

## ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA.

Rodrigo Wunkhaus Rigart  
Departamento de Filosofía del Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile

La recepción por el Derecho de la hermenéutica general y el consiguiente nacimiento de la hermenéutica jurídica, es un fenómeno de gran trascendencia que ha afectado principalmente a la filosofía y a la teoría del derecho alemanas a partir de los años cincuenta y sesenta y que cada vez adquiere mayor importancia en nuestro propio ámbito cultural. Pero, ¿Qué es la hermenéutica jurídica? ¿Cómo surge la hermenéutica jurídica? ¿Qué se propone? Habrá que considerar algunos interrogantes como estos para dilucidar en algo el misterio que rodea este tema.

En primer lugar, habrá que decir que la hermenéutica general y el derecho se relacionan mutuamente de manera muy fecunda y vivaz. Esto porque se necesitan y complementan recíprocamente. El derecho sirvió a Gadamer de ejemplo y paradigma para sus tesis<sup>80</sup>, quien intenta desde la filosofía un renacer de las ciencias hermenéuticas generales, concibiendo la hermenéutica jurídica inserta en ellas, y el derecho, por su parte, encontró en la hermenéutica un camino, que no el único, para superar creativamente la disyuntiva entre iusnaturalismo y iuspositivismo. Esta disyuntiva se presentó de manera especialmente vehemente en la Alemania de post-guerra, debido a la inoperancia tanto del derecho natural como del iuspositivismo para salvar el estado de derecho del ataque nazi<sup>81</sup>. Después de la derrota del nacionalsocialismo y durante los años de reconstrucción nacional, se intentó volver a los mismos esquemas teórico-científicos pero muy prontamente se comprendió la necesidad de fundar el derecho, tanto teórica y científicamente, como desde el punto de vista de la dogmática, a partir de bases más sólidas, que permitieran asimismo conservar y expandir los aportes y logros que efectuaran el derecho natural y la doctrina del positivismo jurídico<sup>82</sup>. Entre éstos cabe destacar positivamente la exigencia de una justicia material acompañada del rechazo al equiparamiento entre ley y justicia que son, después de la dictadura nacionalsocialista, conquistas permanentes del pensar iusfilosófico alemán. Lo mismo ocurre con el principio "*nulla poena*", que hiciera famoso el propio Feuerbach, y con la exigencia de seguridad jurídica que debemos al positivismo jurídico<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, 2ª edición, Tübingen 1965. *Verdad y Método*, 4ª edición española, Salamanca, 1991.

<sup>81</sup> Cfr. Kaufmann, Arthur, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*. JURISTENZEITUNG (11):338-341.1975.

<sup>82</sup> *Ibid.* En el mismo sentido, Werner Maihofer (editor), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* 1962, parte introductoria, *passim*.

<sup>83</sup> Cfr. Welzel, Hans, *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, 1963, pág. 74 y sigs. *Asimismo, El problema de la validez del derecho. Una cuestión límite del derecho*, en: *Derecho injusto, derecho nulo*, Madrid, 1971, pág. 78 y sigs.

En este orden de ideas se hace plenamente comprensible la exigencia que hiciera Werner Maihofer, por el año 1962, de "seguir la vía de una nueva fundamentación del Derecho que pase a través del derecho natural y del positivismo jurídico"<sup>84</sup>.

Partiendo de este postulado, que tuvo características de consenso, las distintas corrientes del pensamiento jurídico alemán se han hecho cargo de esta cuestión de muy diversos modos, ese, sin embargo, es un asunto que sería lato analizar en esta oportunidad. A pesar de ello, cabe señalar, a título de ejemplo solamente, que la "naturaleza de la cosa" sea como "fuente de derecho", como "derecho natural concreto" o como raciocinio en el sentido de Radbruch, las estructuras lógico-materiales, la tópica, la lógica, la teoría crítica y la filosofía analítica constituyen también esfuerzos en este sentido<sup>85</sup>.

Coincidentemente, a fines de la década de los 50 la filosofía hermenéutica goza de un nuevo impulso, a través de las obras de Emilio Betti<sup>86</sup> y de Hans-Georg Gadamer<sup>87</sup> que cristalizan en la hermenéutica jurídica con gran éxito.

La ontología hermenéutica y su expresión jurídica, pretenden superar el positivismo jurídico y el derecho natural, afirmando que el derecho concretamente justo es el producto de un proceso histórico en el que interviene creativamente el intérprete. Ello es así, porque la ley no es un dato dado al intérprete, ella sólo adquiere significación cuando se la relaciona con un hecho material y éste, a su vez, solamente adquiere significación jurídica cuando se le ve a través del prisma de algún tipo legal. La conducta se califica jurídicamente porque sabemos que existe tal o cual norma que regula esa conducta, y al mismo tiempo, la ley adquiere significado precisamente, porque se puede aplicar a tal o a cual conducta.

Para llegar a estos postulados la hermenéutica jurídica debió, en primer lugar, destruir la ideología de la subsunción. En efecto, ésta postula que la aplicación e interpretación de la ley al caso concreto material es sólo un acto de lógica formal, porque la decisión del asunto controvertido ya se encuentra en la premisa mayor del silogismo judicial, vale decir, en la ley, luego, sólo debemos incluir en la premisa menor el hecho típico, o sea, las circunstancias materiales de la vida para obtener la solución justa adecuada al caso concreto. Se trataría de esta manera, de una operación aséptica, clínica, en la que el intérprete sólo "aplica" la ley y "dice" el derecho.

Fue sobre todo Coing<sup>88</sup> quien, siguiendo por ejemplo a Betti<sup>89</sup>, Bollnow<sup>90</sup>, Gény<sup>91</sup> y también a Gadamer<sup>92</sup>, convirtió en el eje de su doctrina de interpretación la

<sup>84</sup> Maihofer, Werner (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, introducción pág. 10.

<sup>85</sup> Cfr. Kaufmann, A. Op. Cit., pág. 338 y sigs.

<sup>86</sup> Cfr. Betti, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, 1955.; *Zur Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft*, en: *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Paul Böckelmann, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug (eds.) 1969.

<sup>87</sup> Cfr. Gadamer, H. G. Op. cit., *passim*; *Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe*, en: *Rechtstheorie* 9, (1978).

<sup>88</sup> Cfr. por ejemplo, la clasificación de Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3aEd. (1976), pág. 309 y sig. ; del mismo autor, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* 1959.

fragmentariedad e imperfección de las leyes, poniendo de manifiesto la tensión entre la vinculación del juez a la ley y su función creadora de derecho<sup>93</sup>. Con ello quedó formulado el problema que enfrenta hasta hoy la hermenéutica jurídica, y que fuera resuelto precipitadamente y con radical exageración por la doctrina del derecho libre:<sup>94</sup> el problema del tratamiento correcto de la ley, de su aplicación correcta al caso. Este problema sólo se presenta cuando no se supone que la ley contenga la posibilidad de decisión del caso, a la manera de una prolongación meramente deductiva de la misma, si no se acepta la ley como fundamento de conclusiones (tauto)lógicas: si se comprende como decisión no unívoca, incompleta y abierta al futuro. Sólo entonces hay motivo para reflexionar sobre el rol productivo de aquel que "interpreta" o "aplica" la ley, y para investigar acerca de los criterios de interpretación o de aplicación correctos.

En este momento, y como segundo punto sería interesante analizar someramente algunas de las tesis que formulara la hermenéutica general y que fueran adoptadas por la hermenéutica jurídica. Inmediatamente surge la temática del círculo hermenéutico y de la precomprensión.

Según Gadamer toda comprensión contiene siempre un momento creativo. Comprender no sólo es un comportamiento reproductivo, sino también productivo. El sentido de un texto siempre será determinado, también, por la situación histórica particular del intérprete<sup>95</sup>. El aporte que hace la situación histórica del intérprete al sentido de un texto es hecho por la precomprensión del propio intérprete.

El concepto de precomprensión es el central y fundamental en la hermenéutica. No puedo, en este lugar, acceder a un análisis detallado de este concepto (que sobre todo en la hermenéutica jurídica es polivalente)<sup>96</sup>. Dentro del contexto que estamos analizando, es suficiente con identificar la precomprensión con las expectativas respecto del sentido que se forma el intérprete. El texto sólo devela su sentido en el sentido de la

<sup>89</sup> Betti, E. *Op. Cit. passim*, 1955; *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962.

<sup>90</sup> Bollnow, *Das Verstehen. Drei Aufsätze zur Theorie der Geisteswissenschaften*, 1949.

<sup>91</sup> Gény, F. *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 21 Ed. (reimpresión 1954).

<sup>92</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, pág. 228 y sigs.

<sup>93</sup> Coing, H. *sobre todo Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pág. 329 y sig., 334 y sig.

<sup>94</sup> Cfr. *sobre todo Kantorowicz, Herrmann. (pseudónimo Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; a este respecto, Coing, H., pág. 334 y sig.; Kaufmann, A., *Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre*, en *Juristische Schulung*, 1965, pág. 1 y sig., también de mismo autor, en: *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2ª Ed. (1984), pág. 231 y sigs.

<sup>95</sup> Gadamer, H. G. *Wahrheit und Mahrheit*, pág. 280.

<sup>96</sup> Cfr. Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl*, *passim*; Rottleuther, H, *Richterliches Handeln*, Frankfurt/M. 1973, pág. 33 y sig.; *ibid.*, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, pág. 19 y sig.; U.Schroth, *Probleme und Resultate der Hermeneutik-Diskussion*, en: Arthur Kaufmann/W. Hassemmer (eds); *Einführung in Rechtsphilosophie and Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg/Karlsruhe, 1977, pág. 197 y sig.

pregunta determinada que se le formule<sup>97</sup>, y ello sólo porque el intérprete espera una contestación del texto, precisamente, al interrogante que formuló. Las diferentes expectativas respecto del sentido conducen a diferentes interpretaciones del mismo texto. El texto carece de un significado "en sí". Sólo tiene significación en relación con una pregunta determinada. La respuesta que el texto ofrece al intérprete, puede modificar las expectativas de sentido de este último. Como escribiera Arthur Kaufmann la "comprensión de un texto es un proceso ambivalente-productivo; en tanto que el intérprete penetra en el proceso de entender, a través de sus "pre-esbozos", provoca que el texto sea otro que el que fuera anteriormente, pero al mismo tiempo, el propio texto opera como causa en el interprete, en su entendimiento ...<sup>98</sup>". Entonces, el texto a ser comprendido no es un objeto que esté frente al intérprete, y cuyo sentido objetivo éste tenga que descubrir. El sentido del texto se produce recién, durante el proceso cognoscitivo, en relación a la situación histórica del intérprete y a la pregunta que éste le haya formulado. Queda a todas luces claro, que esta concepción de la comprensión va más allá del tradicional esquema gnoseológico del sujeto-objeto.

En vez de utilizar este esquema, Gadamer adopta el esquema de una conversación como modelo de la hermenéutica. "Es verdad que el texto no nos habla como una persona. Nosotros, los que comprendemos, debemos hacerlo hablar, a partir de nosotros mismos".<sup>99</sup> El texto sólo adquiere significado para nosotros, en vista de la pregunta que le formulemos.

Al parecer, es justamente esta concepción de la comprensión la que más corresponde a las intuiciones del jurista. Se trata, sobre todo, de que el sentido de un texto legal se deveda frente al jurista en relación con un caso práctico (real o ideado), a decidir. Así, la interpretación jurídica siempre está referida al caso. Su núcleo consiste en la confrontación del texto de la ley con el caso. Esta confrontación se realiza en la formulación de la pregunta. El jurista interroga el texto legal en relación a un caso dado. Su pregunta está determinada por las expectativas de sentido que él desarrolle, y especialmente, por la expectativa de que precisamente el texto interrogado sea el que le brindará la respuesta. La respuesta que el texto dé al jurista puede modificar las expectativas de sentido que éste haya tenido, y en particular, puede conducir a una nueva descripción del caso que condiga más con el sentido del texto. De esta manera, la comprensión siempre es circular. La interpretación es una compenetración desarrollada en el tiempo, ella confronta al intérprete con sus condicionamientos históricos y al texto legal con un intelecto en un proceso de cambio.

El círculo hermenéutico en buena parte excluye la posibilidad de medir la corrección de la interpretación, es más, llega a negar la existencia de una sola lectura correcta.

Josef Esser<sup>100</sup> es el estudioso que intenta superar desde una teoría de la praxis de la aplicación del derecho la falta de criterios explícitos en la aplicación del mismo

<sup>97</sup> Gadamer, *Wahrheit und Methode*, pág. 352.

<sup>98</sup> Kaufmann, A. *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, pág. 92.

<sup>99</sup> Gadamer, H.G., *Wahrheit und Methode*, pág. 359.

<sup>100</sup> Cfr. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*:

(*Rechtsfindung, Rechtsfortbildung*). Puesto que el círculo hermenéutico consiste en que el intérprete se aproxima al texto con una anticipación de sentido o precomprensión dada por su historia efectual y el texto reacciona en el mismo sentido de esa precomprensión, modificándola, lo que a su vez, modifica la lectura del texto y así sucesivamente *ad infinitum* (nosotros ponemos fin a este proceso arbitrariamente cuando dejamos de leer), carecemos de criterios explícitos y universalmente válidos de contrastación y control de la interpretación y aplicación jurídicas. Este mismo hecho, que no exista un método universalmente válido de interpretación que ya fuera puesto de manifiesto por Savigny<sup>101</sup> nos obliga a buscar algún criterio para justificar la elección de determinado método de interpretación con la correspondiente fundamentación de su estatuto metodológico. Se trata de "hacer inteligible y conferir racionalidad al proceso de aplicación del derecho"<sup>102</sup>. Para ello se necesita de algún grado de consenso y de racionalidad que justifiquen las valoraciones sociales contenidas en la precomprensión. En este sentido se puede afirmar que Esser se adscribe a una corriente más bien metodológica, él pretende que el intérprete o aplicador del derecho (su interés es eminentemente práctico) justifique la elección del método por él utilizado. Además, la solución interpretativa del caso será una entre varias posibles que se tienen a la vista a la hora de decidir cuál de ellas es la adecuada. El criterio de elección deberá estar determinado por la expectativa de solución contenida en el ordenamiento jurídico todo y no en la norma particular y, en este sentido, la elección adoptada finalmente se hace contrastable y susceptible de mayor control y crítica. En esto entronca más bien con Kaufmann como se verá más adelante.

De esta manera se habla de círculo hermenéutico para designar el fenómeno total y de precomprensión para hacer referencia al intérprete y a la tradición de la que es parte. A este propósito resulta muy gráfico el símil que estableciera Engisch<sup>103</sup> del "constante ir y venir de la mirada entre la premisa mayor (o sea, norma legal) y hechos materiales" (o circunstancias materiales de la vida -*Lebenssachverhalte*- en la expresión alemana), que ejemplifica el círculo hermenéutico, en tanto que la precomprensión se simboliza con la figura del lector cuyo entendimiento tiene que ser algo más que una tablilla de cera inmaculada para que logre comprender algo de un texto dado.

Sin embargo, cabe señalar que en la hermenéutica jurídica es posible distinguir entre una hermenéutica jurídica metodológicamente orientada y otra de inspiración filosófica. La primera está representada en Alemania, además de por el ya citado Josef Esser<sup>104</sup>, por los nombres de Karl Larenz<sup>105</sup> y Martin Kriele<sup>106</sup>. A pesar de que en este

*Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. 2a edición Frankfurt/M. 1972.

También, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts*. *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, phil. Hist. Klasse*, 1979.

<sup>101</sup> Friedrich Carl Von Savigny *Methodenvorlesung*" 1802, 1803. También conocido como el "curso de invierno".

<sup>102</sup> Cfr. Esser, J. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, pág. 116.

<sup>103</sup> Cfr. Karl Engisch. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* 31 edición (1963), pág. 15.

<sup>104</sup> Esser, J. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. 2a edición 1972.

trabajo carecemos del espacio suficiente para entrar en detalles, podemos decir que como rasgos comunes de una hermenéutica jurídica entendida desde la metodología, ella contiene la convicción que si se sigue adecuadamente un procedimiento metodológico correcto se alcanzará una comprensión "correcta" o "adecuada" al caso, pero que esta misma convicción convive con su aparente contradicción, que dice que la comprensión es un arte, en el sentido que no puede ser enseñada y que las reglas que se formulan a ese efecto sólo tienen el valor que justamente tienen las reglas procedimentales en el arte; de instrucciones de carácter general que desde el momento que se sigan al pie de la letra excluirán todo momento creativo, aniquilando de esa manera lo propiamente artístico, lo más verdadero del arte, en este caso de la interpretación. Esta pugna entre concepciones opuestas se ve plasmada con mayor o menor eclecticismo en la obra de los autores recién mencionados. Otro elemento común hace referencia a la concepción que se tiene de la relación entre norma legal y supuesto fáctico. Esta relación se puede parafrasear como "adecuación", "correspondencia", "necesidad de". Norma y situación fáctica (que según la metodología tradicional sólo se unirían tras la subsunción deductiva de la norma al caso) tienen que relacionarse paulatinamente en el acto de la obtención del derecho (de su interpretación y aplicación), deben desarrollarse concretizándose mutuamente y por lo mismo, que necesariamente se presuponen. Con ello se dinamiza la relación entre norma y circunstancias materiales. La aplicación de la norma deviene concreción de la misma (por aplicación a las circunstancias materiales); la decisión sobre las circunstancias materiales deviene asimismo, constitución del mismo (con el auxilio de la norma). Norma y circunstancias materiales se producen el uno al otro mediante el proceso de aplicación de la norma y de decisión del caso real, respectivamente.

Por otro lado, la hermenéutica jurídica desde la filosofía del derecho, representada sobre todo por Arthur Kaufmann, hace hincapié en la analogicidad del ser como fundamento ontológico para rechazar la contraposición del "ser" frente al "deber-ser", ese dualismo metodológico de Kant que subyace tanto al iuspositivismo como a las doctrinas del derecho natural racionalista. De la misma manera la analogicidad del conocimiento establece un puente que permite relacionar mutuamente la norma jurídica con las circunstancias materiales de la vida<sup>107</sup>, "La separación metodológica dualista entre ser y deber ser es el resultado de una abstracción, en la realidad, en la realidad jurídica, esta separación no existe"<sup>108</sup>. El derecho es una realidad que debemos conformar creativamente, el derecho y la ley no son lo mismo, la ley es posibilidad de derecho pero no el derecho mismo. Aquí interviene el segundo gran elemento de la hermenéutica iusfilosófica de Kaufmann: la historicidad. Efectivamente, si la ley no es

<sup>105</sup> Karl Larenz "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" 4ª edición 1978. Traducción castellana de Marcelino Rodríguez Molinero Metodología de la ciencia del derecho. 2a edición, Madrid, 1994.

<sup>106</sup> Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2a edición. 1976.

<sup>107</sup> Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965. Traducción castellana de Enrique Barros Bourie "Analogía y "naturaleza de la cosa", Santiago, 1976.

<sup>108</sup> Kaufmann, A. *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, *Juristenzeitung*, pág. 339. 1975

el derecho, para crear el derecho debemos agregar algo más que la ley. Y como la ley se refiere a casos concretos, materiales situados históricamente, deberemos concretar, adecuar la ley a-histórica a una realidad que casi es solamente historia, ese es justamente el momento creativo de adecuación del que surgirá el derecho real, histórico. En este punto Kaufmann enlaza con Gadamer pues para el primero, y aquí me permitiré citarlo *in extenso*. "La metodología tradicional está completamente equivocada cuando cree hallar la respuesta a la cuestión sobre la "opinión" de la ley en la "interpretación" de la propia ley. En verdad, siempre deberá también consultarse la situación fáctica (aunque deba para ello, imaginársela), para ver si se encuentra en ella el texto de la ley, porque de otra forma, la comprensión de la adecuación (*adaequatio*) entre los hechos y el texto jurídico sería imposible. La comprensión de textos, entonces, no es un actuar puramente receptivo, sino una actuación práctica, configuradora. Y recién a través de ese actuar se hace este derecho histórico, concreto."<sup>109</sup>

Mientras que para Gadamer la cuestión fundamental sigue siendo cómo es posible la comprensión, para él la hermenéutica es la teoría de las condiciones trascendentales de la comprensión, de aquellas condiciones dadas al intérprete aplicables a toda praxis humana. Comprender para Gadamer tiene un estrato ontológico, es un modo de ser-en-el-mundo, una tendencia fundamental en el hombre<sup>110</sup>. Así, Gadamer rechaza expresamente una interpretación normativa de sus tesis, de la misma manera que niega la posibilidad de una "interpretación correcta" de un texto. Asimismo rechaza la separación estricta entre sujeto-objeto al formular la tesis de la pertenencia del intérprete a la tradición. Se impone la cuestión de cómo se debe entender la tesis gadameriana de la pertenencia del intérprete a la tradición, en relación a la interpretación jurídica. Pareciera que el propio Gadamer equipara la pertenencia del intérprete a la tradición, con la obligación de ajustarse a la ley que tiene el mismo<sup>111</sup>. Esta tesis no es completamente unívoca. Se puede suponer que, según Gadamer un texto sólo puede ser comprendido en su pretensión de veracidad o de vigencia<sup>112</sup>. Para poder comprender, el intérprete debe presuponer que el texto tiene algo verdadero o legítimo que informar. Esta condición de la comprensión es especialmente notoria en la interpretación jurídica. Como dice Gadamer "...es esencial para una posible hermenéutica jurídica, que la ley ate en igual forma a todos los miembros de una comunidad jurídica. Donde ello no ocurre, como acaso en el absolutismo, donde la voluntad del soberano absoluto está sobre la ley, no puede haber hermenéutica, porque el soberano no pertenece a la ley y no reconoce su pretensión de vigencia"<sup>113</sup>. Así, la interpretación sólo es posible desde un "*internal point of view*", o sea, desde la posición del intérprete que reconoce para sí y para todos, la pretensión de vigencia del orden jurídico. El observador imparcial no se encuentra en una situación hermenéutica. La posición de los juristas al interior del orden jurídico es para Gadamer un ejemplo de la situación del intérprete al interior de la tradición o de la cultura. Sólo

<sup>109</sup> *Ibid.*, pág. 339 y 340.

<sup>110</sup> Gadamer, H.G. *Wahrheit und Methode*, pág. 244.

<sup>111</sup> Así, expresamente, H. G. Hinderling, *Rechtsnorm, und Verstehen*, Bern 1971, pág. 19.

<sup>112</sup> Gadamer, H. G. *Wahrheit und Methode*, pág. 276. Véase tb. (en relación con Schleiermacher y con Dilthey) Karl-Otto Apel, *Transformation der Philosophie*, tomo 1, pág. 337.

<sup>113</sup> Gadamer H.G., *Wahrheit und Methode*, pág. 312.

aquél, que está en esa situación es capaz de comprender. Un fenómeno cultural extraño no es comprendido mientras el intérprete no logre adquirir una conciencia de la historia efectual apta para la tradición ajena. Un orden jurídico ajeno será malentendido mientras el intérprete no reconozca su pretensión de vigencia.

El propio Kaufmann coincide con Gadamer en este punto, aplicándolo a la hermenéutica jurídica: fuera del proceso comprensivo no puede existir una "justicia objetiva"<sup>114</sup>. La "objetividad" de las ciencias naturales no constituye un ideal posible para la ciencia del derecho<sup>115</sup>. En este contexto hay que comprender las teorías procedimentales de la justicia con las que Kaufmann siente gran afinidad<sup>116</sup>. A este propósito Arthur Kaufmann propone, desde una perspectiva típicamente hermenéutica, la convergencia como criterio de rectitud o de veracidad de un juicio, esta es la "teoría de convergencia respecto de la verdad", y consiste en que una pluralidad de sujetos independientes entre sí hayan llegado, respecto al mismo objeto, a resultados convergentes en cuanto al fondo, ella descansa sobre la tesis que el componente subjetivo de todo conocimiento proviene de otra fuente, en tanto que el componente objetivo viene del ser mismo de las cosas<sup>117</sup>. Lo que viene a relacionarse de manera muy fructífera con la "naturaleza de la cosa" y las estructuras lógico-materiales en el sentido de Hans Welzel o de Stratenwerth<sup>118</sup>. Cabe asimismo, hacer notar que la hermenéutica jurídica coincide con la teoría analítica en estimar en alto grado la exactitud, transparencia y control del análisis de textos normativos, y difiere de ella en que no cree que ello, por sí sólo, sea garantía suficiente de la aplicación justa, adecuada, de la norma legal a los hechos. Para ello se requiere tener en cuenta las expectativas de corrección o justicia y de consenso<sup>119</sup> como presupuestos de control y de legitimación hermenéuticos<sup>120</sup>.

La precomprensión del intérprete, la fundamentación ontológica del círculo hermenéutico, la exigencia de valores históricamente adecuados y su rechazo tanto del derecho natural suprallegal, petrificado fuera de la realidad histórica, como de la ley sin referencia valórica, sin olvidar la "teoría de la convergencia respecto a la verdad" son algunos de los aportes que puede hacer la hermenéutica jurídica para relacionarse creativamente con otras teorías, con el objeto de intentar una superación de las doctrinas del derecho natural y del iuspositivismo, que recoja los aportes que estas teorías han hecho al derecho. Estas son, asimismo algunas de las razones históricas que

<sup>114</sup> Kaufmann, A., *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus*, pág. 341.

<sup>115</sup> *Ibid*

<sup>116</sup> Kaufmann, A. *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 1965, y Kaufmann /Hassemer editores, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971. De este último existe traducción castellana a cargo de Gregorio Robles bajo el título: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, 1992.

<sup>117</sup> Kaufmann, A. *Gedanken zur Überwindung des Rechtsphilosophischen Relativismus*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 46 (1960), pág.123 y sigs.

<sup>118</sup> Günther Stratenwerth, "Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", 1957.

<sup>119</sup> Cfr. En el mismo sentido, Esser, J. *Vorverständnis und Methodenwahl*, pág. 118.

<sup>120</sup> Winfried Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72, (1986) pág. 198.



explican por qué los filósofos del derecho, en el decir de Gizbert Studnicki, "se sienten obligados a tomar partido a favor o en contra de la hermenéutica"<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> *Tomasz Gizbert-Studnicki, Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 73, (1987), pág. 476.*