

La interpretación

Por JOSEF ESSER

Tubinga

Traducción de MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

NOTA PRELIMINAR

El texto de J. Esser sobre la interpretación en el Derecho, que aquí ofrecemos en traducción directa del original alemán, corresponde íntegramente al capítulo V de su libro Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Precomprensión y elección de método en el hallazgo del Derecho aplicable), publicado en 1970 (Frankfurt a. M., Athenäum). Se trata de un libro que fue resultado de un seminario dictado en la Universidad de Tubinga en el semestre de verano de 1969 sobre «el método jurídico de la praxis judicial». Su tema central es, por tanto, la metodología de la praxis judicial, o, como reza el subtítulo del libro, «las garantías de racionalidad de las decisiones judiciales».

En el desarrollo de este tema central Esser trata en los cuatro primeros capítulos, y por este orden: del Derecho como programa ordenador de la vida social, de su conocimiento y del deber de obedecerlo; del objeto correspondiente a la labor de hallazgo del Derecho aplicable; de la aplicación del Derecho y el proceso de subsunción; y de la comprensión de la ley y el hallazgo del Derecho aplicable «a partir de la ley». Después del capítulo dedicado al tema de la interpretación, Esser se ocupa en otros cuatro capítulos de la convicción de rectitud del juez, del camino a seguir para el desarrollo del Derecho, de la libertad y la vinculación del juez en el proceso de hallazgo del Derecho aplicable, y, por último, de la teoría del sistema y la problemática del consenso. Como es obvio, el texto de este capítulo sobre la interpretación no puede ni debe ser separado de este conjunto al que pertenece. Lo cual no implica que no sea un gran acierto de la dirección del «Anuario» haberlo elegido para ser publicado en este número en espera de que algún día se traduzca todo el libro, hecho que prestaría un gran servicio a nuestra práctica judicial, tan necesitada de libros como éste.

Al ser esta obra resultado de un seminario o curso monográfico profesado por el autor ante un público altamente especializado, y preferentemente de un público dedicado, o por lo menos orientado, a la carrera judicial, su redacción no siempre es tan cuidada como la de una obra expresamente preparada y escrita para ser publicada, cual ocurre, por ejemplo, con la obra fundamental de Esser *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Principio y norma en el desarrollo judicial del Derecho privado). Este hecho constituye sin duda la primera dificultad, y por cierto no pequeña, con que se encuentra el traductor, como advierten ya los traductores italianos del libro, quienes además subrayan con razón el complicado léxico utilizado por el autor. Y es que Esser recurre aquí por lo menos a cuatro tipos de lenguaje, que a veces es fácil diferenciar, pero que otras veces no lo es tanto, porque se entrecruzan y mezclan con pasmosa y sinuosa complejidad, pudiendo inducir a equívocos al lector no familiarizado con estos cambios de terminología; esto seguramente no ocurriría con los destinatarios directos del curso monográfico que dio origen al libro, pues se entrevé que esto precisamente pudo haber sido uno de los principales alicientes de su notable éxito. Estos cuatro tipos de lenguaje son, por orden de frecuencia, y si se quiere también de importancia, los siguientes: en primer lugar el lenguaje jurídico tradicional, tanto de la doctrina como de la práctica jurídicas germanas; en segundo lugar el lenguaje de la Sociología, particularmente de la Teoría del conocimiento social, que, como es sabido, constituye una de las preferencias o «debilidades» del jurista Esser; en tercer lugar el lenguaje de la Hermenéutica moderna al estilo de H. G. Gadamer y sus continuadores; y, en cuarto lugar, al lenguaje de la Teoría del sistema en la versión de N. Luhmann, al que cabe añadir el recurso no infrecuente al lenguaje de los «ordenadores», con sus rótulos informatizados. Naturalmente que el traductor, si quiere reproducir en su pureza original el pensamiento del autor, ha de tener muy en cuenta estas peculiaridades y hacer un esfuerzo por mantenerlas en su propio idioma, si éste se lo permite y dispone de términos adecuados para ello, cosa que nadie podrá negar a nuestro idioma.

He tenido muy en cuenta en mi trabajo la traducción italiana, ya mentada, del libro de Esser, hecha por los juristas S. Patti y G. Zaccaria, con el título *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto* (Napoli, 1983), quienes, a pesar de su excelente labor, no siempre parecen advertir los diversos juegos de lenguaje utilizados por el autor, que condicionan radicalmente la elección de los términos.

Sólo algunas indicaciones sobre algún que otro término. La primera y principal se refiere al término clave «*Rechtsfindung*», que, después de no pocas dudas y consultas, traduzco por «hallazgo del Derecho aplicable», como el mismo Esser indica al utilizar

ciertos giros que expresan el mismo concepto u otras palabras que considera sinónimas. Es equivocado traducirlo por «creación del Derecho», como se ha hecho con frecuencia; el mismo Esser, al igual que Larenz y otros más próximos a su postura doctrinal, distingue claramente «Rechtsschöpfung», con su sinónimo «Rechtsschaffung» (creación del Derecho), y «Rechtsfindung»; tampoco me parece acertado traducirlo por «proceso de individualización del Derecho», como hacen los traductores italianos, pues la individualización es un concepto mucho más reducido. En segundo lugar me he decidido a traducir «Rückinformation» por «retroinformación», en vez de por «información previa», como en un principio había optado; en cambio, prefiero traducir «Rückbindung» por «vinculación previa» o «previa vinculación», en vez de por «retrovinculación», que sería más exacto; la razón es que las citadas expresiones cuadran perfectamente en el contexto y son más inteligibles por los juristas, a los que en definitiva va dirigido el texto. Por último traduzco los términos sinónimos «Nachvollziehung» y «Nachvollzug» por «repetición», por ser ésta una palabra que se utiliza en Sociología con traducción ya aceptada y estimo que muy acertada; jurídicamente pudiera parecer más clara la palabra «reproducción» (del hecho, del concepto), pero aquí me parece menos adecuada.

Estos tres ejemplos son una muestra evidente de lo difícil que es a veces traducir fielmente textos alemanes. Desde siempre he tenido presentes las agudas observaciones del ilustre penalista y amigo, cuya memoria y cuyo recuerdo ennoblece a todos los que de su saber se beneficiaron, el prof. A. Quintano Ripollés, quien, refiriéndose a las peculiaridades del idioma alemán, advierte: «Permite éste, y de ello usan y abusan no pocos tratadistas, la construcción de expresiones que, por la añadidura de prefijos y sufijos, pueden ocasionar sustanciales alteraciones en su prístino significado. Los neologismos nacen y mueren en Alemania con una facilidad que desafía todo ensayo de rigurosa catalogación. Por otra parte, y ésta es otra de las prevenciones a tener en cuenta, la terminología científica alemana es frecuentemente objeto de la más dispar apreciación en las diferentes escuelas y aun en los distintos autores». (Cfr. Diccionario de Derecho comparado, alemán-español [Madrid, Rev. Der. Priv., 1951], p. XV). Lo que en modo alguno cabe exigir al traductor es que convierta en fácil un texto cuyo autor eligió la vía difícil al redactarlo, a no ser que se proceda con mala fe, y esto en una parcela del saber tan reducida y necesitada de apoyos como la Filosofía del Derecho. ¡Como si todo lo que se escribe originalmente en el propio idioma fuera tan elegante por lo sencillo como la prosa de Azorín! ¡O como si fuera muy encomiable la pericia de traducir cierta expresión italiana por «aquél de...», «aquéllo de...» o «aquélla de...». Aunque tampoco se debe pedir demasiado a quienes se atreven a censurar como erróneos los juicios del prof. F. González Vicén sobre el

formalismo y positivismo jurídicos decimonónicos, que tantos senderos luminosos mostraron a quienes luego hubimos de transitar por los mismos parajes.

He notado en el texto original algunas erratas, como la de «Naturale» por «Neutrale», amén de otras de mero error gramatical, que he procurado subsanar en la traducción. M. R. M.

1. RACIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD

El campo de fuerzas de la disputa sobre las posibilidades y vías para la racionalización del hallazgo del Derecho aplicable, en el sentido de exteriorización no subjetiva tanto de la opinión como de la voluntad, es la interpretación. Esta, como vía para comprender y hacer comprensibles normas previamente dadas, pero no aplicables mecánicamente, es la esperanza que por doquier se tiene —aunque en direcciones totalmente diferentes— en la posibilidad de hacer transparente y de racionalizar el proceso de aplicación del Derecho. La interpretación es también tema central tanto para aquéllos que consideran que la aplicación es sólo un problema de observancia de las normas y, en todo caso, de concreción con diversas fases, como para aquéllos que propugnan una comprensión menos jerárquica del proceso de hallazgo del Derecho aplicable, para la cual la norma surge conjuntamente del Poder legislativo y del Poder decisorio. En todo caso «la ley», como programación, no es clara o es incompleta en muchos aspectos y dependen de la *retroinformación obtenida del proceso de aplicación*.

En ambas concepciones la dogmática juega un papel clave. El pensamiento aplicativo tiene que poner en primer plano la conceptualidad como garante de la capacidad funcional del sistema. De ella únicamente depende la eficacia de las indicaciones y programaciones legales y, por cierto, no sólo semántica y constructivamente, sino también con miras a la necesaria impermeabilización de las posibilidades de decisión jurídica autónoma frente a expectativas sociales complejas; es decir, mediante el efecto de «absorción» de las expectativas de decisión, que jurídicamente tienen que ser defraudadas por necesidad. Por este motivo Luhmann (1) aboga por una aplicación puramente dogmática de la ley y ofrece la ayuda de la Sociología analítica funcional para una técnica interpretativa de tal índole, que posibilite liberarse de concepciones ligadas a la tradición, en beneficio de nuevas alternativas y de equivalentes funcionales de la

(1) *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AöR 91 (1969), p. 1 ss.

resolución dogmático-jurídica de los conflictos. Pero cabe preguntar si una Sociología, que no parte de presupuestos valorativos, puede en absoluto decir qué cosas pueden ser «equivalentes funcionales» de los intentos de solución hasta ahora existentes. La previa vinculación a metas ordenadoras sistemáticas, a comprensiones predogmáticas de los cometidos, se deja aquí al margen de manera ilógica —ilógica porque la retroinformación que se exige para la autonomía del sistema, no puede ser pensada sin que las concepciones de la «absorción» se hagan también efectivas en la obra legislativa y sin su diferenciación y modificación críticas—.

Para la concepción opuesta, a saber, la de la responsabilidad de la decisión en el proceso de hallar el Derecho aplicable, el sistema, mediante su dogmática, es «autónomo» sólo provisoria y heurísticamente en el sentido de reducción selectiva de la complejidad. El jurista, a quien no están «prohibidas» las miradas entre bastidores» (2) de la decisión político-jurídica, sino que precisamente le están encomendadas, está obligado, por una parte, a aprovechar el alto grado de abstracción de la formación de los conceptos jurídicos y de su dogmática; pero, por otra parte, en su comprensión de la confrontación del caso concreto con la norma, está obligado a no reducirla a lo formal, sino a hacerla valorativamente fecunda. Tampoco para esta concepción de la responsabilidad del hallazgo del Derecho aplicable está excluido el peligro de un pensamiento jurídico instrumental, es decir, en tanto siga siendo ficticia la dirección de aquel control político-jurídico, ya sea por apelar a la «fidelidad a la ley» o por «salvaguardar una razón suprapersonal», ya sea por sumisión ideológica al programa político respectivo. En ambos casos la «interpretación ilimitada» hecha posible por un modo tal de hallazgo del Derecho aplicable, no controlado racionalmente, puede conducir a una deformación de la meta e incluso a una total perversión del Derecho y de sus propios presupuestos como Derecho (3). La utilidad de esta concepción amplificadora de la interpretación depende, en consecuencia, de que se indiquen las vinculaciones racionales de la precomprensión judicial a postulados de justicia no manipulables. En caso contrario, toda teoría que abogue por una interpretación objetiva y no encadenada a la voluntad del legislador, se ganaría el reproche de desencadenar el pensamiento jurídico instrumental.

En el curso de nuestras reflexiones han aparecido testimonios suficientes a favor de la necesidad y de la ubicuidad de un recurso judicial a criterios de justicia compatibles con el sistema, un recurso que está libre de apelar tanto a dogmas supuestamente irrefutables como a un desenvolvimiento histórico del contenido

(2) N. LUHMANN, o. c., p. 17.

(3) Sobre ello BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968.

del precepto hipotéticamente legitimado por el espíritu de la época. Este punto de vista crítico respecto al enjuiciamiento de la rectitud de una concepción jurídica se fundamenta en la situación mediadora, entre la norma y el conflicto social, de quien aplica el Derecho. La cual postula, frente a ambos horizontes, un acto de interpretación objetiva. 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.

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 sólo tienen relevancia en posibilidades alternativas de solución.

Con esto, sin embargo, no desaparece la necesidad de proceder con energía, trascendiendo la comprensión de la ley, a la com-

(4) Sobre ello *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), p. 257 ss.

preensión del Derecho. La precomprensión técnica deviene problemática si se examina la «utilidad» de la concepción dogmático-jurídica en cualquier situación de duda o de decisión y se guía selectivamente (aunque no directamente de modo finalista) la posibilidad de interpretación en el momento de elegir los criterios de interpretación. En este primer y más importante grado de la tarea interpretativa y constructiva, los conflictos de intereses en modo alguno aparecen ya claramente reducidos a aquellas características de la racionalidad sistemática que en cierto modo, por necesidad y por consecuencia lógica, exigen o al menos posibilitan una «absorción» de las características accesorias (es decir, jurídicamente irrelevantes) del conflicto.

Las expectativas de protección jurídica no son absorbidas en una determinada amplitud por ambos lados por parte de la mera situación legal y por parte de los eventuales precedentes; esto tampoco podría en modo alguno suceder mediante una programación general en modelos de regulación, sino, en todo caso, mediante la estabilidad de una jurisprudencia invariable. Ahora bien, no existe ningún orden de precedentes que no se haya evidenciado como continuamente variable y que precisamente, por aceptar que sus criterios de justicia sean examinados de nuevo a la vista del caso, no deje entrever su variabilidad. El estar dispuesto a relajar de modo razonable la rigidez de un programa de precedentes y del sistema, a acomodarla a la expectativa jurídica mediante una mayor diferenciación y, dado el caso, una mejor comprensión de las metas propuestas, es precisamente la condición de toda confianza en la Justicia. Por esto el control de rectitud, que acompaña al pensamiento constructivo e interpretativo en el hallazgo del Derecho aplicable (aunque sólo sea como prueba de garantía del Derecho del caso), no es algo neutral, sino algo esencial a la interpretación; es más, es su núcleo racional, aunque la interpretación sólo quisiera considerarse a sí misma racional en su parte técnico-dogmática.

La comprobación crítico-objetiva es racional a pesar de que su fundamento, en principio no desvelado, sea la precomprensión, puesto que sólo ella en realidad somete a prueba a la *ratio legis*. No es el denominado método, sino justamente ese control de rectitud quien asegura a la interpretación su rango jurídico-objetivo frente a tentaciones políticas e ideológicas de abuso instrumental de la norma. La finalidad de los actos interpretativos de ningún modo es un puente para la perversión del Derecho; esto lo es más bien la pretendida libertad valorativa de los métodos jurídicos y de la lógica tradicional, que reiteradamente, por cierto, ha jugado con éxito ese papel político. *La presunta libertad valorativa del pensamiento jurídico es necesariamente más proclive a la ideología que la libertad del juez al valorar, la libertad de valoración que tiene que justificar el resultado o hacerlo plausible. A ello se añade la previa vinculación a cuestiones de posibilidades y*

consecuencias lógico-objetivas, a cuestiones de retroactividad en situaciones problemáticas similares; es más, a ideas jurídicas que están muy lejanas, vinculación que hace aquí más eficiente el control que la supuesta deducibilidad lógico-conceptual. El criterio de una potencial regulación futura y la referencia a la «doctrina y práctica probadas», ha sido también reconocido, con razón, por el legislador suizo como la garantía más segura de continuidad y de autocontrol del sistema jurídico.

La consideración atenta del objeto de trabajo, con su necesidad de comprensión, es lo que determina el estar dispuesto a una práctica interpretativa, a orientarse por puntos de vista racionales. Esto no sólo es aplicable a las muy diferentes opiniones sobre lo que es Derecho vigente y que, por tanto, necesita interpretación y es susceptible de interpretación, es decir, lo que en definitiva pertenece o no pertenece al sistema de normas positivas, sino también a la idea que se tiene de los planos en que este Derecho será accesible a la interpretación. En el caso concreto esto puede ser el plano del lenguaje normativo legal, pero también el plano de la dogmática, que determina el lenguaje normativo. En todo caso, el medio en que la interpretación se lleva a cabo es un lenguaje, y esto tiene que ser decisivo para el tratamiento de la precomprensión. El lenguaje jurídico dogmático se proyectará, por cierto, también en el plano del lenguaje convencional, pero calificado conceptualmente de manera que su contenido normativo no se adapta sin actos de valoración a las exigencias del primero y a la idea del entorno. Esto ocurre en el plano de las normas jurídicas fundamentales o en el plano de los precedentes. Aquí la forma de expresión está menos dogmatizada, y ésta es juntamente una de las razones de por qué la jurisprudencia judicial moderna se refiere a *ambos* planos cuando deben ser explicados los controles de rectitud y los argumentos de convicción.

Tampoco el legislador puede dogmatizar su lenguaje sin ninguna consideración y tiene que someterse a la posibilidad de una comprensión congruente en el lenguaje usual. En esto se basa la importancia de los actos de interpretación en el caso de palabras y de conceptos normativamente relevantes para la explicación y comprensión de una norma. En qué medida estas ideas valorativas son introducidas en el Derecho vigente por quien aplica la norma, es algo que sólo puede comprobarse examinando la respectiva conformidad entre el lenguaje legal y el convencional. Pero de aquí depende también que el proceso interpretativo sea transparente y convincente. Incluso cuando, por parte del objeto, se hace necesaria una nueva comprensión que trascienda la mera interpretación, tiene que quedar patente la congruencia de esta nueva comprensión con la intención reguladora que en general sirvió de base a la norma. También esto exige el recurso al lenguaje de los principios, de las máximas y de las ideas generales

del Derecho, que en la forma de pensar dogmática no tienen vigencia plena.

En realidad ninguna interpretación utiliza sólo el lenguaje técnico-jurídico, del mismo modo que tampoco es posible reducir éste al plano del lenguaje legal. La idea de que, tanto la interpretación jurídica como la interpretación filosófica, están restringidas a determinadas relaciones gramaticales, lógicas y sistemáticas del texto legal, sólo ha cundido en un determinado círculo de la dogmática ideológico-legal. No responde a la evolución histórica del pensamiento interpretativo jurídico (5), sino que representa aquella perspectiva de la ideología legal que estaba concentrada en, y reducida a, la «voluntad» del legislador. Sólo ella ha creado la problemática aparente de un juzgar *contra legem* o *praeter legem*, del que no se sabía hasta qué punto debía ser entendido como interpretación o como «desarrollo» del Derecho (6).

Cualquiera que sea la estructura en que se represente el proveer de reglas ordenadoras —la denominada materia jurídica—, se trata siempre de una captación y exposición «comprensivas» de las ideas ordenadoras que cargan de significado normativo esa materia. Se puede al respecto, en un lenguaje ligado al objeto, hablar del «significado» de las directrices expresadas, si sólo se ve que no existen características del significado exentas de valoración; se puede también, con la terminología usual entre nosotros, hablar del sentido de la regulación, si sólo se constata que en el acto de la comprensión no es posible captar el sentido sin dar un sentido. Tampoco partiendo del pensamiento aplicativo puede determinarse lo vinculante de la directriz sin la concepción ordenadora constitutiva de quien aplica el Derecho, para no hablar de una comprensión de la creación normativa en varios grados de decisión.

Esta última imagen esclarece completamente la responsabilidad de quien aplica el Derecho; por aplicación del Derecho no puede entenderse otra cosa que cumplir un encargo regulativo dado por el Derecho, comprendiendo el alcance y la idea regulativa del modelo disponible, pero también teniendo conocimiento de la autonomía que en la vinculación se concede al juez. A su comprensión pertenece, por tanto, no sólo interpretar el contenido del modelo de regulación, sino también comprender el encargo conferido a su rol judicial. Ambas cosas se implican. La pregunta

(5) Sobre ello LUTZ GELDSETZER, o. c. [en su introducción a la edición de THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, 1966], especialmente p. XV ss.; fundamentalmente también ARTHUR KAUFMANN, o. c. [*Analogie und Natur der Sache*, 1965], p. 14.

(6) Cfr. sobre las diferencias no delimitables entre interpretación, integración de lagunas y desarrollo [del Derecho], a lo que volveremos a referirnos posteriormente, LARENZ, o. c. [*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1969], p. 243 s., 260; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, p. 23, y KRIELE, o. c. [*Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967], p. 221.

sobre el contenido regulativo de directrices dadas, no puede contestarse sin tener clara la relación mutua de varias directrices, y, con ello, acerca del rol de quien aplica el Derecho en cuanto autorizado a decidir sobre las prioridades y las conexiones.

Esto será aún más claro cuando la responsabilidad se refiere a la relación de varias directrices en su aspecto temporal, cuando sea necesario trasladar regulaciones históricas a situaciones y necesidades que se presentan en forma nueva. La idea de que sólo existe un conocimiento racional de los textos y su significado, que simplemente «cuadra» o «no cuadra» con el conflicto regulativo, es aquí definitivamente reducida «ad absurdum». La comprensión abarca aquí las situaciones de conflicto históricas y actuales, así como la libertad de transformar las ideas de solución de acuerdo con la problemática del momento. Lo que constituye precisamente el objeto del juicio interpretativo es si una solución «cuadra» y por qué precisamente se supone que «cuadra» esa y no otra alternativa, es decir, cuáles son, bajo este o aquel aspecto, los presupuestos de la interpretación. Comprender no es un simple conocer que algo «es así», sino conocer el fundamento y el sentido de este «ser así». Cuando el jurista intenta captar, más allá de la objetividad de las reglas formuladas, el fundamento determinante del ser así, está ya interpretando.

La comprensión comienza aquí con el conocimiento del fundamento de una regla, que pone de manifiesto su significado en el plano histórico, pero que no termina ahí. Pues la existencia y el contenido de una norma no se identifican con aquel fundamento existencial histórico, que refleja lo que viene dado por la conciencia de aquel tiempo o de quien entonces aplicó el Derecho, es decir, no es el significado ordenador en sentido actual. Por tanto, la interpretación de textos regulativos transmitidos históricamente no ha de cargarse al método histórico, que no puede simplemente proporcionar el sentido del encargo ordenador para el presente. En un tal encargo no se trata de la exteriorización histórico-cultural de creaciones en una conciencia histórica, sino de la positivación de un instrumento ordenador para tareas actuales. Pero esta positivación ya no es comprobable en la formulación históricamente establecida, como si ésta pudiera en cierto modo abarcar necesidades ordenadoras futuras (7). El llevar consigo no

(7) Así, sin embargo, EDMUND HUSSERL, en la afirmación citada por LARENZ, *Methodenlehre*, p. 227, la ley acompaña, «por así decirlo, al tiempo». [La cita que hace aquí J. ESSER no corresponde en modo alguno a EDMUND HUSSERL, sino a su hijo GERHART, jurista, en su obra *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays* (Frankfurt a. M. 1964), p. 23, siendo la frase completa: «Die Zeit steht nicht still, und die Rechtsnorm geht sozusagen mit», por mí traducida en la versión de la 4.ª edición de la obra de LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980) así: «El tiempo no está quieto y la norma jurídica, por así decir, le acompaña». Si bien ESSER utiliza la segunda edición de la obra de LARENZ, la cita coincide, aunque ahora haya cambiado de lugar, según hemos comprobado minuciosamente. *Nota del traductor*].

tiene aquí lugar por medio de actos del espíritu de una época histórica, sino por medio del intérprete. La ley depende de estos actos del llevar consigo en la comprensión de la época. La responsabilidad autónoma de quien aplica el Derecho de establecer, más allá de la reconstrucción histórico-cultural, un orden actual en el sentido de encargo regulativo, sólo es ocultado por concepciones organicistas o *idealistas* (8).

La responsabilidad del intérprete comienza con su preenjuiciamiento de la situación de hecho y de Derecho en relación con la *posible* problemática. No debe olvidarse que la propia posición del interrogador ante el texto predetermina ya las posibilidades de la interpretación. Si la interpretación trata de un hacer inteligible lo que sin ella no «está claro», su aportación depende obviamente de lo que el intérprete, conforme a su representación coetánea, considere claro y manifiesto. Pero la posición del interrogador ante el texto está a su vez también prejuzgada por su proximidad al texto, por lo que él espera aquí y por lo que no espera, es decir, por su horizonte histórico-social. Ni siquiera una supuesta interpretación autárquica del texto puede ser realizada aislada de estos elementos hermenéuticos de precomprensión. Esto significa el reconocimiento de anticipaciones de expectativas relativas al proceso de interpretación (9).

Sin embargo, antes de que sean apreciadas todas las posibilidades del proceso de aplicación del Derecho *qua* interpretación, condicionadas por el círculo de «aplicación y precomprensión», que permiten realzar la explicación de la actualización de una *ratio legis* no garantizada por el puro texto (10), es preciso esclarecer de qué modo puede ser dirigida en absoluto, dentro de un sistema jurídico positivo, tal finalidad de interrogar y tener expectativas. Esa dirección puede tener lugar aquí no sólo por medio de preguntas programáticas, como «¿a dónde conduciría si...?»; con otras palabras, puede no consistir sólo en un esclarecimiento convencionalmente accesible de la rectitud jurídico-racional (11). Tampoco pueden jugar un papel sólo consideraciones racionales sobre la regulabilidad o la capacidad de regulabilidad de los criterios de decisión —aunque todas estas reflexiones distinguen al pensamiento jurídico—. Más bien aquí tiene que actuar una previa vinculación a intereses, es decir, a expectativas, y a las correspondientes preguntas al sistema jurídico. El jurista no con-

(8) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 254; también EMILIO BETTI, en *Festschrift für Rabel*, 1954, t. II, espec. p. 79 ss., 112 ss., 138 ss.

(9) Así ya BETTI, l. c.; básicamente su *Teoría generale della interpretazione*, 1955 (en trad. alemana —abreviada!—, Tübingen, 1967), espec. t. II, p. 93 ss.; sobre ello, con nuevo planteamiento de la cuestión, M. KRIELE, o. c., p. 161 s., con apreciación crítica de la Hermenéutica moderna.

(10) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 175.; también H. COING, o. c. [*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2. ed., 1969], p. 328 ss.

(11) Así, sin embargo, M. KRIELE, o. c., con su acentuación de las evidencias racionales últimas.

sulta a su materia ordenadora siguiendo el esquema de un interrogatorio neutral; él comprende ya estas expectativas teniendo en cuenta el índice de los intereses de su época y de su sociedad, que le sirven de compás para la rectitud de su interrogatorio; él tampoco se contenta, en modo alguno, con un interrogatorio filosófico, que en manera alguna satisface ese índice. Pero, a este respecto, tampoco debe ignorarse que él, dentro del proceso interrogatorio, tanto en cuanto al contenido como «lógicamente», es decir, metodológicamente, es guiado por la idea de la autoridad vinculante del Derecho. Esta remite a los factores positivizantes que caracterizan el modelo de regulación: el fin de la regulación, que históricamente se ha depositado aquí, pero que dogmáticamente todavía se puede generalizar, modificar o restringir; y remite también a las autoridades en la doctrina y en la práctica, en la dogmática y en la casuística, determinantes de este proceso de actualización, como fuerzas configuradoras del Derecho «vigente».

En la terminología hoy corriente llamamos a esta preocupación por el sentido por parte de quien aplica el Derecho «interpretación dogmática», en contraposición a un interrogatorio libre de autoridad, en el sentido de un interés interpretativo teórico, metajurídico y científico. También un interés interpretativo metajurídico está sujeto a las legalidades de las perspectivas, del círculo y de los límites hermenéuticos. Tampoco aquí será relevante la investigación de los motivos, sino la averiguación del sentido en base a la obra objetivada. Y esta formulación muestra ya que, sin una anticipación de posibilidades de sentido y, por tanto, sin la experiencia social, técnica, histórica, en una palabra, actual, del intérprete, no es pensable desvelar el sentido. En esta dificultad del interrogatorio a una creación, y no a un creador, respecto a los fines propuestos, *hic et nunc* comprensibles, la Hermenéutica investigadora («zetética») se encuentra con la Hermenéutica dogmática. Aquélla comparte también con ésta la dificultad de un interrogatorio histórico como enjuiciamiento de un horizonte extraño, presuntamente no influenciado por la situación del interrogador y, por tanto, objetivo. Para el historiador del Derecho está contenido aquí todo el círculo hermenéutico de la comprensión histórica, que está tentado a trasladar la «función» de instituciones jurídicas pretéritas a una perspectiva racional, la cual otorga enfoques más modernos al proceso históricamente real.

Hay, sin embargo, otras dificultades con las que se encuentra la interpretación *dogmática*. Se trata aquí de la tarea de dirección de acuerdo con un modelo de decisión y de acción, tarea que en modo alguno es determinada por intereses teóricos de investigación, sino por intereses de acción y de decisión valorativamente responsables. A causa de esta finalidad normativa de la interpretación, en la Ilustración se pensó en sustraer precisamen-

te a la praxis este planteamiento de cuestiones determinadas por la norma y de respuestas del intérprete, y trasladarlos a ciertos órganos políticos de interpretación competentes. Un tal procedimiento, cual correspondía al Estado autoritario ilustrado, tritura, sin embargo, todas las relaciones de control entre la situación del caso y la razón interpretadora. En la tradición continental se impuso otro control de las tendencias de interpretación normativas: la objetivación de las reglas de interpretación y la dogmatización del método. Desde la Recepción es característico de nuestra Jurisprudencia haber conservado para el juez, al convertir los métodos de interpretación en reglas técnicas consideradas vinculantes, la libertad frente a instancias políticas de interpretación (12). La reflexión metodológica sobre los denominados «principios del hallazgo del Derecho aplicable», ha posibilitado y mantenido la autonomía de la Justicia en el enjuiciamiento de métodos correctos e incorrectos de hallar el Derecho aplicable. Su expresión práctica es todavía hoy la revisabilidad de las sentencias a las que subyace una violación comprobable de las normas fundamentales, debido a «aplicación incorrecta de la ley».

2. CANON DE METODOS Y PLURALISMO METODICO

Después de todo lo dicho, es comprensible que una tal tradición tuviera que poner mucho cuidado en compaginar uno con otro cada uno de los métodos de interpretación según su rango y su radio de acción. El peso de esta tradición ha ahogado también, en amplia medida, las cuestiones objetivas y su tratamiento abierto. Todavía hoy se utilizan académicamente, en amplia medida, las categorías que son analizadas por Schleiermacher como «cánones» y por Savigny como «elementos» de la interpretación: la interpretación gramatical *qua* mediación del significado; la interpretación lógica (denominada por Savigny «sistemática», porque tiene en cuenta la «relación de cada una de las partes» entre sí); la interpretación histórica, que presta más atención a la *intentio legis* que a la *ratio* del presente; y, finalmente, la interpretación sistemática en el sentido moderno, como la conexión, no perceptible a primera vista en el texto, de todo el complejo regulativo y de sus instituciones, incluyendo además elementos de distinta índole y de diferente época en un *Corpus Iuris* unitario. En la Hermenéutica filosófica de Schleiermacher a Dilthey se asocian a los criterios de autonomía y unidad de la comprensión de la obra, los criterios de justicia objetiva y conexión objetiva como indicadores objetivos de significado. Frente a todos ellos aparecen luego extraños en el horizonte de la comprensión, no lógicamente,

(12) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 107 ss., bajo el epígrafe «Prinzipien der Rechtsfindung».

pero sí con necesidad práctica, los empeños de acceso genético-históricos (13).

Ahora bien, ya Savigny subrayó que estos «cuatro métodos» de ninguna manera han de valorarse aislándolos arbitrariamente, puesto que no representan clases, sino elementos de la interpretación, que pasan a primer plano según la problematicidad y la índole del texto. Por este motivo, la esperanza de poder presentar un catálogo gradual «del orden sucesorio de pasos de interpretación», está condenada al fracaso (14). Sólo son decisivas las directivas resultantes del rol del intérprete como mediador de la *ratio* de modelos de orden, que necesitan interpretación, para situaciones de acción y de conflicto, que necesitan orden. A las consideraciones que hay que hacer pertenece sin duda la relativa a la autonomía o independencia de los modelos de orden frente a la motivación histórica; además pertenece la consideración de la unidad necesaria de la obra ordenadora como un sistema jurídico que postula una tal unidad. En tercer lugar, pertenece a ellas toda consideración, necesaria en virtud de esa autonomía y unidad de la obra, de la génesis y del significado objetivo de cada modelo de orden en el contexto del sistema total (15).

Mas lo que hasta ahora no queda claro en estos elementos y criterios de interpretación correcta son las razones para decidir la importancia de cada uno de los criterios de interpretación, teleológico o gramatical, sistemático o también histórico, en el caso particular. Una ojeada a las sentencias recientes del Tribunal Supremo en materia civil, como yo me disponía a hacer en el Seminario citado en el Prólogo, atestigua una preferencia, aparentemente arbitraria, por uno u otro de los «métodos», o también por una, no mejor fundamentada, «combinación» de métodos (16).

(13) En lugar de repeticiones inútiles, baste remitir a la exposición panorámica de la doctrina de los elementos o cánones de la interpretación hecha por KRIELE, o. c., p. 41 ss. Respecto al marco histórico-filosófico cfr. HELMUT COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959, espec. p. 13 ss. COING, que resalta los elementos interpretativos jurídicos desde el trasfondo de la Hermenéutica general, subraya con acierto y por primera vez la importancia de los puntos de vista de la comparación o del comparar para los juristas (p. 17 y 19) y hace referencia al rango hermenéutico de la comparación de problemas. No obstante, ésta no actúa como «método» complementario de otros, sino como llave general para el control de rectitud, es más, para la elección de la argumentación y del método.

(14) Cfr. KRIELE, o. c., p. 85 ss. («El ideal de un catálogo de grados de interpretación»): «No existe ningún orden 'natural' del esquema interpretativo de interrogación», o. c., p. 88.

(15) De modo similar COING, *Rechtsphilosophie*, p. 313 ss., quien todavía subdivide estos últimos puntos de vista en genético-históricos y de significado objetivo.

(16) También COING señala que «lo característico de la situación en la Jurisprudencia... es que estos puntos de vista, si bien frecuentemente son defendidos con pureza monística desde la Cátedra, en la práctica aparecen todos juntos» (*Die juristischen Auslegungsmethoden*, p. 12).

Con tal pluralismo metódico, la «voluntad objetivizada del legislador expresada» en la ley, resulta «decisiva para la interpretación de un precepto legal». No obstante, sus medios no son específicos. Estos serán una combinación de todos los criterios que aquí se toman en consideración. «Los métodos de interpretación, que recíprocamente se complementan, basados en el tenor literal de la norma, en su conexión de sentido, así como en los materiales legales y en la historia de un génesis, tienen como finalidad conocer la voluntad objetivada del legislador. De la aplicación de estos métodos resulta aquí lo siguiente...» (17). Pero, por regla general, sólo se utilizará uno de estos «principios» constructivamente, o bien argumentando; los restantes cánones sólo se evocarán para «ponerlos en consonancia», o al menos ver «que no están en contradicción con eso» (18).

En casos extrañamente numerosos se atribuirá el peso decisivo a un único «método», sin ninguna fundamentación suficiente y partiendo abiertamente de un juicio anticipado de rectitud objetiva. Este puede ser también, dado el caso, el método «histórico», si en la discusión del asunto no se quieren aducir argumentos teleológicamente claros. Así ocurre que, posiblemente en la misma materia (limitación de precios), la Sala de defensa de la competencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) falla sin prestar atención alguna a las motivaciones legales; mientras que otra Sala, después de largos y controvertidos dictámenes, se atiene rigurosamente a la interpretación histórica (19). Así en un conflicto, que estaba claro desde el punto de vista político-jurídico, sobre la calificación de una explotación agrícola como «explotación industrial», en principio no se planteó en absoluto la cuestión del fin de las disposiciones sobre la prescripción aquí interpretables y fue sustituida por una sutil reflexión sobre el sentido literal y el significado de las palabras desde la perspectiva del tráfico comercial (20); en tanto que, en la conocida sentencia sobre la capacidad de ser parte procesal activa de los sindicatos, la teleología por sí sola hace saltar todas las cadenas del texto y de la dogmática (21). A la posición sistemática de la norma y a la historia de la institución puede corresponder en el caso particular una importancia decisiva (22). Pero, cuando y por qué ocurre esto, queda sin aclarar —a no ser que lo plausible del resultado, y con ello la finalidad de la elección del método, pueda valer como esclarecimiento—. Plausible, en todo caso, significa sólo comprensible desde una determinada valoración político-jurídica, ya se trate de cuestiones de concurrencia, de economía agraria, de contrato de tarifa o de cuestiones de entrega.

(17) BGHZ 49, 221 (223).

(18) BGHZ 49, 90 (94/95).

(19) BGHZ 28, 209 y 46, 74.

(20) BGHZ 33, 321.

(21) BGHZ 42, 210.

(22) Cfr. BVerfGE 18, 112 (116); BAG JZ 1968, 743.

En todo esto aparece claro que, para quien aplica el Derecho, en manera alguna se trata de una situación límite sino normal, que él haga su elección de método partiendo de un control teleológico de justicia del resultado desde el punto de vista de su aceptabilidad en un orden social dado (23). Así queda claro que de hecho, a pesar de todas las explicaciones metodológicas, apenas tenidas en cuenta por la práctica, sobre el rango y el radio de acción de cada uno de los esquemas de interpretación según cual sea la conveniencia de un elemento interpretativo reconocible oficialmente, se utilizan selectivamente características interpretativas históricas o gramaticales, sistemáticas o que reflejan el fin, de manera muy arbitraria, o al menos arbitraria en apariencia, es decir, determinadas por el resultado (24).

La cuestión sobre la admisibilidad de determinados puntos de vista o criterios de interpretación correcta se caracteriza, por tanto, no sólo por la posibilidad de elección en el sentido de optar entre varios métodos de interpretación, sino precisamente por una contradictoriedad o antinomia de esos postulados (25). Si una teoría exige prestar atención al sentido gramatical de las palabras, otra se fija en ciertas representaciones de los objetivos que el legislador o el intérprete atribuyen al respectivo modelo de orden. Si una exige prestar atención a la expresividad del sentido concreto de una solución, la otra se fija en la posición del modelo de orden dentro del sistema total. Si una exige tener en cuenta la historia de la génesis, la otra exige dejarla totalmente de lado en interés de una apreciación aceptable de la *ratio legis* «objetiva» (26).

Los postulados de objetividad, de determinación histórica del precepto y de repetición, son precisamente tan poco compatibles entre sí, como postular al mismo tiempo la máxima expresividad del fin y del sentido y de la compatibilidad garantizada con el sistema total (27). Por este motivo, he subrayado ya en otro lugar

(23) Cfr. ya *Grundsatz und Norm*, p. 112 ss., 123 ss., 176 ss., 257 ss.

(24) Respecto a la interpretación histórica, sorprendentemente practicada todavía con agrado, y la asimismo seguramente inesperada actualidad de los casos de interpretación gramatical, cfr. la exposición de THILO VOGEL, o. c. [*Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat*, E969], p. 35 ss. VOGEL parte de esta imagen, seguramente estremecedora, de la discrecionalidad en la preferencia de métodos, para tomar en serio tanto la teoría de la «insolubilidad» de la cuestión de la prioridad como también de la «discrecionalidad», sin indagar el fundamento del intercambio de criterios de interpretación. A este respecto los modos contradictorios de argumentación de instancias concretas en el mismo asunto, descritos, por ej., por TH. HELLER, ofrecen precisamente la clave inequívoca de la finalidad del punto de vista del resultado y su reconocibilidad.

(25) Sobre ello en particular *Grundsatz und Norm*, p. 112 ss., 179 ss., 264 ss.

(26) Ningún práctico oculta ya hoy este contraste, pero también las obras doctrinales lo describen sin preocuparse; cfr., por ej., el compendio «BGB, Parte General», de DIEDERICHSEN (1969), § 31, p. 59-61.

(27) Cfr. la acertada exposición de H. COING, *Rechtsphilosophie*, p. 313 ss.

la imposibilidad de una denominada jerarquía de los medios de interpretación y la necesidad de criterios de interpretación al margen de los elementos de interpretación formalizados (28). Hoy puede constatarse que la práctica, mediante su arbitrio, o al menos incontrolado, pluralismo metódico, ha dirigido la atención a «las paradojas de la discusión sobre el método» (29); y que la teoría en todo caso dejó de fijar la mirada en sus intentos sumamente infructuosos de clasificación de los métodos, aunque ella todavía no comprende el proceso de motivación, de que depende en definitiva la elección del método. Hasta hoy es todavía excluida de la Metodología la cuestión de la decisoriedad racional de esta elección (30). Tampoco se debe, en verdad, preterir la cuestión de la justicia o la resolubilidad de los postulados metódicos en concreto, sólo porque la paleta cada vez mayor de la oferta metodológica haya de ofrecer ya lo justo. En realidad, de este modo la elección entre los criterios de interpretación se convierte en una cuestión de pura casualidad. Más bien, partiendo de la idea de que toda aplicación del Derecho es interpretación, que, por tanto, la interpretación no debe ser sólo comprendida como «artificio ocasional» en el caso marginal o especial (31), el punto central de la Teoría de la aplicación del Derecho tiene que situarse en la necesidad general de una iluminación interior hermenéutica de la comprensión del texto o de la norma. Ahora bien, a este proceso de iluminación interior pertenecen dos cosas: en primer lugar, cómo se autopresentan en la conciencia de quien aplica el Derecho el esclarecimiento del significado de la regulación y la repetición de su sentido; y, en segundo lugar, cómo actúa en el rol consciente del intérprete, antes y en cada acto de aplicación, esta autocomprensión como resultado de actos de precomprensión y de intenciones de la regulación.

Antes de que consideremos este aspecto interno del círculo hermenéutico y su repercusión en la autocomprensión de la interpretación jurídica, hay que tratar aún brevemente de las configuraciones ortodoxas de elementos «objetivos» y «subjetivos» de la interpretación al llevar a cabo la elección del método y el encargo de aplicación.

(28) *Grundsatz und Norm*, p. 117 ss., espec. p. 122-127.

(29) Así M. KRIELE (o. c., p. 24 ss.).

(30) Cfr., por ej., K. LARENZ, o. c., p. 176 ss.; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, p. 54 ss.; cfr., por otro lado, H. COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden*, p. 23. Si aquí el «resultado obtenido en la interpretación no cuadra con el resultado de una ponderación de argumentos y puntos de vista interpretativos», la cuestión sobre los fundamentos legítimos de tal ponderación será precisamente, y sin lugar a dudas, la cuestión central de la Metodología.

(31) Así, acertadamente, FR. MÜLLER, o. c. [*Normstruktur und Normativität*, 1966], p. 48).

3. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

La interpretación dogmática, en el sentido de un encargo de «absorción de la complejidad» de un conflicto mediante su reducción jurídica a lo dogmáticamente relevante y mediante la elaboración de criterios ordenadores depurados en el sentido de modelos de regulación dados, se comprende de la forma más sencilla como «repetición» conceptual de las características del supuesto de hecho, cargadas de valores de manera técnico-jurídica. Esta repetición con la ayuda de características del supuesto de hecho prefabricadas, sintomáticamente ya no se la conoce por regla general como interpretación. Desde ella hasta la derivación conceptual constructiva, y desde ésta hasta la combinación constructiva de nuevas representaciones y posibilidades conceptuales, hay sólo un paso. Entre estas posibilidades, los conceptos doctrinales y los criterios reconocidos juegan ahora un papel tal, que también aquí la idea de una comprensión de la norma *qua* interpretación, pasa a segundo término en relación con la discusión inmediata de problemas en la «teoría» respectiva. Tales modelos dogmáticos de contextos de solución en un texto previamente dado, que se presentan como «teorías», abarcan por su parte contextos sistemáticos completos según puntos de vista hermenéuticos objetivados. Según cuál sea la perspectiva de una tal teoría, esa perspectiva parece «suministrar» resultados definitivos a quien procede dogmáticamente de modo correcto. Por otra parte, la teorización y la construcción dogmáticas son el emporio donde las ideas generales de justicia son ofertadas en formulaciones conceptuales de contenido dogmático eficaz (32).

En esta zona de la repetición dogmatizada de la valoración no existe contraposición entre interpretación «objetiva» y «subjetiva». El sistema dogmático está representado en el modelo de regulación. Así, quien aplica el Derecho puede leer, aparentemente sin vinculación valorativa, la exactitud de su modelo de solución en ese sistema y su contexto de valoraciones de problemas, en la lengua y signos de la dogmática, y comprobar la importancia de la problemática del caso comparándolo con las correspondientes variaciones del caso en el marco total del sistema. La clasificación dogmática significa comprensión «objetiva» del Derecho, incluso sin un enfrentamiento críticamente consciente con un texto interpretativamente dudoso. Sólo aquí aparece clara la contraposición entre una comprensión objetiva de la norma, condicionada por el sistema, y el recurso a un método de interpretación no dogmático. Este último, en el caso más simple de la denominada «repetición» de la valoración legal en sentido histórico, no es dogmático. Niega la tarea sistemática, pero tampoco es capaz de llevar a cabo una nueva regulación que informe nuevamente a, y mantenga eficaz, el sistema total. Como esto significa ineptitud fun-

(32) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 172 ss., 248 ss., 306 ss., 334 ss.

cional, la interpretación histórica termina necesariamente en cualquier momento en una ficción de un «legislador racional» en el sentido de un prever la comprensión actual del conflicto y del programa total actual. Con ello la idea del «legislador» queda desvinculada de toda realidad histórica y es trasladada a un contexto de comprensión ahistórico. De este modo se renuncia a la única ventaja del método histórico: la plena fidelidad al precepto. De otro lado, la auténtica cuestión de la rectitud, en el sentido de transparencia hermenéutica, es amputada de modo sumamente primitivo. La pregunta sobre el sentido se identifica con la autoridad del dador de la norma, la *ratio* se reduce a *voluntas* política. Exacto en el sentido de la Teoría del sistema sería ya solamente reasumir las controversias no concluidas en el proceso de legislación —lo cual contradiría plenamente la economía de un sistema de creación de normas con varias fases—. Una tal reasunción del antiguo procedimiento carece también de sentido, porque, transformar las representaciones del conflicto de entonces en relaciones actuales, sólo puede llevarse a cabo pidiendo ayuda a hipótesis no controlables. En último término habría de seguir siendo cuestionable a quien habría de servir actualmente una tal continuación de un diálogo históricamente no superado.

Ahora bien, si dirigimos la mirada a la Judicatura, vemos también que el recurso a medios de interpretación históricos en el sentido de la teoría subjetiva, significa sencillamente una simple renuncia a la tarea interpretativa a cargo de la Justicia, una huida de la responsabilidad, que posiblemente es difícil de soportar debido a falta de posibilidades suficientes de información y de opiniones especializadas contrapuestas (33). Cuando el enjuiciamiento de las repercusiones objetivas, en el marco de un fin regulativo reconocido, se apoya en informaciones suficientes, la voluntad del legislador será dejada totalmente al margen en el caso análogo y será sorteada plenamente por el peso de los prudentes puntos de vista objetivos político-económicos (34).

El «cometido» de una institución jurídica y su arraigo en un sistema positivo parecen en principio facilitar la posibilidad de una interpretación objetiva como «sistemática» o «institucional». Pero precisamente la comprensión de tal cometido y tal posición de las instituciones, es una aportación que tiene que hacer el propio intérprete. Este, por lo que respecta a tales «objetivaciones», sólo en un estrecho margen puede remitir a la responsabilidad del legislador; es él mismo quien tiene que justificarlas en la repetición, incluyéndolas también en la conexión que guardan, no contemplada por la legislación, con las representaciones generales,

(33) Como ejemplo la sentencia sobre los discos, citada antes en la nota 19, en BGHZ 46, 74.

(34) Como ejemplo típico al respecto la sentencia, metódicamente contradictoria, de la Sala de la competencia en relación con la eficacia de las recomendaciones de precios: BGHZ 28, 209.

transmitidas y actuales, tanto en la «teoría como en la praxis» (35). En estos casos, la pregunta sobre el lugar de una institución jurídica en el sistema total, no será contestada claramente partiendo de una comprensión histórica, sino partiendo de una comprensión actual; es más, está comprobado que se lleva a cabo conscientemente la interpretación sistemática para construir la unidad ordenadora actual (36). Interpretación sistemática en este sentido significa extraer de las relaciones institucionales y sistemáticas lo que se ha introducido en estas figuras por la conciencia jurídica actual. De modo no dogmático se consigue el mismo efecto apelando a los valores legalmente reconocidos y a su necesario orden moral, sólo acreditable parcialmente por el Derecho positivo (37). En general, tampoco la apelación al «sentido y fin de una institución» está libre ciertamente de que se hagan valer los criterios de finalidad prepositivos que han encontrado en la institución una expresión comprobable o postulada (38).

El concepto de institución no tiene ningún valor cognitivo autónomo; y el pensamiento «institucionalista» proyecta con frecuencia, desde la zona exterior de complejas ponderaciones, fundamentos evidentes de regulación racional en la imagen aparentemente histórica del instituto jurídico. También este esfuerzo es consecuencia de la voluntad del sistema de *restringir las alternativas de decisión por medio de elementos objetivos de configuración de la institución*. Para ello recurre a la idea de una autolegalidad o estructura de la institución social, que no debe ser cuestionada en una valoración particular. En el sentido de la Sociología del sistema es un método completamente racional transformar fines subjetivos en elementos de decisión autónomos, que permiten una decisión jurídica liberada de fines políticos. Pero precisamente la interpretación institucional muestra la naturaleza fraudulenta de tal «racionalización», que de ningún modo está libre de una consideración política del fin, sino que más bien sólo la niega cada vez que la decisión debe ser respetada y justificada como una decisión estrictamente jurídica. Así precisamente la interpretación según el «sentido y la esencia» de una institución se ha acreditado como el medio preferido de pensamiento jurídico instrumental (39). La pregunta sobre la «estructura» de una institución jurídica sólo es una pregunta valorativa encubierta, con la

(35) Ejemplos de tal interpretación sistemática e institucional: BVerfGE 18, 116 (prohibición de entrega); BGHZ 20, 61 ss (indemnización por el sacrificio); BSG 22, 278 ss. (incapacidad transitoria para la profesión como caso de seguro); BAG JZ 1968, 743 (cláusula limitativa de eficacia en el contrato de tarifa).

(36) Cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 254.

(37) Cfr. BGHZ 1, 87 (90), BGHZ 17, 327 (332) y BGH NJW 1964, 29.

(38) Cfr. BGHZ 34, 32 y la sentencia jurídico-laboral citada: BAG JZ 1968, 743.

(39) Cfr. RÜTHERS, o. c., p. 248 ss. 311, 425 s., 452, 456.

pretensión de aceptar la valoración como ya llevada a cabo históricamente (40).

No vamos a discutir aquí en qué medida tal pensamiento estructural representa la continuación política de ideas históricas y organicismas de la época del «Vormärz» (41). Metodológicamente sólo hay que aclarar que el juicio sobre la estructura depende de la voluntad configuradora; por tanto, su constatación es un disimulado juicio de valor, que también se hace visible como tal si la institución de que se trata cambia de función o se concibe como cometido. Tal neoconceptuación no se limita, sin embargo, a las figuras jurídicas más complejas, todavía inseguras y sin tradición, sino que precisamente se lleva a cabo continuamente en las instituciones más elementales del Derecho civil, desde la dogmática de la idea de sinalagma, pasando por la «estructura» de la relación rescisoria, hasta las legalidades de la función del derecho de enriquecimiento y de responsabilidad civil —como hoy los entendemos (o tenemos que entenderlos)—.

Cuando se habla del «contenido esencial» de una institución, de aquí en adelante habrá de entenderse como reobjetivización metafórica de una valoración, que cada vez habrá que examinar de nuevo en un plano dogmáticamente seguro en apariencia, en el que la valoración se sustrae a la discusión (42). En menor medida vale esto para enunciados sobre los «atributos» necesarios de un concepto institucional y de su modificación en el presente. En resoluciones como las relativas al «concepto normativo de daño», se afirma abiertamente que, por razones de justicia, no «es procedente» mantener el estrecho concepto de daño hasta ahora existente, que según la teoría diferencial de Mommsen significa el monopolio del pensamiento patrimonialista de daño; sino que «más bien sólo tiene pleno sentido» entender el concepto de daño socialmente, o bien normativamente, es decir, independientemente del balance patrimonial individual del directamente perjudicado (43). Todavía están también en la memoria las enérgicas neodefinitiones de nuestro concepto de la institución de «indemnización por daño personal». Se puede decir que aquí fue creado de un día para otro un «cometido» (la que llegó a ser famosa función de reparación) de esta institución jurídica, del que en nuestro Derecho hasta ahora nadie había observado algo (44).

(40) Cfr. las observaciones de FORSTHOFF, DöV 1959, 623, sobre la institución «prensa» a la luz de BVerfGE 10, 121 ss.

(41) Cfr. sobre ello COING, *Rechtsphilosophie*, p. 303 ss.

(42) Sobre ello W. A. SCHEUERLE, *Das Wesen des Wesens*, AcP 163 (1964), p. 429 ss.

(43) Cfr. BGHZ 50, 302 (306).

(44) Cfr. sobre ello, BGHZ (GS) 18, 149.

4. LA PREVIA VINCULACION DE LA VALORACION JUDICIAL A LA LEY

La interpretación normativa se guía necesariamente por juicios de valor. También el juicio sobre la «esencia» de una institución es de esta índole. Sólo que las valoraciones que son eficaces y cognoscibles en el concepto del denominado fin de la institución, no son precisamente las reveladas en esta imagen, sino las veladas. Al concepto de fin va unida aquí la idea de lo «justo» y «pleno de sentido», porque esto está implícito en la «creación» de la institución. Esto se corresponde con la apelación a la *ratio legis*. En realidad, esta referencia supone un ocultamiento del juicio crítico independiente, que sólo considera útil la comprensión de una institución o de una norma para resolver cuestiones dudosas concretas. Sin ese juicio no es posible el proceso jurídico de selección y de resolución, del mismo modo que también él subyace a la preferencia por un canon de interpretación apelando a la *ratio legis*. La resolución nunca es simplemente ofrecida por la ley, ni el juicio de valor se ha de extraer plenamente de la norma; y esto porque esta última ni siquiera puede establecer anticipadamente todos los criterios de juicio necesarios para aplicar el Derecho (45). En la norma sólo están independizados programáticamente algunos elementos de valoración y fijada su meta prescindiendo de la discusión política así como del plano del enjuiciamiento personal. Esto no significa que, más allá de esta programación, comience el terreno de la libre subjetividad y de los criterios arbitrarios de lo «racional». También estos criterios están incluidos en el consenso social, que es el que legitima la comprensión de un Derecho positivo. Estos criterios necesitan, por tanto, la previa vinculación a este consenso y, en casos de duda, a que se argumente su racionalidad y, por cierto, con una argumentación objetivamente fundada, no simplemente remitiendo a un sistema históricamente dado o a la esencia de la institución respectiva. Pues también el sistema y la justificación de la institución son, como queda dicho, variables (46).

La actualización constante, que toda norma y toda institución precisan, no hace aparecer convincente la apelación a su integridad, si los argumentos a favor de su ser-así y de su inmutabilidad no se pueden formular y si no se pueden refutar los argumentos en contra. En esta necesidad de argumentación radica el auténtico criterio de interpretación racional. El recurso a la simple obediencia a la ley no libera del reproche de deficiente racio-

(45) THEODOR HELLER, o. c., [*Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, 1961], p. 95.

(46) Cfr. particularmente respecto a la Constitución y sus instituciones, HESSE, o. c. [*Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 4 ed., 1970] y H. EHMKE, l. c., VVDStL 20, 53. Cfr. también ya H. MÜLLER, *Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 1962, p. 471 ss.

alidad, en tanto no se expliciten los argumentos en favor de una capitulación ante la «voluntad de la ley» o en favor de una reactualización «pensante» de una «intención» racional destinada a aquella voluntad (47). Tampoco la interpretación «histórica» puede sustraerse a esta exigencia de «comprender mejor» el sentido de la norma y su fundamentación. La interpretación histórica estaría sujeta a ella por medio del círculo de la anticipación hermenéutica incluso en el caso de estricta fidelidad histórica al precepto; y esto precisamente porque intenta negar sus propios y más completos presupuestos de la comprensión. Por este motivo, el catalogar, como todavía sigue ocurriendo, sólo como interpretación a la interpretación «histórica», mientras que todas las demás podrían seguir teniendo validez como «desarrollo ulterior», se ha dicho con buena intención, pero no es realista por falta de claridad sobre lo que es ese círculo (48).

Aquí radica también la calamidad de la Jurisprudencia de intereses, que, por cierto, quiere precisamente ponderar los intereses que el legislador no conoció o no estimó (49). Remitir a la «similitud» de intereses o del conflicto no cambia nada, pues quien aplica el Derecho tiene precisamente que enjuiciar, bajo su propia responsabilidad, los criterios de esta similitud. Afirmar que la fidelidad histórica a la ley ha de realizarse mediante una «obediencia pensante» es, por falta de substanciación de esta máxima, una mera fórmula vacía, si es que no es un engaño de sí mismo (50).

Lo mismo cabe decir del ingenioso juego de palabras de Radbruch: «La interpretación jurídica no es repensar lo antes pensado, sino pensar hasta el fin algo pensado —más aún... pensar hasta el fin lo pensado por todo el mundo»— (51). El «porqué», el «para qué» y el «hacia dónde» de lo pensado, que deben determinar la dirección del «seguir pensando» y del «pensar hasta el fin», no se pueden conseguir ni por el planteamiento histórico de la cuestión ni por el sociológico-analítico, sino que implican hacerse cargo plenamente de toda la problemática del conflicto, tal como ésta se presenta al pensamiento político-jurídico de quien aplica el Derecho.

(47) Cfr. ya *Grundsatz und Norm*, p. 117, 123, 143, 172 ss., 257 ss.

(48) Cfr., por ej., ENNECERUS-NIPPERDEY, 15. ed., t. I, p. 325 ss., con conclusiones por la vía breve y manifiestamente no objetivas, como «no necesita fundamentación alguna», que cualquier otro método «ya no interpreta en absoluto el precepto del Legislativo, sino que le atribuye un sentido totalmente nuevo y nuevas valoraciones», y así sucesivamente —particularmente en cuanto recurre a «medios de interpretación, que con seguridad (!) ya no tienen valor alguno»— (p. 327).

(49) Cfr. PH. HECK, AcP 112 (1914), p. 124 (226 ss.).

(50) En el mismo sentido críticamente M. KRIELE, o. c., p. 206 ss.; cfr. sobre ello también F. WIEACKER, o. c. [*Privatrechtsgechichte der Neuzeit*, 2. ed., 1967], p. 307 ss.

(51) RADBRUCH, *Arten der Interpretation*, en *Recueil Gény*, t. II, 1935, p. 217 ss. (243).

No se debe, ciertamente, desechar la expresión eufemista de «obediencia pensante» con la única finalidad de retornar a las pretensiones irracionales de la Escuela del Derecho libre, contra las que precisamente Heck consideró necesario elaborar sus teorías racionales del método (52). La necesidad, no sólo de repetir, sino de reactualizar, mediante la evaluación de los intereses, las variaciones relevantes de la conciencia en su pretensión de dominar los conflictos sociales actuales, está a su vez condicionada y limitada por el sistema positivo de los fines regulativos. Esto vale tanto para las valoraciones acordes con el sistema como para sus estructuras en la dogmática. Una reactualización de los criterios de valoración ha de tener muy en cuenta a esta última. La reactualización, en un sistema dogmático, de ninguna manera está legitimada por un pleno «discutir hasta el final» todo el planteamiento. Tanto la superación de la subjetividad, como también de la dependencia de la voluntad del legislador, exige ciertamente argumentos que puedan ser discutidos; y exige también que pueda ser revisado el curso de las ideas político-jurídicas hasta aquel punto en que la motivación para la decisión se evidencia en sus consecuencias. Ahora bien, este punto no depende de la diversidad de opiniones y de la capacidad de comprensión de todas las partes interesadas. Por consiguiente no es posible una fundamentación racional en base a que se pueda simplemente considerar abierto el diálogo. Si esto es por principio irrenunciable en cuestiones de búsqueda de la verdad (53), no por eso puede valer para una ciencia de la acción con presupuestos dogmáticos. El tener que realizar una valoración inmediata del resultado, y la transparencia de esta valoración, sigue siendo una instancia de control para el mismo que aplica el Derecho, estando limitada en muchos aspectos su capacidad de comunicación con los afectados por la norma.

Ciertamente, al jurista le es aplicable también en esta responsabilidad, que él —exactamente igual que el legislador— no piensa para sí solamente, sino que se esfuerza en comunicar y hacer plausibles los resultados por él hallados. Para ello, él no puede utilizar otro medio que el lenguaje. La idea de solución considerada justa, por tanto, sólo es posible ofrecerla a los afectados cuando ha encontrado una expresión comprensible (54). En el lenguaje, es decir, en la comunicación de fundamentos comprensibles, radica asimismo la superación de la subjetividad y del peligro de arbitrariedad en el acto ordenador —presupuesto que el lenguaje sea sincero—. En el lenguaje poseemos por duplicado la llave para la garantía de

(52) Sobre ello *mi* epílogo a la nueva edición de los escritos metodológicos de HECK, hecha por R. DUBISCHAR, 1968.

(53) Cfr. OTTO F. BOLLNOW, *Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wessen der Wahrheit*, Zeitschrift für philos. Forschung, 16 (1962), p. 1 ss. (19).

(54) Cfr. la correspondiente formulación de HEINRICH RICKERT, *Zur Lehre von der Definition*, 1929, t. III, p. 8.

justicia de las decisiones: mediante la comprensión adecuada de un medio lingüístico por parte del juez y mediante la adecuada fundamentación de su decisión de cara al entorno. Por «adecuada» ha de entenderse al respecto la referencia a aquellos juicios de valor que guía y controla el proceso de selección de lo jurídicamente relevante en un sistema dogmático.

Los juicios de valor anticipados, y hasta el hallazgo de la decisión todavía hipotéticos, son idénticos, o tienen que ser idénticos, a las garantías de justicia que se ponen de manifiesto en los fundamentos de la sentencia. No son elementos emocionales o volitivos, entendidos en un sentido psicológico. Pero de ninguna manera se pueden encubrir afirmando la existencia de contenidos normativos previamente dados y la fidelidad vinculante a la ley. La interpretación, que ya en la apreciación de los hechos procede selectivamente (55), trabaja con una precomprensión selectiva, incluso al plantear la cuestión de la prelación de modelos de regulación y de normas. Los principios, con los que la Jurisprudencia lleva a cabo precisamente este trabajo, son principios de justicia y de trabajo que, por su parte, no pueden a su vez «ser tomados» del Derecho positivo (56).

Si a esto se añade que esta precomprensión social y actual, no sólo guía la elección y la preparación de la posibilidad de subsunción jurídico-material, sino que además influye de manera muy efectiva en el desenlace del proceso mediante la manera de conducir el debate y de preparar el proceso por parte del juez, entonces se tiene que conceder de buen grado, que el conocimiento del Derecho no es pensable sin la correspondiente anticipación controlada de los posibles y adecuados resultados de solución. Si, por último, se añade que los modelos de regulación están en amplia medida abiertos al perfeccionamiento, al complemento y a la corrección, con la ayuda de la experiencia respectiva del conflicto, puede decirse que la norma de decisión no está previamente dada, sino que está encomendada (57). Es el mismo que aplica la norma quien determina, de manera altamente autorresponsable, ese proceso evolutivo del sentido de la norma, que gustosamente se describe como «acompañar al Derecho» en el tiempo o como despliegue del espíritu objetivo. Es quien aplica la norma quien enjuicia la cuestión de las concordancias de su interpretación con otras interpretaciones; es él quien ve la responsabilidad de referirse o no referirse a prognosis generales e informaciones de material más completas. Por último, es él quien, en definitiva,

(55) Cfr. GELDSETZER, o. c., p. 18 ss. y las explicaciones de la p. 27 ss., 52 s.; v. también ya mi artículo «Interpretación en el Derecho», *Studium Generale* 7 (1954), p. 273.

(56) Sobre su origen cfr. *Grundsatz und Norm*, p. 260 ss., 287; cfr., sin embargo, también la crítica en LARENZ, *Methodenlehre*, p. 327, nota 3, sobre la posibilidad de eficacia de tales «juicios de valor» extrapositivos.

(57) Sobre ello *Grundsatz und Norm*, l. c.: «Toda interpretación representa un enlace entre *lex scripta* y *ius non scriptum*, enlace que sólo él crea la norma positiva auténtica».

carga con la responsabilidad de perfilar la norma, que funcionalmente sólo es eficaz en parte —según la materia y clase de regulación de que se trate— en cuanto «previamente dada».

El camino para hallar el Derecho aplicable por medio de la interpretación no es rectilíneo desde el comienzo, sino un camino con alternativas e hipótesis, que tiene que ser justificado en cada caso haciendo posible su plausibilidad. No tiene lugar, por tanto, ningún proceso de tal índole, que haga necesario que una técnica cognoscitiva para hallar el Derecho aplicable sea completada posteriormente mediante la correspondiente fase de justificación. Más bien ocurre que el plan dogmático es interrumpido a cada paso por las reflexiones sobre su utilidad y su aceptabilidad en ésta como en las demás cuestiones jurídicas aquí en general implícitas. Si bien es verdad que esta posibilidad de anticipar un control paralelo está justificada también en el ingenioso *aperçu* de Radbruch, «la interpretación es el resultado de su resultado», no por eso se debe pasar por alto la racionalidad de este círculo aparente. Esta racionalidad radica en la doble vía del pensamiento dogmático y «racional», condicionada por la responsabilidad de quien aplica el Derecho de cara al entorno. Sin esta responsabilidad, que precisamente se expresa en la mediación lingüística del sentido y en la fundamentación de la decisión, la pretensión de validez de un orden jurídico tendría que ser reducida a simple autoridad política; y, con el cambio de significado de la ley en el tiempo, tendría también que llegar a ser increíble. Justamente por eso es posible demostrar que todos los empeños (del denominado positivismo) para eliminar de la argumentación de quien aplica el Derecho el elemento valorativo político-jurídico o «iusnaturalista» y para monopolizarlo en el legislador ordinario o constitucional, tenían que seguir siendo inútiles (58). Si fuera verdadera en su simplicidad la afirmación de que el fundamento de todo pensamiento jurídico son las decisiones del legislador ordinario y constitucional (59), no precisaría estos actos de control y justificación. De hecho, sin embargo, esas «prerrogativas» del legislador ordinario y constitucional en orden a constituir el Derecho sólo serán eficaces merced a la mediación de quien aplica el Derecho, para quien el contenido no está simplemente «presente», sino que más bien sólo consigue eficacia merced a su interpretación. Por eso, la necesidad de que exista un contexto comprensivo en esa relación, así como en relación con el entorno, es lo que fundamenta la posición clave del lenguaje y de la Hermenéutica para el problema de la justicia. Este «estar solo» del juez en su papel mediador también aclara, sin embargo, la necesidad de buscar apoyo en su dogmática estable, en una doctrina reconocida y no, en último término, en unos precedentes prácticos,

(58) Así, acertadamente, MARTÍN KRIELE, o. c., prólogo, p. 6.

(59) Así, KRIELE, o. c., p. 160.

como de costumbre orillables. Todo esto vale también, de modo significativo, en el caso de un texto legal que, según su comprensión imparcial, parece dar abiertamente «respuestas claras».

5. LA PRECOMPRESION

La Metodología más antigua se interesó por la Hermenéutica a partir del significado de textos históricos. El tratadista del Derecho común depositó en ella su esperanza metodológica como una técnica del interpretar. La sistematización de sus puntos de vista fue, como ocurriera antes con la Tópica, un ejercicio académico obligatorio para la canonización de las prácticas interpretativas «autorizadas». Bajo el signo de la crítica racionalista del conocimiento pasó a primer plano, junto con la duda en su eficiencia, otra perspectiva, a saber: la iluminación interior del proceso de comprensión en su aspecto teórico-cognoscitivo. El interés de esta Hermenéutica crítica no radica en la jerarquía de las técnicas; tampoco radica en absoluto en la legitimación de las vías o medios del comprender, sino en la contradicción que, partiendo de la Teoría del conocimiento, existe al interrogar también «objetivamente» al objeto de su comprensión. Partiendo de esta pretensión, se justifica la esperanza de que, el hacer fructífera la Hermenéutica para la Metodología jurídica, podría contribuir decisivamente a introducir la racionalidad en el proceso de hallazgo del Derecho aplicable (60). Este deseo no fue lanzado al primer plano como consecuencia de la reviviscencia de las cuestiones de objetividad histórica —y también concretamente histórico-jurídicas— en la Filosofía por obra de Schleiermacher, cuya prelección sobre la Hermenéutica no influyó por casualidad en los últimos años de las prelecciones de Savigny sobre el sistema del Derecho romano (61). Para Dilthey la «interpretación técnica del proceso de comprensión» es sólo el objeto de su teoría, que significa un «análisis de la comprensión», análisis que había de ser la base para «establecer las reglas de la interpretación» (62). Desde entonces la Hermenéutica se esfuerza en explicar los elementos de la comprensión, a saber: el lenguaje, la accesibilidad a los significados del sentido en forma histórica o no histórica, y su dependencia de los horizontes del intérprete y de su objeto.

Por lo que se refiere a la interpretación jurídica, el lenguaje hasta ahora ocupa también para ella las más de las veces el

(60) Cfr. H. COING, quien al final de su conferencia citada expresa la idea de que la reflexión de la Metodología jurídica sobre los conocimientos de la Hermenéutica general podría alcanzar el valor de una «Crítica de la razón jurídica».

(61) H. G. GADAMER, o. c. [*Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2. ed., 1965], p. 309.

(62) DILTHEY, *Entstehung der Hermeneutik*, en *Philosophische Abhandlungen zum 70. Geburtstag Christoph Sigwarts*, 1900, p. 200.

primer plano del interés analítico y de la crítica de las posibilidades y de los límites de la interpretación. Pero el significado de la Hermenéutica jurídica en modo alguno se reduce a esta cuestión lingüística. En cuanto tal no tiene una diferencia tan fundamental respecto a la Hermenéutica histórica o literaria que hubiera de exigir una Hermenéutica jurídica específica. Naturalmente el lenguaje es una llave para el acceso a la cuestión de la comprensión, que exige esfuerzos distintos a las simples contestaciones semánticas.

No es necesario aducir nuevos argumentos para demostrar que, desvelar el sentido histórico del lenguaje, presenta, en relación con la semántica de conceptos simbólicos, problemas complementarios de interpretación. Estos tendrán que ser tenidos en cuenta necesariamente, pues sólo con ese desvelamiento estaría garantizada la capacidad de cambio de los programas de decisión con la ayuda de determinadas representaciones del modelo. Todas las aportaciones diferenciadoras de la Jurisprudencia van unidas al arte del perfeccionamiento lingüístico. Sin embargo, el problema de la interpretación del lenguaje jurídico no habría de traer consigo nuevas dificultades en relación con la Hermenéutica lingüística general, si no se añadiera una peculiaridad: que el lenguaje tiene como meta transmitir modelos de decisión, valores e indicaciones de acción. El mundo de la sistemática de las valoraciones y de las acciones y, con ello, la problematicidad de su lenguaje, comienza sólo más allá del significado de los enunciados, sean éstos de índole científica, técnica o cualquier otra. Estos en el Derecho son indicaciones ordenadoras, ya sean presentadas en lenguaje dogmático o flexible, no simplemente comunicaciones cargadas de sentido, sino requerimientos para una valoración y decisión que estén conformes con la norma. Justamente esta conformidad es aquí el problema hermenéutico. *El «círculo hermenéutico» consiste en este caso en la relación de planteamientos de cuestiones y respuestas qua comprensión de la norma; por tanto, en el hecho real de que, sin un juicio previo acerca de la necesidad de ordenación y la posibilidad de solución, el lenguaje de la norma no puede en absoluto expresar lo que se pregunta: la solución justa.*

Los enunciados valorativos están condicionados por cuestiones valorativas y éstas por posibilidades de valoración, que sólo se conocerán poniendo de manifiesto la necesidad de regulación. De este modo el *interés*, en el sentido originario, será el iniciador del interrogatorio y el moderador de la comprensión interpretativa de las normas. El lenguaje como tal no es más claro o más oscuro que en otras disciplinas y plantea las mismas cuestiones de interpretación que en toda Ciencia del espíritu o de la cultura. Sólo se alcanza mucho más rápidamente la «frontera crítica» de la claridad lingüística debido a que el significado «libre de dudas» de las directrices textuales depende aquí de las relaciones valora-

tivas y conexiones valorativas, que acercan la precomprensión a esos conceptos. Esto vale incluso para conceptos técnicos aparentemente fijos, como declaración de voluntad o representación, que no tienen ningún otro significado que el que *hic et nunc* se deriva de un determinado problema de ordenación y contexto ordenador, del que exige su uso y que le da «pleno sentido». A todo vocablo del lenguaje ordinario le es aplicable en mayor medida esto: que para el jurista sólo tiene significado dentro del contexto jurídico. La Hermenéutica lingüística general nada puede aportar aquí. Sería desesperante querer interpretar de modo puramente lingüístico un solo término, aunque fuera totalmente elemental. Kriele pone aquí el ejemplo del artículo 1, II, de la Ley fundamental (GG) con respecto a las palabras «dignidad» e «inviolable» (63). Tal empresa inútil pone en claro que la interpretación jurídica del texto sólo puede tener relevancia si antes comprende «rectamente» los problemas concretos y, partiendo de esta comprensión, interroga al texto. Acercarse a una determinada cuestión de ordenación, en relación con el posible significado del texto interrogado, es el acto decisivo sin el cual no puede manifestarse en absoluto el sentido regulativo de un término del lenguaje legal.

De este «acercamiento» se trata precisamente en la Hermenéutica jurídica. Si una formulación lingüística fuera en sí definitiva e inequívoca, atendiendo a una cuestión de ordenación delimitada definitiva y claramente, el acercamiento al problema no tendría ninguna importancia. Pero en realidad, por regla general, no hay ni una formulación tan definitiva ni una tarea regulativa delimitada de antemano de tal manera, que por cada nuevas variantes no hubieran de manifestarse nuevos criterios de modelos de solución (64). Esto se debe ya a la generalidad y a la pretensión de generalidad de la normación jurídica. Pero, naturalmente, se debe también al factor tiempo. Cuando una cuestión del presente es acercada al texto comprensible como norma actualmente plena de sentido y vinculante, se requiere una precomprensión del problema de ese texto, que no coincide con la precomprensión histórica.

Gadamer ha mostrado con gran insistencia la inevitabilidad de una precomprensión ahistórica y ha hecho ver que ésta es una parte teórico-cognoscitiva necesaria del proceso de comprensión (65). El justifica como condición de la «comprensión» el pre-juicio, acercado de este modo al objeto interrogado, sobre lo que el objeto pudiera significar con plenitud de sentido. Las indicaciones de acción permanentemente válidas sólo pueden funcionar si el interrogatorio del texto en su precomprensión supera la dimensión historicante. La precomprensión, partiendo de las

(63) KRIELE, o. c., p. 213.

(64) Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit im Lichte der Hermeneutik*, en el Festschrift für Karl Engisch, 1969, p. 243 (254); cfr. el mismo ya en *Analogie und Natur der Sache*, p. 4.

(65) O. c., p. 252 ss.

actuales cuestiones de ordenación, es algo más que una condición de la comprensión, es el presupuesto de una comprensión útil como base de decisión. Esto, en el caso del proceso de la interpretación en el Derecho, se convierte en cuestión central, mientras que la interpretación de testimonios culturales a la luz de la «verdad histórica» no incluye esa función práctica. En el planteamiento histórico de la cuestión, el pre-judicio desempeña únicamente el papel de círculo, que comporta siempre la afirmada distancia histórica o la neutralidad, a la vista de una posibilidad de conocimiento y de comprensión simplemente constatadas también históricamente. Tampoco lo decisivo es todavía el significado de círculo meramente lógico que la definición tiene, cuando, por ejemplo en la interpretación puramente definitoria (como en el caso de una traducción), se tiene que anticipar ya la posible equivalencia: de aquello que se quiere definir, se tiene precisamente ya antes que «tener un concepto». Estas cuestiones generales de la precomprensión son hoy conocidas en amplia medida. Para los juristas no se trata de que una determinación precisa del concepto presuponga siempre ya, como quiera que sea, una precomprensión que necesita corrección. Para la interpretación en el Derecho lo decisivo será dirigirse al texto interpretable con una cierta expectativa de hallar una posibilidad de solución a cuestiones de conflictos, y que esta expectativa delimite y manifieste las posibilidades de interpretación.

La Hermenéutica jurídica llegó a ser ejemplar para la Hermenéutica filosófica precisamente porque en ella un acto concreto de aplicación, o también la confrontación del problema de decisión que se ha de superar con el texto interrogado, «codetermina de antemano y en conjunto» el proceso de comprensión (66). El jurista no concibe el texto previamente dado, ni en su relevancia histórica ni sociológicamente, como producto de determinadas fuerzas; a él no le interesa como testimonio de opinión, sino como modelo directivo, pleno de sentido, para su decisión. El no quiere comprender otra cosa que lo que el texto dice en orden a poder tomar o no, con la ayuda de su *ratio*, su *decisión* «satisfactoria». En este sentido el acto de aplicación depende de la posibilidad de comprensión y la posibilidad de comprensión de la idea de aplicación. Este círculo, que después de lo dicho puede ser entendido como círculo de aplicación de una interpretación dogmática (67), da precisión a nuestra concepción de que las representaciones finales de la decisión influyen en la aplicación del Derecho: se tienen en cuenta anticipadamente posibles resultados, y en base a ellos se decide la comprensibilidad del texto. Tampoco esto ocurre con «método», sino en la precomprensión, que interroga los textos confrontando el significado de la norma y la proble-

(66) GADAMER, o. c., p. 307.

(67) GADAMER habla de precomprensión aplicativa (prólogo a la segunda edición, p. XIX).

mática del caso. Quien aplica el Derecho no puede sustraerse a la obligación de aplicación y de resolución a que está sujeto. Su interrogatorio a la norma está sujeto a esta precomprensión relacionada con la resolución de la situación conflictiva. En esa precomprensión, esta última no aparece como la situación personal de quien busca la protección del Derecho, sino como una «situación típica del caso», que requiere un tratamiento normativo, el cual ha de ser satisfactorio incluso más allá de la resolución concreta. La resolución tiene que ser, por lo general, «objetivamente justa» y además estar en consonancia con todo el sistema de ordenación.

Con esto queda clara la cuestión de qué elementos impulsan a quien aplica el Derecho a formular determinadas preguntas al texto. Las expectativas, no de cada uno de los que buscan el Derecho, sino de ulteriores intereses ya reconocidos de otros sujetos que buscan el Derecho, que aquí potencialmente son parte interesada, en su situación de conflicto con las expectativas contrarias, constituyen un *horizonte de expectativa* para quien aplica el Derecho, del cual no puede salirse. Este horizonte de expectativa no es subjetivo, sino general; representa la comprensión del Derecho de enteros grupos sociales, con la que el juez ha de enfrentarse en su interpretación. Tal enfrentamiento no es algo que se añada posteriormente al acto de hallar el Derecho aplicable, sino que más bien es algo que determina su dirección y su curso atendiendo al consenso social para una resolución «razonable». Partiendo de esta expectativa, serán interrogados los modelos de regulación en relación con su posible sentido para el conflicto planteado. Este interrogatorio, por tanto, se caracteriza por el estado de expectativa que codetermina las representaciones judiciales, es decir, por lo que el modelo respectivo «debiera ofrecer» —o, a la inversa, lo que en todo caso puede aparecer como «todavía pleno de sentido»—. Esto significa, tanto en el aspecto positivo como en el negativo, tantear y anticipar posibles interpretaciones según puntos de vista de la fuerza de convicción, cuyo significado anticipado no puede ser suficientemente evaluado.

De lo que de momento se trata es de la posibilidad de dar a conocer los motivos de un tal enjuiciamiento anticipado de la norma. En gran parte estos motivos seguramente radican en la visión panorámica adquirida con la formación jurídica y con la experiencia práctica y en un «juicio» seguro y es de esperar que a la vez fortalecido. Pero también radican en tener conciencia de una tarea de planificación y de mediación *anterior* a aquel horizonte de expectativa, que se manifiesta en las pretensiones y en los argumentos de los afectados, y *anterior* también al sistema dogmatizado con su consolidación siempre parcial solamente. En este papel del intérprete como mediador entre las necesidades de un sistema estable y una iniciación actualmente justa y el reco-

nocimiento de nuevos horizontes de expectativa, radica la problemática de la «aplicación del Derecho»; pero también está la clave para las variadas, y al parecer arbitrarias, utilización y desatención de cada uno de los elementos de la interpretación. El papel del intérprete como mediador entre la conciencia social y la tradición ordenadora dogmática en el sistema de su Derecho, determina su voluntad y el acceso a la comprensión del texto. La anticipación del sentido, que guía su comprensión del texto, es determinada en base a una relación con lo transmitido, que no es la suya personal, sino aquélla que se manifiesta también a su conciencia como la relación de la «colectividad» social y que, en consecuencia, «es concebida en constante formación con ésta» (68). O dicho en el lenguaje de la Teoría crítico-ideológica de la Ciencia: «La comprensión hermenéutica es la interpretación de textos conociendo los textos que deben ser comprendidos; esto conduce a nuevos procesos de formación partiendo del horizonte de procesos de formación ya concluidos; es un nuevo elemento de socialización que se une a una socialización ya pasada; al apropiarse la tradición, la prosigue» (69). Como, sin embargo, la tradición, por su parte, sólo se concibe como dependiente del tiempo y de la sociedad, la postura dogmática del intérprete tampoco es fija, sino que está sujeta aún, más allá de la «comprensión aplicativa», a las variaciones generales de la situación de la conciencia.

A partir de esto queda claro que también determinantes del Derecho que se presentan como rigurosamente normativos, principios *a priori*, así como también remisiones a criterios racionales, están sometidos al cambio de comprensión. Los primeros son delineados ya por su propia índole menos determinativa que limitativamente, y son de naturaleza formal. Son, incluso intencionalmente, susceptibles de cambio objetivo de criterio, lo que también es aplicable a principios de formulación reciente, como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad. Estos principios tienen a su vez su propio círculo en cuanto remiten a representaciones valorativas y a standards, que, en último término, el intérprete tiene que elegir en base a sus expectativas de consenso, como el «sano» sentimiento moral o la conciencia ética «de todos los que piensan racional y justamente» (70). Quien no quiera conformarse con esto, le queda elegir entre un Derecho rigurosamente dogmatizado y otro plenamente ideologizado. Ambas cosas conducen a la desnaturalización instrumental de la Justicia. Una comprensión

(68) GADAMER, o. c., p. 277.

(69) JÜRGEN HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Philos. Rundschau, Beiheft 5 (1967), p. 157. Cfr. también del mismo sobre «Dogmatismus, Vernunft und Entscheidung» en la colección «Theorie und Praxis», 2. ed., 1967, p. 231.

(70) V. ya antes p. 22. Sobre el problema del círculo, cfr. ESSER-STEIN, *Werte und Wertewandel in der Gesetzanwendung*. Schriften der Evangelischen Akademie in Hessen und Nassau, Heft 68 (1966); espec. sobre las «buenas costumbres», p. 20 ss., 28 ss.; sobre el «orden de valores», p. 58 ss., 69.

del Derecho uniformada políticamente introduce el monopolio de la verdad, partiendo del cual toda precomprensión no controlada ideológicamente es calificada de «consciencia falsa». En cambio, la total autonomía del sistema del Derecho prohíbe toda reflexión crítica del intérprete sobre las condiciones y motivaciones de su precomprensión; pero, con ello, prohíbe también todo control racional de rectitud y abandona precisamente al sistema jurídico, ideológicamente impermeabilizado y que se genera a sí mismo autónomamente, en los brazos de la manipulación política.

