importantes (Gadamer, 2017, p. 379). La historia de la hermenéutica demuestra que la aplicación es un proceso esencial y fundamental, y que la adaptación del sentido de un texto a una situación específica es un principio clave de esta disciplina.

Este enfoque destaca la importancia de la aplicación como parte integral de la comprensión. Tanto la hermenéutica jurídica como la teológica reconocen la tensión entre el texto y su aplicación en un contexto específico de interpretación. La ley no debe ser entendida sólo en su contexto histórico, sino que también debe ser concretada en su validez jurídica. De manera similar, el mensaje religioso no debe ser entendido sólo como un documento histórico, sino que debe ser comprendido de tal manera que pueda ejercer su efecto redentor. En ambos casos, es necesario entender el texto de acuerdo con sus propias pretensiones, lo que implica que debe ser comprendido y aplicado de manera novedosa y distinta en cada situación específica.

Así, la aplicación siempre forma parte de la comprensión. En las ciencias del espíritu, la hermenéutica juega un papel crucial ya que los objetos de estudio son el resultado de una compleja interacción entre el sujeto y el objeto. La tarea del intérprete es esencial para lograr una comprensión profunda y adecuada de estos objetos. Sin embargo, la hermenéutica gadameriana no se limita a la interpretación del texto o fenómeno a estudiar, sino que también busca comprender y evaluar los supuestos y prejuicios que subyacen en la interpretación. La hermenéutica crítica se enfoca en desvelar las condiciones que hacen posible una determinada interpretación, los marcos teóricos y culturales que la sostienen, y los efectos que produce en la sociedad. Por lo tanto, la hermenéutica se convierte en una tarea fundamental para la comprensión de las ciencias humanas y sociales, que nos permite reflexionar sobre la relación entre el lenguaje, el sujeto y la sociedad, así como sobre los supuestos y valores que subyacen en nuestra comprensión del mundo.

La comprensión es un proceso que está inextricablemente ligado al cambio histórico. La hermenéutica histórica aborda la tensión entre la identidad del objeto y la situación cambiante en

la que se encuentra el intérprete. La tarea de la hermenéutica es determinar qué tipo de comprensión es necesaria para cada disciplina, lo que a su vez está influenciado por el cambio histórico. En vista de esto, es necesario una autocomprensión de la ciencia moderna que tenga en cuenta este enfoque y que aborde la movilidad histórica de la comprensión. También aclaramos que si bien la distinción entre interpretación cognitiva, normativa y reproductiva puede ser útil para la teoría hermenéutica, a menudo es insuficiente para aplicarla a situaciones concretas. La interpretación teológica y jurídica, por ejemplo, puede tener funciones normativas y cognitivas, y la distinción entre ellas puede no ser tan clara como se sugiere. Además, la interpretación de textos religiosos y jurídicos implica no sólo la comprensión del texto como objeto de conocimiento, sino también su aplicación práctica en situaciones concretas. Por lo tanto, la hermenéutica necesita una comprensión más compleja y flexible de la interpretación que permita abordar la complejidad de las situaciones históricas y culturales en las que se produce (Gadamer, 2017, p. 382).

La interpretación en sus diversas formas y contextos no puede ser categorizada en términos rígidos debido a la interacción compleja entre las funciones cognitivas y normativas. Incluso en la interpretación reproductiva de la música y la poesía, se requiere comprender el sentido original del texto y mantenerlo como referencia, al mismo tiempo que se tiene en cuenta las preferencias estilísticas del presente. La distinción entre interpretación cognitiva, normativa y reproductiva no puede ser considerada como una forma autónoma de interpretación. En su lugar, se debe entender la comprensión como un proceso en el que el intérprete y el objeto de interpretación están a su vez implicados e influidos mutuamente. Vemos, entonces, que el sentido no está dado de antemano en el objeto, sino que se construye en la relación entre el intérprete y el objeto. La subjetividad del intérprete es fundamental para el proceso de comprensión y no puede ser vista como algo separado del mismo. Por lo tanto, es necesario adoptar una perspectiva más flexible y dinámica de la interpretación que aborde la complejidad de las situaciones históricas y culturales en las que se produce.

Así pues, según Gadamer, se enfatiza que la comprensión no es simplemente la captación de información, sino un diálogo entre el intérprete y el objeto de interpretación en el que se influyen el uno al otro. Este diálogo se extiende a todas las formas de interpretación, incluyendo la hermenéutica espiritual-científica, que busca comprender el ser humano en su

totalidad. En este proceso, no se trata de la afinidad personal del intérprete con el autor, sino de la capacidad de abrirse al sentido originario del texto y responder comprensivamente a su significado. La hermenéutica no busca dominar el texto, sino someterse a su pretensión dominante y permitir que el texto hable por sí mismo. En lugar de ser una forma de “saber dominador”, la hermenéutica se trata de una actitud humilde de escucha y comprensión (Gadamer, 2017, p. 383).

La comprensión de textos históricos no puede reducirse a una mera actividad cognitiva, sino que también implica la aplicación práctica del sentido de esos textos en el presente. Para lograr esto, es esencial superar la distancia temporal entre el texto y el intérprete, considerando las circunstancias históricas y culturales en las que fue producido y situándose en su contexto. De esta manera, la hermenéutica histórica no se limita a la comprensión del pasado, sino que tiene una dimensión práctica y aplicativa que busca llevar a cabo la validez del sentido del texto en el presente. Es necesario que el intérprete tenga en cuenta cómo el texto puede ser relevante para las preocupaciones y cuestiones actuales y cómo puede ser aplicado para resolver problemas contemporáneos.

Ahora bien, como se expresó antes, el sentido de una norma no se puede separar de la situación histórica en la que se interpreta, ya que solo en esta situación es efectiva y útil. No se puede pensar que la aplicación de una norma es una virtualidad que se encuentra dentro de la norma misma y que su descubrimiento indica el éxito de su aplicación, sin tener en cuenta cuándo y cómo se aplica. La norma es silenciosa hasta que es cuestionada, reclamada y traída al presente espacio-temporal, donde puede mostrar su potencial. Solo en este momento, la norma será comprendida en su verdadero sentido. Es por eso que la diferencia entre el historiador y el dogmático del derecho puede ser útil desde un punto de vista didáctico o metodológico, pero no justifica que se consideren dos compartimentos estancos, donde se generan interpretaciones dispares de la misma norma, como si en el mundo jurídico existiera la antigua teoría de la doble verdad.

De modo que la interpretación es el puente que une el texto normativo con su aplicación práctica y actualizada, así como también la norma y la jurisprudencia. En el derecho, el pasado y el presente se interconectan a través de la aplicación. Así que entender e interpretar el derecho requiere necesariamente tener en cuenta el contexto histórico en el que fue concebido, desde una

situación concreta y definida hasta su directiva de conducta en la actualidad. El jurista no puede comprender las normas ni su sentido sin sumergirse en el río de la historia y deslizarse hasta el presente en el que serán aplicadas. La jurisprudencia no es una adición casual al derecho, sino la que le otorga su perpetua validez y efectividad. En el conocimiento jurídico, la aplicación tanto judicial como extrajudicial es fundamental para comprender el sentido de una norma. No se puede entender una norma sin considerar los comportamientos que regula y conforma. Sin embargo, para que la norma siga siendo efectiva y relevante, debe ser vista como el inicio de un proceso interpretativo y aplicativo que conforma el mundo jurídico. La pretensión de la norma no es encerrarse en su “objetividad”, sino abrirse a su significado histórico en un devenir constante. Esta pretensión es la base de su validez, entendida como la meta aplicativa, más allá de la cual no tendría sentido seguir refiriéndose a la norma.

La comprensión del derecho en la situación presente y particular es esencial para su interpretación, ya que esta situación puede influir en la comprensión de lo que el derecho “dice”, pero solo de manera parcial. Esto plantea el problema central de la hermenéutica jurídica: cómo cuestionar un texto legal cuando la situación actual es total o parcialmente diferente a la del pasado. En este proceso, además de la distancia temporal, también se debe tener en cuenta la situación actual modificada. La norma debe ser cuestionada y reinterpretada en el contexto presente para su aplicación efectiva. La comprensión del derecho depende de la situación presente y particular en la que se aplica. Sin embargo, esta situación puede ser diferente de las anteriores y, en ese caso, la norma puede perder su eficacia y objetividad. Para recuperarla, se necesita encontrar un nuevo sentido de la norma o complementar sus posibilidades mediante la hermenéutica jurídica. Este enfoque dinamiza el sentido del derecho y contribuye a su progresividad al enfrentarse a las sucesivas situaciones a las que se aplica. Así, puede ayudar a lograr una aplicación más justa del derecho al afinar la sensibilidad jurídica que guía la interpretación.

La perspectiva histórica es crucial para comprender el significado y la aplicación del derecho. La distancia temporal nos permite ver los eventos y las leyes en un contexto más amplio y con una mayor profundidad de significados y posibles aplicaciones. Gadamer busca recuperar la antigua unión entre comprender, explicar y aplicar, ahora bajo la bandera de la nueva hermenéutica. Si la aplicación del derecho nos lleva a descubrir nuevos significados, entonces

estamos descubriendo el sentido que se ha desarrollado a lo largo de la historia efectiva del texto. La interpretación, de acuerdo a lectura que realiza Antonio Osuna de la propuesta de Gadamer, es un “continuum” que se va engrosando con cada nueva situación concreta que se incorpora. En la interpretación de un texto, la tradición tiene la oportunidad de manifestarse de manera más plena y vital. La objetividad por sí sola no puede comunicarse ni expresarse si no es a través de las sucesivas aplicaciones que se le den a un texto. En este sentido, Gadamer destaca la importancia de reconocer la conciencia de la historia efectual en toda tarea hermenéutica para recuperar la antigua unidad de las disciplinas hermenéuticas. De esta forma, se permite que la tradición se manifieste de manera más auténtica y se enriquezca con cada nueva interpretación que se le da a un texto (Osuna, 1992, p. 99).

La comprensión jurídica no se trata simplemente de la comprensión de una norma general utilizando cualquier método imaginable, sino que implica comprender la norma en su aplicación actual y en relación a nosotros mismos. Esta comprensión no puede dissociarse del conocimiento actualizador del derecho. Es esencial captar la aplicación como algo más que un simple complemento decorativo de la comprensión de la norma. Para entender el significado actual de una norma, es necesario tener en cuenta la situación presente del intérprete. Como bien lo afirmó Gadamer, “se está obligado a relacionar el texto con la situación presente, si es que se quiere entender algo del texto”(Gadamer, 2017, p. 378). Comprender una norma implica comprender su significado en el aquí y ahora, y esto solo es posible si se tiene en cuenta la situación actual del intérprete.

La comprensión del derecho requiere una búsqueda constante de sentido a través de la tradición histórica y las sucesivas aplicaciones de la norma. Solo al aplicar la norma se hace evidente su verdadero significado y se accede a su conocimiento. Por tanto, no se puede acusar a la hermenéutica jurídica de ser una teoría del “libre conocimiento del derecho”, ya que siempre mantiene vínculos con el enunciado normativo y se basa en un diálogo constante y dependencia con la tradición del texto. Incluso cuando se interpreta un texto desde una distancia temporal, se hace en un diálogo constante y respetuoso con el texto original. No se puede aceptar una hermenéutica que prescinda del texto, sino que se debe mantener el texto operante en la actualidad y en continua conexión con la tradición anterior. En resumen, la acción interpretadora

está estrechamente ligada al sentido del texto y nunca se rompen los vínculos con la norma original.

Así que cuando interpretamos una norma jurídica, es esencial recordar su origen y cómo surgió. Sin embargo, no se debe olvidar que el propósito de la interpretación es revelar el significado actualizado que aún conserva a pesar del tiempo transcurrido. El verdadero sentido de la ley se manifiesta en su aplicación, y aplicarla requiere un conocimiento profundo de la misma. Es por eso que la nueva teoría hermenéutica es más que una simple herramienta de conocimiento, es una teoría que abarca todo el conocimiento jurídico y sienta las bases para una nueva concepción de la ciencia del derecho. Además, Osuna (1992) plantea que es esencial tener en cuenta que el conocimiento al que llega un jurista es su conocimiento personal, y que la interpretación que formula es su propia interpretación. Esto no implica independizarse de la materia que se está comprendiendo, pero sí implica afirmar que la comprensión es una forma dinámica y novedosa de experimentar la cosa interpretada. Para ilustrar esta idea, Gadamer ha recurrido a menudo a la analogía con la traducción. En la traducción, también hay una sujeción total a lo que el texto quiere transmitir, pero esto se logra mediante una nueva expresión y una nueva comprensión del mismo. Así, nos vemos liberados del “despotismo de la metodología científica” (Osuna, 1992, p. 100).

En ocasiones se ha intentado definir el derecho como un conjunto de normas con sus correspondientes lenguajes y explicaciones, pero esto parece insuficiente para comprender el derecho en su totalidad (Osuna, 1992, p. 100). Reducir el derecho a sus expresiones lingüísticas y formales sin referencia a los hechos sociales regulados es simplista y limitado (Osuna, 1992, p. 100). El rechazo a esta postura se debe a que la norma por sí sola es incompleta si no forma parte de una experiencia, una actividad y una forma de conducta. Asimismo, reducir la ciencia jurídica a los fenómenos sintácticos de sus enunciados es limitar la experiencia humana del derecho. El lenguaje formal del derecho no siempre refleja la complejidad de la actividad humana. Por lo tanto, el derecho debe terminar en una situación concreta para que se pueda comprender en su totalidad. Solo la aplicación concreta de la norma revela todo lo que pretendía, y las metodologías interpretativas no siempre nos dan acceso a la semántica real de la norma. Por lo tanto, la interpretación jurídica debe proceder desde los elementos discernibles en el momento presente para superar su alejamiento en el tiempo y su generalidad y tipicidad.

La interpretación jurídica es una actividad compleja que se ve influenciada por factores como el tiempo y el poder. Sin embargo, su origen siempre parte de una situación problemática concreta, y lo mismo ocurre con su aplicación. En última instancia, todo se orienta hacia el “concreto derecho histórico”, tal como lo define Arthur Kaufmann. Este concepto se postula como una superación tanto del positivismo sociológico como del iusnaturalismo racionalista en cuanto a la comprensión del conocimiento jurídico. Es importante entender que el derecho no puede reducirse a una simple lista de normas y reglas, sino que debe ser visto como una entidad viva y en constante evolución que se desarrolla en respuesta a situaciones concretas y cambiantes. La interpretación del derecho debe considerar siempre el contexto histórico y social en el que se originó, a fin de comprender su verdadero significado y aplicación (Osuna, 1992, p. 101).

La hermenéutica ha dejado en claro que la aplicación concreta es un elemento fundamental en la comprensión de una norma general y distante en el tiempo. Es en su aplicación concreta y en su referencia a lo circunstancial del momento presente donde el significado de la norma se hace evidente. Por lo tanto, la comprensión del derecho implica necesariamente esta referencia al acontecer actual desde el cual se cuestiona y se interpreta la norma abstracta. Sin esta referencia a lo jurídico concreto y aplicado, es imposible comprender el derecho en su totalidad. Por esta razón, la sentencia judicial se convierte en la comprensión jurídica modélica, donde se unen la comprensión de la norma y su relevancia aplicativa. La comprensión del derecho no se encuentra al final de un método que hipotéticamente nos conduciría al corazón de la norma, sino que es el resultado de un conocimiento vivo y creador que hace hablar a la norma en el presente y revela su significado en toda su plenitud.

La propuesta de Gadamer sobre la aplicación del derecho cuestiona las concepciones tradicionales y destaca la importancia de entender la aplicación como parte de la comprensión del derecho. Evidencia que la comprensión y la interpretación de una norma están intrínsecamente ligadas a su situación histórica y a su aplicación actual. Asimismo, que la jurisprudencia no es ajena al derecho, sino que le otorga su validez y efectividad perpetua. Y expone que la norma debe entenderse como el inicio de un largo proceso interpretativo y aplicativo que conforma el mundo jurídico. La pretensión directiva y la iniciativa de la norma se fundamentan en su significado histórico, y su validez se alcanza cuando se logra su aplicación

más allá de la cual ya no tendría sentido seguir refiriéndose a la norma. En resumen, la interpretación correcta del texto judicial se alcanza a través de una comprensión profunda de su situación histórica y su aplicación actual, y la jurisprudencia es un elemento esencial en la aplicación del derecho.

La interpretación correcta del texto judicial se basa en comprender el sentido de una norma dentro de su situación histórica. La norma no puede ser entendida como una virtualidad oculta en sí misma, sino que debe ser interrogada y traída al presente para mostrar sus potencialidades. La interpretación es la que vincula el texto normativo con su aplicación, y el horizonte histórico es esencial para comprender e interpretar el derecho. La jurisprudencia es lo que otorga perpetua validez y efectividad al derecho, y la aplicación, tanto judicial como extrajudicial, es la referencia necesaria en el conocimiento jurídico. En definitiva, la interpretación y aplicación del derecho deben ser vistas como un proceso interpretativo y aplicativo que conforma la totalidad del mundo jurídico, y que se fundamenta en la pretensión irrenunciable de la norma de mantener su validez como meta aplicativa más allá de la cual ya no tendría sentido seguir refiriéndose a ella.

La propuesta de Gadamer para la interpretación correcta del texto judicial se basa en la tradición hermenéutica, que reconoce la importancia de la subjetividad, la historicidad y la cultura en el proceso de comprensión y aplicación del texto normativo. Para Gadamer, la interpretación no se limita a la explicación o aclaración del texto, sino que es un proceso continuo que implica una constante reinterpretación y reevaluación de los significados y contextos en los que se encuentra. Además, la aplicación de la norma es esencial en la comprensión de cualquier tipo de texto o fenómeno cultural, y no puede separarse de los comportamientos que regula y configura. En fin, la aplicación correcta de la norma se basa en una comprensión adecuada del sentido histórico de la norma y su contexto, y en la capacidad de vincular la ley con la jurisprudencia.

La aplicación es un aspecto fundamental de la hermenéutica propuesta por Gadamer, que se enfoca no solo en la comprensión e interpretación de un texto en su contexto histórico, sino también en su aplicación a la situación actual del intérprete. La hermenéutica no es una disciplina filológica aislada, sino que tiene aspectos teológicos y jurídicos igualmente importantes. La historia de la hermenéutica muestra que la adaptación del sentido de un texto a una situación

específica es un principio clave de esta disciplina, que reconoce la importancia de la aplicación como parte integral de la comprensión. La hermenéutica jurídica y teológica reconocen la tensión entre el texto y su aplicación en un contexto específico de interpretación, y enfatizan la necesidad de entender el texto de acuerdo con sus propias pretensiones y aplicarlo de manera novedosa y distinta en cada situación específica. En el caso de la hermenéutica jurídica, esto implica que la ley no debe ser entendida sólo en su contexto histórico, sino que también debe ser concretada en su validez jurídica. En ambos casos, la hermenéutica enfatiza la importancia de aplicar la tradición de los textos antiguos a nuestra vida diaria.

La aplicación propuesta por Gadamer para la interpretación correcta del texto judicial se centra en la importancia de tener en cuenta el contexto histórico en el que se creó la norma y en el que será aplicada. La norma sólo tiene sentido y utilidad en su contexto actual, donde puede mostrar su potencial y ser comprendida en su verdadero sentido. La interpretación y aplicación del derecho requiere considerar la jurisprudencia y entender las leyes en su relación con los comportamientos que regula y conforma. La pretensión de la norma no es encerrarse en su “objetividad”, sino abrirse a su significado histórico en un devenir constante y ser vista como el inicio de un proceso interpretativo y aplicativo que conforma el mundo jurídico. En definitiva, la aplicación propuesta por Gadamer busca entender el derecho como una disciplina histórica y contextualizada, que se aplica en un devenir constante y dinámico.

Gadamer se enfoca en la importancia de considerar la situación presente y particular en la que se aplica el derecho, ya que esto puede influir en la comprensión de lo que el derecho dice, pero solo de manera parcial. Para cuestionar y reinterpretar un texto legal en una situación actual modificada, es necesario encontrar un nuevo sentido de la norma o complementar sus posibilidades mediante la hermenéutica jurídica. La perspectiva histórica es vital para comprender el significado y la aplicación del derecho, y la interpretación es un continuum que se va engrosando con cada nueva situación concreta que se incorpora. De esta forma, se permite que la tradición se manifieste de manera más auténtica y se enriquezca con cada nueva interpretación que se le da a un texto. En resumen, la aplicación propuesta por Gadamer contribuye a una interpretación más justa del derecho al afinar la sensibilidad jurídica que guía la interpretación y permitir una comprensión más profunda y completa del significado y la aplicación del derecho.

2.6 LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO PARADIGMA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

En esta sección, se discute la relación entre la hermenéutica espiritual-científica y la hermenéutica jurídica. A menudo se piensa que la hermenéutica espiritual-científica es la única forma de comprender de manera objetiva a través de la conciencia histórica y la interpretación de textos, mientras que la hermenéutica jurídica se considera simplemente un medio auxiliar de la práctica jurídica (Gadamer, 2017, p. 396). Además, Gadamer sostiene que la hermenéutica teológica tampoco podría arrogarse un significado sistemático y autónomo, ya que Friedrich Schleiermacher la había considerado simplemente como una aplicación especial de la hermenéutica general. Gadamer sugiere que la hermenéutica jurídica, espiritual-científica y teológica tienen en común la tarea de comprender el sentido del texto y que, por tanto, no están tan separadas como se suele pensar. La hermenéutica jurídica no es solo un medio auxiliar de la práctica jurídica, sino que también es un método de comprensión e interpretación de textos jurídicos que comparte objetivos y métodos con la hermenéutica espiritual-científica y la hermenéutica teológica (Gadamer, 2017, p. 396).

Gadamer entonces argumenta que la brecha entre la hermenéutica espiritual-científica y la hermenéutica jurídica no es tan amplia como se cree, ya que ambas tienen en común la tarea de comprender textos. Aunque reconoce que existe una diferencia en el interés entre el dogmático del jurista y el histórico del historiador. El jurista obtiene el sentido de la ley a partir de un caso específico, mientras que el historiador busca determinar el sentido de la ley representando constructivamente la totalidad de su ámbito de aplicación. El historiador está obligado a mediar la aplicación originaria de la ley con la actual y hacer justicia a los cambios históricos por los que ha pasado. El jurista también debe pensar en términos históricos para adaptar adecuadamente el sentido de una ley, pero la comprensión histórica es en su caso más bien un medio. El historiador trabaja en una continua confrontación con la objetividad histórica para ganar su valor posicional en la historia. Por lo tanto, se sugiere que es razonable investigar la divergencia entre hermenéutica jurídica y hermenéutica histórica, estudiando los casos en que ambas se ocupan de un mismo objeto. Sin embargo, se debe hacer la salvedad que la interpretación jurídica a menudo se enfrenta a situaciones ambiguas o contradictorias que requieren una hermenéutica más compleja. En estos casos, el jurista debe hacer uso de

herramientas hermenéuticas históricas para poder comprender el sentido original de la ley y aplicarlo adecuadamente al contexto actual (Gadamer, 2017, p. 297).

Gadamer sostiene que la idea de que una ley tiene un significado fijo e inmutable es una ficción jurídica insostenible. En su opinión, para interpretar una ley con precisión, es necesario considerar el cambio histórico de las cosas y comprender el sentido original de la ley en relación al caso en que se aplica. Esto requiere un conocimiento histórico del momento en que se legisló la ley y su contexto. El intérprete jurídico debe tener en cuenta el valor histórico de una ley para poder aplicarla de manera efectiva en el contexto actual. Sin embargo, Gadamer reconoce que la labor del historiador del derecho es diferente de la del intérprete jurídico. Su tarea principal es investigar el sentido original de la ley, es decir, a qué se refería y cuál era su intención en el momento de su promulgación. El historiador del derecho debe ser consciente del cambio de circunstancias que separa aquel momento histórico de la actualidad y debe tener en cuenta el contexto histórico en el que se promulgó la ley.

Gadamer también plantea la cuestión de cómo el historiador del derecho puede acceder al sentido original de una ley, y si es posible comprenderlo sin estar al tanto de los cambios históricos. Se pregunta si el historiador del derecho debe hacer lo mismo que el juez, es decir, distinguir el sentido originario del contenido de un texto legal y comprender el contenido jurídico actual en su precomprensión como un hombre contemporáneo. En definitiva, Gadamer sostiene que para interpretar una ley correctamente, tanto el intérprete jurídico como el historiador del derecho deben tener en cuenta el cambio histórico de las cosas —como se dijo antes—y comprender el sentido original de la ley en su contexto histórico (Gadamer, 2017, p. 397). Asimismo, Gadamer plantea que la interpretación hermenéutica es un proceso que se aplica tanto al historiador como al jurista. Ambos deben considerar el cambio de circunstancias históricas y culturales al interpretar una ley, y deben entender cómo ésta ha evolucionado en su función normativa a lo largo del tiempo. Aunque todos tenemos una expectativa inmediata del sentido que buscamos en un texto, no podemos acceder de manera inmediata al objeto histórico que nos proporciona su valor objetivo. Tanto el historiador como el jurista se enfrentan a este problema y necesitan realizar una reflexión similar. Ambos deben distinguir el sentido original del contenido de un texto y comprender cómo se aplica en el contexto actual.

Es importante destacar que la descripción previa del comportamiento del historiador resulta insuficiente. El conocimiento histórico sólo se logra cuando se entiende el pasado en su continuidad con el presente, y esto es precisamente lo que hace el jurista al tratar de “realizar la pervivencia del derecho como un continuum y salvaguardar la tradición de la idea jurídica” (Gadamer, 2017, p. 399). De esta manera, el contenido fáctico que ambos, historiador y jurista, comprenden de sus respectivas formas, se convierte en el mismo. En realidad, ambos abordan el mismo contenido fáctico desde perspectivas diferentes, pero al final su comprensión es la misma. En resumen, tanto el historiador como el jurista deben tener en cuenta el cambio de circunstancias históricas y culturales al interpretar una ley, y deben entender cómo ésta ha evolucionado en su función normativa a lo largo del tiempo, a fin de comprender el contenido fáctico de manera precisa.

El caso, ejemplo para ilustrar la hermenéutica jurídica representa una situación particular, donde tanto el historiador como el jurista se enfrentan al mismo objeto, una ley en vigor, no necesariamente refleja la complejidad general de la comprensión histórica. Pero en la mayoría de los casos, el historiador del derecho se dedica a estudiar objetos históricos que ya no tienen aplicación en el presente. Por tanto, es necesario adaptar el enfoque hermenéutico según el objeto de estudio. El historiador del derecho se enfrenta a la tarea de comprender el pasado en sí mismo, sin necesidad de establecer una conexión directa con el presente. En cualquier caso, la comprensión histórica siempre implica una reflexión sobre la distancia temporal que separa al objeto del pasado del presente y una reflexión sobre cómo las circunstancias han cambiado desde entonces.

En este orden de ideas, afirmamos que es poco probable que el historiador del derecho se identifique con el modelo anteriormente descrito, ya que considera que la hermenéutica jurídica tiene una tarea dogmática única y separada del contexto histórico. A pesar de esto, el historiador del derecho debe tener en cuenta las circunstancias históricas y culturales en las que se produjo la creación de una norma jurídica. Debe analizar el contexto histórico y cultural para comprender el significado original de la norma y cómo ha evolucionado a lo largo del tiempo. Así que la comprensión histórica en el campo del derecho implica una reflexión crítica sobre la distancia temporal y las circunstancias históricas y culturales que rodean la creación de una norma

jurídica. Tanto el historiador como el jurista deben adaptar su enfoque hermenéutico en función del objeto de estudio y tener en cuenta la evolución histórica de la norma.

Para Gadamer, la hermenéutica jurídica es un ejemplo claro de cómo se relaciona el pasado con el presente en las ciencias del espíritu. La tarea del juez de aplicar la ley a las necesidades actuales es una muestra de ello. Tanto el juez como el historiador del derecho deben reflexionar sobre cómo ha evolucionado la ley y cómo se ha adaptado a lo largo del tiempo para entender su contenido normativo exacto. La hermenéutica jurídica y la hermenéutica histórica enfrentan la misma problemática, por lo que la tarea dogmática de la primera no está separada de la segunda. El juez no puede simplemente imponer su criterio en la interpretación de la ley, sino que debe mediar entre el sentido original de la ley y las necesidades del presente. La interpretación del juez no es una traducción arbitraria, sino un esfuerzo por encontrar un sentido vigente que sea fiel tanto al pasado como al presente. En este sentido, la hermenéutica jurídica nos ofrece un modelo relevante para todas las ciencias del espíritu que buscan comprender el sentido de las cosas a lo largo del tiempo (Gadamer, 2017, p. 400).

El papel del juez y del historiador del derecho en la interpretación y aplicación de la ley implica una comprensión profunda de su contexto histórico y cultural. Ambos están conscientes de que el pasado no puede entenderse sin tener en cuenta el presente y de que la tarea de interpretar el pasado es fundamental para comprender el presente. El juez, al aplicar la ley a un caso concreto, debe tener en cuenta su sentido originario y su interpretación actual en el contexto jurídico presente. A su vez, el historiador del derecho debe entender la naturaleza de la ley y su contexto histórico para poder comprender plenamente su significado y relevancia en la cultura jurídica de su época, incluso en el caso de una ley que ha sido derogada o ya no tiene efecto legal.

La tarea del historiador del derecho no es meramente arqueológica o erudita, sino que implica una comprensión profunda de la naturaleza y función del derecho en la sociedad y la cultura en la que se produjo la ley. Es importante destacar que el enfoque del historiador es diferente al del juez, ya que se ocupa del pasado por sí mismo y no tiene una preocupación práctica inmediata. No obstante, ambos comparten la idea de que la interpretación del pasado es fundamental para comprender el presente, y que el contexto histórico y cultural es un elemento clave en la comprensión del derecho y su evolución a lo largo del tiempo. Tanto el juez como el

historiador del derecho tienen la responsabilidad de interpretar y aplicar la ley de manera justa y adecuada, teniendo en cuenta su contexto histórico y cultural. Esta tarea implica una comprensión profunda de la naturaleza y función del derecho en la sociedad y la cultura en la que se produjo la ley, y es fundamental para comprender el sentido de las cosas a lo largo del tiempo (Gadamer, 2017, p. 405).

Se añade que lo que se aplica a la ley también se puede aplicar a cualquier otro texto que tenga que ser comprendido en lo que dice. En cualquier caso, el historiador debe tener en cuenta tanto la situación histórica original como la forma en que ese texto ha sido interpretado y utilizado a lo largo del tiempo. Debe reconocer que el texto es una creación de su época y que ha sido influenciado por las circunstancias históricas, pero también debe reconocer que el texto tiene un valor continuo y ha sido utilizado en una variedad de contextos históricos diferentes. En este sentido, la tarea del historiador es similar a la del jurista: deben comprender y reconocer el significado original de un texto, pero también reconocer cómo ha sido interpretado y utilizado en el presente. La comprensión histórica implica siempre una mediación con el presente y que cualquier texto del pasado debe ser traducido a nuestro presente para poder ser entendido en su contexto. Es cierto que el objeto de la comprensión histórica son los significados de los eventos del pasado y no los eventos mismos. Los significados solo pueden ser comprendidos en el contexto histórico en el que se produjeron, y este contexto siempre debe ser mediado por el presente.

Según esta perspectiva, la comprensión histórica no es simplemente un ejercicio de reproducción del pasado, sino un proceso de reinterpretación y reconstrucción del pasado en función del presente. Es necesario que haya una mediación con el presente para poder entender el pasado, pero esto no implica que la comprensión histórica deba estar limitada por una perspectiva contemporánea. El objetivo es comprender el pasado en su propio contexto histórico, pero a través de los ojos del presente. La hermenéutica jurídica puede considerarse como un modelo de relación entre pasado y presente que muestra que toda comprensión histórica implica una mediación con el presente y una traducción de los significados que se transmiten a través de la tradición. Esta mediación es necesaria para entender el sentido de la tradición en el presente y para resolver los problemas prácticos que surgen en el día a día. Además, la hermenéutica jurídica no es algo aislado, sino que puede devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance

de sus problemas y reproducir así la unidad del problema hermenéutico que se encuentra en diferentes disciplinas, como la jurídica, teológica y filológica. En otras palabras, la hermenéutica jurídica puede proporcionar un marco para abordar los problemas de la interpretación histórica en general, y no solo en el ámbito del derecho. Esto nos muestra que el problema de la mediación entre pasado y presente es uno que concierne a todas las disciplinas que buscan comprender el sentido de las cosas a lo largo del tiempo (Gadamer, 2017, p. 410)

Sin embargo, la pertenencia a una tradición no es una condición restrictiva, sino que es posible comprender y analizar los textos sagrados desde diferentes perspectivas y contextos culturales. Además, la hermenéutica teológica también debe estar abierta a la crítica y el diálogo con otras tradiciones y perspectivas para enriquecer su comprensión de los textos sagrados y los dogmas de fe. La pertenencia a la tradición no debe ser vista como un obstáculo para la creatividad y la innovación en la interpretación de los textos sagrados, sino como una base sólida para construir sobre ella. En resumen, la pertenencia a una tradición es esencial para la comprensión espiritual-científica, pero no debe ser vista como una limitación, sino como una fuente de riqueza y diálogo (Gadamer, 2017, p. 411).

En el caso de la hermenéutica jurídica, la pertenencia a la tradición también es esencial, aunque de manera distinta. La interpretación de las leyes se da en el contexto de una tradición jurídica que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y que se encuentra plasmada en las diversas fuentes del derecho. La comprensión de las leyes y su interpretación se basa en esta tradición jurídica, en la que se han desarrollado conceptos, categorías, principios y valores que son esenciales para su interpretación. Sin la pertenencia a esta tradición jurídica, la comprensión de las leyes sería incompleta e insuficiente. Entonces, la pertenencia a la tradición es esencial tanto en la hermenéutica teológica como en la hermenéutica jurídica, aunque de manera distinta. En la hermenéutica jurídica, el intérprete se encuentra en una posición similar al ojo en una perspectiva de un cuadro: su perspectiva está dada por su pertenencia a la comunidad jurídica y su posición dentro de ella. La norma tiene la capacidad de vincular a todos los miembros de la comunidad jurídica, lo que significa que el intérprete no elige arbitrariamente su punto de vista, sino que su posición le es dada con anterioridad. Esto es esencial para la posibilidad de una hermenéutica jurídica, ya que se basa en la comprensión compartida de la ley por parte de todos los miembros de la comunidad jurídica.

Así que en situaciones políticas donde el sistema jurídico no se basa en la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como ocurre en el absolutismo, cualquier tipo de hermenéutica jurídica se vuelve imposible. En casos como este, la interpretación de la ley queda a discreción del soberano, que no tiene la obligación de seguir las reglas de interpretación convencionales. La conexión del intérprete con el texto legal no se cumple en un contexto como el descrito, porque la ley no es un vínculo común para toda la comunidad jurídica, sino que se subordina a la voluntad del soberano. Por ende, la tarea de interpretar y comprender la ley solo se da en un contexto en el que la ley es obligatoria y vinculante para todos los miembros de la comunidad jurídica, lo que significa que nadie, incluyendo al monarca, está por encima de la ley. La tarea de la interpretación jurídica es precisamente encontrar y aplicar el sentido de la ley en una situación concreta, de manera que se respete su carácter vinculante (Gadamer, 2017, p. 396). En el caso del absolutismo, donde la voluntad del monarca estaba por encima de la ley, la tarea de interpretar la ley no era necesaria ni posible, ya que la voluntad del monarca era la ley (Gadamer, 2017, p. 403).

Según lo antes expuesto, la labor de interpretación y aplicación del derecho es fundamental para la justicia en un ordenamiento jurídico. Es el juez quien debe llevarla a cabo de manera precisa y justa, pero siempre sujeto a la ley y las reglas establecidas en el sistema. Esto asegura que las decisiones del juez sean razonables y predecibles. Para alcanzar una decisión justa, el juez debe sopesar cuidadosamente todas las circunstancias relevantes del caso y aplicar la ley de manera adecuada. Además, la tarea de concretar la ley implica una comprensión profunda del contexto en el que se desarrolla el caso, incluyendo las circunstancias personales de los involucrados y las posibles consecuencias sociales y políticas de la decisión. Por lo cual, se hace la observación que interpretar y aplicar la ley no es simplemente una cuestión de seguir reglas y principios legales mecánicamente, sino que requiere de un análisis cuidadoso y reflexivo del caso en cuestión para alcanzar una decisión justa y equitativa.

En la hermenéutica jurídica, la pertenencia a la norma implica que el ordenamiento jurídico sea reconocido como vinculante para todos los miembros de la comunidad jurídica, lo que asegura que no existan excepciones en su aplicación. Esto permite concebir el ordenamiento jurídico como tal y elaborar cualquier complementación jurídica de manera sistemática y coherente, basada en los principios y normas jurídicas establecidos en el ordenamiento. De esta

forma, se promueve la seguridad jurídica y se fortalece la confianza en el sistema jurídico (Gadamer, 2017, p. 404). La concreción de la verdad se encuentra en la predicación o en el juicio, respectivamente. No obstante, hay una diferencia importante entre ellas: a diferencia del juicio jurídico, la predicación no es un complemento productivo del texto que se interpreta. Véase en el caso en que el mensaje de salvación no se incrementa por medio de la predicación como sí ocurre con la capacidad complementaria que tiene el derecho con la sentencia del juez

En la tarea de interpretación de textos, el lector no puede mantener una distancia pasiva y neutral, sino que debe involucrarse activamente en el proceso de comprensión. Esto implica aplicar el sentido comprendido del texto, pero en la ciencia moderna se busca objetivar la tradición y eliminar cualquier influencia subjetiva del intérprete. En las ciencias del espíritu históricas, la aplicación subjetiva está excluida por principio, lo que requiere encontrar un equilibrio entre la instancia histórico-científica y la instancia (Gadamer, 2017, p. 403).

dogmática dentro de la esfera privada del individuo. Este equilibrio también es relevante para los filósofos y artistas, quienes pueden sentirse interpelados por una obra de arte y necesitar aplicar su sentido comprendido. Sin embargo, la ciencia moderna pretende mantenerse independiente de toda aplicación subjetiva a través de su metodología objetiva. Desde la perspectiva de la teoría moderna de la ciencia, se podría argumentar que la aplicación del sentido comprendido no es esencial ni necesaria para la comprensión de un texto. Sin embargo, en las ciencias del espíritu, la comprensión requiere una interacción activa entre el intérprete y el texto, lo que hace que la aplicación subjetiva del sentido comprendido sea una parte integral del proceso de comprensión (Gadamer, 2017, p. 407).

Según lo antes expuesto, en esta tarea a menudo surge la pregunta sobre cómo entender correctamente el sentido de un texto, especialmente si el texto está dirigido a una persona en particular, como en el caso de un contrato o una orden. Así que en estos casos el intérprete puede intentar ponerse en el lugar del destinatario original para entender el sentido del texto, aunque esto no es lo mismo que la aplicación del sentido, que implica una tarea más compleja de mediar entre el entonces y el ahora, y entre el tú y el yo. Por lo cual, se reitera que la comprensión de un texto no es solo un asunto entre palabras escritas, sino que también implica una relación entre personas, como en el caso de una orden. En esta situación, una persona da una orden y otra está obligada a cumplirla. Para entender correctamente el sentido de la orden, el intérprete debe

comprender la relación entre las dos personas y las circunstancias específicas en las que se dio la orden. De esta manera, se puede lograr una interpretación justa y precisa del texto (Gadamer, 2017, p. 407).

La comprensión de un texto no se limita a su literalidad o a la intención del autor, sino que también depende de la situación concreta y la responsabilidad del intérprete. Esto es especialmente relevante en el caso de una orden, donde la comprensión verdadera se logra solo a través de su ejecución adecuada en una situación determinada. A veces, se utiliza la repetición de la orden como forma de controlar si ha sido entendida, pero esto no garantiza su verdadera comprensión. De hecho, incluso cuando se da una orden por escrito, su comprensión y ejecución pueden ser manipuladas de forma engañosa para cumplir con la literalidad, pero no con el verdadero sentido de la orden. La comprensión de una orden implica una relación de responsabilidad entre el que da la orden y el que la recibe. El receptor de la orden debe ponerse en el lugar del destinatario original y comprender productivamente el sentido de la misma para poder llevarla a cabo adecuadamente. Para un historiador que encuentra una orden en la tradición y quiere entenderla, su posición será diferente a la del destinatario original, pero para lograr una verdadera comprensión, también deberá realizar la tarea de la concreción, es decir, aplicar la orden a una situación específica. La comprensión de un texto no se limita a la literalidad o la intención del autor, sino que depende de la situación concreta y la responsabilidad del intérprete. La comprensión de una orden implica una relación de responsabilidad entre el que la da y el que la recibe, y su verdadero sentido sólo se determina a través de su ejecución adecuada en una situación determinada (Gadamer, 2017, p. 407).

Así pues, según la idea de Gadamer, la comprensión de un texto se relaciona estrechamente con la situación concreta en la que se produjo. La ciencia histórica busca entender los textos en su contexto histórico sin ser influenciada por las ideas preconcebidas del intérprete. Para lograr esto, el intérprete se mantiene a distancia del texto, asignándole un destinatario original y tratando de comprender la opinión del autor sin preocuparse por su verdad objetiva, incluso cuando el texto pretende enseñar la verdad. Sin embargo, la hermenéutica y la historiografía difieren en su metodología. El historiador busca comprender el pasado a través de los textos transmitidos, complementándose y verificándose con otras tradiciones paralelas. No se considera a sí mismo como el destinatario del texto ni se somete a su pretensión. Las preguntas

que hace al texto se refieren a algo que no se ofrece por sí mismo, incluso en formas de tradición que pretenden ser representaciones históricas. Para el historiador, ver un texto como una obra de arte es una debilidad, ya que la obra de arte es autosuficiente y no cumple con el interés histórico. En resumen, la comprensión de un texto depende de su contexto y de la actitud del intérprete hacia él. Tanto la hermenéutica como la historiografía buscan comprender los textos, pero difieren en su metodología y enfoque (Gadamer, 2017, p. 407).

El trabajo del historiador va más allá de la simple comprensión de un texto, y se centra en la búsqueda del conocimiento del pasado a través de las fuentes que han sido transmitidas a lo largo del tiempo. A diferencia del filólogo, el historiador no considera el texto como una obra de arte en sí misma, sino como una fuente de información que debe ser complementada y verificada con otras tradiciones paralelas. El historiador no se ve a sí mismo como el destinatario del texto, sino que busca desvelar el sentido oculto detrás de la expresión. En este sentido, la interpretación histórica es diferente de la hermenéutica clásica, ya que va más allá de la simple comprensión de un texto. Cada texto representa no solo un sentido comprensible, sino también un sentido que requiere de interpretación para poder ser comprendido plenamente. De esta manera, el historiador se somete a la crítica histórica y se esfuerza por ir más allá de la tarea hermenéutica para descubrir la verdad detrás de cada texto.

En la comprensión de un informe como testimonio, la expresión escrita es fundamental para determinar la intención y las convicciones del autor, así como su grado de honestidad y conocimiento de los hechos. Sin embargo, incluso si se garantiza la credibilidad subjetiva del informe, su contenido debe ser interpretado más allá de su sentido literal. Para el historiador, el objetivo es encontrar la realidad que se oculta detrás de la expresión involuntaria del texto y para ello, es necesario compararla con otros datos y fuentes para evaluar su valor histórico. Es decir, el historiador interpreta la tradición en un sentido diferente al que los textos pretenden por sí mismos, y busca la verdad que subyace detrás de la referencia de sentido que los textos expresan. En definitiva, la interpretación de los informes históricos no se reduce a su sentido literal, sino que implica una exploración de los significados ocultos y un análisis crítico de su contenido (Gadamer, 2017, p. 408).

La interpretación es crucial para la comprensión de materiales históricos, no solo de textos, sino también de restos y reliquias. Los materiales históricos pueden no mostrar su

verdadero significado de manera inmediata, lo que hace que la interpretación sea necesaria. Por ejemplo, los psicólogos interpretan las expresiones vitales para comprender el inconsciente, mientras que los historiadores interpretan los datos de la tradición para llegar al verdadero significado que se expresa y oculta en ellos. Sin embargo, la interpretación a menudo crea tensión entre el historiador y el filólogo. El historiador busca el verdadero significado de lo que se expresa y se oculta en los materiales históricos, mientras que el filólogo tradicionalmente ha buscado comprender la belleza y la verdad en sí mismos de los textos. Aunque en la actualidad, la conciencia histórica ha influido en la actitud del filólogo, quien ya no considera los textos como modelos normativos, sino que también los contempla por referencia a la historia. En fin, la interpretación es esencial para una comprensión completa y precisa de los materiales históricos, tanto textuales como no textuales.

En la actualidad, la filología ha evolucionado y se ha convertido en una disciplina auxiliar de la historiografía. Su sección de investigación histórica se enfoca en lengua y literatura y su objetivo es darles a las fuentes literarias una dimensión histórica propia, integrándolas en el contexto de la historia de la lengua, la forma literaria, el estilo y el contexto histórico. El filólogo, al igual que el historiador, busca comprender el pasado a través de los textos, pero su enfoque difiere en que presta más atención a los aspectos literarios y lingüísticos de los mismos. Aunque a veces el filólogo puede mostrar una cierta credulidad ideológica al sobrevalorar el valor testimonial de sus textos, esto no es una reminiscencia de la vieja pretensión de ser amigo de los “bellos discursos” y mediador de la literatura clásica, sino más bien una tendencia a centrarse en la importancia de los textos como fuentes históricas. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la conciencia histórica no es necesariamente universalmente válida desde la perspectiva de la filología, ya que el filólogo puede perder de vista su amor por los bellos discursos al someterse al patrón de investigación histórica. En resumen, aunque la filología se ha convertido en una disciplina auxiliar de la historiografía, sigue teniendo su propio enfoque y objetivo en la comprensión de los textos literarios y lingüísticos como fuentes históricas (Gadamer, 2017, p. 408).

En el pasado, se creía que la literatura clásica no solo era admirable por su forma, sino también por el contenido que transmitía. Esto se basaba en la idea de que todo lo que se decía en estos textos era ejemplar. La práctica de la filología todavía refleja en cierta medida esta idea de

ejemplaridad, lo que sugiere que el filólogo se refiere a sí mismo y no solo a un destinatario imaginario. Al aceptar un modelo como ejemplar, el filólogo toma una decisión y se siente obligado a actuar en consecuencia. Esta referencia a un modelo no es solo una simple imitación, sino que implica una comprensión siempre renovada y una aplicación que modifica la realidad (Cuchumbé-Holguín, Calderón-Aráoz, 2017). A pesar de esto, hay quienes sostienen que la filología debería separarse de la historiografía para comprenderla adecuadamente. Sin embargo, esta idea es sólo parcialmente verdadera, ya que ambas disciplinas están estrechamente relacionadas y comparten muchos de los mismos objetivos y métodos. Por lo tanto, la separación completa entre filología e historiografía no parece ser una solución práctica. En cambio, lo importante es reconocer la interdependencia de ambas disciplinas y trabajar en colaboración para lograr una comprensión más completa y precisa del pasado (Gadamer, 2017, p. 408).

La idea previa sobre la relación entre la filología y la historiografía, según Gadamer (2017) puede estar equivocada, no solo en el caso del filólogo, sino también en el del historiador. Quizás el historiador debería seguir un modelo más parecido al de la hermenéutica jurídica y teológica en lugar de seguir el ideal metodológico de las ciencias naturales. Es posible que el tratamiento histórico de los textos sea diferente a la relación original que el filólogo tuvo con ellos. También es posible que el historiador intente obtener información que no está explícitamente en los textos. Si se considera solo un texto, esto puede ser cierto. El historiador podría comportarse con sus textos como un juez de instrucción en un interrogatorio a testigos. El trabajo del historiador no se limita a la mera recopilación de hechos, sino que se completa cuando se comprende el significado de los mismos. Como en un juicio, el testimonio es un medio para establecer los hechos, pero estos no son el verdadero objeto, sino sólo el material para la verdadera tarea: para el juez, encontrar la ley, y para el historiador, determinar el significado histórico de un proceso en el contexto de la autoconciencia histórica más amplia. La diferencia entre el trabajo del filólogo y el historiador puede ser solo un problema de los patrones que se aplican. Para comprender verdaderamente el significado histórico, es necesario elegir un patrón más amplio y no limitarse a la mera recopilación de hechos (Gadamer, 2017, p. 410).

Gadamer cuestiona la limitación que la hermenéutica tradicional ha impuesto al fenómeno histórico, lo cual puede ser aplicable al comportamiento histórico. Al seguir un método histórico, es posible que ciertas cosas decisivas se hayan preestablecido y que una

hermenéutica histórica incompleta no tenga en cuenta los motivos que impulsan al historiador a volver su mirada hacia la tradición. Gadamer también argumenta que la dicotomía entre la filología y la historiografía no es tan simple como parece, y que la cuestión de la aplicación es crucial para la comprensión histórica. Aunque a primera vista parece que la comprensión histórica se opone a cualquier intento de aplicación que pudiera sugerir la tradición, Gadamer sugiere que la diferencia entre la comprensión del historiador y la del filólogo puede no ser tan estructural como se pensaba. De hecho, el historiador no considera la intención propia del texto, sino que lo ve como una fuente histórica para obtener una comprensión que no estaba presente en el texto original. En resumen, Gadamer enfatiza la necesidad de un enfoque más amplio y detallado en la relación entre la filología y la historiografía para lograr una comprensión más completa de la historia.

Sin embargo, es importante considerar si la diferencia entre la comprensión histórica y la filología es verdaderamente estructural o no. Mientras que la filología se enfoca en el análisis de un texto individual y su referencia interna, la comprensión histórica considera la unidad de la tradición total y la relación entre los textos y otros testimonios. Además, la comprensión histórica tiene la tarea de aplicar y comprender la tradición en su conjunto y su significado en la autoconciencia histórica. Aunque la comprensión histórica y la filología difieren en su objeto de estudio y en la manera en que abordan la tradición, ambas comparten la tarea de aplicación y el análisis de la tradición en su totalidad. La comprensión de un texto y la comprensión histórica implican un proceso de interpretación y una referencia a un horizonte de comprensión que es el del lector o el de la tradición total, respectivamente.

No obstante, Gadamer critica, la tarea de la comprensión histórica no es la misma que la de la escuela histórica, que buscaba conocer la historia como una realidad objetiva y no como el desarrollo de ideas y conceptos. La tarea del historiador es comprender la tradición en su totalidad y su significado en la autoconciencia histórica, lo que implica interpretación y comprensión de los textos y testimonios históricos. La diferencia entre la comprensión histórica y la filología no es tan estructural como parece. Ambas comparten la tarea de aplicación y análisis de la tradición en su totalidad, aunque difieren en su objeto de estudio y en la manera en que abordan la tradición. La tarea del historiador es comprender la tradición en su totalidad y su

significado en la autoconciencia histórica, lo que implica un proceso de interpretación y comprensión de los textos y testimonios históricos.

Según lo expuesto, la comprensión histórica no es una simple narración de los hechos pasados, sino que es un proceso activo de interpretación y construcción de significado a partir de los testimonios históricos y su relación con la tradición total. Este proceso implica la mediación constante entre el pasado y el presente a través de la interpretación de textos y otras fuentes históricas. El historiador debe aplicar su propia perspectiva y conocimientos para entender la tradición histórica en su totalidad, pero al mismo tiempo reconocer que su comprensión siempre será limitada y sujeta a revisión en el futuro. Es tarea del historiador mantener abierta la tradición histórica hacia el futuro, permitiendo a las generaciones venideras mediar y reinterpretar la historia a través de sus propias perspectivas y conocimientos. En definitiva, la comprensión histórica es un proceso dinámico que implica una continua reinterpretación y construcción de sentido, en el que el historiador tiene un papel fundamental como mediador entre el pasado y el futuro.

Según las ideas expuestas, la conexión entre la filología y la historiografía no radica en un método histórico universal o en la objetivación del intérprete original, sino en la tarea de aplicación que ambas disciplinas realizan. La tarea del filólogo es comprender un texto individual y comprenderse a sí mismo dentro de ese texto, mientras que el historiador debe comprender el gran texto de la historia del mundo y su papel dentro de él. Y de ambos se puede decir que han superado la restricción impuesta por la ciencia moderna, que se aferraba a un patrón único, gracias a la conciencia histórica efectiva. Añadimos también que la hermenéutica jurídica es un modelo útil para entender la importancia de la conciencia histórica efectiva en todo trabajo de interpretación, ya que cuando un juez complementa el derecho dentro de su función judicial y frente al sentido original de un texto legal, está haciendo lo que ocurre en cualquier forma de comprensión. La conexión entre la filología y la historiografía se restaura si se acepta la importancia de la conciencia histórica efectiva en todo trabajo de interpretación, ya sea en filología o en historia.

La idea de aplicación adquiere un significado claro en cualquier forma de comprensión. La aplicación no se refiere a la aplicación de una generalidad preexistente a un caso particular, sino a la primera comprensión real de la generalidad que cada texto proporciona para nosotros.

La comprensión se entiende como un efecto, y se reconoce a sí misma como efectiva. En resumen, tanto la filología como la historiografía se enfocan en la comprensión y aplicación de la historia y la tradición, y la conciencia histórica efectual es esencial en ambos campos para lograr una comprensión auténtica y significativa.

La ciencia jurídica proporciona un modelo de comprensión que es aplicable a todas las ciencias históricas, ya que la norma jurídica sólo alcanza su efectividad normativa en el momento histórico en que es aplicada. En la hermenéutica, no importa tanto conocer el pasado como pasado, sino más bien el sentido en que se comprende la norma en el presente. El derecho siempre es comprendido de manera nueva y distinta, y el conocimiento jurídico y el saber jurídico siempre se aplican. Esta tensión entre lo permanente del derecho y lo cambiante de las situaciones concretas se convierte en el prototipo de toda hermenéutica histórica. Esto se expresa a través del término de “facticidad” de Heidegger, que Gadamer incorporó a su conceptualización. En la hermenéutica, el conocimiento del texto y su aplicación al caso concreto están indisolublemente unidos, hasta el punto de que la aplicación es el término del conocimiento y el conocimiento es su aplicación. Por lo tanto, podemos hablar de un “significado paradigmático” de la hermenéutica jurídica (Osuna, 1992, p. 107).

En la búsqueda del significado y la relevancia en la cultura humana, las ciencias del espíritu necesitan de un intérprete que esté dispuesto a captar dicho significado. En este sentido, la ciencia jurídica es un ejemplo paradigmático, ya que se parte de la premisa de que el derecho objetivo tiene una posición directiva, pero su comprensión solo ocurre cuando se aborda desde la situación concreta del intérprete. De esta manera, se habla de una actualización y purificación del desgaste histórico y abstracto que afecta a la norma antigua (Gadamer, 2017, p. 403). Es por esto que la hermenéutica jurídica y teológica son presentadas como puntos de mira en la construcción gadameriana, ya que en ellas se encuentra el verdadero modelo para todas las ciencias de la comprensión. Incluso las ciencias naturales tienen rasgos similares en este esquema interpretativo. En resumen, la comprensión del espíritu humano exige una apertura del intérprete para captar el significado y la relevancia, y en la ciencia jurídica se encuentra un modelo paradigmático de cómo lograr esta comprensión (Osuna, 1992, p. 107). La hermenéutica se refiere a una teoría científica que integra la experiencia real del pensamiento en la misma ciencia. Esto es algo que se aplica en todas las ciencias sociales, pues se ha visto que en ellas existe un

espacio abierto entre la realidad y la experiencia del investigador o intérprete como lo ha demostrado el derecho. Como afirma H. Kuhn, en un texto citado por Gadamer, la ley es general y, por lo tanto, no puede hacer justicia a cada caso particular.

De este modo, Osuna, (1992) señala que el enfoque historicista de las ciencias del espíritu trae una importante lección: que toda comprensión de un objeto es influenciada por las condiciones particulares en las que se realiza. Esto significa que ninguna interpretación o comprensión puede pretender ser la verdad absoluta y definitiva sobre un tema, sino que debe estar en sintonía con la tradición y el sentido de la norma u objeto que se está estudiando. En el caso de la ciencia jurídica, esto se traduce en un cambio desde el enfoque positivista, que busca una aplicación técnica del derecho, hacia una interpretación actualizadora y aplicativa que tenga en cuenta la tradición y la evolución del derecho. Este enfoque hermenéutico se extiende a otras ciencias del espíritu, que buscan comprender el significado y la relevancia espiritual de los objetos culturales y humanos, siempre teniendo en cuenta la subjetividad del intérprete y las condiciones particulares de la interpretación (Osuna, 1992, p. 108).

2.7 ANÁLISIS DE LA CONCIENCIA DE LA HISTORIA EFECTUAL

Se puede expresar que la relación entre el conocimiento y el efecto, de acuerdo al planteamiento de Gadamer, la historia efectual de una obra implica una conciencia de la obra misma y su capacidad para producir un efecto en el receptor. La conciencia de la historia efectual, según Gadamer (2017), es aquella conciencia situacional que busca comprender un fenómeno histórico que determina la situación actual hermenéutica. Se admite que la conciencia de la historia efectual es parte del efecto producido, pero también se reconoce que cualquier forma de conciencia tiene la posibilidad de trascender lo que está consciente. La estructura reflexiva es fundamental en todas las formas de conciencia, incluyendo la conciencia de la historia efectual (Gadamer, 2017).

Al hablar de la conciencia de la historia efectual, se puede estar limitado por la imperancia de la reflexión, la cual puede eliminar cualquier tipo de emoción inmediata como la que se conoce como “efecto”. Es importante preguntarse, de acuerdo a Gadamer, si esto nos obliga a aceptar la teoría de Hegel y reconocer la mediación absoluta de la historia y la verdad como base de la hermenéutica. Con todo, se puede afirmar que la conciencia de la historia efectual implica una reflexividad fundamental en todas las formas de conciencia y puede

trascender lo que está consciente. Si bien la ley inmanente de la reflexión puede limitar la emoción inmediata en la conciencia de la historia efectual, esto no necesariamente obliga a aceptar la teoría de Hegel o reconocer la mediación absoluta de la historia y la verdad como fundamento de la hermenéutica (Gadamer, 2017).

Gadamer examina que, si se mira hacia atrás en la historia del pensamiento sobre la interpretación del mundo, desde Schleiermacher hasta Dilthey, se encuentra que la hermenéutica busca la satisfacción en el infinito conocimiento, en la mediación reflexiva entre la tradición y el presente. Esta idea se basa en el ideal de una iluminación total, que rompe los límites de nuestro horizonte histórico y supera nuestra propia finitud en el conocimiento. Este pathos de la experiencia histórica anima a los historiadores del siglo XIX, que se apoyaron en Schleiermacher y en Wilhelm von Humboldt; sin embargo, ninguno de ellos llegó a desarrollar completamente su propia posición. La comprensión, según esta perspectiva absolutista, sólo alcanza su perfección en una conciencia infinita, y la individualidad sólo encuentra su fundamentación en ella. La relación entre la comprensión histórica y la filosofía de la reflexión es crucial en la hermenéutica histórica. El ideal de una comprensión total, basada en la mediación reflexiva de la totalidad de la tradición con el presente, parece requerir la mediación absoluta de la historia y la verdad, tal como la pensaba Hegel. Aunque el historicismo del siglo XIX no aceptó explícitamente esta consecuencia, luego solo encuentra su legitimación en la posición de Hegel. La crítica a la filosofía de la reflexión también se aplica a Schleiermacher y Humboldt. Por lo tanto, debemos preguntarnos si una hermenéutica histórica puede mantenerse alejada de la pretensión metafísica de la filosofía de la reflexión y justificar la legitimidad de la experiencia hermenéutica sin caer en la crítica histórica de los neohegelianos contra Hegel (Gadamer, 2017, p. 416).

En este orden de ideas, para Gadamer es crucial reconocer la gran influencia que la filosofía de la reflexión de Hegel ha tenido, ya que incluso aquellos que la critican no han sido capaces de romper su poder. Se constata, además, que, para liberar el problema de la hermenéutica histórica de las consecuencias negativas del idealismo especulativo, debemos retener toda la verdad del pensamiento hegeliano en lugar de rechazarlo sin razón. Esto significa que debemos ser conscientes de la mediación absoluta de la historia y la verdad, tal como la concebía Hegel, pero sin caer en su panteísmo ni en la reducción de la individualidad a lo absoluto. En su lugar, debemos buscar una síntesis que reconozca tanto la importancia de la

comprensión hermenéutica como la necesidad de la mediación pensante de la totalidad de la tradición con el presente. Lo que se busca es una comprensión efectiva de la historia que no se reduzca a una simple reflexión, sino que tenga en cuenta la inmediatez y superioridad de la obra que la provoca. Es necesario pensar en una realidad que pueda poner límites a la omnipotencia de la reflexión, que supere el círculo mágico de la filosofía de la reflexión y que permita la comprensión de la individualidad histórica en su singularidad y especificidad (Gadamer, 2017, p. 416).

Sumado a lo anterior, Hegel argumenta que la razón kantiana, al establecer el límite entre los fenómenos y la cosa en sí misma, en realidad está implicando la diferencia como propia. Al poner un límite, la razón sigue estando dentro de sí misma y, por lo tanto, ya ha superado este límite. Sin embargo, las críticas a Hegel señalan que la razón absoluta no puede abarcar al otro como algo distinto de uno mismo, sino que solo lo comprende como parte de la autoconciencia. Aunque Hegel sostiene que la cosa en sí misma es el resultado de la actividad reflexiva de la razón y no es algo que se encuentre fuera de la experiencia, su argumentación dialéctica y los límites de la misma necesitan ser examinados con más detenimiento (Gadamer, 2017, p. 416)..

Siguiendo esta interpretación hegeliana, Gadamer expone que en *La Fenomenología del Espíritu* la cuestión clave es el problema del reconocimiento del otro. Así pues, para Hegel, la autoconciencia sólo puede alcanzar su verdad a través de la lucha por ser reconocida por el otro; la relación inmediata entre hombre y mujer es una forma de conocimiento natural basado en el mutuo reconocimiento. A pesar de las críticas de sus oponentes, la posición de Hegel sigue siendo sólida debido a su planteamiento de la auto mediación dialéctica total y la lógica de la autoconciencia (Gadamer, 2017, p. 416).. En su argumentación, Hegel defiende que la conciencia moral es fundamental en el proceso de llegar a ser reconocido, y que el reconocimiento mutuo en el que el espíritu es absoluto solo se logra a través del reconocimiento de la propia posición y del perdón. En estas formas del espíritu descritas por Hegel, se puede encontrar una respuesta a las objeciones que presentan posteriormente Feuerbach y Kierkegaard (Gadamer, 2017, p. 416).. Hegel anticipa la crítica de Feuerbach sobre la primacía de la conciencia moral y la subordinación de la realidad empírica, así como la preocupación de Kierkegaard por la dimensión subjetiva de la existencia humana y la relación con Dios. Hegel ofrece una comprensión del proceso de reconocimiento que sigue siendo relevante para la filosofía

contemporánea, ya que se basa en la idea de que el conocimiento de uno mismo solo se alcanza a través del conocimiento de los demás, y que la lucha por el reconocimiento mutuo es esencial para la autoconciencia y la construcción de la identidad individual y colectiva (Gadamer, 2017, p. 418).

Según Gadamer (2017), la crítica a la filosofía hegeliana y su noción de pensador absoluto carece de una posición clara. La reflexión hegeliana implica un movimiento constante en el que todas las posiciones están implícitas. Las críticas basadas en la inmediatez, como las relaciones corporales o de producción, son rechazadas porque siempre implican algún tipo de reflexión. La crítica de la izquierda hegeliana a la supuesta reconciliación solo en la idea no aborda la transformación real del mundo, y la teoría de la conversión de la filosofía en política se cancela a sí misma en base a la filosofía. El texto cuestiona la supuesta superioridad de la filosofía de la reflexión y su correspondencia con la verdad objetiva. La argumentación de la filosofía de la reflexión no puede ocultar la verdad contenida en la crítica al pensamiento especulativo desde el punto de vista de la limitada conciencia humana. El ejemplo de la crítica neokantiana a la filosofía de la vida y a la filosofía existencial muestra cómo las formas epigonales del idealismo no pueden igualar el efecto de Nietzsche y Dilthey. Aunque se critiquen las contradicciones internas del relativismo, estas argumentaciones triunfales siempre tienen algo de ataque por sorpresa, según lo describe Heidegger (Gadamer, 2017, p. 419).

Como ya se expuso, la filosofía de Gadamer se pregunta si la superioridad dialéctica corresponde realmente a una verdad objetiva o si es simplemente una apariencia formal. Aunque esta corriente filosófica puede criticar efectivamente el pensamiento especulativo, su argumentación no puede ocultar la limitación de la conciencia humana. Incluso cuando se argumenta en contra del relativismo o el escepticismo, estas posturas autosuprimen su propia verdad y no ofrecen una perspectiva superior y fructífera. La reflexión puede hacer sospechosa la misma verdad del argumento formal en general, en lugar de disolver cualquier verdad objetiva del escepticismo o el relativismo. Esto es algo que ya había sido puesto en evidencia por la sofística en la antigüedad y que Platón señaló al afirmar que la habilidad para defender una teoría no garantiza su verdad. Por ello, Platón apeló a la preexistencia del alma y a la *anámnesis* como forma de resolver el problema del conocimiento verdadero. La búsqueda del logos verdadero no es una libre autoposición del espíritu, sino un don y un favor divino. La refutación argumentativa

formal del sofismo es importante, pero no es suficiente para alcanzar la verdad (Gadamer, 2017, p. 419).

En línea con lo anterior, Hegel busca lograr una mediación total entre lo justo y lo presente a través de su dialéctica de la reflexión. Reconoce que la interpretación espiritual del cristianismo en su obra *Fenomenología del Espíritu* tiene una estrecha relación con su concepción de la historia y la conciencia histórica. Para Hegel, la conciencia humana evoluciona a través de diferentes etapas hacia una mayor comprensión de sí misma y del mundo. El cristianismo representa una etapa importante en la evolución de la conciencia, ya que introduce la idea de la libertad individual y la igualdad ante Dios (Gadamer, 2017, p. 416).. Sin embargo, Gadamer critica esta interpretación espiritual del cristianismo por limitar la experiencia de lo otro y de la alteridad histórica. Para Hegel, el espíritu humano se conoce a sí mismo al reconocerse en el ser del otro, pero esto puede llevar a la tendencia de apropiarse y homogeneizar la alteridad, perdiendo de vista su carácter singular y específico. De forma que la hermenéutica debe estar atenta a la dimensión histórica y contextual de los textos y las tradiciones, y no limitarse a una interpretación puramente espiritual o abstracta. La filosofía de la reflexión y la dialéctica de Hegel buscan alcanzar un conocimiento verdadero a través de la reflexión y la mediación entre lo justo y lo presente. Sin embargo, la limitación de la conciencia humana y la importancia de la dimensión histórica y contextual de la hermenéutica son factores a considerar en la búsqueda de la verdad y la comprensión del espíritu (Gadamer, 2017, p. 420).

En síntesis, para Gadamer la pertenencia a la tradición resulta fundamental tanto en la hermenéutica teológica como en la hermenéutica jurídica, pero con matices diferenciados. En la hermenéutica jurídica, en la cual nos enfocamos, la interpretación de las leyes se da en el marco de una tradición jurídica que se ha ido desarrollando con el transcurso del tiempo y que se refleja en las diversas fuentes del derecho. La comprensión y la interpretación de las leyes se fundamentan en dicha tradición, la cual ha dado lugar a la creación de conceptos, categorías, principios y valores esenciales para su interpretación. El propósito de la interpretación consiste en la aplicación de la ley a una situación particular, y es el juez quien tiene la responsabilidad de llevarla a cabo de forma justa y precisa. No obstante, el juez no se sitúa por encima de la ley, sino que está subordinado a ella y debe cumplir las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para arribar a una decisión justa y equitativa. Es de recordar, como ya se ha explicitado

antes, que en entornos políticos donde no existe un sistema jurídico que garantice la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como en el caso del absolutismo, se hace imposible llevar a cabo cualquier tipo de hermenéutica jurídica. En estas situaciones la interpretación de la ley queda supeditada a la voluntad del soberano, quien no está obligado a seguir las reglas habituales de interpretación. Por ende, la tarea de concretar también implica una comprensión profunda del contexto en el que se desarrolla el caso, incluyendo las circunstancias particulares de los implicados y las posibles implicaciones sociales y políticas de la decisión. En la hermenéutica jurídica es esencial que la ley sea reconocida como válida para todos los miembros de la comunidad jurídica, lo que garantiza que no haya excepciones en su aplicación (Gadamer, 2017, p. 420).

En relación con la interpretación correcta del texto judicial, la propuesta de Gadamer puede ayudar a los jueces y abogados a tener una visión más amplia y profunda de la ley, al considerar la importancia del contexto histórico en el que se creó la norma y en el que será aplicada. De esta forma, se permite que la tradición se manifieste de manera más auténtica y se enriquezca con cada nueva interpretación que se le da a un texto. Además, la propuesta de Gadamer enfatiza la importancia de la sensibilidad jurídica y la capacidad de interpretación del intérprete, lo que puede contribuir a una interpretación más justa del derecho.

La filosofía hermenéutica, según Zaccaria (2010), representada por Betti, Heidegger y Gadamer, sostiene que un texto lingüístico no puede ser comprendido por sí mismo, sino que siempre se necesita una precomprensión o prejuicio para poder entenderlo. Gadamer describe los prejuicios como condiciones para la comprensión, y dice que para entender un texto siempre se debe tener un proyecto previo que se revisa continuamente a medida que se aproxima al sentido del texto. Este proceso se llama círculo hermenéutico. Sostiene que solo se puede comprender algo lingüísticamente designado en la medida en que ya está precomprendido en su lenguaje. Josef Esser explica que el círculo hermenéutico se basa en la necesidad de tener un prejuicio sobre la ordenación y la posibilidad de solución para que el lenguaje de la norma pueda expresar la solución correcta.

En la hermenéutica jurídica, el acto decisivo es traer a colación un problema de ordenación en relación con el posible significado del texto interrogado. De todo esto no cabe derivar la defensa de un subjetivismo judicial, sino, más bien, que los momentos subjetivos,

existentes siempre, aunque encubiertos las más de las veces, deben hacerse conscientes e incluirse en la conexión metódica de la fundamentación. Kaufmann, reconociendo su influencia en la estructura de su postura interpretativa de Gadamer, afirma en su texto “Entre el iusnaturalismo y positivismo. Hacia la hermenéutica jurídica” (2016) que la filosofía hermenéutica más reciente (representada por pensadores como Betti, Heidegger y Gadamer) reconoce que es imposible comprender completamente un texto lingüístico sin una precomprensión o prejuicio. Para Kaufmann, Gadamer habla de estos prejuicios como “condiciones de comprensión” y sostiene que aquel que busca entender un texto siempre tiene una idea preconcebida de su significado. Esta idea previa se va desarrollando a medida que se va leyendo el texto y revisándola constantemente en relación con lo que se ha leído hasta el momento. Este proceso se conoce como el “círculo hermenéutico” y significa que la comprensión de algo lingüísticamente designado sólo es posible cuando se encuentra precomprendido en el lenguaje en sí, aunque en un nivel tal vez todavía no reflexivo (como un movimiento en forma de espiral (Kaufmann, 2007, p. 71). La intención de este apartado es reflexionar sobre qué entiende Gadamer por interpretación, comprensión y aplicación, para ello se reconstruye a continuación el proceso mediante el que Gadamer estima necesario la búsqueda de una nueva teoría a partir de los resultados de la temporalidad del ser ahí.

CAPÍTULO III

PLANTEAMIENTO HERMENÉUTICO-JURÍDICO DE KAUFMANN SOBRE EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DEL TEXTO Y SU RELACIÓN CON LAS CONSIDERACIONES DE GADAMER SOBRE COMPRENSIÓN E INTERPRETACIÓN

Tanto la teoría de Kaufmann como la hermenéutica filosófica de Gadamer tienen importantes implicaciones en relación a la hermenéutica jurídica. La hermenéutica jurídica enfatiza la importancia de comprender el sentido auténtico de un texto legal, en lugar de simplemente aplicar las leyes y reglas de manera mecánica. En este sentido, la hermenéutica se enfoca en la conexión entre el intérprete y el asunto que se expresa en la tradición, lo que implica una comprensión subjetiva y objetiva de la interpretación. La teoría de Kaufmann propone que la comprensión del sentido de un texto implica la eliminación del esquema sujeto-objeto y la conexión entre el intérprete y el texto a través de una relación creativa y participativa. En este sentido, la hermenéutica jurídica se enfoca en un proceso activo y creador de comprensión del derecho, en lugar de un proceso pasivo de subsumir un caso bajo una ley existente.

Gadamer, por su parte, destaca la importancia de la pre-comprensión o prejuicio del intérprete, que permite entender el texto y generar un resultado provisional a partir del círculo hermenéutico. La pre-comprensión en el ámbito de la hermenéutica jurídica remite al supuesto de que el intérprete del derecho ha de tener una comprensión previa del texto y del contexto en el que se enmarca, lo que implica un papel activo en la creación del sentido. Tanto la teoría de Kaufmann como la de Gadamer tienen importantes implicaciones en la comprensión del sentido auténtico de los textos jurídicos. Ambos autores enfatizan la importancia de la conexión creativa entre el intérprete y el texto, la eliminación del esquema sujeto-objeto y la importancia de la pre-comprensión o prejuicio en el proceso de interpretación. De tal forma que la hermenéutica jurídica se enfoca en un proceso activo y participativo de interpretación del derecho, en lugar de una simple aplicación mecánica de las leyes y reglas existentes.

En cuanto a la interpretación correcta del texto judicial, Kaufmann aplica esta perspectiva hermenéutica en su trabajo sobre la teoría de la interpretación jurídica. Según Kaufmann, la interpretación jurídica debe ser entendida como un proceso dialógico que tiene como objetivo comprender el significado de los textos legales dentro de su contexto social, histórico y cultural.

De esta manera, la interpretación correcta no es simplemente una cuestión de aplicar reglas preestablecidas, sino de participar en un proceso de diálogo con el texto y con otros intérpretes. Entonces, se puede decir que la reflexión de Gadamer, acogida por Kaufmann, de que la interpretación correcta del texto judicial no se logra a través de una simple aplicación de reglas o procedimientos técnicos, requiere una comprensión más profunda del significado y el contexto de los textos legales. La idea de Kaufmann es que el intérprete debe involucrarse en un diálogo con el texto y con otros intérpretes, y estar dispuesto a cambiar su propia perspectiva y comprensión en función de los nuevos descubrimientos y perspectivas que se pueden encontrar en este proceso. Esto es fundamental para lograr una interpretación verdaderamente comprensiva y, por lo tanto, justa y adecuada del texto legal en cuestión.

En este capítulo, entonces, se busca dar cuenta de cómo sería posible la interpretación verdaderamente comprensiva, justa y adecuada. Para ello, se organiza y sistematiza los elementos conceptuales inmanentes a las propuestas contemporáneas de talante hermenéutico jurídico sobre la interpretación del sentido del texto legal en Kaufmann. Se debe evaluar en qué medida las consideraciones de Gadamer sobre comprensión e interpretación han influido en la justificación del planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre el problema de la interpretación correcta del texto judicial en las sociedades democráticas contemporáneas. Para dar cuenta de lo anterior, se realizará un rastreo de la influencia de Gadamer en Kaufmann, se dará cuenta de algunos puntos de desencuentro entre tales autores y, finalmente, se siguen las huellas de la hermenéutica filosófica en el texto judicial de Kaufmann

3.1 RASTREO DE LA INFLUENCIA DE GADAMER EN KAUFMANN

A lo largo de los siglos, se ha producido una lucha entre el derecho natural y el positivismo jurídico, aunque a menudo se han presentado bajo diferentes denominaciones. Sin embargo, esta lucha ha resultado en la derrota de ambas perspectivas. Actualmente, la filosofía del derecho busca un “tercer camino” que supere tanto al derecho natural como al positivismo, y la hermenéutica jurídica es la disciplina más adecuada para explorar este camino. Es fundamental tener en cuenta que, en términos de ontología jurídico-filosófica, el derecho natural y el positivismo difieren en su concepción del fundamento del ser y la validez del derecho. Mientras que el derecho natural encuentra el fundamento del derecho en la “naturaleza humana”, el positivismo lo ubica en la “voluntad del legislador”, que no está limitada por nada previo. Sin

embargo, desde una perspectiva teórico-jurídica y metodológica, ambos comparten similitudes en sus estructuras mentales y en su forma de entender el proceso de determinación del derecho. Esta semejanza entre estos dos enfoques incompatibles se manifiesta principalmente en tres puntos.

1. El concepto ontológico-sustancial del derecho considera al derecho como algo cosificado, rígido y establecido a priori, ya sea como algo natural o como ley.
2. La “ideología de la subsunción” exige deducir las decisiones jurídicas concretas a partir de normas superiores mediante un razonamiento deductivo y “estrictamente lógico”, sin tener en cuenta la experiencia. Para el derecho natural, este razonamiento de subsunción debe inferir las normas del derecho positivo a partir de principios ético-jurídicos absolutos. Para el positivismo, las decisiones jurídicas concretas deben deducirse de las leyes, siguiendo las directrices del legislador y utilizando un simple silogismo deductivo.

Ambos, tanto el derecho natural como el positivismo, defienden la idea de que existe un “sistema cerrado” y sin lagunas, compuesto por proposiciones legales completas y claras que no requieren interpretación alguna para resolver cualquier cuestión jurídica posible. (Kaufmann, 2007, p. 92)

Así, la hermenéutica jurídica, la cual, —retomando lo anterior, un “tercer camino” a partir del cual superar al positivismo y al derecho natural— se refiere al arte de comprender el sentido de las leyes y textos jurídicos. Aunque comúnmente se piensa que la hermenéutica es simplemente un método entre otros posibles, en realidad es una filosofía trascendental que formula las condiciones necesarias para lograr una comprensión verdadera del sentido de un texto. Esta perspectiva se remonta a pensadores como Schleiermacher, y ha sido desarrollada por otros hermeneutas como Dilthey, Gadamer y Ricoeur. La hermenéutica no describe un método específico, sino que se enfoca en los presupuestos que permiten la comprensión auténtica del sentido. La hermenéutica jurídica, entonces, se enfoca en el proceso de comprensión del sentido del derecho, y no en la mera aplicación de reglas y leyes de manera mecánica. Para ello, se requiere la supresión del esquema sujeto-objeto y el reconocimiento de la naturaleza subjetiva y objetiva de la comprensión. Además, la hermenéutica se apoya en la tradición y la conexión que existe entre el intérprete y el asunto que se expresa en la tradición. La hermenéutica no es una teoría excluyente, sino que se complementa con otras teorías como la analítica o la de la

argumentación. La hermenéutica es una filosofía trascendental que busca formular las condiciones que hacen posible la comprensión del sentido del derecho. En la hermenéutica, el sujeto y el objeto están conectados en un proceso de comprensión activo y creador, y no hay una “corrección objetiva” del derecho que pueda existir fuera de la comprensión hermenéutica. La hermenéutica no se enfoca en el subjetivismo, sino en la tradición y en cómo esta influye en nuestra comprensión del derecho y del mundo.

Así pues, el derecho no es algo substancial que se encuentra en las cosas, sino que es relacional, es decir, se basa en las relaciones entre personas y cosas. La determinación del derecho no es un acto pasivo de subsunción, sino un acto creativo en el que el creador del derecho interviene como parte del proceso. La comprensión del sentido no es un proceso puramente receptivo, sino que requiere que el intérprete tenga una “pre-comprensión” o “prejuicio” que le permita entender el texto. La hermenéutica no es una teoría de la argumentación, pero la argumentación es esencial para su práctica. No se trata de un proceso pasivo de subsumir un caso bajo una ley existente, sino más bien un proceso creativo en el que el intérprete del derecho juega un papel activo y participativo en la creación del sentido.

La hermenéutica puede plantearse, según la interpretación de Santos (2008) sobre Kaufmann, como una forma de comprensión, es decir, en lugar de un método en el que se aplica la deducción del concepto jurídico. Para comprender el valor jurídico y el derecho, es necesario tener en cuenta la convivencia y la realidad jurídica, pues se ha de considerar el peligro de conducir a argumentaciones circulares. Kaufmann centra su capacidad en señalar a la filosofía como un proceso que lleva a una comprensión de la verdad trascendente. En este contexto, se menciona que la hermenéutica no debe ser confundida con una pre-comprensión efectiva en el juez, sino que se trata de un procedimiento metódico que busca comprender el sentido real del contenido. Se reconoce que existen objeciones a la hermenéutica, pero que estas suelen referirse al segundo tipo de hermenéutica, es decir, al método jurídico que no es puramente racional ni inequívoco. El objetivo es comprender el método jurídico de forma racional y razonable, mediante una comprensión hermenéutica del mismo. Se destaca que pueden existir otras comprensiones del método jurídico, ninguna de las cuales puede ser sostenida como absoluta. Asimismo, se está proponiendo una aproximación hermenéutica al método jurídico para poder comprenderlo de manera más completa y razonable. Y se recalca que la comprensión previa de

los conceptos legales relevantes es crucial para la interpretación correcta de los hechos en el caso (Kaufmann, 2007, p. 67).

De acuerdo a lo expuesto, se puede aseverar que la interpretación y comprensión adecuada de los conceptos jurídicos son fundamentales para llegar a la solución correcta en los casos jurídicos. Asimismo, se sabe que la configuración de la norma legal para formar un “supuesto de hecho” solo se puede hacer teniendo en cuenta el caso concreto, mientras que la construcción del “contenido de hecho” sucede en la norma jurídica. También se destaca la importancia de los cánones tradicionales de interpretación, aunque se reconoce que hay muchos otros tipos de argumentos, como la equidad, la seguridad jurídica, la justicia, las consecuencias de la sentencia, la practicabilidad y la uniformidad del derecho, que también deben considerarse. En el ámbito del derecho, para resolver un caso es necesario relacionar la norma con el caso concreto. Sin embargo, la norma y el caso pertenecen a esferas diferentes: la norma es abstracta y general, mientras que el caso es concreto y particular. Por ello, para relacionarlos es necesario un acto creador de interpretación que implica una decisión y un ejercicio de poder. En algunos casos, se puede recurrir a la analogía para resolver un caso que no está expresamente regulado en la norma. Sin embargo, esta práctica es polémica y está sujeta a debate entre los juristas. Por ejemplo, si se considera que una sustancia química puede ser equiparada a un arma, aunque no esté expresamente contemplado en la ley, es necesario justificar argumentativamente esa decisión y dejar al descubierto la reflexión detrás de ella.

Teniendo en cuenta lo esgrimido, donde se confirma la importancia de la argumentación y, por ende, de lo referido al lenguaje, se debe tener presente que la comprensión del sentido lingüístico no es solo receptiva, sino que también implica la participación activa del sujeto que comprende. En las ciencias comprensivas, la racionalidad del que comprende es esencial y no se puede separar de su conciencia. Intentar separar la subjetividad del que comprende de la comprensión del sentido lingüístico conduce al poder del sujeto y a una negación de la subjetividad, lo que puede llevar a la ideología. En lugar de esto, la hermenéutica vive de la “herencia” de la tradición y la honesta intersubjetividad.

La metodología positivista tradicional, según Kaufmann, consideraba el “libre desarrollo jurisprudencial del derecho” como un caso excepcional y problemático, ya que desafía el principio de separación de poderes. Como dijo Hobbes, “legislador no es aquél por cuya

autoridad se hizo inicialmente la ley, sino el otro por cuya autoridad continúa siendo ley”. El método adecuado para enfrentar la imperfección de la ley y la elección del tipo de argumentación en un proceso judicial es un tema complejo. En la actualidad, la teoría de la argumentación ha logrado avances en la elaboración de reglas prescriptivas de argumentación y prioridad, pero estas reglas son más aplicables en el discurso racional que en el procedimiento judicial. En el procedimiento judicial, los participantes implicados están vinculados tanto a la ley como a una ley imperfecta, y el objetivo no es solo buscar la verdad y la justicia, sino también la paz jurídica. Es por eso que una sentencia de tribunal, incluso si es incorrecta, tiene valor de cosa juzgada y no debe ser modificada. El método adecuado para enfrentar la imperfección de la ley y el tipo de argumentación adecuada en un proceso judicial son temas complejos y requieren un enfoque cuidadoso y equilibrado (Kaufmann, 2007, p. 67).

En su obra *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Karl Larenz describe las concepciones predominantes entre los juristas en los últimos cien años, algunas de las cuales siguen siendo relevantes hoy en día. Estas concepciones se basan en la idea de que es posible reducir todas las decisiones jurídicas a conceptos que se puedan subsumir entre sí, en un sistema conceptual cerrado. Esto permite abordar los nuevos problemas del derecho mediante operaciones lógicas del pensamiento, y se considera que el pensamiento científico en la jurisprudencia debe ser un conocimiento neutral y axiológico del objeto. Según esta perspectiva, la determinación del derecho se reduce a la mera aplicación de la ley, a través de la subsunción, que es una conclusión estrictamente lógica de la premisa mayor y menor. En este enfoque, el intérprete del derecho queda fuera del juego y solo ordena las dimensiones objetivas de la ley y el caso, sin que se produzca ningún cambio. Subyace la concepción de que el derecho, excepto en algunos casos excepcionales, se obtiene a través de un procedimiento de interpretación de la ley que no necesita complemento, sino sólo de un procedimiento de aplicación lógica. Estas ideas sostienen que todas las decisiones jurídicas se pueden reducir a conceptos que se pueden subsumir entre sí, lo que implica que el derecho se puede entender como un sistema conceptual cerrado. Esta concepción permite dar respuesta a nuevos problemas del derecho a través de operaciones lógicas del pensamiento y asume que el pensamiento científico en la jurisprudencia es el conocimiento neutral del objeto, es decir, el conocimiento científico de la ciencia jurídica. Según esta opinión, la determinación del derecho se limita a la mera aplicación de la ley, lo que se logra mediante la operación lógica de la subsunción. El intérprete del derecho se considera un sujeto

fuera de juego, que solo ordena las dimensiones objetivas de la ley y del caso de forma recíproca, sin que se produzca ningún tipo de cambio. Esta idea subyace en la creencia de que el derecho, prescindiendo de algunos casos excepcionales, se puede obtener mediante un procedimiento puramente deductivo y lógico.

Ahora bien, se tiene que, para salvaguardar mejor la esencia de la comprensión jurídica, se debe dejar en un segundo plano la subjetividad del sujeto con respecto a la comprensión del objeto. Y esta idea de objetivismo científico-jurídico tiene como modelo a las ciencias naturales, donde el ideal es que el sujeto cognoscente se enfrente al objeto sin tener en cuenta su propio yo. Sin embargo, esta pretensión de excluir al sujeto del objeto es insostenible incluso en las ciencias naturales, como se evidencia en el ejemplo del electrón que se puede observar como corpúsculo y onda dependiendo del modo de observación. En la ciencia jurídica, esta pretensión de objetividad también es insostenible si se mira de manera imparcial. El dogma del genuino positivismo jurídico de la ausencia de lagunas del ordenamiento jurídico legal y la prohibición de crear derecho por parte del juez se reconoce como insostenible.

De hecho, la pretendida plenitud del ordenamiento jurídico no existe, y por lo tanto el juez se ve obligado, una y otra vez, a colmar lagunas legales a través de un acto creador del derecho. Incluso en los casos rutinarios de la llamada aplicación de la ley, el papel del juez no es puramente reproductivo, sino que debe actuar de manera creadora para transformar la ley por medio de la interpretación y construir el caso para poder subsumirlo. La reflexión sobre el método de determinar el derecho debe incluir el momento creador y personal del que lo determina, ya que siempre aporta algo de su personalidad en el proceso. El objetivismo degrada al juez a un autómatas, mientras que necesitamos la personalidad del juez en el proceso. La hermenéutica, entendida como la doctrina del arte de comprender expresiones de vida fijadas por escrito, se malinterpreta con frecuencia. La hermenéutica concibe el “prejuicio” como una condición del comprender, pero esto no debe confundirse con el juicio anticipado. El “prejuicio” también se entiende trascendentalmente, y es una condición del comprender. Para que el sentido de la ley se concrete en un caso, se requiere un acto creador y una comprensión previa de la ley, lo que hace que la determinación del derecho sea compleja y necesite la personalidad del juez. Lo legal no es simplemente una colección de normas, sino que es una totalidad significativa que se despliega en un proceso interpretativo en el cual tanto el intérprete como el texto interactúan.

Este proceso implica la mediación entre los principios generales y los casos particulares, y requiere la comprensión correcta tanto del sentido de las palabras como de los motivos que justifican la decisión legal.

En este sentido, la hermenéutica no se trata simplemente de una relación subjetiva-objetiva, sino más bien de una situación en la cual el intérprete y el texto se integran en un proceso de mediación en el cual se crea un sentido y se establecen relaciones significativas entre ellos. La hermenéutica en relación con el derecho se plantea que la comprensión del derecho es un proceso interpretativo, pues este no existe sin esta operación del intérprete. En otras palabras, el derecho concreto se produce en el proceso de comprensión y no se puede dar una “corrección” del derecho fuera de este proceso. La hermenéutica no implica una supremacía del sujeto, sino que se basa en la intersubjetividad y el consenso posible entre los actores en el ámbito de la interpretación. La objeción contra la supuesta subjetividad de la hermenéutica es injustificada, pues, se afirma que la comprensión del derecho no implica la pérdida del objeto o cosa, sino que la “cosa derecho” se produce en el proceso interpretativo. El derecho no es una cosa objetiva y acabada, se produce en un proceso en el que intervienen múltiples factores. En definitiva, la comprensión del derecho es un proceso interpretativo en el que se produce el derecho concreto y que no existe una cosa u objeto previo al proceso de interpretación.

La funcionalización del proceso de legitimación del derecho implica reconocimiento por parte de los sujetos de derecho, pero este reconocimiento no se basa en la convicción sobre la corrección de la decisión jurídica, sino en el aprendizaje del sujeto de derecho para integrarse sin perturbaciones en el sistema total. La legitimación del derecho, por lo tanto, se produce a través del procedimiento y la corrección se identifica con él, es decir, un nuevo “derecho natural”. El dilema entre la petrificación del derecho y la fungibilidad del derecho se resuelve mediante la identidad de la persona como punto de intersección entre objeto y relación, entre estática y dinámica. En la persona se realiza la relacionalidad y la unidad estructural de remitente y relato. La ontología relacional debe ser concreta y adecuada al ser, sin ser manipulable a voluntad constitutiva de la realidad. La comprensión del Derecho no es simplemente un acto pasivo de aplicar reglas y principios, sino una actividad activa de construcción en la que el investigador juega un papel activo en la creación de significado. Además, Kaufmann entiende el Derecho no como una entidad sustancial sino una entidad relacional que se compone de relaciones entre

personas y cosas. Por lo tanto, el pensamiento jurídico debe considerar la naturaleza abierta y relacional del sistema jurídico, centrándose en la intersubjetividad y la comprensión de las relaciones entre las personas.

Así pues, la Hermenéutica no es un método, sino una filosofía que enseña las condiciones necesarias para entender el significado de las palabras y la intención de los textos. Por lo tanto, es incorrecto llamar “hermenéutica” al método utilizado por los jueces para investigar el sentido jurídico. Este método no es una filosofía trascendental, sino una actividad guiada por las nociones previas de los jueces en un proceso intelectual que no se puede reducir al contraste sujeto-objeto. Las objeciones que se hacen a la Hermenéutica, tachándola de irracional, subjetivista y acientífica, se dirigen casi siempre hacia esta otra actividad, el método jurídico. Es cierto que el método jurídico no es puramente racional ni exacto e inequívoco. Sin embargo, lo que se propone es concebir ese método de tal manera que sea lo más racional y razonable posible. Por lo tanto, se propone una visión hermenéutica del método jurídico, pero sin excluir la validez de otras posibles visiones. Ninguna de estas visiones puede ser sostenida como absoluta.

La filosofía de Heidegger ha sido continuada por Gadamer, quien no busca revivir la controversia metodológica entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu. En cambio, su objetivo es explorar y demostrar lo que es común a todas las formas de comprensión: que la comprensión nunca es simplemente un comportamiento subjetivo en relación con un objeto dado, sino que está enraizada en la historia efectual de lo que se comprende. En otras palabras, que la comprensión es una actividad que se desarrolla a lo largo del tiempo y está influenciada por factores culturales, históricos y lingüísticos. Gadamer se preocupa por mostrar cómo la comprensión es fundamental para la vida humana y cómo podemos mejorar nuestra capacidad para comprender. En lugar de separar la comprensión de la ciencia y la razón, Gadamer busca integrarlas en una perspectiva más amplia de la comprensión humana. De esta manera, Gadamer enfatiza la importancia de la comprensión para una comprensión más profunda de nosotros mismos y del mundo que nos rodea. También cabe aclarar que la aplicación de la hermenéutica al derecho presenta un problema: no proporciona elementos para crear una metodología normativa que ofrezca reglas objetivas para una correcta interpretación. Kaufmann busca combinar la hermenéutica filosófica con la necesidad de lograr una interpretación racional y objetiva de las decisiones jurídicas. El objetivo es evitar que la interpretación sea vista como subjetiva y

arbitraria, lo que podría comprometer la seguridad jurídica. Kaufmann, entonces, busca reconciliar la perspectiva hermenéutica con la necesidad de objetividad en la interpretación jurídica.

Habría que decir también que la hermenéutica jurídica, de acuerdo a Santos (2007) es un tema que adquiere gran relevancia en la trayectoria académica de Kaufmann en una etapa posterior. Sin embargo, sus publicaciones tempranas contribuyeron al desarrollo sistemático de la posición hermenéutica en la que se basa su trabajo posterior. En su obra *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Kaufmann expone de manera clara su ontología jurídica, sobre la cual se desarrolla una hermenéutica que no solo se comprende metodológicamente, sino que también adquiere tintes filosóficos en sintonía con el giro lingüístico de carácter postheideggeriano. En esta obra, Kaufmann revisa el positivismo legalista y apela a la dimensión hermenéutica de la herencia de la tradición para fundamentar su teoría del derecho (Santos, 2007). Esta perspectiva hermenéutica permite una comprensión más profunda de la interpretación jurídica y ayuda a evitar la subjetividad y la arbitrariedad en la toma de decisiones, lo que es esencial para mantener la seguridad jurídica. La hermenéutica jurídica no busca sustituir la metodología tradicional, sino que, al contrario, trata de enriquecerla con una visión más profunda y compleja de la interpretación. Por tanto, la propuesta de Kaufmann es construir una metodología normativa de interpretación que integre los principios tradicionales y los aportes de la hermenéutica filosófica. En este sentido, se puede observar en los esquemas presentados al final del texto que se toman en cuenta los elementos fundamentales de la metodología tradicional, como la voluntad del legislador, la literalidad de la norma, la intención y el espíritu de la ley, así como el contexto histórico y social en el que se dictó la norma. Estos elementos se complementan con la perspectiva hermenéutica, que considera la interpretación como un proceso histórico y efectual, y que se basa en la comprensión y la apertura a nuevas perspectivas.

3.2 POLÉMICA ENTRE LA INTERPRETACIÓN DE GADAMER Y KAUFMANN: DE LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA A LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

La idea es que la hermenéutica no niega la importancia de la tradición y de la metodología clásica, sino que propone una interpretación más amplia y profunda, que tenga en cuenta la complejidad del fenómeno jurídico y que permita una mayor aproximación a la verdad jurídica. En definitiva, se trata de una visión hermenéutica de la metodología jurídica, que pretende integrar los elementos objetivos y subjetivos de la interpretación, para lograr una interpretación más justa y adecuada a las necesidades de la sociedad. Kaufmann destaca la importancia de tener una idea previa razonable para llegar al meollo de los problemas jurídicos. El proceso intelectual en la interpretación del derecho es circular, ya que para identificar un caso de hurto es necesario conocer primero qué es el robo, y para entender el concepto de robo se necesita analizar un caso específico. La construcción de una norma para su interpretación solo se puede realizar con la consideración del caso en cuestión, y el ajuste de un caso a un supuesto de hecho solo se puede hacer teniendo en cuenta la norma de la ley.

Kaufmann sostiene que esta labor de construcción es siempre creativa y antecede a la actividad de subsunción, aunque en los casos más claros pueden parecer lo mismo. La tarea de unir el caso con la norma requiere un trabajo previo de enriquecimiento de ambas partes, ya que pertenecen a categorías diferentes. La norma está en el ámbito de lo abstracto y universal, mientras que el caso es concreto y tiene una gran variedad de circunstancias. Para lograr su integración, es necesario que se correspondan mutuamente de manera analógica, lo cual se logra mediante una actividad creativa y una equiparación según la teoría mencionada por Engisch y Santos (2008). Solo así se podrá empalmar el caso y la norma y alcanzar una decisión justificada y argumentada en el ámbito jurídico. En lugar de realizar una equiparación analógica razonada entre el caso y la norma, el Tribunal Supremo de Alemania parece haber llegado a una conclusión basada en una decisión subjetiva y arbitraria, sin una justificación argumental clara y transparente. Además, la decisión parece ir en contra de los principios fundamentales del método jurídico, ya que no se basa en una equiparación adecuada entre la norma y el caso en cuestión. En lugar de ello, se han utilizado apariencias o justificaciones subjetivas para llegar a una conclusión que no se ajusta a la realidad del caso o a la intención original del legislador. El proceso de interpretación jurídica no puede separar la personalidad del sujeto cognoscente de la racionalidad del conocimiento. La captación del sentido literal de la norma implica la participación activa del sujeto y su autoentendimiento en el horizonte intelectual. Por lo tanto, cualquier intento de separar la subjetividad del proceso de interpretación lleva inevitablemente a

una desvirtuación del sujeto y a un objetivismo ideológico. En cambio, el pensar hermenéutico se nutre de la tradición y se contenta con una decorosa intersubjetividad en lugar de pretender una objetividad arrogante y engañosa.

Es importante destacar que la metodología positivista tradicional consideraba que la actividad normal consistía en “aplicar el Derecho”, mientras que “descubrirlo” era una actividad excepcional y de naturaleza diferente. Esta perspectiva puede entenderse debido a que la idea de un “libre perfeccionamiento judicial del Derecho” resultaba problemática, ya que, al colocar a los jueces en la misma posición que el legislador, se violaba el principio de la separación de poderes. Esta no era una cuestión nueva, como señaló Hobbes, quien afirmó que “el legislador no es aquel por cuya autoridad se hizo inicialmente la ley, sino aquel otro por cuya autoridad continúa siendo ley” (Hart, 1998, p. 79). Sin embargo, esto ya ocurre con la “mera” aplicación del Derecho, lo que hace que la ley siga siendo ley. Y las diversas formas de descubrimiento del Derecho no difieren cualitativamente de esto.

Las distintas vías para descubrir el Derecho no se diferencian cualitativamente, sino que se distinguen por el grado en que se produce una expansión de la norma. Frente al positivismo, se entiende que la incompletitud de la ley no es un defecto, sino algo inevitable y necesario para el desarrollo del Derecho. Si la ley fuera totalmente acabada y exhaustiva, no habría espacio para la evolución del Derecho. Además, el lenguaje de las leyes no es unívoco, más bien que permite un margen de interpretación. Las nociones que se utilizan en la ley no son universales inequívocos, son de tipos conceptuales o ideas categoriales que permiten una cierta flexibilidad. Por ello, es importante determinar hasta qué punto se puede ser flexible en la interpretación de estos tipos conceptuales y cuándo es necesario establecer conceptos universales abstractos para limitar esta flexibilidad.

En el texto “La espiral hermenéutica”, Kaufmann define el “círculo hermenéutico” como un concepto utilizado en la teoría de la interpretación y la comprensión, que se refiere a la interdependencia que existe entre el todo y las partes en la interpretación de un texto o de una obra. Según este concepto, la comprensión de una parte del texto depende de la comprensión del todo, y a su vez, la comprensión del todo depende de la comprensión de sus partes. Por lo tanto, el círculo hermenéutico se refiere a la necesidad de volver una y otra vez al texto para poder comprenderlo en su totalidad. En algunos casos, se ha criticado al círculo hermenéutico como

una conclusión viciada o como una prueba circular, ya que podría parecer que se está dando por supuesto lo que se está tratando de demostrar. Sin embargo, algunos filósofos como Heidegger y Gadamer han argumentado que el círculo hermenéutico es una condición trascendental del comprender, y que no se trata de un círculo vicioso, sino de una forma necesaria de aproximarse a la comprensión de una obra o texto.

Kaufmann defiende la doctrina del círculo hermenéutico, pero propone una nueva fórmula para expresarla: la espiral hermenéutica. Según esta idea, la interpretación de una obra o texto no es un mero círculo vicioso, sino que conduce a un plano superior, a través de una aproximación constante al objetivo deseado. El autor también hace una reflexión sobre la irracionalidad en la hermenéutica, argumentando que no es la hermenéutica en sí misma lo que es irracional, sino lo que se está tratando de comprender, y que es importante abordar lo irracional de manera científica y racional.

En su obra *Filosofía del derecho* nos habla de nuevo de una tercera vía que ya en textos como *Hermenéutica y Derecho* caracteriza como la hermenéutica. Sin embargo, es en su texto “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia una hermenéutica jurídica” que Kaufmann llega a la conclusión, por medio de la hermenéutica jurídica, de que la corrección del derecho no se encuentra únicamente en las normas jurídicas, sino que también se encuentra en los aspectos materiales de la vida social. Esto significa que el concepto de “derecho correcto” no es una entidad o estado fijo que pueda ser encontrado de manera definitiva, sino que surge históricamente en un proceso continuo y nunca finalizado de la interacción entre el contenido material de la vida social y las normas jurídicas. El concepto de “historicidad” refleja el abandono del pensamiento jurídico iusnaturalista y positivista por parte de la filosofía del derecho actual.

El iusnaturalismo y el positivismo jurídico no son completamente distintos, se parecen en algunos aspectos. Sin embargo, el positivismo jurídico no puede explicar el fenómeno de la historicidad del derecho, ya que no tiene lugar para él en su marco conceptual. Mientras que el iusnaturalismo racionalista puede derivar normas jurídicas positivas a partir de sus principios supremos, el positivismo jurídico puede deducir decisiones concretas a partir de las leyes mediante un proceso puramente lógico y con el auxilio, en caso necesario, de las directivas del legislador (Kaufmann, 2016). A pesar de que el positivismo jurídico rechaza la idea de normas

jurídicas absolutas y supratemporales basadas en la naturaleza del hombre, no puede explicar cómo el derecho cambia a lo largo del tiempo y se adapta a las condiciones históricas. Estas dos teorías jurídicas consideran que el derecho se encuentra únicamente en las normas y no en la realidad social o histórica en la que se aplica. Estas teorías sostienen que el derecho positivo está completamente contenido en la norma y es establecido de antemano, lo que lo hace rígido e insensible a las circunstancias históricas en las que se aplica. Sin embargo, hoy en día se acepta que todo ordenamiento jurídico tiene lagunas y que el juez debe completar las normas legales con algo externo a su ámbito, conocido como “derecho judicial” (Santos, 2008, p. 181). Aunque se reconoce la existencia de lagunas, se considera que estas son una imperfección desafortunada e inevitable en lugar de una característica fundamental del derecho. El ideal sigue siendo un sistema de normas sin lagunas, que puede requerir interpretación, pero nunca complemento. Todo lo anterior se ve reflejado, de acuerdo a Kaufmann, en las definiciones de derecho que se encuentran en tratados, diccionarios y otros recursos, los cuales casi sin excepción presentan al derecho como un conjunto de normas que deben ser cumplidas. Los hechos jurídicos o contenidos vitales relevantes desde un punto de vista legal no son parte del concepto de derecho, sino que se consideran como “derecho en un sentido sociológico”. Esto concuerda con el dualismo metodológico kantiano, que sostiene que un deber ser no puede ser determinado a través del ser. Pero si el ser y el deber ser están completamente separados, ¿cómo se podría realizar la subsunción de los contenidos vitales bajo las normas jurídicas? ¿Cómo se podría poner el derecho en contacto con la realidad y “aplicarlo” a ella, si el derecho solo está compuesto por normas que son independientes e inmunes a las influencias de la realidad histórica? (Kaufmann, 2016).

Las definiciones del derecho, que se encuentran en tratados, diccionarios, léxicos y demás, casi sin excepción presentan al derecho como un conjunto, una suma o un entramado de normas de deber ser. Sin embargo, esta visión dualista entre el ser y el deber ser es el resultado de una abstracción. En la realidad jurídica, no se da tal separación. No existen contenidos vitales valóricamente asépticos ni valores desvinculados del ser. Por lo tanto, tampoco es correcto definir al derecho solo como un conjunto de normas; el derecho es más bien un acaecer real, un acto que como *actio iustitiae* (Santos, 2008, p. 181) necesita claramente normas suministradoras de una orientación, pero no se identifica con ellas, al igual que un camino no puede ser definido como la suma de las señalizaciones que lo flanquean.

Kaufmann argumenta que la separación dualista de ser y deber ser es una abstracción y que en la realidad jurídica no existe tal separación. El derecho no se limita a un conjunto de normas, sino que es un acaecer real que necesita normas como orientación, pero no se identifica con ellas. Para una nueva fundamentación del derecho, es necesario superar el dualismo metódico y abandonar la tesis de que el derecho es idéntico a las normas legales. En cambio, se debe comprender hermenéuticamente el derecho a partir del lenguaje histórico vivo. En cambio, para una comprensión adecuada del derecho, es necesario ir más allá de la norma legal y tener en cuenta otros elementos que influyen en su formación, como la historia, la cultura, los valores y las expectativas de la sociedad en la que se desarrolla. Solo así se puede entender cómo se construye el derecho concreto y positivo-material, que no se reduce a un conjunto de normas aisladas, sino que está influido por múltiples factores y puede ser interpretado de diversas formas.

Por tanto, es necesario abandonar la idea de que el derecho se reduce a la aplicación mecánica de normas legales y comprenderlo como un fenómeno complejo y dinámico, que se construye continuamente a través de la interacción entre diferentes actores sociales y culturales. Solo así podremos desarrollar una teoría del derecho que responda adecuadamente a los desafíos de nuestro tiempo y sea capaz de guiar la práctica jurídica de forma efectiva y justa. La ley no puede ser completa y concluyente debido a la pluriformidad y la alterabilidad de la realidad. La ley debe concretizarse en la respectiva situación histórica y sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que la ley piensa. Por lo tanto, la metodología tradicional de interpretación de la ley ha errado al creer que la respuesta a la cuestión de si el texto legal “piensa” un determinado contenido material podría encontrarse en la ley misma a través de la interpretación. En lugar de eso, se debe preguntar siempre al contenido material si el texto legal le resulta adecuado para una comprensión de la correspondencia existente entre contenido material y texto legal. Entender un texto no es simplemente un acto de recibir información, sino que implica un proceso práctico y creativo. Es a través de este proceso que se construye el derecho concreto e histórico. La división metodológica entre ser y deber ser, así como la separación temporal entre la obtención del contenido material y la aplicación del derecho, son ilusiones, ya que es imposible comprender una norma sin considerar ciertos contenidos materiales y viceversa. De hecho, es a través de un proceso práctico de calificación del caso y concretización de la norma legal (lo que se conoce como “aplicación del derecho”) que se establece tanto el contenido

material como la norma jurídica, y es en la “correspondencia” entre ambos donde surge el derecho concreto y verdaderamente existente (Kaufmann, 2016).

Antes de que surja el derecho concreto, se encuentran dos elementos básicos que aún no se han relacionado entre sí: las normas legales abstractas y los hechos en bruto. Las normas abstractas son inaplicables en su estado actual debido a su falta de concreción y especificidad, mientras que los hechos aún no han sido analizados desde una perspectiva jurídica y no se han clasificado como relevantes o irrelevantes. El proceso de subsunción, que consiste en aplicar las premisas previas a un caso concreto, no es un problema una vez que se han establecido las premisas necesarias. El acto crucial es establecer la correspondencia entre las premisas y construir las proposiciones jurídicas concretas que se apliquen al contenido material y viceversa, para crear el derecho concreto.

En efecto, la hermenéutica jurídica simplemente saca a la luz lo que siempre se ha practicado en la interpretación del derecho, rompiendo con algunas ilusiones sobre la aplicación exacta del derecho a un caso específico. Sin embargo, esto da lugar a nuevos problemas, especialmente para el legislador y el juez, en cuanto a cómo determinar la corrección del acto de legislación y el dictamen del juez. La hermenéutica jurídica tendrá que ocuparse de estas cuestiones, pero no se puede debatir todos los problemas aquí y ahora, por lo que se limita a algunas indicaciones y renuncia a fundamentaciones detalladas.

Si es cierto —y apenas cabe dudarlo— que la comprensión de normas legales y contenidos vitales implica una actividad creadora del que comprende, y si, como consecuencia, su persona, con sus prejuicios, convicciones, intereses y situaciones (de tipo individual y social), se inmiscuye siempre y necesariamente en el proceso de comprensión, los criterios del proceder y decidir correctos tendrían que referirse a la persona que comprende y actúa, así como también a la situación de la acción y de la comprensión. En resumen: el juez no sólo ha de tener en cuenta la ley y el caso, sino que tiene que someterse a sí mismo a reflexión. (Kaufmann, 2016, p. 142)

Así pues, someterse a sí mismo a reflexión para hacer conscientes los momentos subjetivos que influyen en su decisión. La comprensión de las normas legales y los contenidos vitales implica una actividad creadora del que comprende, y esto hace que su persona, con sus

prejuicios, convicciones, intereses y situaciones individuales y sociales, se involucre siempre en el proceso de comprensión. Esto permitiría que los momentos subjetivos se incluyan en la conexión metódica de la fundamentación y, a través de la reflexión y la argumentación, se logre el consenso entre los participantes para tomar la decisión correcta (Kaufmann, 2016). En conclusión, no se trata de un subjetivismo judicial, sino de hacer conscientes los momentos subjetivos para incluirlos en el proceso de toma de decisiones y lograr el consenso mediante la reflexión y la argumentación. La adopción de la hermenéutica jurídica y el alejamiento del iusnaturalismo y del positivismo jurídico no facilita las cosas para el legislador ni para el juez. De hecho, como sugiere Kaufmann, se dificultaría “establecer o decir el derecho, aunque también se hace más humano”, puesto que “el derecho natural racionalista y el positivismo jurídico habían convertido a los juristas, y más aún al juez en meros funcionarios” (2016, p.142). La hermenéutica jurídica pretende devolverles su personalidad.

La hermenéutica jurídica defiende la idea de que el derecho no se limita a un conjunto de normas abstractas, sino que es un fenómeno complejo y dinámico que se construye continuamente a través de la interacción entre diferentes actores sociales y culturales. La interpretación del derecho debe tener en cuenta no solo las normas legales, sino también la historia, la cultura, los valores y las expectativas de la sociedad en la que se desarrolla. El proceso de interpretación y aplicación del derecho es un proceso práctico y creativo que implica la correspondencia entre el contenido material y la norma jurídica. La hermenéutica jurídica también destaca la importancia de establecer la correspondencia entre las premisas y construir las proposiciones jurídicas concretas que se apliquen al contenido material para crear el derecho concreto. La hermenéutica jurídica se basa en la filosofía hermenéutica, que sostiene que un texto lingüístico no puede ser comprendido por sí mismo, sino que siempre se necesita una precomprensión o prejuicio para poder entenderlo (Kaufmann, 2016).

En el texto *Filosofía del derecho* Kaufmann se pregunta por esta misma tercera vía en la que es patente la obligación de la referencia a Gadamer. La razón por la cual se enumera una literatura tan amplia sobre este tema es porque la búsqueda de una “tercera vía” entre el derecho natural y el positivismo, más allá de estos dos enfoques, es hoy en día el tema de la filosofía del derecho, aparte de las corrientes completamente formalistas y funcionalistas. Es importante aclarar que entre el derecho natural y el positivismo no existe una relación de alternativa

excluyente. Para la doctrina del derecho natural, el derecho objetivamente reconocible está predeterminado en el logos, la ley divina o la razón. En cambio, según el positivismo jurídico, nada está predeterminado, al menos no son reconocibles contenidos precedentes del derecho; el contenido del derecho es discrecional. La doctrina del derecho natural sostiene que el derecho reconocible objetivamente está predeterminado en el logos, en la ley divina y en la razón. Y el positivismo jurídico considera que nada está predeterminado y que el contenido del derecho es discrecional. La “tercera vía” busca una alternativa entre estas dos posturas, sosteniendo que, aunque no se puede conocer todo el contenido concreto del derecho, sí existen ciertas estructuras y principios que pueden ser reconocidos, incluso sólo negativamente (como en el caso del “argumento del entuerto”), y que el derecho evidentemente injusto no es válido. Por lo tanto, no hay un ligamento absoluto con contenidos objetivos (“naturaleza”), sino un enlace relativo dentro de determinados nexos jurídicos. Por ejemplo, en la relación jurídica de “compraventa”, no se puede disponer libremente sobre el papel del comprador y del vendedor (Kaufmann, 1999).

De acuerdo con esto, reiteramos, siguiendo a Kaufmann (2010) que en cada caso hay muchas variaciones. Aquí sólo podemos presentar algunos de esos intentos de una “tercera vía”: la filosofía del derecho de Gustav Radbruch, la hermenéutica jurídica, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de los principios generales del derecho y, brevemente, los estudios críticos del derecho (lagunas en el orden jurídico). Añadimos también que para la teoría objetiva no interesa, al menos exclusivamente, lo que el legislador histórico haya querido en efecto, sino más bien lo que la ley, o mejor dicho, lo que un legislador pensado hoy tiene que perseguir razonablemente en esa situación concreta aquí y ahora. Muchos críticos han puesto en duda si la filosofía del derecho de Radbruch tiene en general un “sistema”. Esta duda no es completamente injustificada, ya que Radbruch no expuso de manera efectiva un “sistema cerrado” al estilo del derecho natural o del positivismo jurídico, por el contrario, un “sistema abierto” es claro en su filosofía del derecho. En este contexto, “pensamiento hermenéutico” se refiere a una forma de abordar la interpretación y comprensión del derecho. Aunque Radbruch (Santos, 2008, p. 181) no puede ser considerado un hermeneuta en el sentido de otros filósofos como Schleiermacher, Dilthey o Gadamer, sí utilizó ideas y conceptos hermenéuticos en su filosofía del derecho. La hermenéutica jurídica se convirtió en un punto de apoyo para Radbruch, especialmente en su refutación del positivismo jurídico. La doctrina de los criterios de

clasificación, también conocida como “concepto de tipos”, igualmente fue utilizada por Radbruch en su trabajo.

Ahora bien, enfatizamos que la hermenéutica jurídica, en contraposición al derecho natural y al positivismo, cuestiona el concepto objetivo de conocimiento, el concepto ontológico-substancial del derecho y la idea de un sistema cerrado. Según la definición de Schleiermacher, la hermenéutica se refiere a la “doctrina del arte de comprender” (Santos, 2008, p. 181), pero no es simplemente un método, sino una filosofía trascendental que califica las condiciones para la comprensión del sentido en general. La hermenéutica no prescribe ningún método, sino que establece los presupuestos para la comprensión del sentido. La comprensión del derecho se produce bajo las mismas condiciones trascendentales que la comprensión de la física, la religión o la economía. Asimismo, se recalca que la hermenéutica no debe interpretarse como la única forma absoluta de relacionarse con el mundo y el derecho, ya que hay otras teorías como la teoría analítica o la teoría de la argumentación. La hermenéutica se opone al concepto objetivo de conocimiento y al esquema sujeto-objeto de conocer el objeto en su objetividad pura, ya que defiende que la comprensión es siempre objetiva y subjetiva al mismo tiempo. El comprendedor entra en el “horizonte de la comprensión” y conforma lo comprendido en su conciencia de forma activa. En la aplicación del derecho, el derecho desempeña un papel conformador activo. Además, es inútil buscar una “corrección objetiva” del derecho fuera del entendimiento personal del que lo aplica. Cualquier intento de separar la racionalidad del que comprende de su personalidad en las ciencias de comprensión está condenado al fracaso.

La hermenéutica defiende que la comprensión del sentido de algo implica la participación activa del sujeto comprendedor, y, por tanto, no puede reducirse a un mero reflejo pasivo del objeto en la conciencia. Sin embargo, esta postura no implica un regreso al subjetivismo, sino que reconoce la importancia de la tradición y del lenguaje como elementos que permiten el acceso a un conocimiento compartido y comúnmente aceptado. De esta manera, el pensamiento hermenéutico se aleja del racionalismo formalista y defiende la importancia de la intersubjetividad en la aplicación del derecho. En definitiva, la hermenéutica aboga por un sistema abierto, en el que la relación entre los hombres y las cosas tenga un papel fundamental en la comprensión del derecho y en su aplicación, para fundamentar su comprensión. Es decir, la comprensión del significado requiere una precomprensión del sujeto cognoscente y su

aproximación al texto con toda la tradición que porta. Solo así podrá fundamentar argumentativamente lo que ya había anticipado como resultado “provisional”, en lo que se refiere al proceso de aplicación del derecho. La hermenéutica no es teoría de la argumentación, pero sí exige esta para fundamentar su comprensión. En otras palabras, la argumentación es un elemento necesario para el proceso de comprensión hermenéutica, pues solo mediante ella se pueden establecer los argumentos que fundamentan la interpretación que se realiza. En fin, la hermenéutica se basa en la comprensión del significado y su aplicación al derecho implica una interpretación activa y conformadora por parte del juez. La comprensión no es un proceso meramente receptivo, sino que requiere de una precomprensión y de una aproximación al texto con toda la tradición que porta. La hermenéutica no es una teoría de la argumentación, pero sí exige de esta para fundamentar su comprensión.

Dentro de la argumentación de este capítulo es pertinente determinar las influencias entre autores que también abordan la hermenéutica, en concreto, en relación con Gadamer, del que luego se nutrió Kaufmann. José Antonio Santos, en su libro *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de posguerra* señala que para demostrar la influencia de Gadamer en Kaufmann es necesario ubicarlos en un contexto espacio-temporal y determinar cuándo se estableció su conexión. Aunque la hermenéutica existencial es el punto de contacto entre ellos, esta corriente no es representada únicamente por Gadamer y tiene antecedentes más antiguos. En este sentido, se puede establecer una referencia común entre los planteamientos de la ontología hermenéutica desarrollada por Gadamer en Alemania, la formulación autónoma de Ricoeur en Francia, la de Pareyson en Italia y la continuación original en el contexto americano por el filósofo pragmático de ascendencia analítica, Richard Rorty. Kaufmann adoptó la ontología relacional de la ontología hermenéutica, influenciado no sólo por Gadamer, sino también por Ricoeur. Estos tres filósofos establecieron una importante conexión en relación con la filosofía transcendental del comprender. En su pensamiento jurídico, Kaufmann intentó integrar esta ontología de manera forzada en ocasiones (Santos, 2008, p. 181).

3.3 RASTREO DE GADAMER EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DEL TEXTO JUDICIAL DE KAUFMANN

Varios juristas contemporáneos han estudiado la práctica del derecho en su aplicación concreta a través del diálogo entre la filosofía hermenéutica y la filosofía práctica aristotélica, incluyendo a Betti, Esser, Mengoni, Larenz, Dworkin, Kriele, Arthur Kaufmann y Hassemer (Santos, 2008, p. 181). Aunque es difícil determinar exactamente cuándo la hermenéutica gadameriana comenzó a influir en el pensamiento de Kaufmann, se puede aproximadamente situar en la década de los setenta, aunque ya haya sido mencionada de pasada en publicaciones anteriores. Esta conclusión se basa en cuáles escritos son los primeros en los que Kaufmann entra en contacto con la hermenéutica. Para seguir el camino intelectual de Kaufmann, es útil consultar el trabajo de su primer y más cercano colaborador, Winfried Hassemer, quien también se interesó en la hermenéutica, aunque luego desarrolló su propio camino. En su obra juvenil, en un artículo de 1963, “Der Gedanke der ‘Natur der Sache’ bei Thomas von Aquin”, Hassemer no hace referencia alguna al pensamiento existencial o a Gadamer. Sin embargo, en su obra *Tatbestand und Typus* (1974) (Santos, 2008, p. 181), se observa una referencia más palpable a la hermenéutica, en particular a la hermenéutica jurídica en general. En este trabajo, Hassemer ya establece un contacto con Gadamer y hace referencia a dos publicaciones: “Die Universalität des hermeneutischen problems” y *Wahrheit und Methode*, en su segunda edición, ya que la primera fue publicada anteriormente. Ahora bien, aseveramos que se detecta un mayor acercamiento al pensamiento de Gadamer en Hassemer que en Kaufmann. Siguiendo a Santos (2008), esta circunstancia es fácilmente comprobable no sólo en la obra mencionada, sino también en las publicaciones de Kaufmann en el intervalo de tiempo que va desde mediados de los sesenta hasta mediados de los setenta. Hay que esperar hasta principios de la década de los setenta para notar la impronta gadameriana en los trabajos escritos para los libros homenaje a Engisch. El sello gadameriano todavía no se detecta de forma clara en los primeros años setenta (en obras distintas de los trabajos anteriormente citados); así, por ejemplo, en *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, escrita en colaboración con Hassemer, solo aparecen dos referencias a Gadamer, y solo en una de ellas se cita la obra *Wahrheit und Methode* para hacer referencia a la hermenéutica. En cambio, son profusas las alusiones a Esser. Hay que esperar a “*Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all’ermeneutica*” para divisar una hermenéutica jurídica de contenido pleno de Larenz y Gallas (Santos, 2008, p. 181).

En la década de los ochenta, según la lectura de Santos, la influencia de Gadamer en la obra de Kaufmann se hace más evidente. Se puede apreciar claramente en el libro-homenaje a

Armin Kaufmann, donde la hermenéutica gadameriana es claramente reconocida, a pesar de que se le cita sólo una vez. En la última etapa de su vida, también se puede ver esta influencia en casi todos sus trabajos, que siguen el hilo iniciado anteriormente. En particular, su obra *Rechtsphilosophie* es muy ilustrativa, ya que Gadamer se convierte en una referencia obligada junto a Stelmach y Ricoeur. También es notable su obra *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, en la que se presta atención a los problemas de la lógica jurídica, como la deducción, la inducción, la analogía y la abducción, entre otros (Santos, 2008).

Expuesto lo anterior, retomamos nuestra línea argumentativa explicitando que el problema central de la filosofía del derecho es determinar qué es lo correcto o justo en el ámbito del derecho y cómo podemos alcanzar esa justicia. La verdad en la filosofía del derecho se refiere a la corrección normativa, y no simplemente a la correspondencia con hechos empíricos. Este es un problema complejo y multifacético que ha sido objeto de debate y reflexión por parte de filósofos del derecho a lo largo de la historia. Aunque tampoco se puede sostener que los enunciados normativos carezcan completamente de verdad o falsedad, ya que esto iría en contra de la experiencia común de que podemos hacer juicios morales y evaluar acciones como correctas o incorrectas. En lugar de ello, se puede considerar que los enunciados normativos tienen una verdad relativa y dependen de ciertos criterios de evaluación y valores que son aceptados por una comunidad determinada. En este sentido, la filosofía del derecho puede contribuir a establecer criterios de evaluación y fundamentar normas correctas, que se basen en principios éticos y valores compartidos por la sociedad.

La fundamentación de normas correctas no puede basarse únicamente en la evidencia empírica, sino que requiere de un proceso de argumentación y justificación que tenga en cuenta factores intersubjetivos como los valores y las expectativas compartidas por una comunidad de personas. La concordancia intersubjetiva en el ámbito normativo implica la construcción de consensos sobre lo que es considerado como bueno o justo en una determinada sociedad o cultura. Esto no es posible mediante una sola perspectiva individual, sino que requiere del diálogo y la colaboración entre diferentes personas y grupos. Sin embargo, esta concepción objetiva de la justicia y el derecho ha sido criticada por diversas corrientes filosóficas y teóricas del derecho. En lugar de entender la justicia como algo dado objetivamente, se ha propuesto una visión más contextual y relacional, en la que la justicia se construye en un diálogo y una

negociación constante entre sujetos que tienen diferentes intereses y perspectivas. De esta manera, la justicia ya no se concibe como algo que se encuentra ahí fuera, sino como algo que se construye intersubjetivamente en un proceso de deliberación y negociación.

Esta perspectiva se ha desarrollado en la teoría crítica del derecho y en la teoría del discurso, entre otras corrientes, y al que se somete su propia actividad, como si la ley fuera una entidad en sí misma y no estuviera condicionada por factores históricos, políticos, sociales y culturales. Así el positivismo jurídico también busca una objetividad absoluta en el derecho, pero se centra en la ley positiva establecida y en su aplicación, dejando de lado cualquier otra consideración, como la justicia o la moralidad. Sin embargo, esta visión ha sido criticada por otros enfoques jurídicos que entienden que el derecho es una construcción social y que está sujeto a cambios y transformaciones en función de las circunstancias históricas y culturales en las que se desenvuelve.

Esta idea de que el derecho no surge únicamente de una “naturaleza” o de la “ley” abstracta es conocida desde hace tiempo. Por ejemplo, en la tradición jurídica romana se distinguía entre la *ius naturale* (derecho natural) y la *ius Civile* (derecho positivo), reconociendo que el derecho positivo debía estar en armonía con el derecho natural, pero que su elaboración y aplicación dependía de factores humanos y sociales (Santos, 2008, p. 181). Asimismo, la jurisprudencia ha tenido un papel fundamental en la conformación del derecho concreto a lo largo de la historia. Los jueces y tribunales, mediante sus decisiones, han interpretado y aplicado las normas jurídicas a casos concretos, generando así un cuerpo de doctrina que ha influenciado el desarrollo del derecho en su conjunto. En este sentido, el derecho no puede ser reducido a una simple aplicación mecánica de normas abstractas, sino que debe ser visto como un proceso continuo de elaboración y adaptación a las circunstancias sociales y culturales de cada época. La comprensión del sentido en las ciencias humanas no puede basarse en el esquema sujeto-objeto, como ocurre en las ciencias naturales. Según Friedrich Ernst Schleiermacher (Santos, 2008, p. 181), en estas ciencias se requiere una hermenéutica que tenga en cuenta la “pre-comprensión” del sujeto, es decir, sus propias ideas y creencias, que influyen en el proceso de comprensión del sentido e implican una interpretación subjetiva que va más allá de la simple observación de un objeto externo.

La comprensión del sentido en las ciencias humanas no puede ser objetivada porque el sentido no es una sustancia. Tampoco puede considerarse como algo puramente subjetivo, sino que es una combinación de reflexión y tradición, orientada por la situación. Además, cualquier intento de separar la racionalidad de la personalidad que comprende en estas ciencias está destinado al fracaso, ya que la comprensión del sentido implica una constante interacción entre lo subjetivo y lo objetivo. Es un proceso complejo que implica una combinación de factores subjetivos y objetivos y no puede ser reducido a una sola perspectiva. Además, en esta instancia se plantea una pregunta clave: ¿cuál es el objeto de la justicia a partir de ahora? De acuerdo con todo lo expuesto, este “objeto” no puede ser entendido como algo sustancial y no puede ser encontrado completamente fuera del proceso que ha caído nuevamente en la ontología substancial y el funcionalismo. En otras palabras, la justicia no puede ser vista como algo separado del proceso social y político en el que se desarrolla, sino que está íntimamente ligada a él. Por lo tanto, la reflexión sobre el objeto de la justicia debe tener en cuenta la complejidad y la interdependencia de los factores sociales, políticos y culturales que influyen en ella. Igualmente, se necesita un fenómeno que tenga una naturaleza ontológica y procesal al mismo tiempo. Este fenómeno solo puede ser el hombre, pero no el hombre empírico ni el hombre como nómeno. Se refiere al hombre como persona en un sentido ontológico y relacional, es decir, como un conjunto de relaciones en las que el hombre se encuentra con otros hombres y con las cosas. En otras palabras, el hombre como objeto de estudio de la justicia no puede ser reducido a una entidad aislada, sino que debe ser comprendido como un ser en constante interacción con su entorno social, cultural y político. Esta perspectiva ontológica y relacional es esencial para abordar el problema de la justicia de manera integral y adecuada.

En este orden de ideas, se destaca la complejidad de la noción de persona en el discurso normativo y su carácter dinámico e histórico. La idea de que la comprensión se basa en la persona del hombre implica que la interpretación de las normas jurídicas y su aplicación en contextos concretos dependen de la perspectiva y experiencia de los individuos involucrados. Hegel (Santos, 2008, p. 181) destaca la importancia de las relaciones personales y el respeto mutuo en el marco del discurso jurídico y la legitimidad del derecho. Según este enfoque, el derecho se basa en el reconocimiento de la competencia personal de cada individuo y la garantía de sus derechos fundamentales y humanos. Además, se resalta la necesidad de tratar a los demás como personas y respetar sus derechos y dignidad. En otras palabras, las relaciones

interpersonales deben estar basadas en el respeto y la consideración mutua, lo que es esencial para mantener un orden social justo y equitativo. Las relaciones personales son fundamentales para la construcción de un sistema jurídico justo y para el respeto de los derechos humanos y fundamentales de todos los individuos.

El anterior párrafo destaca la complejidad y dinamicidad de la noción de persona en el discurso normativo, así como la importancia de la interpretación y la perspectiva individual en la comprensión y aplicación de las normas jurídicas. También vale la pena aclarar que una teoría procesal de la justicia basada en la persona no puede ser elaborada únicamente por la filosofía del derecho, sino que debe ser una tarea compartida por todos aquellos que están involucrados en el derecho. Se enfatiza que se necesita un discurso real y no solo un modelo abstracto para abordar este tema. La idea de “comunidades de argumentación realmente existentes” señala que las experiencias y convicciones sobre “cosas” deben ser compartidas y discutidas en un contexto real, en lugar de basarse en suposiciones abstractas o idealizadas. Esto implica que para desarrollar una teoría procesal de la justicia basada en la persona, es necesario tener en cuenta las experiencias y convicciones de las personas reales que están involucradas en el sistema de justicia, así como su impacto en las comunidades en las que viven. Lo anterior destaca la importancia de un enfoque colaborativo y basado en la experiencia para desarrollar una teoría procesal de la justicia basada en la persona. Se enfatiza la necesidad de un discurso real y de comunidades de argumentación existentes para abordar este tema de manera efectiva.

Así pues, se señala, Santos señala, la importancia de un fundamento empírico para cualquier discurso real y se sugiere que tanto la filosofía como la teoría del derecho son dependientes de la experiencia (Santos, 2008, p. 181). Se argumenta que la filosofía y la teoría del derecho no deben limitarse a especulaciones abstractas, sino que deben tener en cuenta la experiencia empírica para ser relevantes en la práctica. El experimento de la filosofía consiste en entrar en la historia y, por lo tanto, debe basarse en la realidad empírica. A pesar de esto, hay principios de justicia que son efectivamente “fórmulas vacías” y que van más allá de la experiencia histórica. Estos principios, como el *suum cuique*, la regla de oro, el imperativo categórico, el principio de equidad y el mandamiento de tolerancia, son conceptos abstractos que no están necesariamente basados en la experiencia empírica, pero que siguen siendo importantes para guiar el discurso sobre la justicia. Cualquier discurso real sobre justicia debe tener un

fundamento empírico y que la filosofía y la teoría del derecho no deben limitarse a especulaciones abstractas. Sin embargo, también reconoce que hay principios de justicia que van más allá de la experiencia histórica y que siguen siendo importantes para guiar el discurso sobre la justicia. Los principios de justicia mencionados anteriormente, sólo tienen sentido en la forma en que están saturados de contenido en las correspondientes circunstancias temporales. Es decir, estos principios no son absolutos, sino que están históricamente condicionados, y son conceptos abstractos que solo adquieren significado en el contexto histórico en el que se aplican. Por lo tanto, su aplicación no debe ser vista como una simple aplicación mecánica de principios abstractos, sino como una aplicación contextualizada y situacional.

Asimismo, se enfatiza la importancia de la historicidad del derecho como dimensión esencial para que este sea considerado como un derecho humano. El derecho histórico, que está basado en la existencia concreta de los seres humanos, es el único que puede ser considerado como un derecho verdaderamente humano. Se destaca que la historicidad del derecho es fundamental para su aplicación y comprensión, y que esta dimensión escapa a toda intervención técnica o mecanizada a través de máquinas o computadores. En otras palabras, la historicidad del derecho requiere una comprensión profunda y contextualizada del entorno social y cultural en el que se aplica. La historicidad del derecho es fundamental para su aplicación y comprensión como un derecho verdaderamente humano, y que esta dimensión no puede ser abordada a través de intervenciones técnicas o mecanizadas.

De esta manera, el pensamiento y la comprensión del derecho no se limitan a las circunstancias del momento, sino que se basan en la herencia cultural y la tradición que constituyen el suelo común sobre el que la comunidad se desarrolla en una época determinada. Esta herencia se considera un medio para equilibrar lo excesivo y lo insuficiente, y se entiende como justicia y derecho, tal como Solón y Aristóteles lo comprendieron. El pensamiento y la comprensión del derecho están estrechamente vinculados a la tradición, y aquellos que desean comprenderlo deben tener en cuenta la conexión con la tradición desde la que hablan, según la opinión compartida por Hans-Georg Gadamer. No hay una contradicción entre la tradición y la razón, en contraposición a los racionalistas formalistas que pueden argumentar lo contrario. En otras palabras, la tradición y la razón no son mutuamente excluyentes y pueden coexistir en

armonía. La tradición puede servir como un marco de referencia que informa la razón y ayuda en la toma de decisiones justas y racionales.

También se recalca que la hermenéutica es una filosofía trascendental que se enfoca principalmente en las condiciones necesarias para el lenguaje del sentido de la comprensión, en lugar de ser un método. No se trata de la comprensión real y el contenido que los jueces puedan tener en su proceso de pensamiento personal, sino más allá del esquema sujeto-objeto. El enfoque metódico efectivo se conoce ahora como “hermenéutica”, lo cual está permitido; sin embargo, se debe entender que este tipo de “hermenéutica” no es filosofía trascendental, sino más bien un método. Las objeciones que se han planteado en contra de la hermenéutica irracional, subjetiva y no científica, casi siempre se refieren a este tipo de hermenéutica. Por lo tanto, estas objeciones también son aplicables al método jurídico por excelencia, que como se ha mencionado en varias ocasiones, no es completamente racional, exacto y unívoco.

Las críticas que se han hecho a la hermenéutica, generalmente se refieren a este enfoque metodológico, que a menudo se considera irracional, subjetivo y no científico. Sin embargo, Kaufmann (2007) señala que estas mismas críticas también son aplicables al método jurídico, que no es completamente racional, exacto y unívoco. El autor sostiene que es posible comprender racionalmente el método jurídico, incluso en su carácter interpretativo y hermenéutico. Para lograr esto, es necesario adoptar una comprensión hermenéutica del método jurídico, lo que significa reconocer que existen otros métodos jurídicos además de este, y que no puede reemplazarlos de forma absoluta. Y argumenta que la hermenéutica puede ser vista tanto como una filosofía trascendental como un enfoque metodológico, y que las críticas que se hacen al enfoque metodológico también son aplicables al método jurídico. Además, el autor sostiene que es posible comprender racionalmente el método jurídico y adoptar una comprensión hermenéutica del mismo.

En relación a lo anterior, los casos de derecho penal son, en general, más adecuados que los casos de otros campos del derecho para demostrar los problemas del método jurídico. En particular, el derecho penal es considerado el modelo por excelencia para examinar el razonamiento analógico en el derecho. A pesar de ello, este autor afirma que el modelo de subsunción (en el cual se subsume el caso bajo la ley) no ha quedado obsoleto, sino que sigue

siendo relevante en el método jurídico. Sin embargo, según opina el mismo autor, el método jurídico no se limita únicamente a la subsunción del caso bajo la ley.

A diferencia de la opinión de algunos expertos tradicionales de interpretación, como Josef Esser y Martin Kriele, Kauffman (2007) sostiene que los cánones de interpretación no carecen de valor. Aunque hasta ahora no se han encontrado reglas claras fuera de los cuatro cánones clásicos, existen muchos otros tipos de argumentos que también deben ser considerados en la interpretación jurídica: la seguridad jurídica, la predecibilidad, la unidad jurídica, entre otros. Por lo tanto, el juez debería considerar estos argumentos en primer lugar y luego aplicar los cánones clásicos en la secuencia de la sentencia. Esto también debe suceder en el caso específico discutido en el texto.

Esquema 5: Método jurídico

Listado de los elementos del proceso de creación de derecho sobre la base del modelo de la equiparación.

Significan:

La deducción, la inducción y la abducción son conclusiones lógicas. La analogía no es una conclusión lógica sino una comparación (equiparación)

C1: rifles, pistolas, cañones son peligrosos, son armas. En relación con “armas” más conocidas que C2.

C2 (resultado): X realizó un hurto agravado valiéndose de ácido clorhídrico. En relación con “arma” menos conocida que C1. (Kaufmann, 1999, p. 176)

En la utilización del esquema para la creación de derecho es importante reflexionar sobre las diferenciaciones que se han realizado en el proceso de esquematización. La ciencia necesita de estas diferenciaciones para poder ordenar el material, pero no se deben considerar como fijas, ya que tienen que estar abiertas a la creación de derecho. Por ejemplo, la práctica de pruebas se ubica en el punto de “equiparación”, pero en realidad el juez utiliza la práctica de pruebas también en relación con el descubrimiento inductivo (interpretación) de la norma, y en ese momento surge la reflexión sobre lo que tiene que ser probado. El pensamiento siempre gira en

torno a todos los elementos del proceso, aunque algunas veces se enfoca más en unos que en otros.

Kaufmann utiliza en este libro, *Filosofía del Derecho*, un enfoque similar al proceso de creación de derecho, donde no trata un solo punto y lo deja, sino que aborda cada tema desde distintas perspectivas. La reflexión, argumentación y discusión son los instrumentos para verificar y evidenciar los motivos a favor o en contra, lo cual determina el orden de rango de los cánones. La subsunción al final del proceso es solo un control del pensamiento conclusivo para verificar si el proceso se ha realizado correctamente para poder aplicar esta técnica. Esto es similar a la fórmula de la *conditio-sine-qua-non*, donde no se puede agregar nada a la causalidad empírica determinada.

La idea de que la aplicación del derecho es la norma y la creación del derecho es la excepción, es una característica de la doctrina tradicional positivista. Según esta perspectiva, el juez simplemente aplica la ley existente a los hechos del caso y no tiene la autoridad para crear nueva ley. Sin embargo, la creación de derecho por parte del juez es una realidad en muchos sistemas jurídicos contemporáneos. El juez, al interpretar y aplicar la ley a los hechos del caso, a menudo tiene que llenar lagunas o ambigüedades en la ley existente. En estos casos, el juez está creando un nuevo derecho, y esto puede ser problemático porque parece que el juez está tomando el papel del legislador. Esto puede ser visto como una violación del principio de división de poderes, que establece que el poder judicial no debe legislar, sino simplemente aplicar la ley existente. Sin embargo, la libre creación judicial de derecho no es algo nuevo, ya que ha existido en diversos grados en muchos sistemas jurídicos a lo largo de la historia. Para ello es necesario que los conceptos legales sean flexibles y estén abiertos a la interpretación y aplicación en situaciones concretas. Esto es lo que permite la libre creación judicial de derecho, donde los jueces pueden interpretar y aplicar la ley de manera creativa para adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso. Así, la clave para encontrar un equilibrio entre la libertad judicial y el respeto al principio de división de poderes es mantener un diálogo constante entre los poderes judiciales y legislativos y fomentar una cultura de interpretación jurídica abierta y transparente.

Asimismo, respecto a la presencia del círculo en el proceso de conocimiento se reconoce que no se puede descartar el conocimiento sólo por su circularidad. Por lo cual se afirma que la deducción por sí sola no conduce a nuevos conocimientos y que todos los procesos de

conocimiento están dirigidos a contenidos y, por lo tanto, no pueden evitar el círculo en su referencia original entre expresión y cosa nombrada en el lenguaje. El hecho de que un proceso de conocimiento implique un círculo no significa que cualquier tipo de círculo sea válido. Por ejemplo, el “círculo vicioso” o la “dialéctica” son sofismas que no están permitidos. Sin embargo, el “círculo hermenéutico” no es una dialéctica ni un círculo vicioso, sino una condición trascendental del entendimiento. Esto significa que no se puede entender una parte sin comprender previamente el todo, y que el todo no puede ser comprendido sin entender sus partes. Esta es una condición necesaria para la comprensión y no un error lógico. Heidegger y Gadamer han investigado profundamente este tema y han demostrado la importancia del círculo hermenéutico en el proceso de comprensión.

Ahora bien, retomando el pensamiento de Kaufmann, el derecho es algo concreto y arraigado en la historia. Además, no cree en la existencia de un derecho por encima de todo, al igual que no existe una realidad “suprapositiva”. Lo que se considera como “suprapositivo” es simplemente la idea del derecho, así como los principios generales del derecho, pero estos no son en sí mismos derecho completo debido a la falta de concreción y determinación en cuanto a su contenido. Llomparl, según Santos (2008), sostiene que llamar a estos principios jurídicos suprapositivos “derecho natural”, como se hace en las obras de Rommen y Coing, es engañoso. Esto se debe a que sugieren que existen dos sistemas jurídicos: el positivo y el jurídico-natural. Sin embargo, según este autor, el derecho positivo se concreta y se realiza en las decisiones jurídicas que se toman en el momento y lugar adecuados, lo que él llama “positividad material”. El derecho positivo no es lo mismo que la norma legal o la norma del “derecho consuetudinario” o “derecho judicial”, que tienen un contenido general y no están concretadas en un sentido material, sino simplemente de forma conceptual, lo que se conoce como “positividad formal”. En suma, para Kaufmann y Llomparl, el derecho es algo concreto y arraigado en la historia y su realización se encuentra en las decisiones jurídicas tomadas en el momento y lugar adecuados, y no en un sistema jurídico sobrenatural o abstracto.

Enfatizamos que el positivismo jurídico no solo se enfoca en la teoría del conocimiento y la ciencia, sino que también se cuestiona sobre la ontología jurídica, es decir, sobre la naturaleza del derecho en sí mismo. También señalamos que los normativistas sostienen que el derecho debe ser practicado de acuerdo con la proposición normativa, mientras que los legalistas creen

que debe ser aplicado según la ley. Sin embargo, uno de los dilemas fundamentales en el positivismo jurídico es la pregunta sobre si el derecho es un acto de voluntad, una expresión de poder o un saber hacer, un arte de lo justo. Así pues, el interrogante ¿es el derecho simplemente una herramienta utilizada para ejercer el poder o una técnica para alcanzar la justicia? plantea un desafío para los teóricos del positivismo jurídico, quienes deben encontrar una respuesta coherente y satisfactoria que permita comprender la naturaleza y la función del derecho en la sociedad (Kaufmann, 2008, p. 176).

Kaufmann entonces propone una distinción ontológica entre la esencia y la existencia del derecho, lo que le lleva a destacar la historicidad del mismo en contraposición a las teorías del derecho natural, que defienden una validez intemporal. Su postura defiende una ontología jurídica que permita superar el debate entre el iusnaturalismo absoluto y el positivismo legalista. Según Kaufmann, el derecho natural debe tener un contenido histórico y variable para poder servir como base para el desarrollo de un proyecto hermenéutico, es decir, un método de interpretación del derecho que tenga en cuenta su contexto histórico y cultural. En este sentido, su planteamiento se aleja de las teorías que defienden una esencia fija y universal del derecho y reconoce la importancia de la evolución y transformación del mismo a lo largo del tiempo y en diferentes sociedades.

Kaufmann aborda la cuestión desde la teoría jurídica, centrándose en el proceso de realización del derecho y apoyándose en la historicidad del mismo. Su objetivo no es tanto revisar el iusnaturalismo como fundamentar un conocimiento racional de las realidades prácticas del derecho, que permita superar tanto el positivismo jurídico como el relativismo axiológico. Es importante destacar que Kaufmann no defiende la existencia de un derecho natural separado del derecho positivo, sino que busca una comprensión más profunda y racional del derecho como realidad práctica. Así, su postura va en contra del positivismo jurídico que afirma que el derecho es simplemente lo que está establecido por la ley positiva, aunque hay diferentes interpretaciones sobre lo que se entiende por “derecho positivo” incluso entre las diferentes corrientes del positivismo jurídico (Santos, 2008, p. 177).

Kaufmann sostiene, además, que el derecho natural no debe ser visto como algo ajeno o separado del derecho jurídico, sino que tiene una naturaleza jurídica propia que lo hace relevante en la configuración del contenido del derecho. Por lo tanto, no se limita a considerar los

principios generales del derecho como meras categorías formales e indeterminadas, sino que reconoce que tienen un contenido normativo definido y material. Sin embargo, Kaufmann también enfatiza la importancia de la positivación de estos principios, es decir, de su integración en el derecho positivo para que tengan un impacto efectivo en la práctica jurídica. De esta manera, el derecho natural no es un conjunto de principios abstractos e inaplicables, sino que puede ser un fundamento real para el desarrollo y la interpretación del derecho positivo.

Ahora bien, volviéndonos hacia la hermenéutica vemos que esta ha sido una herramienta clave en la interpretación de textos desde tiempos antiguos, especialmente en el contexto bíblico. Sin embargo, fue a partir del siglo XVIII que se produjo una separación entre la hermenéutica bíblica y la filosófica, gracias al trabajo de Schleiermacher (Santos, 2008, p. 181). En este punto, la hermenéutica adquirió un papel relevante como actitud fundamental de la filosofía y de las ciencias humanas. Schleiermacher la definió como una *Kunstlehre*, es decir, un arte de la comprensión, que busca descubrir y comprender el significado profundo de los textos y su relación con el mundo y la cultura en la que fueron creados.

Además, añadimos, como se ha planteado desde antes en nuestro trabajo, que la hermenéutica no pretende ser un método, es decir, no busca convertirse en una metodología formalista al estilo del positivismo. En cambio, su objetivo es, entre otras cosas, denunciar la insuficiencia del método y, en consecuencia, configurarse como una filosofía trascendental y de carácter universal. Este enfoque se puede rastrear desde Schleiermacher y en pensadores hermenéuticos posteriores como Dilthey, Gadamer y Ricoeur. Como ya se ha dicho, se trata de una filosofía trascendental que reflexiona sobre las condiciones de posibilidad de la comprensión del sentido (*Sinnverstehen*). No presenta un método en sí mismo, sino que señala bajo qué condiciones se puede comprender algo en su sentido. Este entendimiento es universal (pero no absoluto) y se aplica a todo acto de comprensión.

Sumado a lo anterior, Kaufmann afirma que la hermenéutica se opone a la concepción objetiva del conocimiento y rechaza el esquema objeto-sujeto en la comprensión de los fenómenos. En lugar de buscar una reproducción objetiva del asunto en la conciencia, la comprensión es siempre a la vez objetiva y subjetiva. El objeto comprendido se introduce en el “horizonte del comprender” y se crea a sí mismo en la conciencia del sujeto. La ontología heideggeriana ha tenido beneficios importantes en el ámbito jurídico-filosófico, ya que el

comprender no es simplemente una forma de pensar, sino que asume el significado de poder y se refiere al “poder-ser”. Aunque la teoría se centra en el ser, en el ámbito jurídico lo que interesa es la comprensión del derecho, que juega un papel importante en la hermenéutica jurídica de Kaufmann (Santos, 2008, p. 181).

Así, la hermenéutica jurídica se enfoca en las condiciones necesarias para comprender un texto jurídico, ya sea hablado o escrito. Es una teoría que otorga gran importancia al ser del derecho y busca abordar la interpretación correcta de la ley. Aunque la amplitud de esta doctrina hace difícil circunscribir su estudio solo a Kaufmann, es cierto que la hermenéutica filosófica de Gadamer ha tenido una influencia significativa en su desarrollo. El objetivo de la hermenéutica jurídica, según Santos (2008), es establecer una metodología normativa de interpretación que proporcione reglas objetivas para interpretar correctamente. Kaufmann intenta combinar los esquemas de la hermenéutica filosófica con la necesidad de trabajar racionalmente con lo irracional, para evitar el subjetivismo y la arbitrariedad, y así asegurar la seguridad jurídica. Sin embargo, al extrapolar las conclusiones de la hermenéutica filosófica al derecho, se corre el riesgo de simplificar la complejidad de la interpretación jurídica. Por tanto, la hermenéutica jurídica debe encontrar un equilibrio entre la teoría y la práctica, y tener en cuenta que la interpretación del derecho no es solo un proceso técnico, sino que también está influenciado por factores sociales, políticos y culturales.

Por cierto, añadimos que se ha producido una situación paradójica en la que la hermenéutica filosófica, que solía ejercer una gran influencia sobre la hermenéutica jurídica, ahora se ve influenciada en gran medida por esta última. Sin embargo, es importante señalar que la hermenéutica jurídica sigue estando condicionada por la hermenéutica filosófica. Además, añadimos que un elemento central de la filosofía hermenéutica, como la de Betti, Heidegger y Gadamer, es el reconocimiento de que un texto lingüístico nunca se comprende por sí mismo, sino que se necesita una pre-comprensión o prejuicio para poder entenderlo. Como señala Gadamer, los “prejuicios” son “condiciones del comprender”. La verdadera cuestión de la hermenéutica, según Gadamer, radica en distinguir los prejuicios verdaderos de los prejuicios falsos que producen malentendidos.

Hay que mencionar además que el desarrollo de la hermenéutica jurídica ha sido propiciado por la proliferación de trabajos sobre este tema, comenzando en el ámbito alemán. En

el ámbito de la hermenéutica jurídica, según Santos (2008), se han publicado numerosos trabajos que han propiciado su desarrollo. Uno de los primeros fue el libro de Ernst Topitsch *Recht und Sprache, Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik* (1940), seguido por el libro de Helmut Coing *Die Juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (1959). Luego, en 1969, Karl-Heinz Kaufmann publicó un artículo titulado “Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts”, que marcó el inicio de su camino en la hermenéutica jurídica.

Helmut Coing, en su libro *Die Juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* publicado en 1959, se propone describir la relación entre los métodos de interpretación en la jurisprudencia y los métodos generales de interpretación de textos en las ciencias del espíritu. Este pensador sostiene que el objetivo de cualquier interpretación es la comprensión del texto y su sentido, y destaca la importancia de la objetividad en la determinación del derecho. Sin embargo, señala que “un interés subjetivo, un mezclar subjetividad con un texto determinado es, con seguridad, el presupuesto de la comprensión”. Es decir, la comprensión de un texto requiere cierta implicación personal. Más tarde, Coing se apoya en las ideas de Betti, Bollnow, Gény y Gadamer para desarrollar su doctrina de la interpretación, en la que destaca la ausencia de lagunas y la falta de plenitud de las leyes como el eje central. Esto pone en evidencia la tensión entre la vinculación del juez a la ley y su función creadora del derecho (Santos, 2008, p. 181).

Kaufmann defiende la objetividad en la comprensión, especialmente en el ámbito de los juicios valorativos. En su conferencia sobre los métodos de interpretación jurídica y las teorías de la hermenéutica general se enfoca en la obra de Betti, que se basa en una teoría filosófica de los valores, y en la cual se destaca la importancia de las dimensiones éticas y estéticas de los valores. Sin embargo, Kaufmann no otorgó la misma importancia a Betti que a otros autores que tuvieron una mayor influencia en su pensamiento jurídico. Larenz, a partir de la tercera edición de su obra *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1975), adopta una concepción hermenéutica, dejando atrás en gran medida su sello neohegeliano presente en ediciones anteriores. Esser, por su parte, muestra la recepción de la hermenéutica en su obra *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970). Habría que añadir también que estos dos últimos autores están influenciados por la obra de Gadamer *Wahrheit und Methode*. Kriele igualmente podría ser

añadido a esta lista, aunque no enfatiza la hermenéutica filosófica con la misma intensidad que Kaufmann. Asimismo, se debe agregar que todos estos autores buscan aclarar la relación entre contenido y supuesto de hecho, investigando la estructura del concepto jurídico y conduciendo a una nueva formulación crítica de la conclusión jurídica de la subsunción (Santos, 2008, p. 181).

En línea con lo argumentado, destaca la figura de Engisch, quien, aunque no se considera a sí mismo como un representante de la hermenéutica jurídica, es digno de mención. En la obra de Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache* (1965), no se hace referencia a la pre-comprensión ni al círculo hermenéutico, que son dos de los temas principales de la hermenéutica. Sin embargo, en publicaciones anteriores, Kaufmann sí hablaba de la pre-comprensión de Esser, aunque no tanto del prejuicio, del círculo hermenéutico y mucho menos de la espiral hermenéutica. Su trabajo *Rechtspersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit* resulta más hermenéutico que el libro mencionado, en el que señala que comprender un texto o un acontecimiento provisto de sentido (“contenido de hecho”) nunca es arribar a una tierra completamente virgen, sino siempre un reconocimiento de algo ya conocido. En lugar de ser un proceso meramente receptivo, la comprensión del sentido implica que el sujeto que comprende se comprenda a sí mismo. En este sentido, el juez debe acercarse al texto con una pre-comprensión, según Esser, o un prejuicio a la manera de Gadamer, para permitir que el texto hable. De hecho, aquel que piensa que su juicio se basa exclusivamente en “lo que tiene delante” (sometido sólo a la ley) es en realidad el juez más dependiente, ya que no está en condiciones de distanciarse de sus opiniones previas no reflexionadas.

Hasta 1973 no se puede hablar de una hermenéutica jurídica propiamente dicha en el estudio de Kaufmann “*Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*”, ya que antes se enfocó en la ontología jurídica, con la excepción del capítulo undécimo de *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* en coautoría con Hassemer. En este capítulo, llamado “Lógica jurídica y hermenéutica jurídica”, se muestra que Kaufmann está más cerca de Esser que de Gadamer, aunque no desconoce el pensamiento gadameriano. Hassemer, su discípulo, sí vio la trascendencia que podía tener el pensamiento gadameriano en la ciencia jurídica, como demuestra en su tesis doctoral *Tatbestand und Typus* (1967). Ambos, Esser y Kaufmann, utilizan los esquemas de la hermenéutica filosófica gadameriana para describir el proceso de interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo,

García Amado sostiene que este uso es negado cuando se intenta construir un modelo normativo de racionalidad y objetividad para la interpretación jurídica que no parece fácilmente compatible con las tesis gadamerianas.

Ahora bien, hay que mencionar además que si comparamos la hermenéutica jurídica con la tópica, podemos entenderla mejor. Aunque tienen caminos diferentes, ambas rechazan la deducción en cadena cerrada y utilizan la “pre-comprensión”. Sin embargo, la hermenéutica no se limita al texto y no se basa en premisas o casos particulares, sino que se enfoca en la interpretación del propósito regulador del legislador, la intención de sentido y las valoraciones. La hermenéutica se centra en la aplicación de reglas generales de “deber ser” (reglas), y, en la subsunción del hecho en reglas jurídicas obtenidas mediante la interpretación. Además, la “pre-comprensión” y el “círculo” son parte de los tópicos y se utilizan en la hermenéutica como implicaciones del proceso tópico (Santos, 2008, p. 181).

La hermenéutica sostiene que el derecho concreto solo surge en el proceso de comprensión, como una construcción subjetiva que se desarrolla a medida que se interpreta el mundo jurídico. Según Kaufmann, no se puede corregir el derecho fuera de este proceso, ya que este es el único contexto en el que tiene lugar. Pero si el derecho no es algo objetivo y acabado, sino el resultado de un proceso en el que la ley es solo uno de los muchos factores, entonces responder a esta cuestión no es tan sencillo. La hermenéutica existencial aplicada al contexto jurídico no pretende eliminar la tradición y los tópicos. En ausencia de tradición y tópicos, se podría pensar que la razón libre podría producir un conocimiento objetivo. Pero esto no es así, ya que el papel de la tradición en el ámbito jurídico es crucial. Los juristas viven de la tradición jurisprudencial, y esta no puede ser considerada de manera negativa.

Ningún operador jurídico puede enfrentarse al objeto de conocimiento libre de prejuicios. En el caso del juez, este actúa a través de una experiencia acumulada, de una tradición que genera un movimiento prerreflexivo, muchas veces intuitivo. Es por ello que la tradición juega un papel enormemente importante en el mundo jurídico, ya que permite la interpretación del derecho y la aplicación de la ley en un contexto específico y concreto (Santos, 2008, p.187). La hermenéutica jurídica kauffmanniana implica, en primer lugar, “argumentar correctamente en el sistema abierto” para determinar el derecho. Partiendo de la idea de que el esquema objeto-sujeto no tiene ninguna validez para las ciencias del comprender, se convierte en una filosofía

hermenéutica en la que se establece una “correspondencia de sentido” que conduce inevitablemente a la determinación del derecho. Por lo tanto, la determinación del derecho es necesariamente un “proceso histórico”.

Sumando a lo anterior, el esquema sujeto-objeto no es adecuado para el fenómeno del comprender, ya que “el que comprende y lo que debe ser comprendido se integran en la situación hermenéutica: por tanto, ninguno se encuentra fuera”. La comprensión es siempre tanto objetiva como subjetiva; lo comprendido se introduce a sí mismo en el “horizonte del comprender” y, en lugar de limitarse a recibir pasivamente el objeto a comprender en la conciencia, contribuye a crearlo. La hermenéutica jurídica Kaufmanniana busca argumentar correctamente en el sistema abierto para determinar el derecho, reconociendo que la comprensión es tanto objetiva como subjetiva y que la determinación del derecho es un proceso histórico en el que el objeto y el sujeto se integran en la situación hermenéutica.

Siguiendo el planteamiento de Santos (2008), en comparación entre dos de sus trabajos, “Die ontologische Struktur des Rechts” (1965) y “Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik” (1982), se puede notar un cambio en la concepción de la ontología jurídica de Kaufmann. En su primer trabajo, hay una base en la ontología existencial de Heidegger, y también se encuentran ideas de la ontología de Nicolai Hartmann, el existencialismo de Jaspers y el derecho natural existencial e histórico de Max Müller. Sin embargo, en su segundo trabajo, la ontología adquiere un carácter más hermenéutico y establece las bases para lo que más tarde sería su ontología relacional. En este sentido, Kaufmann sostiene que “el ser con otros no se subsume en el ámbito de lo objetivo, sino que forma un espacio social y espiritual que coopera en el proceso de comprensión”. En otras palabras, para Kaufmann, la ontología jurídica no es un mero estudio de la estructura ontológica del derecho, sino que se enfoca en cómo la comprensión y la interpretación son procesos sociales e históricos que deben ser considerados en la determinación del derecho concreto (Santos, 2008, p. 185).

También debemos agregar que la hermenéutica jurídica representada por Josef Esser y Arthur Kaufmann ha ido más allá al poner de relieve la imposibilidad de un proceso de aplicación del derecho puramente deductivo. Estos autores han introducido conceptos de la hermenéutica filosófica, como la “pre-comprensión” y el “círculo hermenéutico”, para mostrar que la interpretación del derecho no puede reducirse a la mera aplicación de la ley escrita a los

hechos del caso. En lugar de ello, la interpretación del derecho requiere una comprensión previa del contexto y de la situación en la que se enmarca el caso en cuestión, y una reflexión constante sobre los significados y los valores que subyacen a las normas jurídicas. En suma, la hermenéutica jurídica reivindica la importancia de los jueces como intérpretes del derecho y como creadores de soluciones jurídicas justas y equitativas (Santos, 2008, p. 188).

La hermenéutica filosófica es importante en este proceso, ya que la pre-comprensión es esencial para entender las cuestiones referidas a la verdad más allá del contexto histórico y en un marco de pensamiento valorativo temporalmente condicionado. El juez busca el fundamento jurídico en las fuentes del derecho, formales y materiales, en un contexto de aparente imparcialidad. Sin embargo, como ya se ha expuesto, el derecho fuera de un contexto práctico no existe, y el razonamiento práctico siempre tiende a un fin. El buen jurista debe tener racionalidad práctica, pero lo disfraza de racionalidad por razones jurídico-políticas. La prudencia juega un papel decisivo en la toma de decisiones del juez, ya que está asociada con la duda y una actitud moderada que sea anticipatoria para resolver los problemas jurídicos. Por lo tanto, es necesario elegir un método para dar una solución a los diferentes casos. En cuanto al círculo hermenéutico, Kaufmann plantea preguntas y respuestas sobre la inadmisible conclusión viciada, la dialéctica y la prueba circular. Martin Heidegger y Hans-Georg Gadamer han destacado que el círculo hermenéutico no es un círculo en sí mismo, sino una condición trascendental del comprender. Es importante comprender el todo y no solo una parte, y viceversa, para tomar decisiones adecuadas en la aplicación del derecho (Santos, 2008, p. 189).

El concepto del “círculo hermenéutico” se refiere a la relación entre el texto y el intérprete, donde cada lectura y comprensión genera nuevas interpretaciones y significados. Este proceso puede ser visto como una fuerza de atracción similar a la de una mitología. Gadamer ha liberado este concepto de la sospecha de un círculo vicioso, mediante la comprensión de que la tarea principal del intérprete es no dejarse imponer por sus propias ocurrencias o conceptos populares, sino asegurar la elaboración del tema científico desde la cosa misma. El círculo no es una forma lógica defectuosa, sino una descripción del comprender como un juego recíproco del movimiento de la tradición y del intérprete. La anticipación del sentido que guía nuestra comprensión del texto no es una acción subjetiva, sino que se determina a partir de la tradición interpretativa. En resumen, el “círculo hermenéutico” representa el proceso dinámico de

comprensión y reinterpretación de un texto, en el que el intérprete juega un papel crucial en la elaboración del tema científico desde la cosa misma (Santos, 2008, p. 189).

Desde la perspectiva hermenéutica, la comprensión de un texto no es un proceso individual y subjetivo, sino que se da en un contexto de comunidad y tradición. La interpretación de un texto se da en un diálogo constante entre el movimiento del intérprete y el movimiento de la tradición, y esta interacción recíproca se llama el “círculo hermenéutico”. Este círculo no es un problema lógico, sino un proceso dinámico de interpretación. En lugar de ser un sujeto aislado que extrae significado de un texto, el intérprete se relaciona con la tradición y con la comunidad que ha contribuido a su formación. La anticipación de sentido que guía la comprensión no es simplemente una acción subjetiva, sino que se determina a partir de la comunidad y la tradición en la que el intérprete está inmerso. Esta comunidad está en constante evolución y el intérprete tiene un papel activo en su creación y comprensión. En este sentido, la hermenéutica defiende una intersubjetividad y un consenso entre los sujetos en el ámbito de una autocomprensión de la tradición. La intersubjetividad implica racionalidad, plausibilidad y capacidad de consenso, lo que lleva a una comprensión compartida y enriquecedora del texto. Por tanto, resulta injustificada la objeción contra la supuesta subjetividad de la hermenéutica planteada por la filosofía analítica, ya que esta visión no tiene en cuenta el papel activo que la comunidad y la tradición tienen en la interpretación de un texto. La hermenéutica no defiende una supremacía del sujeto, sino una intersubjetividad que permite una comprensión más profunda y enriquecedora del mundo.

Kaufmann considera que “la hermenéutica concibe el “prejuicio” (o “pre-comprensión”), como tal condición del comprender, pero esto no se puede confundir, como ocurre frecuentemente, con el juicio anticipado, posiblemente falso, en sentido psicológico-descriptivo. Al contrario, el “prejuicio” también se entiende trascendentalmente, esto es, que el intérprete lleva consigo expectativas de sentido que reflejará en el texto; después de este proyectar el texto puede arrojar un nuevo sentido amplio y más adecuado, lo que conlleva a un nuevo proyecto de resignificar el sentido logrado, y así sucesivamente, un proceso que en el fondo no termina nunca, incluso si se interrumpe, de hecho, en cualquier punto. Lo que se muestra aquí es el famoso “círculo hermenéutico”, la afinidad originaria entre denominación y lo denominado, entre lo mencionado por y en el lenguaje. Comprender un texto es un proceso de producción

ambivalente: en tanto que el intérprete entra con sus “pre-proyectos” en el proceso de comprender, consigue que el texto sea otro de lo que era antes; al mismo tiempo actúa sobre el intérprete, sobre su comprender (Santos, 2008, p. 190).

Esta autocomprensión no es simplemente individual, sino que está influenciada por la tradición y el lenguaje, que son transubjetivos. La autocomprensión del hombre está enraizada en su pertenencia a una cultura y en su autoconstitución social, en referencia a los demás y a una comunidad, tanto en el presente como en la historia. La noción de tradición nos lleva necesariamente a la dimensión histórica. El proceso de comprensión de un texto se desarrolla como un constante perfeccionamiento de la pre-comprensión, determinando su sentido. Por esta razón, la llamada aplicación del derecho al contenido de los hechos tiene una estructura especulativa, es decir, una “totalidad llena de sentido”, debido a la variedad de conexiones que encadenan cada momento del proceso. Quien no tenga una pre-comprensión, no comprenderá ningún contenido de hecho; quien no tenga una pre-comprensión del derecho, no accede adecuadamente al fondo del texto jurídico. Estamos ante un círculo que no es ni vicioso ni evitable; la estructura prejudicial del comprender es una condición trascendental para la posibilidad de cualquier comprensión (Santos, 2008, p. 191).

La hermenéutica como una disciplina filosófica que se enfoca en el método y en las condiciones necesarias para la comprensión de sentido en cualquier contenido. Se mencionan tres esquemas que muestran que, en los años 60, Kaufmann no prestaba mucha atención al tema de la hermenéutica jurídica, pero posteriormente en los años 80 y 90, su perspectiva cambió y se enfrentó a un concepto objetivo del conocimiento. Se destaca que el proceso de comprensión es tanto subjetivo como objetivo, y que lo comprendido no solo se introduce pasivamente en la mente del intérprete, sino que también contribuye a crearlo. Se menciona la llamada “aplicación del derecho”, en la que el intérprete juega un papel activo y creador, en lugar de simplemente subsumir el caso bajo la norma y permanecer fuera del proceso. Se concluye que es inútil buscar una “corrección objetiva” del derecho fuera del proceso hermenéutico del comprender, y que cualquier intento de separar la racionalidad de las ciencias del comprender de la personalidad del intérprete está condenado al fracaso (Santos, 2008, p. 193).

En síntesis, Kaufmann defiende la objetividad en la comprensión, pero no otorga la misma importancia a Betti que a otros autores. Larenz adopta una concepción hermenéutica a

partir de la tercera edición de su obra, mientras que Esser y Kriele están influenciados por Gadamer. Engisch, aunque no se considera a sí mismo como un representante de la hermenéutica jurídica, también es digno de mención. Kaufmann habla de la pre-comprensión de Esser y del prejuicio de Gadamer, y el juez debe acercarse al texto con una pre-comprensión para permitir que el texto hable. Hasta 1973, Kaufmann no se enfocó en la hermenéutica jurídica, pero en su obra “Lógica jurídica y hermenéutica jurídica”, muestra que está más cerca de Esser que de Gadamer. Ambos, Esser y Kaufmann, utilizan los esquemas de la hermenéutica filosófica gadameriana para describir el proceso de interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, el uso que hacen de la hermenéutica filosófica gadameriana es negado cuando intentan construir un modelo normativo de racionalidad y objetividad para la interpretación jurídica que no parece fácilmente compatible con las tesis gadamerianas. La hermenéutica jurídica se enfoca en la interpretación del propósito regulador del legislador y rechaza la deducción en cadena cerrada, al igual que la tópica.

En el contexto de la interpretación del texto judicial, la hermenéutica gadameriana implica que el juez debe estar consciente de sus prejuicios y de su contexto histórico y cultural, pero también debe estar abierto a la comprensión del autor del texto. De esta manera, la interpretación del texto judicial no puede ser mecánica o pasiva, sino que debe ser un proceso activo y creativo en el que se tenga en cuenta no solo el contenido material de la ley, sino también su historia, su cultura y sus valores. En este sentido, la hermenéutica jurídica, basada en la filosofía hermenéutica de Gadamer, es una herramienta importante para una interpretación correcta del texto judicial, ya que permite una comprensión más profunda y contextualizada del sentido de la ley y del caso en cuestión.

Según Gadamer (2017), el que intenta comprender las opiniones y perspectivas diferentes puede encontrar que las mismas se basan en ideas preexistentes. Elaboramos nuestros proyectos de acuerdo con estas ideas, tratando de incorporar las participaciones y contribuciones que enriquezcan la comprensión de las cosas. En este proceso, la objetividad se limita a validar las opiniones previas a medida que se desarrollan. ¿Qué otra cosa es la arbitrariedad de las opiniones inadecuadas, sino el hecho de que se modifican en su aplicación? Las opiniones previas, con las que se inicia, no son arbitrarias, ya que se basan en sus verdaderas posibilidades de comprensión (Gadamer, 2017, p. 333). Es importante que el intérprete no se dirija directamente hacia los

textos desde las opiniones previas que le subyacen, sino que examine dichas opiniones en cuanto a su legitimación, es decir, en términos de su origen y validez. Esta exigencia fundamental debe ser considerada como la radicalización de un procedimiento que en realidad siempre se está llevando a cabo al comprender algo. Frente a cualquier texto, la tarea del intérprete consiste en no introducir de manera directa y acrítica sus propios hábitos lingüísticos, o en el caso de los idiomas extranjeros, aquellos que le resulten familiares a través de autores o de una práctica más o menos habitual. Por el contrario, debe enfocarse en la comprensión del texto desde el hábito lingüístico del autor. Naturalmente, surge el problema de cómo satisfacer esta exigencia general. Específicamente en el ámbito de la teoría del significado, es necesario tener en cuenta como factor de resistencia el carácter inconsciente de los propios hábitos lingüísticos. ¿Cómo es posible hacerse cargo de las diferencias entre el uso lingüístico habitual y el del texto? (Gadamer, 2017, p.334).

De acuerdo a lo que expone Gadamer (2017), En general, se puede afirmar que la experiencia de encontrarse con un texto, ya sea porque inicialmente no tiene sentido o porque su sentido no concuerda con nuestras propias expectativas, es lo que nos lleva a detenernos y considerar la posibilidad de una diferencia en el uso del lenguaje. Es una suposición general que todo hablante de la misma lengua utiliza las palabras en el mismo sentido, pero esta suposición sólo se vuelve dudosa en casos concretos. Lo mismo ocurre en el caso de las lenguas extranjeras: en general, uno asume que las conoce en su uso más o menos generalizado y tiende a presuponer la consistencia de este uso al acercarse a cualquier texto (Gadamer, 2017, p. 335). Y lo que se afirma respecto a las opiniones previas contenidas en el hábito lingüístico también se aplica a las opiniones de contenido con las que nos acercamos a los textos y que constituyen nuestra precomprensión de los mismos. Aquí también surge el problema de cómo encontrar una salida del círculo de nuestras propias posiciones preconcebidas. No se puede presuponer de ninguna manera que lo que se nos dice desde un texto tenga que poder integrarse sin problemas en nuestras propias opiniones y expectativas. Si algo nos es dicho por alguien más, a través de un libro o cualquier otro medio, automáticamente lo interpretamos desde la perspectiva opuesta, asumiendo que es su opinión y no la nuestra, y suponiendo que se trata de que yo me informe de esa opinión, aunque no necesariamente la comparta. Sin embargo, esta presuposición no facilita la comprensión, sino que plantea una nueva dificultad, ya que las opiniones previas que determinan mi comprensión pueden pasar completamente desapercibidas. Y si generan

malentendidos, ¿cómo sería posible siquiera percibirlos en relación con un texto que no está capacitado para responder ni objetar? ¿Cómo se puede proteger a un texto de antemano frente a los malentendidos? (Gadamer, 2017, p. 335). Sin embargo, al examinarlo más detenidamente, tampoco las opiniones pueden ser entendidas de manera completamente arbitraria. Al igual que no es posible mantener por mucho tiempo una comprensión incorrecta de un hábito lingüístico sin que se destruya el sentido del conjunto, tampoco se pueden mantener ciegamente las propias opiniones previas sobre las cosas cuando se comprende la opinión de otro. Al escuchar a alguien o al leer un texto, no se trata de olvidar todas las opiniones previas sobre su contenido o todas las posiciones propias; lo que se requiere es simplemente estar abierto a comprender la opinión del otro o la del texto (Gadamer, 2017, p. 335).

En consistencia el desarrollo que plantea Gadamer (2017), Pero esta apertura siempre implica que se establece alguna relación entre la opinión del otro y el conjunto de opiniones propias, o que uno se sitúa en relación con las del otro. Por supuesto, las opiniones son posibilidades variadas y cambiantes (en comparación con la univocidad de un lenguaje o un vocabulario), pero dentro de esta multiplicidad de opciones, es necesario encontrar un sentido y entender qué sucede en consecuencia. A veces, puede ocurrir que se interprete mal una opinión debido a las expectativas y perspectivas individuales. Por eso también se operan ciertos patrones. La tarea hermenéutica consiste, por sí misma, en convertirse en un punto de partida reflexivo y está constantemente determinada en parte por este aspecto. Con ello, la empresa hermenéutica adquiere un terreno firme bajo sus pies (Gadamer, 2017, p. 335). Aquél que desea comprender no puede entregarse desde el principio al azar de sus propias opiniones previas e ignorar, de manera obstinada y consecuente, la opinión del texto, hasta que este último ya no pueda ser ignorado y desbarate su supuesta comprensión. Aquel que busca comprender un texto debe estar dispuesto, en principio, a dejar que el texto le diga algo por sí mismo, sin imponer de manera preconcebida su propia interpretación. Sin embargo, esta receptividad no presupone una "neutralidad" frente a las cosas ni implica una neutralización, sino que implica una comprensión enraizada en las propias anticipaciones y supuestos. Lo que importa es hacerse cargo de las propias anticipaciones para permitir que el texto se presente en su integridad y así tener la posibilidad de confrontar su verdad objetiva con las propias opiniones previas (Gadamer, 2017, p. 336). Acorde a Gadamer (2017), El acto de comprender llega a su punto culminante cuando uno no se entrega desde el principio al azar de sus propias opiniones previas y se esfuerza por

ignorar de manera obstinada la opinión del texto, hasta que el texto mismo ya no pueda ser ignorado y desafíe la supuesta comprensión. Aquel que busca comprender un texto debe estar dispuesto, en principio, a dejarse decir algo por el propio texto, sin imponer de antemano su propia interpretación. Sin embargo, esta disposición receptiva no implica neutralidad frente a las cosas ni una autoneutralización, sino que incluye una participación activa de las propias anticipaciones y suposiciones. Es importante hacerse cargo de estas anticipaciones para permitir que el texto se presente en su totalidad y así confrontar su verdad objetiva con las opiniones previas.

Heidegger sostiene que el tema científico debe "asegurarse" en las propias cosas a través de la elaboración de posicionamientos, previsiones y anticipaciones. Esto implica reconocer que las opiniones son posibilidades variadas y cambiantes en comparación con la inmutabilidad de un lenguaje o un vocabulario. Sin embargo, dentro de esta multiplicidad de opiniones, se busca establecer un carácter distintivo y genuino que sea determinado en parte por las propias predisposiciones. De esta manera, la tarea hermenéutica se convierte en un proceso activo que se encuentra influenciado por dichas predisposiciones. Esto proporciona un terreno sólido para la empresa hermenéutica. Aquél que busca comprender no puede desde el principio aferrarse a sus propias opiniones previas y desatender obstinada y consistentemente la opinión del texto, hasta que éste último sea tan evidente que ponga en tela de juicio la supuesta comprensión. El que desea comprender un texto debe estar dispuesto, al principio, a permitir que el texto le diga algo por sí mismo, sin imponer de antemano su propia interpretación. Sin embargo, esta apertura no implica una neutralidad frente a las cosas ni una anulación de uno mismo, sino que se basa en la consideración y utilización de las propias opiniones previas. Lo importante es hacerse consciente de estas anticipaciones para permitir que el texto se presente en su integridad y así tener la posibilidad de confrontar su verdad objetiva con las opiniones previas (Gadamer, 2017, p. 337).

De acuerdo a Gadamer (2017), "Prejuicio" no implica en absoluto un juicio falso, sino que en su concepto se encuentra la posibilidad de ser valorado positiva o negativamente. La cercanía con el término latino "praejudicium" es lo suficientemente relevante como para que en la palabra exista tanto un matiz negativo como uno positivo. Existen "prejuicios legítimos". Sin embargo, esto difiere considerablemente de nuestro sentimiento lingüístico actual. La palabra alemana para prejuicio, "Vorurteil", al igual que en francés "préjugé" pero quizás de manera más

enfática, parece haberse restringido desde la Ilustración y su crítica religiosa al significado de "juicio no fundamentado" o simplemente "la falta de fundamentación" (y no al método en sí mismo). Esto se debe a la influencia del ideal de racionalismo, según el cual la falta de fundamentación deja espacio para la duda y no permite alcanzar una certeza absoluta, lo que implica que el conocimiento se basa en un juicio fundamentado en las cosas, es decir, "un juicio con fundamento". Esta es una conclusión característica del espíritu del racionalismo, y sobre ella recae la desacreditación de los prejuicios en general y la pretensión del conocimiento científico de eliminarlos por completo (Gadamer, 2017, p. 338).

Gadamer en *Verdad y método II* (2010), establece que la comprensión correcta del texto debe asumir una lectura del significado histórico. La historia siempre representa simultáneamente significado y fuerza, según señala Dilthey. Cada época constituye una totalidad unitaria de sentido, que él denomina la "estructura" del tiempo. Es correcto afirmar que todos los fenómenos de ese tiempo deben entenderse desde su estructura. No es suficiente comprender solo las influencias o repercusiones de tiempos o circunstancias externas para lograr la comprensión. Solo aquel que está predispuesto y receptivo a ellas experimentará una influencia, y esta receptividad es precisamente la estructura. Sin embargo, sería unilateral relegar por completo la pregunta sobre esas líneas de influencia histórica. El experimentar influencias también depende en última instancia de que aquello que ejerce dicha influencia sea algo cercano y efectivo. La historia no es solo una totalidad de sentido, sino también una totalidad efectiva de fuerzas. Podemos aclararlo nuevamente con el ejemplo del destino humano. Un destino humano se realiza de acuerdo con la ley que lo determina, pero las circunstancias actúan como elementos concomitantes; el daimon y el kairos, la predisposición y la ocasión también contribuyen. Por lo tanto, la historia siempre es sentido y realidad al mismo tiempo, sentido y fuerza (Gadamer, 2010, p. 36).

De acuerdo a lo que plantea Gadamer (2010), Por algo Dilthey suele recurrir a la comprensión estética. Toda su teoría de la realidad histórica se basa en la idea de que la distancia en la comprensión es real y que la razón histórica tiene la capacidad de ejercer soberanía. El comprender estético se realiza a través de sus propias objetivaciones. Sin embargo, surge la pregunta de si existe realmente esa libertad de comprensión. La fe en la liberación a través de una ilustración histórica se fundamenta en un momento estructural de la autoconciencia histórica,

que está en un proceso interminable e irreversible. Desde Kant y el idealismo se ha partido de la premisa de que todo conocimiento sobre sí mismo puede convertirse en objeto de un nuevo conocimiento. Este movimiento reflexivo no tiene fin. Para la autoconciencia histórica, esta estructura implica que el espíritu que busca su autoconciencia transforma constantemente su propia realidad. Al concebirse a sí mismo, se vuelve diferente de lo que era. Un ejemplo clarificador es cuando alguien se da cuenta de su ira, esa autoconciencia ya implica un cambio o incluso una superación de esa ira. Hegel describió este movimiento de la autoconciencia en su *Fenomenología del espíritu*, pero Dilthey rechaza la pretensión metafísica de Hegel como dogmática. Esto abre para Dilthey un horizonte ilimitado de comprensión histórica, que implica un constante incremento de la autoconciencia y una constante ampliación del horizonte vital. No hay detención ni retroceso. La universalidad de Dilthey como historiador del espíritu radica precisamente en esta expansión indefinida de la vida a través de la comprensión. Dilthey es el pensador de la ilustración histórica y considera que la conciencia histórica marca el fin de la metafísica. Es en este punto donde la investigación filosófica hoy apunta hacia nuevos caminos. Así como la comprensión en la distancia se basa en la comprensión comprensiva, el comprender de la historia también se fundamenta en esa distancia. Para Dilthey, la reflexión surgida de la vida constituye el movimiento mismo de la vida. Esto implica que la vida debe liberarse del conocimiento basado en conceptos para moldear su propio destino (Gadamer, 2010, p. 38).

Gadamer (2010) radicaliza la pregunta por la comprensión, ¿Se manifiesta esta libertad en la comprensión? ¿Expresa el interminable complejo de los eventos la esencia de la historia? ¿No preguntamos por la esencia de la historia cuando nos cuestionamos los límites de la autoconciencia histórica? Nietzsche tomó esta pregunta como punto de partida en su segunda *Consideración intempestiva*, donde explora la utilidad y el inconveniente de la historia para la vida, y presenta una imagen impactante de la enfermedad histórica que afectó a su época. Nietzsche muestra cómo todos los instintos vitales que promueven la vida se corrompen profundamente con esa enfermedad, y cómo todas las normas y valores vinculantes se disuelven cuando se confrontan con normas arbitrarias y tablas axiológicas en constante cambio. Sin embargo, la crítica de Nietzsche tiene un aspecto positivo, ya que proclama la normatividad de la vida, que determina la cantidad de historia que una cultura puede tolerar sin perjuicio. La autoconciencia histórica puede tener diferentes naturalezas: conservadora, ejemplarizante o precursora de la decadencia. En un equilibrio adecuado de estos diversos modos de cultivar la

historia, se debe preservar la fuerza plástica capaz de revitalizar una cultura. La cultura requiere un horizonte reorientado con mitos, por lo tanto, requiere una delimitación frente a la historia. Al igual que con la vida real, la historia solo nos interesa cuando se relaciona con nuestro juicio previo sobre las cosas, las personas y las épocas. Toda comprensión de algo significativo presupone que aportamos un conjunto de prejuicios. Heidegger denominó a esta situación el círculo hermenéutico: sólo comprendemos lo que ya sabemos; solo percibimos lo que ponemos. Esto puede parecer inadmisibles según el criterio del conocimiento científico, pero es así cómo se logra la comprensión histórica. Según Heidegger, no se trata de evitar ese círculo, sino de utilizarlo correctamente. Esto tiene una segunda consecuencia: el significado no se descubre, como pensaba Dilthey, mediante la distancia de la comprensión, sino adentrándose en el contexto efectivo de la historia. La comprensión histórica en sí misma siempre es una experiencia de sucesivas efectuaciones. Su parcialidad reside en su fuerza histórica. Por lo tanto, lo históricamente significativo es accesible a través de la realización activa de manera más original que a través de la comprensión. La existencia histórica siempre tiene una situación, una perspectiva y un horizonte. Es similar a la pintura: la perspectiva, es decir, el orden de proximidad y cercanía de las cosas, incluye un punto de vista que debe asumirse; pero de esta manera, uno entra en una relación ontológica con las cosas y se convierte en parte de su orden al coordinarse con ellas. Solo entonces se puede expresar la singularidad de un evento, la plenitud del momento. En cambio, la pintura pre-perspectivista muestra todas las cosas en una eternidad dilatada y desde la óptica de un significado trascendente. La verdad histórica, por lo tanto, no es la aparición de una idea, sino el compromiso de una decisión irrepetible (Gadamer, 2010, p. 40).

Gadamer (2010) pone en diálogo la libertad de la consciencia con la verdad histórica. No se hace referencia a una actitud de modestia frente a lo desconocido, sino a un aspecto presente en la experiencia ética que todos estamos familiarizados: la comprensión en la relación entre el individuo y el otro. La experiencia demuestra que no hay nada que obstaculice tanto un verdadero entendimiento entre el individuo y el otro como la pretensión de entender al otro desde la propia perspectiva y opinión. La actitud de "comprensión" ante la respuesta del otro en realidad no sirve más que para distanciarse de la pretensión del otro. Sin embargo, si uno se muestra receptivo, si brinda espacio a la pretensión del otro sin prejuzgar y delimitar, se logra un verdadero autoconocimiento. En ese momento, se llega a una realización importante. No es la comprensión absoluta la que expande verdaderamente nuestro yo, que está atrapado en la

estrechez de la experiencia, como sostiene Dilthey, sino el encuentro con lo incomprensible. Tal vez nunca lleguemos a conocer tanto sobre nuestra propia identidad histórica como cuando nos enfrentamos a mundos históricos completamente desconocidos. La característica fundamental del ser histórico radica en su capacidad de revelación y significado, en un sentido activo de la palabra. Permitir que algo tenga significado es ser para la historia. Solo a través de esto se genera una auténtica conexión entre el individuo y el otro, y solo así se construye entre nosotros y la historia aquello que nos une en el destino histórico. El horizonte de nuestra propia conciencia histórica no es un desierto infinito y desprovisto de mitos, como se concibe en la ilustración de la conciencia. Esa ilustración está condicionada y limitada históricamente, representa una fase en la realización de nuestro destino. Se malinterpreta a sí misma cuando se considera como la plena libertad de la conciencia histórica. Pero esto implica que la historia es lo que hemos sido y lo que somos. Es la dimensión vinculante de nuestro destino (Gadamer, 2010, p. 42).

Recientemente la Corte constitucional citó a Kaufmann en la sentencia C-814/01 citando la obra *Filosofía del derecho*:

Más contemporáneamente, la Filosofía jurídica también se inclina a considerar que la moral puede considerarse un “máximo ético” y el derecho un “mínimo ético”. Kaufmann, por ejemplo, explica así estos conceptos: “El derecho se dirige, entonces, a un fin moral. Por tal razón, no puede representar, en absoluto, un obstáculo a la libertad existencial; muy por el contrario, representa, hablando al unísono con Kant, “el impedimento de un obstáculo a la libertad y, en consecuencia, la condición de posibilidad de la misma libertad” El derecho puede y tiene que generar —especialmente por medio de la garantía de los derechos humanos- aquella medida de libertad exterior sin la cual la libertad interna, el cumplimiento del deber, no puede desarrollarse. Sin duda, el derecho se restringe, así, a la garantía de las exigencias morales elementales; no puede y no debe dirigir su mirada a las muy empinadas y exigentes costumbres de ethos; de hecho, sólo se lo puede caracterizar como un “mínimum ético”

(Kaufmann, 1997, p. 30)

El magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra argumentó que tanto la doctrina jurídica clásica como la Filosofía del Derecho contemporánea también aceptan criterios morales como conceptos que informan el orden jurídico. Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que, dentro de un Estado pluralista y democrático, como

el que se describe en la Constitución Política, la ley puede incorporar conceptos morales para definir situaciones jurídicas o limitar los derechos de las personas, siempre y cuando esos conceptos se refieran a la moralidad social o moralidad pública. A partir de lo expuesto, la Corte considera que el requisito de idoneidad moral establecido en el artículo 89 del Código del Menor para aquellos que deseen adoptar no viola la Constitución, siempre y cuando se entienda que dicho requisito se refiere a la noción de moralidad social o moralidad pública, tal como se ha comentado anteriormente, y no impone sistemas normativos particulares de conducta ética a los cuales el juez pueda recurrir según sus propias convicciones para evaluar la suficiencia moral del solicitante. En efecto, para un Estado pluralista, los antecedentes de comportamiento de quienes buscan adoptar a un menor no son indiferentes. El principio del interés superior del menor, que rige todo proceso en el que están involucrados niños, exige al legislador adoptar medidas que garanticen la efectividad de dicho principio, y el establecimiento de requisitos de idoneidad para la adopción es uno de ellos. A través de estos requisitos, la ley busca asegurarse de que aquellos que adoptan sean capaces de brindar al menor las mejores garantías para su desarrollo armonioso. En este sentido, una persona que presenta antecedentes de comportamiento acorde con la moralidad social ofrece al Estado una mayor garantía de que la educación del niño se llevará a cabo de acuerdo con dichos criterios éticos, lo cual sin duda contribuirá a la adaptabilidad del menor al entorno social y a la posibilidad de llevar una vida en armonía con los demás. Por el contrario, entregar a un menor a alguien que se desenvuelve en condiciones moralmente repudiadas por la sociedad, como entornos caracterizados por el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia o la falta de respeto hacia la dignidad humana, pondría al niño en peligro de no lograr un desarrollo adecuado de su personalidad y dificultaría su convivencia pacífica y armoniosa dentro del entorno sociocultural en el que se encuentra inserto. Si el artículo 67 de la Constitución Política impone al Estado la obligación de garantizar el cumplimiento de los fines de la educación, entre los cuales se encuentra explícitamente "la mejor formación moral... de los educandos", se puede inferir que cuando el juez decide confiar a un niño a una persona como padre o madre adoptivo, asumiendo el rol de su primer y principal educador, tiene la responsabilidad (Corte Constitucional, C-814/01)

En la sentencia C-804/06 sobre los derechos de la mujer se usa la filosofía de Kaufmann para afirmar que el poder del lenguaje jurídico, tanto como instrumento como símbolo, es destacado en el estudio. Como instrumento, el lenguaje permite el intercambio de pensamientos y la construcción de cultura. Como símbolo, refleja las ideas, valores y concepciones de una sociedad en particular. En el ámbito jurídico, el lenguaje desempeña un papel fundamental en la configuración de la cultura jurídica. Sin embargo, el lenguaje no existe de forma independiente de las personas que lo utilizan, ya sea al hablar, escribir o gestualizar, y son ellas quienes contribuyen a llenar de significado las normas jurídicas en una sociedad dada. Arthur Kaufmann (Corte constitucional,C-804/06) señala que "todo lenguaje y todo hablar ya contiene una interpretación determinada de la realidad" y destaca que las controversias sobre las palabras y las reglas del lenguaje son típicas en sociedades pluralistas. Se debaten las reglas del lenguaje y también las palabras utilizadas para definir los contenidos. Cada expresión utilizada tiene implicaciones en lo que se busca afirmar, sea mandar, prohibir o permitir. A través del lenguaje se comunican ideas, concepciones del mundo, valores y normas, y también se contribuye a definir y perpetuar estas ideas, visiones del mundo, valores y normas a lo largo del tiempo. Además, es importante recordar que la jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a los problemas constitucionales relacionados con el uso del lenguaje jurídico. Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se han presentado numerosas demandas de inconstitucionalidad en acción pública contra expresiones contenidas en el ordenamiento jurídico que no se ajustan al contenido axiológico del nuevo orden constitucional (Corte constitucional,C-804/06).

La jurisprudencia constitucional ha abordado los problemas constitucionales relacionados con el uso del lenguaje jurídico. Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991, se han presentado diversas demandas de inconstitucionalidad en acción pública contra expresiones incluidas en el ordenamiento jurídico que no se ajustan al contenido axiológico del nuevo orden constitucional. La Corte Constitucional ha mantenido consistentemente la postura de que el legislador tiene la obligación de utilizar un lenguaje legal que no exprese o permita interpretaciones contrarias a los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución Política. (Corte constitucional,C-804/06).

En la sentencia T-331/21 nota cincuenta se cita a Gadamer para fundamentar el diálogo con la alteridad. El diálogo intercultural requiere que se realice una traducción o adaptación cultural de las instituciones judiciales y legales occidentales a las prácticas culturales no occidentales, que son igualmente coercitivas, pero no se ajustan a la apariencia del derecho occidental. La Sala desea enfatizar que el juez encargado de la ejecución de penas y medidas de seguridad debe evaluar si existen condiciones para que la comunidad indígena en cuestión cumpla con la ejecución de una pena de prisión de acuerdo con su sistema normativo. Esta situación es relativamente más sencilla cuando no hay una gran distancia entre el derecho indígena y el derecho estatal, como ocurre en el caso de comunidades andinas, específicamente el pueblo Emberá Chamí, que también cuenta con penas privativas de libertad. En este caso, el diálogo intercultural sigue siendo igualmente evidente y necesario, pero debido a la menor distancia existente, la traducción se vuelve más cercana (Corta constitucional, T-331/21). Reflexionando en torno al pensamiento de Gadamer se cita lo siguiente: “Traducir, según Gadamer, es un ejercicio cognitivo en el que, un lector, un traductor, desde un lugar de identidad, asume la tarea de comprender la diferencia, la alteridad, y acercarla la mismidad. Es decir, convertir lo ajeno en propio o a la inversa. Ello demanda un ejercicio de flexibilidad y adecuación en la que, la traducción acomodará la diferencia a las categorías propias. Ese adecuar es un gesto político de acercar la alteridad a la diferencia.” (Corte constitucional, T-331/21)

En la sentencia T-327/10 se fundamenta la idea del pluralismo en el pensamiento de Gadamer, siendo el caso Es importante tener presente que la Constitución reconoce el pluralismo, lo que explica que a través de la televisión se pueda transmitir y mostrar lo que piensa el "otro". Esta circunstancia, sin duda, conlleva a la coexistencia de diferentes prejuicios, argumentos, ideas, razones, caprichos, hallazgos, supersticiones, creencias, gustos, convicciones, mitos, ilusiones, utopías, ideas políticas, entre otros. En este sentido, es relevante señalar que consagrar el pluralismo en el ámbito constitucional y legal no puede ni debe ser interpretado como una mera manifestación retórica o poética por parte del constituyente o del legislador. Dado que, en una nación como Colombia, compuesta por diversas culturas y formas de pensamiento, en la cual la mayoría de su población recurre a la televisión para entretenerse o informarse, es necesario tener en cuenta que esta mayoría no es homogénea, análoga o predefinida, y no merece ser privada de un único tipo de contenido que limite sus derechos y, sobre todo, su creatividad. Este desarrollo de pensamiento está asentado la siguiente cita:

Como bien lo señala Estanislao Zuleta en *El Elogio de la Dificultad*, el “otro” en nuestro sistema es sinónimo de enemigo; una alternativa hermenéutica para afrontar ésta irreductible forma de interrelación, se reformula por el profesor Carlos B. Gutiérrez al sostener que así no sea fácil entender por qué “haya que darle la razón al otro, por qué deba uno no tener razón en contra de uno mismo y de sus propios intereses. Hay, sin embargo, que aprender a respetar al otro y a lo otro. Para ello tenemos que aprender a poder no tener razón, a perder en el juego; quien no lo aprende temprano no podrá sacar adelante las grandes tareas de la vida. Vivir con el otro, vivir como el otro del otro, es por ello la tarea humana básica válida tanto para los individuos como para los pueblos y los estados (...). De lo que se trata es de reconocer la radical e inconmensurable singularidad del otro y de recuperar un sentido de la pluralidad que desafíe cualquier fácil reconciliación total.” Carlos B. Gutiérrez. *Ensayos Hermenéuticos, “Gadamer Humanista”*, siglo veintiuno editores. México. 2008. Páginas 95 y 96.

(Conste constitucional, T-327/10)

Los aportes de Gadamer y Kaufmann en cuanto a la fundamentación hermenéutica se pueden rastrear en la legislación colombiana. Sus ideas destacan la importancia de reconocer que todo lenguaje y hablar conllevan una interpretación particular de la realidad. En una sociedad pluralista, es común debatir sobre las reglas del lenguaje y las palabras utilizadas para definir los contenidos. Cada expresión utilizada tiene implicaciones en lo que se busca afirmar, ya sea mandar, prohibir o permitir. A través del lenguaje se comunican ideas, concepciones del mundo, valores y normas, y también se contribuye a definir y perpetuar estas ideas a lo largo del tiempo. En la jurisprudencia constitucional colombiana, se ha abordado la problemática relacionada con el uso del lenguaje jurídico. Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991, ha habido diversas demandas de inconstitucionalidad en acción pública contra expresiones incluidas en el ordenamiento jurídico que no se ajustan al contenido axiológico del nuevo orden constitucional. La Corte Constitucional ha sostenido consistentemente que el legislador tiene la obligación de utilizar un lenguaje legal que no permita interpretaciones contrarias a los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución Política. En la sentencia T-331/21, se cita a Gadamer para respaldar el diálogo con la alteridad en el contexto intercultural. Se destaca la necesidad de realizar una traducción o adaptación cultural de las instituciones jurídicas y legales occidentales a las prácticas culturales no occidentales, de igual coerción,

pero sin la apariencia del derecho occidental. El juez encargado de la ejecución de penas y medidas de seguridad debe evaluar si existen condiciones para que una comunidad indígena cumpla con la ejecución de una pena de prisión según su sistema normativo. Cuando la distancia entre el derecho indígena y el derecho estatal es menor, como en el caso de las comunidades andinas y el pueblo Emberá Chamí, el diálogo intercultural sigue siendo necesario, pero la traducción se vuelve más cercana. En la sentencia T-327/10, se fundamenta la idea del pluralismo en el pensamiento de Gadamer. La Constitución reconoce el pluralismo, lo que implica que a través de la televisión se pueda transmitir y mostrar lo que piensa el "otro". En una nación diversa como Colombia, donde la mayoría de la población recurre a la televisión para entretenerse o informarse, es crucial considerar que esta mayoría no es homogénea ni merece ser privada de un único tipo de contenido que limite sus derechos y su creatividad. Los aportes de Gadamer y Kaufmann en el ámbito hermenéutico se reflejan en la legislación colombiana, especialmente en el reconocimiento del valor del diálogo intercultural, la necesidad de una traducción cultural y la defensa del pluralismo en el uso del lenguaje jurídico. Estos conceptos contribuyen a promover la comprensión, el respeto por la alteridad y la convivencia en una sociedad diversa.

CONCLUSIÓN

Para concluir es menester recordar que en esta investigación se indagó en qué medida las consideraciones de Gadamer acerca de la comprensión e interpretación han influido en la justificación del planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre el problema de la interpretación correcta del texto judicial en el Estado constitucional. La hipótesis que se postuló fue que el planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre el problema de la interpretación correcta del texto judicial en los Estados constitucionales está influenciado por la hermenéutica filosófica gadameriana en la medida en que hay una correspondencia entre, al menos, tres postulados de Gadamer, a saber, (1) la historicidad del intérprete y la misma ley; (2) la fusión de horizontes entre intérprete y texto; y (3) la primacía del diálogo en todo ejercicio comprensivo.

La puesta a prueba de este principio de argumentación se orientó por tres vías: 1) se construyó y presentó una interpretación específica sobre el enfoque iusnaturalismo, iuspositivismo y hermenéutica jurídica en la que sobresalieron las diferencias y relaciones respecto al sentido de la interpretación de la norma judicial; 2) se presentó el modo como Gadamer entiende y significa la relación entre comprensión e interpretación; 3) se expuso el planteamiento de Kaufmann en lo concerniente a la interpretación del texto judicial de tal modo que afloró una vía de interpretación diferente frente al iusnaturalismo y al iuspositivismo y se valoró críticamente cómo las reflexiones de Gadamer que atañen a la comprensión e interpretación han influido en el planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre la interpretación correcta del texto judicial.

Desde la primera vía se logró dar cuenta de cómo el derecho tiene una historicidad y cómo es relevante reflexionar sobre las implicaciones del ejercicio interpretativo propiamente. Es por ello que los nuevos enfoques en filosofía del derecho están encaminados hacia comprender y aplicar el derecho acorde al contexto histórico y social, se relegan, así, posturas centradas en lo deductivo y lógico. También se logró evidenciar que la interpretación correcta del texto jurídico implica un proceder práctico y conformador y tener en cuenta los contenidos materiales del texto jurídico mediado por el juicio valorativo y creativo por parte del intérprete. A partir de la segunda vía se evidenció la importancia de los postulados de Gadamer en cuanto desentraña la ontología de la comprensión y, en consecuencia, de la interpretación. Considera, por una parte,

que la aplicación de la ley tiene que tener en cuenta cada situación particular, aplicación orientada por el juez bajo actitudes de justicia y precisión. En la última vía transitada se mostró que Kauffman sigue la vertiente gadameriana en cuanto estima que el juez debe acercarse al texto desde una precomprensión de la particularidad del texto y de su propio lugar como intérprete, rechaza la deducción en cadena cerrada y la tópica; sin embargo, Kauffman se aleja de la hermenéutica filosófica gadameriana al usarla para dar forma a un modelo normativo racional y objetivo que dirija la interpretación jurídica.

Estos resultados permitieron plantear que el pensamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann sobre el problema de la interpretación correcta del texto judicial en las sociedades constitucionales se basa en gran medida en las consideraciones de Gadamer acerca de la comprensión e interpretación. Gadamer argumentó que la comprensión no es una mera actividad cognitiva, sino que también involucra la fusión de horizontes entre el intérprete y el texto que se está interpretando. El intérprete no puede simplemente aplicar un conjunto de reglas preconcebidas para entender el texto, sino que debe tener en cuenta el contexto histórico y cultural del texto, así como su propia perspectiva. Kaufmann adopta esta idea al argumentar que la interpretación del texto jurídico no es una cuestión de aplicar reglas preestablecidas, sino que debe tener en cuenta el contexto histórico y cultural del texto, así como el propósito y la intención del legislador. Además, Gadamer sostiene que el proceso de interpretación es siempre un proceso dialógico entre el intérprete y el texto. En el contexto del derecho, esto significa que la interpretación no es solo una actividad del juez, sino que también implica un diálogo entre el juez y las partes involucradas en el caso. Kaufmann adopta esta idea al argumentar que la interpretación del texto jurídico es un proceso dialógico que involucra tanto al juez como a las partes involucradas en el caso.

En general, las consideraciones de Gadamer han permitido configurar en la justificación del planteamiento hermenéutico jurídico de Kaufmann el problema de la interpretación correcta del texto judicial en las sociedades constitucionales, al argumentar que la interpretación no es una cuestión de aplicar reglas preestablecidas, sino que debe tener en cuenta condiciones sociales e históricas, así como el propósito y la intención del legislador, y que la interpretación del texto jurídico es un proceso dialógico que involucra tanto al juez como a las partes involucradas en el caso. Ambos autores coinciden en que la interpretación del texto jurídico implica tener en cuenta

lo contextual, lo históricos y los valores de la sociedad en la que se produjo, así como en reconocer que la interpretación no es objetiva, sino que está influenciada por la perspectiva y prejuicios del intérprete. Por lo tanto, interpretar correctamente el texto judicial implica una comprensión crítica y contextualizada del mismo. Además, tanto Gadamer como Kaufmann reconocen la importancia de la tradición en la construcción de instituciones y prácticas sociales, y que su interpretación correcta es clave para comprender la importancia de la tradición en la construcción de instituciones y prácticas sociales. La hermenéutica filosófica posibilita comprender las tradiciones dentro de su contexto histórico y cultural, y permite reconocer cómo nuestra perspectiva influye en la interpretación de los textos y prácticas culturales. En particular, la reflexión de Gadamer sobre la importancia del contexto histórico y la tradición, la valoración de la distancia temporal y la conciencia de nuestros prejuicios tienen aplicaciones relevantes en la hermenéutica jurídica. La idea de que la comprensión es un proceso dialógico que implica la fusión de horizontes también ha sido fundamental en la hermenéutica jurídica, permitiendo la reinterpretación constante de los textos legales y la inclusión de nuevas perspectivas culturales y sociales para una comprensión más completa de la ley y su relevancia actual. En definitiva, la reflexión de Gadamer ha ayudado a destacar la importancia de la historia efectual y la conciencia histórica en la comprensión del derecho, así como la necesidad de estar abiertos a nuevas perspectivas y diálogos culturales en la interpretación de la ley y la jurisprudencia en las sociedades constitucionales.

Ambos autores, Gadamer y Kaufmann, enfatizan la importancia del contexto histórico y cultural en la interpretación correcta del texto judicial. Gadamer, a través de la hermenéutica, reconoce la subjetividad del intérprete y la necesidad de una reinterpretación constante y una aplicación contextualizada de la norma. Por otro lado, Kaufmann destaca la necesidad de comprender el sentido de una norma dentro de su situación histórica y la importancia de la jurisprudencia en la aplicación correcta del derecho. La influencia de Gadamer en la propuesta de Kaufmann radica en que ambos autores comparten la idea de que la interpretación no es un proceso objetivo y neutral, sino que está influenciada por la subjetividad del intérprete y el contexto histórico y cultural en el que se produce. Kaufmann se apoya en la teoría hermenéutica de Gadamer para proponer que la norma debe ser interrogada y traída al presente para mostrar sus potencialidades y que la aplicación, tanto judicial como extrajudicial, es la referencia necesaria en el conocimiento jurídico.

En últimas, la propuesta de Kaufmann para la interpretación correcta del texto judicial se basa en la comprensión del sentido histórico de la norma y su contexto, así como en la capacidad de vincular la ley con la jurisprudencia. La hermenéutica propuesta por Gadamer es esencial en esta perspectiva, ya que reconoce la importancia de las determinaciones ontológicas del intérprete, la historicidad y la cultura en el proceso de comprensión y aplicación del texto normativo. Ambos autores comparten la idea de que la interpretación y aplicación del derecho deben ser vistas como un proceso interpretativo y aplicativo que conforma la totalidad del mundo jurídico.

Bibliografía

- Aristóteles. (1985). *Ética Nicomaquea. Ética Eudemia*. Biblioteca Clásica Gredos.
- Arrieta Pabón, J. A. (2011). *Arthur Kaufmann y la hermenéutica jurídica actual*. Universidad Simón Bolívar.
- Bastidas Mora, P. (2009). *El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso en* Revista VIA IURIS, núm. 7, julio-diciembre, pp. 45-59.
- Bobbio, N. (2018). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta.
- Cuchumbé-Holguín, N. J. (2023). Perspectiva dialógica de Gadamer: aporte a una comprensión de la ampliación del contenido de la memoria. *Revista Guillermo de Ockham*, 21(2).
- Cuchumbé-Holguín, N. J. (2022). Diálogo en Gadamer y conformación de comunidad de vida humana en las sociedades democráticas contemporáneas. *Eidos: Revista de Filosofía*, (38), 152-183.
- Cuchumbé-Holguín, N. J. y Calderón-Aráoz, N. E. (2017). El aporte de Gadamer al problema del entendimiento interhumano. *Discusiones Filosóficas*, 18(31), 107-132.
- Cuchumbé-Holguín, N. J. y Molina-Hincapié, S. (2021). Alcance del derecho a la estabilidad reforzada en Colombia: Sentencia SU-049 de 2017. *Entramado*, 17(1), 84-97.
- De Asís, R. (1995). *Los derechos como límites al poder*. Madrid: Dykinson.
- De Asís, R. (1995). *Jueces y normas*. Madrid: Marcial Pons.
- De Asís, R. (2001). *Sobre el concepto y fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Fundamentales, Bartolomé de las Casas, Dykinson.
- Dworkin (1997). *Los derechos en serio*. Trad. Martha Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho.
- Dworkin, R. (2016). *Justicia para Erizos*. Fondo de Cultura Económica.
- Esser, J. (1949). *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*. Springer.
- Esser, J. (1952). Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico. *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (E. Valentí, Trad.). Bosch.

- Esser, J. (1972). *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Athenäum Verlag.
- Gadamer, H. (2017). *Verdad y método*. Sígueme. (Obra original publicada en 1977)
- Gadamer, H. (2010). *Verdad y método II*. Sígueme. (Obra original publicada en 1977)
- Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5 ½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, 46, pp. 199-227.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Hassemer, W. (1963). Der gedanke der “natur der sache” bei Thomas von Aquin. *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie*, 49, 29–43. <http://www.jstor.org/stable/23677685>
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de Derecho* (G. R. Carrió, Trad.). Editorial Abeldo-Perrot.
- Heidegger, M. (2016). *Ser y tiempo*. Editorial Trotta.
- Kant, E. (2011). *Crítica de la razón pura*. Fondo de cultura económica.
- Kaufmann, A. (1957). Naturrecht und Geschichtlichkeit. *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart: eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften*.
- Kaufmann, A. y Hassemer, W. (1971). *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*. Athenäum.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Editorial Universidad Externado.
- Kaufmann, A. (2007). *Hermenéutica y derecho*. Editorial Comares.
- Kaufmann, A. (2016). Entre iusnaturalismo y positivismo. Hacia la hermenéutica jurídica. *ACFS: Uno de 50*, 50, 133-142.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho* (2ª ed.) (R. J. Vernengo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Marquisio, R. (2017). Tres modelos del postpositivismo jurídico. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP, (47), 864-885
- Melgarejo dos santos, J. A. (2013). *El iusnaturalismo y el positivismo jurídico*. Investigación en ciencias jurídicas y sociales. Revista jurídica N°3.
- Osuna, A. (1992). *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid.

- Ortiz Bolaños, L. (2010). *La interpretación constitucional desde la teoría de la razonabilidad*. Revista VIA IURIS, núm. 8, enero-junio, pp. 27-40
- Ortiz Bolaños, L. (2005, agosto). *La razonabilidad de la interpretación jurídica. La teoría de Aulis Aarnio*. Alma Mater. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia.
- Rodríguez-Puerto, M. J. (2011). *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la hermenéutica jurídica*. Editorial Comares.
- Ruíz Alfonso, M.L. (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Editorial Trotta.
- Santos, J. A. (2008). *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*. Editorial Comares.
- Viola, F. y Zaccaria, G. (2002). *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoría ermeneutica del diritto* (2ª ed.). Editorial Laterza.
- Villamil, P. E. (2004). *Estructura de la sentencia judicial*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla Editor.
- Uprimny, R. (1997). *El Estado Social de Derecho: decisión judicial correcta*, en: *Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Uprimny, R. (1998). “*La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho*”, en *Revista Justicia y Juez*, 22, Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Uprimny, R., García, M., et al., (2006). *Los desafíos al Constitucionalismo Liberal del siglo XIX*, en: *Teoría Constitucional*, (En prensa). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sentencias:

- Sentencia T-204 de noviembre de 1997, República de Colombia, Corte Constitucional, Magistrado. Ponente: Cifuentes Muñoz Eduardo.
- Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, República de Colombia, Corte Constitucional, Magistrado. Ponente: Angarita Barón, Ciro.
- Sentencia T-463 de 16 de julio de 1992, República de Colombia, Corte Constitucional, Magistrado. Ponente: Cifuentes Muñoz, Eduardo

Sentencia C-814/01 dos de agosto de dos mil uno (2001), República de Colombia, Corte Constitucional, Magistrado. Ponente: Marco Gerardo Monroy.

Sentencia veintisiete C-804/06 de septiembre de dos mil seis (2006). República de Colombia, Corte Constitucional. Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-331/21 (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). República de Colombia, Corte Constitucional. Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia diez T-327/10 (10) de mayo de dos mil diez (2010). República de Colombia, Corte Constitucional. Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Zaccaria, G. (2004). Dimensiones de la Hermenéutica e interpretación jurídica. En A. Messuti y G. Robles (Ed.) *Razón jurídica e interpretación*. Civitas.

Zaccaria, G. (1988). Ermeneutica e comprensione narrativa. *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, (18), 189-211.

Zaccaria, G. (2010). De nuevo sobre la interpretación y los principios jurídicos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44.