



FACULTAD DE DERECHO

ÉTICA Y APLICACIÓN JURÍDICA. LA PROPUESTA HERMENÉUTICA

Autor: Luis del Avellanal Ballesteros

5º E3 A

Filosofía del Derecho

Tutor: Miguel Grande Yáñez

Madrid

Marzo 2020

“Recuerden: les ha sido entregado un poder inabarcable, el poder de atar y decidir. Pero ¡cuanto más fuerte es el poder, más terrible es su aplicación!”

Fiódor Dostoyevski
Los Hermanos Karamázov

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5	
CAPÍTULO I: LA APLICACIÓN JURÍDICA ANTERIOR AL PENSAMIENTO		
HERMENÉUTICO.....	7	
I.1 POSITIVISMO JURÍDICO Y CRISIS DEL MODELO DOGMÁTICO	7	
I.2 IUSNATURALISMO.....	12	
CAPÍTULO II: LA PROPUESTA HERMENÉUTICA.....		17
II.1 HERMENÉUTICA COMO ONTOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA Y NO COMO MÉTODO	17	
II.2 HERMENÉUTICA JURÍDICA	21	
II.3 HERMENÉUTICA Y IUSNATURALISMO.....	25	
II.4 FILOSOFÍA DE DERECHO HERMENÉUTICA Y LA PROBLEMÁTICA DEL RELATIVISMO	27	
CAPÍTULO III: LA ÉTICA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA		31
III.1 POSTURAS ÉTICAS DENTRO DEL DERECHO	31	
III.2 HERMENÉUTICA: AUTOCOMPRENSIÓN COMO ALTERIDAD	33	
CONCLUSIONES.....	37	
BIBLIOGRAFÍA.....	41	

INTRODUCCIÓN

El problema de la interpretación es una cuestión que, pese a que pueda parecer lejana a un lector que no ha oído hablar de ella o no ha llegado a profundizar en el tema, está presente en todos los ámbitos de nuestra vida. Todo aquello que nos llega, tanto de fuera como de nosotros mismos, es objeto de nuestra interpretación y comprensión como sujetos interpretativos. Ejemplo de ello es que no hay una forma directa de acceder a algo pasado, sino que llega a nosotros a través de un proceso de interpretación propio. De esta forma la interpretación y la comprensión toman un papel central en nuestra existencia al alcanzar prácticamente todo aquello que la forma.

El objeto de investigación en este trabajo es la interpretación desde una perspectiva jurídica, en concreto desde la Filosofía del Derecho. Se buscará una reflexión en profundidad dentro de la interpretación jurídica y se interpretará la propia interpretación. Es indudablemente una de las perspectivas más interesantes desde las que poder hacerlo, ya que la interpretación dentro del Derecho produce un efecto imperativo en la realidad: la aplicación jurídica. La figura del juez como sujeto interpretador de no sólo la norma jurídica, sino también de todo elemento y hecho presente en la situación jurídica, cuya decisión se impone en la existencia de otros, abre múltiples posibilidades de análisis y estudio para la Filosofía del Derecho.

A lo largo de este Trabajo de Fin de Grado se revisarán las principales posturas iusfilosóficas en torno a la interpretación y aplicación jurídica, haciendo hincapié en autores iusnaturalistas, iuspositivistas y hermenéuticos. Estas diferentes corrientes filosóficas servirán para comprender las principales cuestiones que existen en el tema, analizar la evolución del pensamiento e introducir el movimiento que será clave en nuestra propuesta, la Filosofía del Derecho Hermenéutica.

La Hermenéutica jurídica se encuadra dentro del pensamiento hermenéutico, una corriente filosófica de expansión en la segunda mitad del siglo XX que sitúa a la interpretación y búsqueda de sentido en un eje central de la existencia. El propio hecho de interpretar y la autocomprensión necesaria, tanto de sí mismo como intérprete, como del propio objeto interpretado, se convierten en esencia de esta filosofía, una forma propia de comprensión humana. Este movimiento, al abogar por una búsqueda de sentido alejada de metodología y rigidez, abre un nuevo abanico de posibilidades para el intérprete jurídico, pero al mismo tiempo conlleva riesgos en torno a la subjetividad, arbitrariedad

y seguridad de la aplicación jurídica. Se intentarán tratar estos puntos y controversias a través de una postura hermenéutica que pueda ser crítica con sus debilidades y fortalezas, pero que también pueda traer nuevos puntos de vista a la discusión.

Dentro del nuevo horizonte de posibilidades que abre esta corriente hemos querido centrar nuestra investigación en la dimensión ética. Mientras que en otras posturas iusfilosóficas la corriente ética se pretende alejar de la jurídica, la Hermenéutica, dentro de su apertura y flexibilidad en la búsqueda de sentido, abre la puerta a una corriente ética dentro de la aplicación jurídica. A partir del efecto jurídico que tienen las decisiones judiciales sobre otros se puede construir una nueva ética que se pueda acercar a los demás. Dejando atrás éticas individualistas, pretenderemos embarcarnos en una propuesta ética cuyo nudo gordiano resida en la alteridad, en los otros sobre los que nuestro comportamiento puede llegar a tener consecuencias. A partir de la comprensión y acogida del otro, una nueva búsqueda de sentido en nuestra interpretación, comprensión y aplicación de la norma podrá traer nuevas perspectivas a nuestra existencia y al Derecho.

La Hermenéutica no surge como una reacción opuesta a los movimientos anteriores, sino como una postura nueva y abierta que pretende evitar toda rigidez o molde a la hora de interpretar. Es por su propia idiosincrasia un postulado que acepta y se abre a nuevas formas de entenderse como filosofía. Nuevas posturas, puntos de vista o críticas tienen cabida dentro de ella y fomentan nuevas perspectivas de búsqueda de sentido en nuestra vida. Creemos que esta propuesta puede ser una de ellas.

CAPÍTULO I: LA APLICACIÓN JURÍDICA ANTERIOR AL PENSAMIENTO HERMENÉUTICO

I.1 POSITIVISMO JURÍDICO Y CRISIS DEL MODELO DOGMÁTICO

El Positivismo Jurídico es una corriente de pensamiento jurídico que pone su foco en la norma -a la cual intenta reducir el Derecho-, donde la validez adquiere el papel de noción central. Podríamos decir que el Empirismo inglés es el que abona la tierra para estas teorías que empiezan en el siglo XVIII y continúan durante el XIX y XX. Una primera figura destacada dentro del movimiento fue el inglés John Austin, altamente influenciado por el utilitarismo de Jeremy Bentham. Austin centra su estudio en la imperatividad del Derecho y en su origen como mandato del legislador, por lo que aboga por una interpretación literal y una sistematización del Derecho en torno a códigos. El movimiento positivista, en nuestra opinión, halla su culmen en la figura del austríaco Hans Kelsen y en su Teoría Pura del Derecho. No olvidamos las aportaciones de notables positivistas posteriores, tales como H.L.A. Hart, Joseph Raz o Gregorio Peces-Barba, pero debido a la extensión de este trabajo nos centraremos en la teoría de Kelsen y en ciertos elementos de la teoría analítica de Norberto Bobbio para reflexionar someramente sobre el positivismo y su problemática.

El principal objetivo de Kelsen a lo largo de su obra es el desarrollo de una teoría del Derecho que haga al mismo merecer la calificación de ciencia. Entender el Derecho como una ciencia causal al nivel de cualquier otra es la forma de evitar los derroteros por los que había atravesado la materia a través de otras concepciones que la convertían en una disciplina equívoca y alejada de toda certeza o seguridad buscada por sus estudiosos. Para esta labor, lo que intentará Kelsen es “purificarla” mediante la determinación de qué es Derecho y lo que no, a través de una teoría que podemos calificar de unitaria, completa y coherente. De esta forma, se conseguirá alejar de todo elemento considerado antes como Derecho y que en realidad es un obstáculo para ese objetivo perseguido.

Al analizar la palabra “ley” nos encontramos ante un término polisémico en el que podemos abarcar distintos significados, y es aquí donde Kelsen hace una distinción entre la “ley natural” y la “norma”. A la primera le atribuye explicaciones de la realidad de la

que formamos parte, como los enunciados propios de las ciencias de la naturaleza, por lo que corresponde al mundo del ser (*sein*). Con la segunda entiende proposiciones que establecen lo que debiera suceder, un contenido ideal pero no real, en definitiva, el deber ser (*sollen*)¹. Fruto de estos dos tipos de proposiciones surge la distinción que realiza entre ciencias explicativas, cuyo objeto de estudio será el mundo del ser, y las ciencias normativas, a las cuales les corresponde el mundo del deber ser. El Derecho para Kelsen es una ciencia que se encuadra dentro de las ciencias normativas, por lo que en un primer lugar debe deshacerse de todo elemento propio del mundo del ser y centrarse en el del deber ser a partir de la norma. Mientras que una ley natural explica y se fundamenta en la verdad, una norma no pretende explicar la realidad, sino motivar la voluntad de los hombres, por lo que crea o provoca una realidad, no la explica². Dentro de la teoría del ser y deber ser podríamos cuestionar si realmente el Derecho sólo se puede encuadrar en el deber ser, ya que algunas de sus dimensiones y elementos están (tal y como se verá más adelante) en pleno contacto con la realidad, el mundo del ser; si concebimos el Derecho como una auténtica ciencia práctica, esta dicotomía propuesta por Kelsen puede llegar a carecer de sentido.

Para Kelsen el Derecho objetivo es la voluntad del Estado, pero no por el hecho de que lo que quiere el Estado es norma, como podría ser en una concepción absolutista en la que el Derecho es lo que quiere el gobernante³, sino porque es el único capaz de hacer que la norma nazca y que sea aplicada⁴. Pero para él tanto el Estado como el Derecho no constituyen fines en sí mismos, sino que se trata de medios para llegar a finalidades que se encarga de establecer la sociedad. Estos fines se encuentran fuera del ámbito del Derecho como ciencia, se trata de materias que no incumben al Derecho, que meramente se debe preocupar como medio que es de tratar de llegar a ellos. En este postulado teórico podemos ver claramente cómo se produce un distanciamiento respecto al Derecho de materias mucho más centradas en una dimensión material, como pueden ser la Política, la Sociología o, como profundizaremos más adelante, la Ética. El Derecho debe enfocarse meramente en una dimensión formal para así cumplir de una mejor manera su función.

¹ Cfr. López Hernández, J.: *Introducción histórica a la Filosofía del Derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005, pp. 64-65.

² Cfr. *Ibid.*, p. 66.

³ Por ejemplo, Maquiavelo se centra en una concepción del Derecho en torno a la dimensión agente, un Derecho como voluntad del príncipe, un sujeto moderno que impone su voluntad y que sabe dirigir su fortuna.

⁴ Cfr. López Hernández, J.: *Op. Cit.*, p. 69.

En su pretensión de exactitud, certeza y científicidad, el jurista austríaco idea una teoría del orden jurídico que hoy en día sigue teniendo gran influencia en nuestros órdenes jurídicos, así como en la Filosofía del Derecho, a través del sistema de jerarquía normativa. En él, la validez de una norma depende de la validez a su vez de su superior jerárquica, y esta a su vez de la de su respectiva superior jerárquica hasta llegar a una norma fundamental (*Grundnorm*) que no dependa de ninguna otra, ya que es el eje fundamental de todo el sistema y la fuente de unidad y seguridad jurídica para el resto del ordenamiento. Punto interesante es el de la soberanía a través de esta norma fundamental, ya que un Estado verdaderamente soberano no está sometido a ningún otro orden jurídico, ni siquiera al Derecho internacional⁵. En este caso nos encontramos ante un problema de plena actualidad, ya que los Estados actuales apuestan por sistemas jurídicos en los que prima el Derecho estatal y no el Derecho internacional, y según la teoría de Kelsen ambos son incompatibles entre sí. Cabe preguntarnos si en un mundo globalizado como en el que vivimos se debe producir un cambio de paradigma hacia un orden estatal de cesión de soberanía que pueda dar respuestas globales (y no locales) a los problemas mundiales que más nos acucian en la actualidad (pobreza, subdesarrollo, sostenibilidad, epidemias...).

En una distinción entre las funciones estatales, Kelsen dota de especial protagonismo a la función legislativa como creadora de Derecho, mientras que relega a función jurisdiccional y administrativa su aplicación. Debido a la posterior relevancia que tomará en el trabajo, se profundizará a continuación en torno a la función jurisdiccional. Bajo esta postura, la sentencia judicial es una individualización de la norma general, ya que vincula a una situación de hecho abstracta una consecuencia también abstracta: comprueba que se ha dado el hecho previsto por la norma de forma abstracta y si es así aplica al hecho concreto la consecuencia prevista en la norma⁶. De esta forma, la función jurisdiccional produce Derecho al concretar una norma que no es de por sí completa.

Según Kelsen, lo que la ciencia jurídica positivista debe hacer es limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma: describir, no crear ni aplicar. Decidir cuál de ellas es la única correcta o justa sería un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva⁷. Así se puede llegar a varias interpretaciones (como en el caso del sentido de la

⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 78.

⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 80.

⁷ Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria Buenos Aires, 1974, p. 170.

norma dudoso) o soluciones que desde el punto de vista jurídico son de igual valor si están de acuerdo con la norma a interpretar. El sentido de la norma pasa a ser un límite o marco de actuación para el intérprete judicial, que puede atribuir valores distintos a las diferentes interpretaciones de acuerdo con factores ajenos al Derecho, como pueden ser su perspectiva moral o política. Lo que hace la teoría es desplazar el problema del conflicto de las interpretaciones a otras áreas, despejando cualquier problemática que no sea teórica del Derecho, pero sin darse cuenta de la relevancia práctica que puede llegar a tener una simbiosis entre ambas⁸.

Esta perspectiva la podemos ver dentro del problema de las lagunas jurídicas, un fenómeno que según Kelsen no llega a existir. Para el austríaco, el Derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio, por lo que debe ser aplicado aun si es juzgado erróneamente. Este juicio corresponde a materias ajenas al Derecho, que buscan un Derecho más justo con el cual hay divergencia, y que deben entrar en juego desde otras áreas para cambiar el propio Derecho positivo, pero no para ponerlo en duda. La búsqueda de la equidad se desplaza fuera de su ciencia jurídica.

Siguiendo esta línea de pensamiento en torno a la interpretación, podemos llegar a la teoría analítica del Derecho, cuya figura fundamental es Norberto Bobbio. Esta teoría parte del iuspositivismo y centra su estudio en el campo de la interpretación lógico-lingüística de la norma, pero también dentro del objetivo de Kelsen de transformar la jurisprudencia en ciencia. Bobbio en su teoría también admite que la función del intérprete jurídico es completar la norma incompleta (rechaza la idea de autosuficiencia del ordenamiento jurídico, una teoría ya superada). El matiz lo aporta al entender que esta tarea de completar a través de la interpretación se debe realizar a por un procedimiento lógico en el que se purifique el lenguaje para llegar a un rigor o científicidad en él⁹. Al respecto suscribimos la crítica que realizan Zaccaria y Viola en cuanto a la interpretación, ya que dará pie a un posterior desarrollo de una propuesta superadora. En un primer lugar, la teoría se centra en la labor interpretadora del texto y aleja al intérprete de algo que no debe ir muy lejos, que es la realidad regulada, la cual necesita en la mayoría de los casos una gran reflexión y análisis para llegar a una adecuada decisión judicial. En la teoría de Kelsen “parece como si las decisiones de los jueces fuesen independientes de las relaciones sociales subyacentes y por esa independencia adquirieran neutralidad,

⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 163-170.

⁹ Cfr. Viola, F., & Zaccaria, G.: *Derecho e interpretación: Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 390.

apoliticidad y justicia”¹⁰. En segundo lugar, es este elemento de realidad (de ser y no de deber ser) lo que siempre va a alejar al Derecho de su pretensión de ciencia, pese a su búsqueda de un lenguaje totalmente riguroso y objetivo.

Es en la actualidad donde vemos el giro de relevancia que ha tomado la realidad social en conjunción con la propia norma, que tampoco debe ser relegada a un lugar secundario¹¹. Bajo nuestro punto de vista, la función interpretadora es la que debe servir de nexo de enlace entre los diferentes factores a analizar, pero sin radicar en un método unívoco que pueda dar por sí solo más relevancia a unas sobre otras. Podemos considerar en la actualidad que esta concepción de la labor del juez arrastra su lacra en la formación actual de juristas y jueces. En su formación porque ésta se reduce meramente a contenidos teóricos, centrándose en esa dimensión formal del Derecho. Desde nuestra perspectiva, la labor de interpretación y comprensión del juez debe entrar en contacto con la sociedad que regula, por lo que es necesario un conocimiento de esta. Una fuerte formación teórica es relevante, pero es un elemento más que debe conjugarse con el contenido de la relación jurídica. De esta manera, un conocimiento técnico de la realidad que regulan (por ejemplo, un juez que comprenda el funcionamiento económico de una compañía) podrá satisfacer las necesidades que la sociedad demanda del Derecho como herramienta de resolución de problemas útil en nuestra vida: “El método de la abstracción ha conducido a este estado de cosas que puede llegar a caracterizarse como una pretendida autonomía vacía de contenido al margen de la dinámica de la sociedad actual”¹².

La teoría de Kelsen en su intención de vaciar todo contenido que no sea forma del Derecho (que se componga meramente de deber ser y no de ser, para así alejar su ciencia de todo riesgo de caer en manos de movimientos políticos, ideologías o éticas) trae consigo una problemática por el hecho de no tener en cuenta el contenido, que considera materia para otros saberes como pueden ser la Ética, la Política, la Economía o la Sociología. Desde nuestro enfoque, las situaciones jurídicas están compuestas tanto de forma como de contenido en una relación unitaria y sintética inseparable, por lo que la perspectiva kelseniana meramente formal del Derecho pasa a ser una consideración parcial y unilateral que no puede describir el fenómeno jurídico en todas sus dimensiones¹³. Su propia autonomía respecto a la realidad es una fortaleza (sin duda

¹⁰ Calsamiglia, A.: *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, p. 211.

¹¹ Cfr. Viola, F., & Zaccaria, G.: *Op. Cit.*, pp. 394-395.

¹² Calsamiglia, A.: *Op. Cit.*, p. 231.

¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 206.

alguna aporta seguridad jurídica, certeza o unidad), pero una enorme debilidad al mismo tiempo.

I.2 IUSNATURALISMO

Frente a una postura positivista propondremos en este apartado ciertos postulados de la corriente iusnaturalista del Derecho, corriente con un gran desarrollo a lo largo de la Historia y con todavía relevancia en la actualidad. En líneas generales, lo que postula este movimiento es la existencia de un Derecho superior, el Derecho natural, inscrito en nuestra naturaleza humana, con contenidos axiomáticos y que debe servir de guía o base para el desarrollo del Derecho humano, también conocido como Derecho positivo. Se trata -indudablemente- de una alineación contraria a la concepción positivista del Derecho. Debido a la extensión de este trabajo, intentaremos centrar la exposición de puntos iusnaturalistas en torno a la interpretación del Derecho para poder relacionarlos con otras posturas y así poder fundamentar una crítica posteriormente.

En primer lugar, debemos de aclarar que la concepción de Derecho natural ha ido evolucionando a lo largo de la Historia a través de diferentes autores y corrientes, que, pese a que mantienen un denominador común en lo previamente expuesto, aportan matices y diferenciaciones que les alejan o acercan a otros movimientos y problemas. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en autores como Manuel Jesús Rodríguez Puerto o Andrés Ollero, que, retomando ideas del Derecho natural de Santo Tomás de Aquino, abogan por un Derecho natural moldeable de acuerdo con la realidad social en la que se vive. Esta postura será posteriormente desarrollada y debatida, pero cabe plantear la cuestión de si al abandonar la inalterabilidad del Derecho natural se está realmente moviendo hacia una interpretación de la existencia en un momento concreto que abandona un verdadero iusnaturalismo: ¿Se puede respaldar un Derecho natural alejado de la solidez y raigambre de los valores?

Para fundamentar una interpretación basada en posturas iusnaturalistas partiremos de figuras como las de la analogía y la equidad, donde podemos encontrar un apoyo de una interpretación iusnaturalista de las relaciones jurídicas a través de conceptos como justicia o equidad. Se trata de dos temas presentes en el día a día de la vida judicial y en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que una profundización en ciertos puntos de los

mismos la consideramos adecuada. Para empezar, podemos decir que hay una intensa relación entre ambas, en tanto que no se podría realizar una analogía si ésta no resulta equitativa, y que dentro de los rasgos destacables que encontramos en la equidad está la similitud¹⁴; por ello las trataremos conjuntamente.

Desde una perspectiva iusnaturalista, para el uso de estas dos figuras de nuestro ordenamiento hay que basarse en algún principio general del Derecho. Asimismo, en ellas hay un fundamento común: la razón natural y la naturaleza de las cosas relacionadas con el Derecho positivo. Esto funcionará como justificación del uso de estas, que puede llegar a constituir, debido a su flexibilidad, una fuente de inseguridad jurídica. Es en este punto donde se debe entrar a justificar su uso y su forma de uso, ya que “si no existe un orden natural en las cosas, ni el Derecho, ni la equidad, ni la analogía pueden basarse en una razón ínsita en aquéllas, y solo cabe fundarlo en la voluntad del legislador”¹⁵. Si siguiésemos esta perspectiva entendemos el riesgo que conlleva y la falta de consideración que pueden llegar a adoptar estas figuras, que efectivamente quedan en manos de la voluntad de otro.

Un planteamiento interesante para traer a colación es el de Thomas Hobbes, un filósofo que considera el Derecho como una herramienta política en manos del Estado (concebido como un Leviatán poderoso) para preservar la seguridad y la supervivencia de los ciudadanos. Si la Ley es una fuente de seguridad y orden, aquellos que pretendan menoscabarla pueden a través de la interpretación imponer ilegítimamente su voluntad ante la Ley legítima. De este modo, la interpretación pasa a entrañar un riesgo, ya que “pretender que la interpretación de la Ley debe llevarnos más allá de la voluntad del legislador equivale a traicionarla”¹⁶. Pese a ello Hobbes no cierra la puerta a la interpretación o creación de nuevo Derecho por el juez, ya que considera en ciertos casos necesaria la clarificación de la Ley, la cual se debe realizar siempre dentro de un marco legal que exprese la voluntad del legislador.

Dentro de posturas iuspositivistas se produce un menosprecio de la equidad y de la analogía, al considerarlas juicios puramente subjetivos, individuales y arbitrarios, contrarios a todo espíritu científico buscado¹⁷. Este mismo sentido de crítica también se

¹⁴ Cfr. Vallet de Goytisolo, J.: *El Razonamiento Jurídico: la Analogía y la Equidad*, Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1997, p. 60.

¹⁵ *Ibid.*, p. 65.

¹⁶ Ollero, A.: “Hobbes y la interpretación del Derecho”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 54(1), 1977, p.47.

¹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 66.

produce por parte del Iuspositivismo hacia la Hermenéutica jurídica. Tal y como abordaremos más adelante, la subjetividad del actor jurídico toma un papel central en estas dos teorías, en especial dentro la Hermenéutica, que abraza de lleno la subjetividad en su interpretación y no por ello teme a la inseguridad jurídica, incerteza o pluralidad que le es achacada por sus detractores. Por su parte, el racionalismo, con figuras como la de Leibniz, busca un elemento racional en su aplicación, una búsqueda de la univocidad y certeza en él, que no haga ir caso por caso, si no poder definirlo con claridad. Para un iusnaturalista lo que empieza a entrar en juego es un sentido denominado “naturaleza de la cosa”, donde pueden llegar a converger el ser y el deber ser expuesto previamente por Kelsen. Se trata de un medio entre justicia objetiva y normativa, y como tal, es portadora de un sentido jurídico objetivo, del que trata todo conocimiento jurídico¹⁸.

Frente a una concepción de Derecho iuspositivista centrada en la forma, en la aplicación de la analogía y equidad nos distanciamos de la forma del Derecho y nos adentramos en una dimensión material del Derecho. Material en un sentido de contenido del Derecho, de unos fines y valores incardinados en él que deben ser los que guíen su aplicación en la situación concreta para así poder evitar la rigidez de la forma que encontramos en propuestas centradas en la norma y no en el fin detrás de la norma. Tal y como expone Juan Vallet de Goytisolo, “la interpretación debe ser entendida a la luz de principios de Derecho natural o de justicia, que deben proyectarse en el caso concreto”¹⁹. Esto nos debe llevar a cada una de las relaciones jurídicas sobre las que debe entrar a interpretar el juez. En ellas la aplicación de la norma puede conducir a un resultado en contra de la justicia, y es en estos casos cuando debemos regresar a la justicia, fuente a su vez de la norma, para dar una solución a la realidad que se regula. Es en esta naturaleza de la cosa donde se produce la verdadera aproximación del Derecho a la vida, su gran factor de movilidad y el principio dinámico de desarrollo del Derecho, ya que permite atender a nuevas necesidades sin acudir al camino espinoso de una revolución o transformación legislativa²⁰.

Este problema ya lo encuentra Kelsen en su teoría formal, ya que el elemento de la observancia al Derecho (su cumplimiento), no se puede clasificar como deber ser, sino como ser. ¿En qué se debe fundar la observancia al Derecho? ¿Por qué la gente obedece

¹⁸ Cfr. Kaufmann, A.: *Analogía y “naturaleza de la cosa”*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, pp. 90 y ss.

¹⁹ Vallet de Goytisolo, J.: *Op. Cit.*, p. 101.

²⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 100.

al Derecho vigente? Para su respuesta ya nos estamos alejando de una teoría formal del Derecho establecida en el deber ser, pero es que la observancia de la propia norma se puede considerar perfectamente un elemento fundamental de la materia jurídica; el Derecho no puede escapar de su vertiente práctica. Aquí podemos ver un ejemplo claro de que el Derecho no es posible delimitarlo en su dimensión formal, sino que tienen que traerse a colación elementos de nuestra realidad para su estudio. El Derecho, por ejemplo, debe abrirse a trabajar con saberes como la Sociología para poder entender las conductas sociales que derivan en su obediencia y observancia. Alessandro Passerin d'Entrèves, desde un enfoque iusnaturalista, establece que por “natural” debe entenderse “una medida ideal que deriva de una situación objetiva e inalterable que es objeto del conocimiento antes de serlo de la voluntad; en una palabra, que es una definición de lo que es antes de ser una formulación de lo que debe ser”²¹. El Derecho natural apuesta por adentrarse en ese ser, en nuestra propia naturaleza, para llegar a ese deber ser que debe regir nuestra vida: el Derecho natural pasa a ser una traducción normativa de esos valores. Es aquí donde se encuentra una solución iusnaturalista a la observancia de la norma. A través de valores que encontramos en nuestro ser llegamos a una “verdad del Derecho” que garantiza su validez al lado y fuera de la imposición autoritaria: así garantizan el orden establecido actual o lo minan poco a poco. De este modo, los valores intrínsecos, cuyo contenido se trata de un reto también para el Derecho, componen unos pilares estables y seguros de todo el sistema, que pasan a un papel central en épocas de crisis, cuando todos los valores son puestos en duda y un nuevo Derecho pretende imponerse, procedente de una exigencia insaciable de verdad y de justicia²².

Passerin d'Entrèves considera que la noción de Derecho natural puede sacar provecho de una concepción que deja atrás el carácter imperativo de la noción formal del Derecho, pero debería alejarse de toda postura que excluya la posibilidad de objeciones o juicios de valor sobre el contenido de las normas²³. Al igual que en la Hermenéutica jurídica, su iusnaturalismo concibe la ley como un punto de partida con el que trabajar, incluso pudiendo poner en duda al mismo, para hallar un sentido de justicia que se manifieste en la sentencia. Para ese sentido de justicia recurrimos al Derecho natural. La cuestión que nos surge en este caso es si pretendiendo alejar peligros respecto a la seguridad jurídica y firmeza del Derecho en torno a la figura del legislador lo que hace es

²¹ Passerin d'Entrèves, A.: *Crítica del Derecho Natural*, Taurus, Madrid, 1966, p. 195.

²² *Cfr. Ibid.*, p. 199.

²³ *Cfr. Ibid.*, p. 192.

pasar a situar la confianza²⁴ respecto a los mismos peligros en torno a unos dogmas o valores inmutables inscritos en nuestra naturaleza. Estos valores podemos volver a cuestionarlos respecto a su firmeza y al problema de su determinación. ¿No se trata de una solución que regresa al mismo problema?

²⁴ *Cfr.* Grande, M.: “En busca de la ética en la Filosofía del Derecho Hermenéutica”, *Bajo palabra*, 2016, 2(12), p. 104.

CAPÍTULO II: LA PROPUESTA HERMENÉUTICA

II.1 HERMENÉUTICA COMO ONTOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA Y NO COMO MÉTODO

Frente a posturas filosóficas precedentes, surge en el siglo XX (en un terreno abonado por autores anteriores) una novedosa corriente de pensamiento: la Filosofía Hermenéutica. Esta filosofía va a ser clave para el desarrollo de la Hermenéutica jurídica dentro de la Filosofía del Derecho, punto principal que pasaremos a desarrollar en este capítulo.

La Hermenéutica de por sí fue concebida anteriormente como el arte o metodologías relacionadas con la interpretación, pero su paso a tema central de nuestra existencia y filosofía en sí misma se consolida en el S. XX a partir del conocido como renovador de la Filosofía Hermenéutica: Hans-Georg Gadamer. Con anterioridad tuvo relevancia en el campo de la interpretación bíblica, también conocida como exégesis (Hermenéutica teológica). Dentro de esta Hermenéutica, destaca como punto de partida una gran figura como la del romántico alemán Friedrich Schleiermacher²⁵. Este autor concibe un sistema de comprensión de naturaleza circular en el que aboga por la retroalimentación dentro del entendimiento de los textos como respuesta a la univocidad y equivocidad de la interpretación.

Como filosofía, la Hermenéutica tiene un eje central en torno a la interpretación y al propio sujeto interpretador en búsqueda de sentido; el propio hecho de interpretar y la autocomprensión necesaria tanto de sí mismo como intérprete y como del propio objeto interpretado se convierten en esencia de esta filosofía, una forma propia de comprensión humana. Dentro de esta comprensión se engarza de forma relevante el existencialismo de Martin Heidegger, maestro del propio Gadamer. “La precisión y determinación de los ideales será más un problema del político, el moralista o el metafísico; su estructura existencial es su fuerza filosófica”²⁶. El “ser-ahí” o “*Dasein*” de Heidegger toma un papel crucial en la apertura del sujeto interpretador, ya que se encuentra inserto en un

²⁵ Schleiermacher, F.: *Teoría Hermenéutica completa*, Instituto Juan Andrés de Comparatística y Globalización, Madrid, 2019.

²⁶ Grande, M.: *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 23.

contexto, una situación en la que piensa, un Mundo del que forma parte y que le condiciona profundamente. Es en ese Mundo o contexto donde el sujeto interpreta y reflexiona, siempre desde una libertad y temporalidad que son las que abren paso a la apertura del sujeto. Muy relevante es esta perspectiva dentro de la Hermenéutica jurídica en una posible búsqueda de la ética que emprenderemos más adelante, ya que el “ser-ahí” lo es con otros, se convive en ese contexto con otros, lo cual da un nuevo sentido dentro del ámbito práctico y ético del Derecho.

Siguiendo esta pequeña presentación de la Filosofía Hermenéutica llegamos a Hans-Georg Gadamer, su impulsor y figura más reconocida. Este autor se centra en una Hermenéutica desde lo textual, dándole relevancia desde el discurso escrito, entendiendo el lenguaje y la palabra como principales objetos de interpretación. Este punto es relevante para él porque, frente a la firmeza del texto, se produce un proceso de lectura comprensiva por parte de un sujeto donde cabe lugar el proceso interpretativo con la plenitud que aporta la riqueza y el sentido al objeto de interpretación.

Gadamer va incluso un paso más allá en estos puntos al entender que la comprensión tiene siempre un carácter lingüístico: al igual que los procesos de entendimiento entre personas constituyen un fenómeno del lenguaje, lo son también todos los procesos de comprensión, ya sea el de una persona en contextos de hechos extralingüísticos, el de escuchar la voz apagada de la letra escrita, o los de diálogos internos de pensamiento con nosotros mismos²⁷. Bajo nuestro parecer, el lenguaje funciona como vía de llegada al sentido, por lo que la postura de Gadamer en torno al lenguaje y el texto puede servir como punto de partida.

Para Gadamer, la misma comprensión parte de obstáculos de nuestro entendimiento o consenso (que dependerán a su vez de cada persona y su nivel de conocimientos), que plantean desconcierto y asombro en nosotros y a su vez una voluntad de búsqueda del conocimiento más profundo, una tarea de comprensión para llegar a una superación de ese obstáculo fuera de nuestros propios esquemas. Al percibirla y entender su trasfondo respondemos, y ahí entra en juego un diálogo. Su forma de comprender el mundo pasa a ser un pleno diálogo, ya sea con otros o con nosotros mismos. Nuestra vida es un diálogo constante donde el fenómeno del lenguaje siempre va a estar presente como medio universal necesario de la comprensión. Aquí es donde surgen posibles críticas y dudas a la postura de Gadamer: ¿Es realmente todo lenguaje y comunicación? ¿Un beso

²⁷ Cfr. Gadamer, H. G.: *Verdad y método II*, 2ª ed., Sígueme, Salamanca, 1994, p. 181.

es lenguaje? Este diálogo no debe interpretarse como una imposición de una opinión a otra, ni como una suma de estas, sino como una transformación de la una y la otra; para llegar a ese consenso de cuya falta ha surgido el proceso de comprensión se superan y transforman las ideas anteriores para ir formando una opinión común que las sobreponga.

Su Hermenéutica trasciende el método, la metodología importada desde las ciencias modernas (principalmente a partir del S. XVII) y es por ello por lo que la evade: la verdad deja de estar ligada al método de forma indispensable²⁸. A partir de estas ciencias empíricas surge una necesidad metodológica similar para las ciencias del espíritu, pese a que necesitan una forma de comprender que no se debe ajustar de la misma manera. La ciencia moderna, en cierto modo, lo que busca con ello es que no haya otro lenguaje más que el suyo. La principal consecuencia para la Hermenéutica, al evadir y trascender métodos, es la apertura y por tanto la evasión de un ideal de metodología cerrado y autómatas en el que el principio de causalidad guíe nuestro conocimiento. Kant, a través de su crítica de la razón, ya realiza esta distinción, otorgando un plano de libertad a estas ciencias espirituales respecto de las empíricas, empañadas en cierto modo de determinismo²⁹. La independencia de todo contexto motivacional en las ciencias empíricas a través de un método conlleva riesgos dentro de su concepción global (“un discurso que no se caracteriza por el valor de sus proposiciones como, más bien, por el rigor del procedimiento”³⁰) y ahí surge necesidad de otro tipo de conocimiento que se separe y cuestione la efectividad de una metodología. En esta interesante empresa partimos en **búsqueda de una nueva ontología y no de un nuevo método**. La verdad espiritual del sujeto trasciende la verdad a la que se llega por medio del método, hay una dimensión del sentido que no es posible de apresar sólo en los conceptos del racionalismo, una racionalidad superior.

Por esta razón no puede existir una sola verdad, fruto de un método, sino que tiene que ser fruto de una interpretación por parte de un sujeto, del cual pasará a depender la verdad como sentido. **En la Hermenéutica se pasa a reconocer el disenso y la pluralidad**. La posición del intérprete es relevante y no debe dejarse atrás, forma parte de ese proceso de entendimiento global que lo conecta con el propio texto y da como resultado una verdad, que llega en su plenitud en un ámbito práctico, viendo un efecto en

²⁸ Cfr. Ollero, A.: *¿Tiene razón el Derecho?: entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 165.

²⁹ Cfr. Gadamer, H. G.: *Op. Cit.*, pp. 183-184.

³⁰ Viola, F., & Zaccaria, G.: *Op. Cit.*, p. 392.

la realidad, en cuanto a existencial, que a su vez guía al propio intérprete. De ahí que tomen gran relevancia el aspecto práctico de la interpretación y otros campos no tan formales, como pueden ser el Derecho en búsqueda de una justicia o equidad detrás de esa interpretación.

El texto sólo existe en su lectura por parte de un sujeto, y ello sólo es posible a través de un acto de interpretación que le aportará un valor diferente dependiendo de quién sea. El propio texto no es que pase a un plano irrelevante, ya que sigue siendo el objeto de la interpretación y es necesario entender elementos propios del mismo para una mejor comprensión, pero **el paso de la interpretación por parte del sujeto parte de un contexto o de un Mundo que también es relevante en cuanto a que existe a través de él.**

Hay que entender que no hay forma directa de acceder a algo pasado, sino que tiene que llegar a nosotros a través de un proceso de interpretación por parte del que lo recibe. El sujeto interpretador es quien llega a algo anterior a él, ya sea un texto, una obra de arte, una película o una canción. Su situación en el Mundo va a ser muy relevante a la hora de llevar a cabo esa interpretación, único método de acceso a ese pasado. Por ello, al contrario de escuelas historicistas que pretenden situar el plano relevante para su interpretación meramente en su momento de concepción, la Hermenéutica apuesta por un paso más, al tener en cuenta la situación actual del intérprete que dé lugar a ese proceso de diálogo fruto de la comprensión humana.

Es ciertamente valioso para nuestro estudio el debate que mantuvo Habermas con Gadamer en torno a este punto, ya que el primero no aceptó que pudiésemos comprendernos y dialogar auténticamente desde una tradición cargada de prejuicios. Habermas considera esto fuente de error y obstáculo principal para una auténtica comunicación y transformación de la sociedad (el cual es el interés central habermaseano). Jürgen Habermas defiende que en la esfera de la racionalidad científica se puede llegar a leyes universales para todo el conocimiento, por lo que es posible una universalidad racional frente a la universalidad ontológica de la Hermenéutica. En esta discusión entre dos de los filósofos más importantes de la segunda mitad de siglo se pueden diseccionar implicaciones para la Hermenéutica derivadas del acogimiento de esta perspectiva centrada en la subjetividad.

Aquí surge un término muy relevante en la Hermenéutica: la **precomprensión**. Esta debe entenderse como una condición necesaria para interpretar. Partiendo de la apertura del sujeto, entendemos que existen prejuicios en él que deben ser

precomprendidos por el mismo para que en su ejercicio de libertad sea capaz de servirse de ellos para llegar al sentido profundo de lo que interpreta y a su vez pasar a formar parte de los mismos en un momento posterior: “En ejercicio de libertad es capaz de ponerlos a prueba, y en cierto modo confirmarlos o variarlos por reflexión que con el tiempo se asentarán en la precomprensión como nuevos prejuicios”³¹. Si estos prejuicios incardinados en el sujeto son insalvables por formar parte de él mismo, un sujeto consciente de ello y libre será el que pueda cuestionarlos o confirmarlos en su búsqueda de sentido.

II.2 HERMENÉUTICA JURÍDICA

Una vez realizada una aproximación a la Filosofía Hermenéutica, llevaremos a cabo un primer acercamiento a la dimensión que nos concierne en este trabajo: la jurídica. Bajo nuestro punto de vista, la ciencia jurídica es una de las vertientes con mayor interés para esta corriente de pensamiento si tenemos en cuenta la gran relevancia que puede tener su aspecto práctico en la vida. Dentro de la visión hermenéutica, no podemos concebir el Derecho como un elemento cerrado y estanco que nos es dado y al que debemos acceder para su aplicación, sino como un algo abierto e inacabado que es creado y desarrollado poco a poco a través de su vertiente más importante, la práctica.

Intérprete es el juez, aquél que dicta una sentencia producto de su interpretación y comprensión. La sentencia tiene una gran relevancia práctica, ya que goza de imperatividad y es ahí donde la enormidad de posibilidades y horizontes que nos abre la Hermenéutica puede tener importante cabida. Donde la actividad Hermenéutica jurídica cobra más relevancia es al dictar sentencias, debido a que entran en pleno contacto con una realidad y con unos otros.

El momento de la aplicación en la problemática hermenéutica es tan importante para Gadamer como la interpretación y la comprensión³²: los tres forman parte de un mismo y único proceso. Además de en la ciencia jurídica, en la Teología (Hermenéutica teológica) la aplicación cobra un papel trascendental. El texto bíblico no debe ser interpretado como un texto histórico que transmite enseñanzas, sino como un texto que

³¹ Grande, M. (2018): *Op. Cit.*, p. 56.

³² Cfr. Gadamer, H. G.: *Verdad y método I*, 6ª ed., Sígueme, Salamanca, 1996, p. 379.

contiene un mensaje de salvación que debe llevarse a cabo. La palabra de Dios tiene un anhelo de salvación que se consuma en un aspecto práctico, de aplicación de aquello que nos es transmitido por la Biblia: “porque la palabra de Dios es viva y eficaz, y más cortante que toda espada de dos filos; y penetra hasta partir el alma y el espíritu, las coyunturas y los tuétanos, y discierne los pensamientos y las intenciones del corazón”³³. De esta misma manera, la Ley se ve completa cuando se concreta su efecto o consecuencia jurídica en la realidad social, algo que el legislador no puede hacer. En ambos toma especial relevancia la aplicación al “ser entendido adecuadamente, esto es, de acuerdo con las pretensiones que él mismo mantiene, debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta. Comprender es siempre también aplicar”³⁴; aplicar como efecto espiritual.

Interesante reflexión respecto a la aplicación Hermenéutica hace Gadamer al traer a colación la Ética de Aristóteles. Aristóteles concibe la *tekhne* como un tipo de saber técnico basado en la habilidad y la experiencia, como puede ser el de un artesano a la hora de producir, alejado de un saber puro y plenamente teórico como pueden ser las matemáticas (que son “un saber de lo inalterable que reposa sobre la demostración y que en consecuencia cualquiera puede aprender”³⁵). Lo relevante de esto es que Aristóteles concibe el saber moral como un saber con muchas similitudes con la *tekhne*. Gadamer recupera a Aristóteles para realizar una relación del problema de la moral con el problema Hermenéutico de las ciencias del espíritu, en concreto con la ciencia jurídica. Al aplicar una norma nos encontramos con situaciones cuya aplicación estricta conduciría a injusticias, y esto nos lleva a permitir la realización de concesiones respecto a la ley en un sentido estricto. Esto es lo que Aristóteles concibe como *epieikeia* o “equidad”³⁶, y es que en todo el Derecho lo que existe es una tensión entre una generalidad de la norma y los casos concretos de la realidad en los que cabe su aplicación. Gadamer insiste en que “La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas”³⁷. Por ello la ley no va a funcionar por sí misma, sino que contiene un sentido que a su vez necesita de interpretación. Aquí tiene

³³ *Hebreos 4:12*.

³⁴ Gadamer, H. G. (1996): *Op. Cit.*, p. 380.

³⁵ *Ibid.*, p. 386.

³⁶ Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86, (ed. de María Araujo y Julián Marías).

³⁷ Gadamer, H. G. (1996): *Op. Cit.*, p. 390.

gran relevancia el papel del juez-intérprete como aquel enlace entre la generalidad de la norma y la concreción de la realidad a partir de un proceso Hermenéutico que sirva para dar una respuesta dentro de la justicia. De esta manera, lo que debe pretender es entender esa norma general o ley a través de la tradición, su objeto, historia, espíritu... Pero este entendimiento de la norma nunca debe dejar atrás para la Hermenéutica el propio saberse a sí mismo (precomprensión) ni la propia situación concreta y realidad social a la que debe ser aplicado. Esta relación entre los elementos debe ser fundamental si buscamos un verdadero entendimiento del sentido y de su alcance para su aplicación y adaptación al presente jurídico. Hay que ser consciente de la existencia de elementos fuera de la Ley que determinan la decisión por parte de un lado u otro, para también poder determinar la relevancia que debe pesar sobre ellos en la decisión tomada.

Un elemento imprescindible de conocimiento de la norma es su elemento histórico, que a su vez ayuda a comprender el sentido original que se esconde detrás de ella. Este sentido original no es el que se debe aplicar en nuestra realidad jurídica, pero sí el que ayudará a encontrar el debido sentido que buscamos en ella; función del intérprete jurídico es la de traducir pretensiones normativas que proceden de formas de vida del pasado a las formas del presente con las que mantienen fuertes vínculos³⁸. Una función de la norma originaria puede evolucionar de la misma manera que lo hace la sociedad, que es aquella dimensión material a la que va dirigida y en quien repercute de manera práctica. Su función social es elemento crucial y el mismo intérprete debe tenerla en cuenta en su aplicación, aunque no entendiéndolo como una norma que va detrás de la sociedad o normas que carezcan de ningún sentido fuera de su efectividad en la realidad. Lo que sí cambia con el tiempo son el contenido y orientaciones valorativas del conocimiento que sirven como puntos de vista fundantes para la sistematización del Derecho positivo³⁹. Ante una enorme variedad carente de jerarquía de valores en sociedades cada vez más heterogéneas, se produce un proceso de elección de estos por parte del operador jurídico atendiendo al caso concreto en que cabe aplicarlos⁴⁰. A partir de este último enunciado podemos encontrar dos implicaciones contrapuestas a posturas jurídicas anteriores. En un primer lugar, una concepción alejada de valores inscritos en el hombre, principios universales, saberes indiscutibles o éticas comunes distancia a la Hermenéutica de posiciones cercanas al Iusnaturalismo, ya que se debe evitar todo

³⁸ Cfr. Viola, F., & Zaccaria, G.: *Op. Cit.*, p. 413.

³⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 388.

⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 399.

presupuesto que pueda anclarla o atarla a una rigidez que impida, aunque sea en pequeña medida, alejarla de su ambición de apertura y libertad. En un segundo lugar, porque implica que este proceso de elección no puede dejarse relegado a un procedimiento preconstituido por un sistema normativo dado, tal y como es pretendido por corrientes positivistas, sino que debe implicar un proceso integrador por parte de un juez sin manos atadas que pueda, **a través de la búsqueda de sentido**, determinar lo justo y lo injusto. Entre estas dos aguas fluye la Hermenéutica jurídica como posible alternativa que deje atrás ideales racionalistas propios de una modernidad que ha quedado atrás para dar paso a un Derecho abierto y elástico, que entienda que no hay una única verdad o justicia, y que eso mismo es lo que permite una mayor riqueza.

Este sentido de nuestra argumentación tampoco debe entenderse como una hipertrofia de la dimensión agente en torno a un juez arbitrario, fuente de inseguridad jurídica en la sociedad. El juez debe atenerse a la norma vigente y válida para producir sentencias que estén correctamente argumentadas y fundamentadas en ella, de tal manera que su decisión pueda llegar a ser predicha, al menos en una misma dirección, por otros operadores jurídicos. El intérprete jurídico con lo que se encuentra en muchas ocasiones es con hechos que carecen de cualquier tipo de objetividad, como puede ser cualquier acto humano. **La subjetividad, se quiera o no, va a estar presente en la práctica jurídica.** Aquí la Hermenéutica sí concede verdadera relevancia a la búsqueda de sentido de los hechos, de tal forma que abre la puerta de forma manifiesta a la subjetividad. Pese a que es dependiente de los hechos, la norma vigente como objeto de interpretación es algo que nunca debe dejar de estar presente como elemento fundamental de la interpretación y aplicación del operador jurídico, y debe pasar a un papel central en la explicación y argumentación que busque el consenso.

En este punto al que hemos llegado, cabe traer de nuevo a colación la precomprensión. El juez, al igual que todos, es una persona arrojada en un Mundo y contexto concreto del que es inútil cualquier intento de deshacerse, ya que su comprensión no puede escapar de su propia existencia. **La norma no va a ser siempre tal y como fue concebida por el legislador, sino como el operador jurídico la aplique en cada situación de la realidad.** Lo que cobra en el ámbito jurídico papel esencial es el poder estar al tanto del propio contexto y posicionamiento vital para saber distanciarse o alejarse del mismo cuando la situación concreta, o incluso la propia norma, lo requiera. Este elemento tan relevante va a estar sometido a su vez a la apreciación y control intersubjetivo (podemos pensar en la doctrina jurídica o los recursos ante órganos

superiores) a través de diálogos en los que el juez se tendrá que abrir a la crítica, a reflexiones diversas y argumentaciones con otros sujetos que dará lugar a discutir ese sentido al que se ha podido llegar. **Esta revisión es lo que comprueba su legitimidad y falta de arbitrariedad a largo plazo**⁴¹.

La Hermenéutica, desde nuestro punto de vista, debe servir para superar las aspiraciones de ciencia que encontramos en posturas positivistas y analíticas anteriores, escudadas en la seguridad jurídica y su “complejo de inferioridad respecto a otros científicos”⁴². Dentro de estos modelos de concepción del Derecho debemos entrar en conflicto con un entendimiento del mismo como un elemento autosuficiente que rechace cualquier tipo de factor extralegal que entre en juego: la norma no es una prescripción ordenadora ciega, sino un medio para un fin, y es en ese fin donde la labor interpretadora también debe ahondar para acertar en la dimensión teleológica de la norma⁴³. Lo que nos enseña la práctica jurídica es que su contacto con la realidad es lo que nos debe dar destellos de apertura y dinamismo en su forma de interpretarlo y comprenderlo. A la hora de aplicar el Derecho, debemos superar aspiraciones de métodos rigurosos de aplicación automática y pasar a una labor abierta de reedificar a partir de la norma válida (en la que encontramos los supuestos de hecho) y los hechos presentes en nuestra realidad.

II.3 HERMENÉUTICA Y IUSNATURALISMO

Dentro de este apartado expondremos una postura dentro del Iusnaturalismo que pretende aproximarse a la Hermenéutica jurídica a través de ciertos resquicios encontrados en la Hermenéutica, así como algunas reconsideraciones sobre conceptos iusnaturalistas. Destacamos la figura de Andrés Ollero, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos y magistrado del Tribunal Constitucional, del que tomaremos los principales tintes de esta propuesta para después poder someterla a crítica.

Como punto de partida, se toman elementos de la Hermenéutica jurídica que ya han sido expuestos, tales como la insuficiencia de la norma por sí misma o la necesidad

⁴¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 400-402.

⁴² Cfr. Dufour, A.: *Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne*, Puf, Paris, 1994.

⁴³ Cfr. Rodríguez-Puerto, M. J.: “Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural”, *Dikaion*, 19(2010), p. 327.

de un tratamiento de la realidad concreta y existencial por parte del intérprete para llegar al verdadero Derecho. En el punto del contexto desde donde se interpreta empiezan a tener cabida nuevas aportaciones de esta perspectiva. El hecho de que formemos parte de realidades cambiantes en las que la forma de entender un mismo objeto dependa propiamente del momento en que nos encontremos, consiste una fuente de crítica a la Hermenéutica, aunque sin duda al mismo tiempo conforma uno de sus puntos fuertes. Que ante un caso nos surja una primera respuesta como justa es producto de la realidad de la cual formamos parte, y como punto de partida nunca debe estar alejado de sospecha. Es a través de la reflexión cuando viene en un segundo momento la conformidad o no de nuestra precomprensión⁴⁴.

La precomprensión por parte del intérprete jurídico se encuentra altamente trastocada por esta ductilidad, ya que puede incidir en gran medida en la comprensión del sentido del Derecho aplicado al caso concreto a través de elementos extralegales, como pueden ser principios o valores. El intento de dejarlos atrás es inútil y empobrecedor para la interpretación de la justicia en el caso. Es aquí donde Ollero abre la vía de un posible Derecho natural (recuperando una concepción más cercana a la de Santo Tomás) que confronta concepciones iusnaturalistas dogmáticas posteriores, propias de la modernidad, basadas únicamente en la rigidez. Esta postura no deja de manifestar que existen conceptos jurídicos comunes a todos los pueblos creados por la razón natural, pero también abre la puerta del Derecho natural a soluciones surgidas para responder a necesidades comunes que gozan de carácter histórico y adaptabilidad: una vertiente mudable al momento concreto dentro de la justicia natural, pero que respete los principios básicos⁴⁵.

Ollero es indudablemente un autor que entiende con un nivel muy profundo la Hermenéutica desde un enfoque filosófico, y eso ayuda a que su propuesta Iusnaturalista ahonde en su verdadera problemática: el riesgo de un salto al vacío para caer en relativismo. Su crítica al dogmatismo (tanto positivista como iusnaturalista) deja de lado como solución un bandazo hacia la garantía y la seguridad jurídica total. Lo que intenta construir es una respuesta que se base en la **confianza en la propia verdad**, de tal manera que “se la escuche y se la deje ser”⁴⁶. Esta fe en la justicia se debe fundamentar en que, en la propia práctica y en el contacto con la realidad, la justicia aparece en plenitud: “La

⁴⁴ Cfr. Ollero, A. (2006): *Op. Cit.*, p. 174.

⁴⁵ Cfr. Rodríguez-Puerto, M. J.: *Op. Cit.*, pp. 341-342.

⁴⁶ Ollero, A. (2006): *Op. Cit.*, p. 195.

experiencia diaria de la injusticia actúa, más allá de todo relativismo, como factor iusnaturalista”⁴⁷.

La propuesta de Ollero parece interesante por una comprensión más compleja de un iusnaturalismo móvil que puede transformarse. Es sin duda el factor de su confianza en la verdad y en la justicia a partir del entendimiento lo que evita esa caída en el relativismo. Se trata de una respuesta que puede discutirse si es en esencia iusnaturalista o hermenéutica, pero el problema, bajo nuestra perspectiva, es la necesidad de añadir sucedáneos a la propia Hermenéutica para intentar resolver sus propios problemas. Creemos que la Hermenéutica como filosofía propia puede dar respuestas desde sí misma para sí misma, sin necesidad de otras corrientes (a las cual critica duramente y de las cuales surge como reacción) que puedan contaminar la esencia de un saber con innumerables posibilidades de desarrollo y avance. Ciertamente, se podría profundizar en esta concepción de Iusnaturalismo variable por la Hermenéutica a través de una consideración no tanto de Derecho Natural, sino de estructura de búsqueda de sentido de justicia⁴⁸. Atarse las manos, aunque sea abriendo la puerta a otros también, mediante valores eternos y alejados de nuestra existencia, creemos que es un paso que todavía no debe ser contemplado si todavía no se ha agotado el horizonte de posibilidades que ofrece la Hermenéutica misma.

II.4 FILOSOFÍA DE DERECHO HERMENÉUTICA Y LA PROBLEMÁTICA DEL RELATIVISMO

La búsqueda de sentido como elemento fundamental de nuestra Filosofía del Derecho nos lleva a una concepción de sentido que es abierta, diversa y, en cierto modo, equívoca. Eso nos ayudará a poder desarrollar respuestas éticas, profundas y espirituales. La dimensión agente toma especial relevancia al ser un juez el eje fundamental de la interpretación creativa y búsqueda de sentido en la relación jurídica que se trata. La subjetividad es un presupuesto innegable, por lo que posturas positivistas que buscan una fuerte seguridad jurídica a través de una concepción de mero juez automatizado que da voz a la ley, deben quedar atrás. Lo que nos debemos preguntar es si esta subjetividad

⁴⁷ *Ibid.*, p. 194.

⁴⁸ Grande, M. (2016): *Op. Cit.*, p. 104.

puede ser salvada de la caída en un relativismo que peque de posible arbitrariedad en un sentido opuesto al positivista. Al tomar la subjetividad un papel central no podemos tampoco dejar de buscar una concepción alejada de la infinidad de posibilidades de interpretación presentes en un sujeto perteneciente a una existencia dada. Intentaremos buscar una síntesis entre sujeto y objeto.

¿Qué es lo que encontramos dentro de la postura hermenéutica? ¿Libertad o relativismo? ¿Son todas las interpretaciones igual de válidas? Sin duda, debemos enfrentarnos ante una problemática en torno a la arbitrariedad de las decisiones jurídicas y la búsqueda de la neutralidad en el Derecho. Tal y como hemos argumentado, nuestra Filosofía del Derecho debe alejarse de toda búsqueda de un método absoluto (podríamos llegar a acoger métodos con determinados matices que no cierren sus posibilidades) para la aplicación e interpretación del Derecho, pero que no haya método en ningún caso puede ser confundido con una fuente de inseguridad. Debemos basarnos en una fe y confianza en la reflexión del operador jurídico. La búsqueda de sentido por su parte toma un toque espiritual en nuestra concepción, lo que la hace una actividad central de su vida, pero también en la de los demás, ya que la decisión que toma tiene una principal incidencia en otro. La interpretación que hace es siempre consciente de su posición en el Mundo y de sus potenciales prejuicios decisorios, y es esa misma consciencia de precomprensión lo que aporta en gran medida una búsqueda de sentido de justicia que lo trascienda en pos de una apreciación superior en que hallemos convicción, firmeza y responsabilidad.

Un problema de ello sería entender la interpretación como una disputa sin fin entre posiciones diversas en las que acaba por imponerse una sobre las demás, la cual termina por ser el Derecho en un momento dado⁴⁹. Esta posición es defendida por autores como Jarkko Tontti o Gianni Vattimo, el cual trabaja una ética relativista. Al respecto debemos plantear la cuestión desde otra perspectiva que no sitúe al Derecho como la mera decisión independiente de un juez, sino como una conjunción con otros elementos a nuestra disposición, como puede ser la norma jurídica. Si bien es cierto que el sentido que el autor ha intentado dar a la norma no es su sentido total, es un punto de partida. Esa norma siempre va a estar ahí y va a marcar un cimiento respecto a la interpretación, ya que no va a analizar cualquier cosa basándose en valores abstractos indeterminados, como podrían ser “democracia” o “lo bueno”, sino en normas predeterminadas por un legislador. Zaccaria, por ejemplo, atiende a la literalidad textual de la norma. Se trataría

⁴⁹ Cfr. Rodríguez-Puerto, M. J.: *Art. Cit.*, p. 324.

como primer nivel desde el que han de moverse necesariamente las interpretaciones, ya que las palabras que componen la ley no son completamente maleables⁵⁰. Es en la búsqueda de sentido en la norma donde encontramos la plena libertad, no en su objeto de interpretación. Dentro de esa norma se esconde un sentido al que se puede llegar en mejor o peor medida a través de la comprensión, lo cual ayudará a que en el momento de aplicación nos acerquemos a la justicia y a su efecto práctico en los demás (vertiente ética). **En la perspectiva hermenéutica no es un texto el que tiene un sentido, sino que es un sentido que tienen uno o más textos.** Es decir, el Derecho es el que precede y confiere significado a los textos, que precisamente por ello son considerados jurídicos⁵¹. Es precisamente esta posibilidad lo que aporta gran riqueza a la aplicación del Derecho, ya que no se interpreta como la voluntad del legislador en un momento pasado, sino como una atención a la conciencia jurídica del tiempo presente⁵². Así conseguimos situar la norma verdaderamente en la situación en la que va a ser aplicada.

Un elemento que otorga consistencia a la interpretación es la propia discusión jurídica entre diferentes sujetos. Al proponer una concepción abierta y alejada del univocismo del método, **el sentido de la norma puede ser argumentado desde diversas posturas que pueden llegar a dialogar entre ellas para llegar a un sentido más rico y completo.** Es en los fundamentos de Derecho donde se aúna la norma vigente y su interpretación alrededor de un contexto, a partir de una explicación que a través del lenguaje y la retórica ayuda también a entender la realidad y nuestra existencia. Tal y como expone Ollero, “la argumentación jurídica mezcla invención y validación. La peculiaridad de su aclaración consiste en que no le interesa un qué sino un porqué; no investiga la causa de un fenómeno sino el fundamento para convalidar una precomprensión. Esta dialéctica aclaración-comprensión es la que permitiría a la Hermenéutica no abocar a un círculo vicioso”⁵³. La explicación también forma parte de nuestro proceso hermenéutico e introduce posteriores discusiones intersubjetivas que pueden traer a su vez a nuevos sentidos a partir del sentido previo. Aquí podemos ver cómo **el proceso de interpretación, comprensión y aplicación es abierto, no se cierra el círculo con una postura cerrada, sino que la justicia se va construyendo poco a**

⁵⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 334.

⁵¹ Cfr. Viola, F., & Zaccaria, G.: *Op. Cit.*, p. 420.

⁵² Cfr. Esser, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 335.

⁵³ Ollero, A. (2006): *Op. Cit.*, p. 176.

poco partiendo de una determinada postura. Éste también es un punto para tener en cuenta dentro la preocupación relativista en la Filosofía Hermenéutica.

El relativismo como fuente de arbitrariedad e inseguridad jurídica en nuestra Filosofía del Derecho Hermenéutica debe ser un punto para tener en cuenta. Exageraciones de ciertos argumentos y posturas hermenéuticas pueden llevar a situaciones de verdadero salto al vacío dentro de la práctica jurídica, las cuales pueden tener un efecto muy perjudicial en nuestra realidad. Entender la interpretación, comprensión y aplicación como un proceso con puntos de partida y seguridad es necesario, pero también es necesario, para que el proceso sea verdaderamente hermenéutico, defender sus posturas abiertas y libres para no caer en concepciones matizadas que vacíen de sentido el acto espiritual que tiene para la filosofía. Estos presupuestos nos permitirán defender una búsqueda de sentido de justicia con alteridad en la práctica jurídica. Aquí es donde entran los puntos de confianza y fe en la Hermenéutica argumentados por algunos autores, para los que es necesario entender la propia espiritualidad y plenitud de la Hermenéutica con lo previamente expuesto. No se trata en definitiva de una fe o confianza ciega sin razón.

CAPÍTULO III: LA ÉTICA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

III.1 POSTURAS ÉTICAS DENTRO DEL DERECHO

La cuestión con la que queremos empezar este capítulo es la propia relación entre Ética y Derecho. Un punto de vista iusnaturalista propone una íntima relación entre ambos, ya que la dimensión final del Derecho, en la que hay presente unos principios inmutables inscritos en nuestra naturaleza, debe guiarlo a través de un sistema ético inspirado en esos mismos principios. Esta concepción fue altamente criticada en su momento por posturas que buscaban cercanía a la ciencia y su metodología, ya que someter la norma jurídica a los juicios morales podría alejar al Derecho de su aspiración de ciencia objetiva. Para autores como Austin o Kelsen, una cosa es asegurarse de si hay o no Derecho y otra si se corresponde con un determinado valor, ya que “sólo a partir del momento en que la regla jurídica, y por consiguiente la acción del Estado, han cesado de invadir el terreno de la conciencia es cuando, al menos entre nosotros, la noción moderna de libertad política se ha abierto camino”⁵⁴. Éste creemos que es un buen punto de unión para traer de nuevo a Hans Kelsen y a su postura crítica ética en relación con el Derecho.

El filósofo y jurista austríaco sostuvo una concepción política, irracional y emotiva de la justicia, lo cual se corresponde con sus conceptos y aspiraciones de ciencia y racionalidad en el Derecho que propone. Tal y como explica Albert Calsamiglia en su estudio preliminar de *¿Qué es Justicia?*, Kelsen es coherente su concepción de justicia con la de ciencia, lo que nos lleva de nuevo a poder cuestionar su concepción de ciencia y objetividad. Kelsen es un autor al que podemos clasificar dentro del relativismo axiológico, ya que postula que los valores que componen la moral no pueden llegar a ser nunca probados científicamente o racionalmente, por lo que deben quedar al margen de la ciencia jurídica. A cada individuo le corresponde decidir por sí mismo lo que es bueno y justo en el ejercicio de su responsabilidad moral, lo que considera “ardua tarea”⁵⁵ para el sujeto. Por ejemplo, el autor austríaco identifica lo justo con la libertad, ya que es “aquello que me permite progresar en la búsqueda de la verdad”⁵⁶, pero entiende que esta definición puede ser diferente para cada uno. De esta forma niega una fórmula de justicia

⁵⁴ Passerin d'Entrèves, A.: *Op. Cit.*, p. 193.

⁵⁵ Kelsen, H.: *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, p. 60.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 63.

absoluta, inmutable y universal, y la reduce a “una cualidad posible, pero no necesaria, de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres”⁵⁷. La justicia pasa a estar alejada de toda racionalidad.

Para él los sistemas de valores o juicios de valor pasan a ser subjetivos, dependientes de fenómenos sociales en los que se está presente, por lo que dependiendo de la sociedad ante la que nos encontremos estos diferirán de los otros⁵⁸. Kelsen considera que el absoluto y los valores categóricos sobrepasan el alcance de la razón humana, para la cual solo cabe una respuesta condicional y relativa a la pregunta de la justicia. De este modo, cuando nos hallamos ante un sistema de valores que intenta dar respuesta a nuestras cuestiones morales y éticas, no nos encontramos nunca ante una respuesta válida desde una perspectiva científica y objetiva, sino ante meras justificaciones del orden social preestablecido en la sociedad.

En su búsqueda de la ciencia pura del Derecho, independiente de intereses políticos, se propone eliminar todo aquello que no sea puramente Derecho. Es por ello por lo que se produce un intento de determinar la verdadera naturaleza del Derecho a través de precisar y objetivar su validez. Sin duda, los sistemas éticos y de valores los encontramos fuera de su perspectiva de ciencia del Derecho. Debido a ello, se produce una fuerte distinción entre el orden moral y el jurídico a través de su contenido, por lo que no debe haber delegación del uno en el otro y no puede haber juicios del uno sobre el otro; por ejemplo, un juicio de hecho sobre si una norma es buena o mala, justa o injusta sería una irrupción del orden moral en el orden jurídico. A éste le corresponde hacer juicios en torno a la legalidad, licitud o constitucionalidad de la norma⁵⁹.

A través de posturas como la del Derecho Natural o la de la Hermenéutica, lo que Kelsen considera que se consigue es poner en duda la cierta validez de su ciencia jurídica. Su teoría pura lo que pretende es ser objetiva y unívoca, por lo que críticas al positivismo que no se encuentren fundadas en una científicidad, como puede ser la de postular la existencia de un Derecho mejor o absoluto fuera del Derecho vigente, lo que consiguen es hacer parecer al Derecho más imperfecto de lo que en verdad es⁶⁰. Su teoría expone al Derecho de forma objetiva y formal, profundizando en lo que en realidad es, dejando atrás lo que no es, ya que la crítica o justificación de este lo que hace es alejarlo de su finalidad.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁵⁹ *Cfr.* Kelsen, H. (1974): *Op. Cit.*, p. 56.

⁶⁰ *Cfr. Ibid.*, p. 63.

III.2 HERMENÉUTICA: AUTOCOMPREENSIÓN COMO ALTERIDAD

Una vez trabajada la Hermenéutica jurídica en anteriores apartados como búsqueda de sentido entramos de lleno a la cuestión final de este trabajo: ¿Es posible una Ética dentro del Derecho? ¿Puede llegar a tener cabida una propuesta Hermenéutica de la misma? Bajo nuestro punto de vista, esta posibilidad se puede llegar a estimar bajo ciertas consideraciones, y creemos que se puede fundamentar sólidamente en una Hermenéutica independiente que no dependa de puntos de partida iusnaturalistas o positivistas. Abrimos paso a una subjetividad ética dentro de la Hermenéutica.

Al tratar la perspectiva jurídica de la Hermenéutica nos encontramos con un punto importante que nos servirá de clave de bóveda para nuestra búsqueda de la Ética: su perspectiva práctica. La interpretación, comprensión y búsqueda de sentido de justicia que lleva a cabo un juez en su práctica jurídica nunca dejan de tener en mente que su resultado, la sentencia, tendrá una eficacia y provocará un resultado en la realidad de la que es parte. “El sentido de justicia intensifica las posibilidades éticas del sentido hermenéutico”⁶¹.

La relevancia práctica por la que abogamos en la Ética ya es traída por Gadamer a través de la Ética de Aristóteles en *Verdad y Método*, tal y como ya subrayamos *supra*, y nosotros creemos también que ciertas ideas del Estagirita tienen relevancia en este punto que pretendemos desarrollar. Aristóteles considera la justicia la virtud más perfecta porque es la práctica de la virtud perfecta, que es perfecta porque el que la posee puede usar la virtud para con otro, y no sólo en sí mismo; es más, concibe que cuando se refiere totalmente a otro es cuando es plena justicia y no parcial⁶². La relevancia práctica de la rama jurídica se entiende cuando se concibe al juez como la aspiración de encarnación de la justicia, que funciona como un término medio entre cometer la injusticia y sufrirla. Punto relevante para analizar puede ser la equidad en la práctica de la justicia (*epieikeia*), ya que Aristóteles la concibe como lo justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal (aquí encontramos ciertos trazos iusnaturalistas, ya

⁶¹ Grande, M. (2018): *Op. Cit.*, p. 141.

⁶² *Cfr.* Aristóteles: *Op. Cit.* p. 72.

que no cree que pueda ser posible trasladar la justicia universal a la justicia legal)⁶³. Lo equitativo se convierte en una corrección judicial en la que se pasa a decir lo que el legislador mismo hubiese dicho si estuviese ahí; no aspira a una justicia absoluta o ideal, pero sí a una justicia mejor que la dada por un carácter incondicional, producto de una búsqueda práctica de equidad. Lo real no debe ser lo que se moldea a la regla, sino al revés, la regla la que se adapta a la realidad. Una perspectiva iusnaturalista dentro de la equidad defendería incluso ir *contra legem* respecto a la ley positiva, algo que no llega a encuadrar dentro de la postura hermenéutica. Desde nuestro punto de vista, la equidad que propone Aristóteles puede dar un paso más allá al añadir elementos existenciales y espirituales de la Hermenéutica.

Es en la vertiente práctica judicial donde entra de lleno un concepto nuevo, el de **alteridad**: la decisión del juez infiere en la realidad de otros y eso conlleva **una búsqueda de sentido de justicia que no debe centrarse en el yo o en mi contexto, sino en el yo arrojado en un Mundo con otros (retomando a Heidegger, de un ser en el Mundo a un ser-con en el Mundo)**. De esta forma, pasamos a realizar la búsqueda de sentido en nuevos espacios como el de otras realidades humanas⁶⁴. En esta situación o contexto del que formo parte pasan a tomar un papel casi igual de relevante los demás, aquellos que “sufrirán” las consecuencias de la sentencia en búsqueda de la justicia. El sufrimiento del otro es parte de mi interpretación de sentido a un mayor nivel espiritual: “la pasividad del sufrir uno mismo se hace inseparable de la pasividad del ser-víctima del otro distinto de sí. La victimización aparece entonces como el reverso de pasividad que enluta la gloria de la acción”⁶⁵. Es percatarse de la alteridad presente en nuestra realidad y en la búsqueda de sentido de justicia lo que hace expandir nuevos horizontes éticos en nuestra Filosofía del Derecho. Emmanuel Lévinas es un autor que profundiza en esta alteridad incluso yendo más allá que Ricoeur, otorgando a la ética del Otro una primacía respecto al resto de la Filosofía. Entiende que desde que el otro me mira a mí soy responsable de él sin ni siquiera tener que tomar responsabilidades en relación con él; su responsabilidad me incumbe y es una responsabilidad que va más allá de lo que yo hago⁶⁶. **La injusticia de nuestra existencia es la que motiva el proceso hermenéutico que proponemos.**

⁶³ Cfr. *Ibid.* p. 86.)

⁶⁴ Cfr. Grande, M. (2016): *Op. Cit.*, p. 105.

⁶⁵ Ricoeur, P.: *Sí mismo como otro*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1996, p. 355.

⁶⁶ Cfr. Lévinas, E.: *Ética e infinito*, A. Machado Libros, S.A., Madrid, 2000, p.80.

La plenitud jurídica se logra mediante la aplicación del Derecho con el ejercicio del juicio en situación; el espíritu hermenéutico se encuentra en el sentido del ser interpretativo de los textos que se prolonga en la ética, por lo que la Hermenéutica pasa, desde su superación de metodología a ontología, a ser una ontología ética⁶⁷. En una Hermenéutica con una perspectiva en los demás, nuestra propia búsqueda de sentido en un ámbito espiritual nos descubre una nueva dimensión en la interpretación y comprensión que tenemos de nosotros mismos: la ética en un campo como el jurídico nos abre las puertas a un nuevo sentido espiritual que va más allá, ya que **el sujeto se comprende mejor cuando comprende la situación y sentido de otro**. El sentido procedente de un proceso de interiorización y búsqueda espiritual nos descubre nuevas posibilidades y oportunidades de vida. Un sentido abierto y múltiple descubre un horizonte nuevo de posibilidades al intérprete jurídico que nunca deberá ser reconducido a la univocidad e inmutabilidad. Es en este punto donde se produce un deslinde con las posturas de Derecho Natural que postulan la determinación de contenidos esenciales, ya que, aunque se suavice en posturas como la de Ollero, lo que supone al fin y al cabo es una limitación de la libertad del ser como sujeto interpretador en búsqueda de sentido⁶⁸.

El sentido a su vez es más pleno cuando puedo explicarlo a través del lenguaje y la retórica hermenéutica, ya que el propio proceso de exteriorización de la reflexión lo hace más rico y consigue aportar nuevas posibilidades. De una misma manera, el juez a través de su sentencia, en la que expresa a través del lenguaje su comprensión, transmite un sentido de justicia que a su vez se amplía a través de la exteriorización. Tanto la interiorización como la exteriorización forman parte del mismo proceso de comprensión, apoyándose la una en la otra.

Así dejamos de lado una interpretación subjetivista-egoísta-relativista y damos un salto a la Hermenéutica de la alteridad que abre paso a una ética en nuestra filosofía del Derecho. **La reflexión pasa a tomar un rol principal**; no se trata de abandonar el texto, pero sí de ir más allá del plano del lenguaje, no quedarse en una postura gadameriana en la que todo se puede reconducir a fenómenos del lenguaje y diálogo: no estamos ante lo textual dado, sino ante una respuesta. De una forma similar, el condicionamiento histórico o la tradición del intérprete son elementos importantes, pero pasan a ser un elemento más, un ingrediente a tener en cuenta que debe ser utilizado para ir más allá en una búsqueda de sentido en que se acceda a una dimensión más interna y espiritual. La libertad que nos

⁶⁷ Cfr. Grande, M. (2016): *Op. Cit.*, p. 105.

⁶⁸ Cfr. Grande, M. (2018): *Op. Cit.*, p. 164.

brinda la Hermenéutica pasa a ser protagonista en la ética al abrir infinitas posibilidades de sentido. De esta forma, se es capaz de instalarse en la posición del otro para comprenderse mejor a sí mismo, pero también comprender mejor, respetar otras interpretaciones y entender al recorrido de tradición con el cual se enfrenta⁶⁹. Tal y como explicaba Ricoeur, una nueva dialéctica de lo Mismo y de lo Otro surge en esta Hermenéutica que, de múltiples formas, atestigua que lo Otro no es sólo la contrapartida de lo Mismo, sino que pertenece a la naturaleza íntima de su sentido⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. Grande, M. (2016): *Op. Cit.*, p. 108.

⁷⁰ Ricoeur, P.: *Op. Cit.*, p. 365.

CONCLUSIONES

1. Las propuestas positivistas pretenden separar el Derecho de todo aquello alejado de su concepción de Derecho. Así pretenden que saberes como la Ética, la Sociología, la Política o la Economía se desarrollen de forma autónoma de la ciencia jurídica. Al vaciar de todo contenido ajeno a sí mismo del Derecho se produce un distanciamiento de la realidad, un factor muy relevante dentro de la dimensión práctica del Derecho. El Derecho y la interpretación jurídica deben ir de la mano con la realidad social que regulan a través de su conocimiento por parte del operador jurídico. La función interpretadora debe servir como nexo entre la realidad y la norma. La fe en la justicia se debe fundamentar en que, en la propia práctica, en el contacto con la realidad, es donde la justicia aparece en plenitud.
2. En la Hermenéutica el propio hecho a interpretar y la autocomprensión necesaria tanto de sí mismo como del objeto interpretado se convierten en su esencia. En ella la verdad deja de estar ligada al método y al objeto de forma indispensable, por lo que se abre camino a la apertura, libertad, pluralidad y disenso. Deja de haber una sola verdad y lo que se procede a buscar no es un nuevo método, sino una nueva ontología donde el sentido del sujeto pueda surgir.
3. Existen prejuicios esenciales en el sujeto interpretador, ya que se trata de un sujeto inserto en un contexto, un Mundo del que forma parte y que le condiciona. Este Mundo es relevante en cuanto a que existe a través de él. A partir de la libertad que brinda la Hermenéutica se podrá hacer uso de él y ponerlo a prueba para llegar al sentido profundo de lo que interpreta. El intento de dejarlo atrás es inútil y empobrecedor para la misma interpretación de la justicia en el caso.
4. La ley no va a funcionar por sí misma, sino que contiene un sentido que a su vez necesita de interpretación por parte del juez. La norma no va a ser siempre tal y como fue concebida por el legislador, sino como el operador jurídico la aplique en cada situación de la realidad. Un conjunto de elementos que componen la situación jurídica debe ser relacionados por medio de la interpretación y así llegar a un

verdadero entendimiento del sentido y de su alcance para su aplicación y adaptación al presente jurídico.

5. Al tomar la subjetividad un papel central en la Hermenéutica no se puede dejar de buscar una concepción de la misma alejada de la infinidad de posibilidades de interpretación presentes en un sujeto perteneciente a una existencia dada. Lo que se busca es una síntesis entre sujeto y objeto que resuelva posibles problemas de arbitrariedad y neutralidad en la interpretación del Derecho. En primer lugar, hay que basarse en una fe y confianza en la reflexión del operador jurídico, ya que puede acoger al otro y esto le otorga más sentido. Además, el Derecho no se reduce a una mera decisión judicial, sino que es una conjunción de elementos que sirven como base para la interpretación. Es en la búsqueda de sentido en la norma donde encontramos la plena libertad, no en su objeto de interpretación. En segundo lugar, la propia fundamentación y argumentación jurídica sirve como fuente de confianza dentro de una concepción abierta a través de una dialéctica de aclaración-comprensión que haga que la justicia se vaya construyendo poco a poco.
6. Dentro de las posibilidades que abre la Hermenéutica jurídica creemos encontrar una posible postura ética dentro del Derecho fundada en la síntesis subjetividad-alteridad. Toda interpretación, comprensión y búsqueda de sentido de justicia que lleva a cabo un juez en su práctica jurídica nunca deja de tener en mente que su resultado, la sentencia, tendrá una eficacia y provocará un resultado en la realidad y en otros. La justicia cobra pleno significado en cuanto a que es utilizada con los demás y no sólo con uno mismo.
7. Que la decisión jurídica tenga consecuencias en los demás conduce a una búsqueda de sentido de justicia que se centra en el yo arrojado en un mundo con otros (ser-con en el Mundo). Las otras realidades humanas -la alteridad- toman un papel central en un proceso de búsqueda de sentido superior, ya que el sufrimiento de otros me puede acercar a un sentido de justicia más rico y completo. La injusticia de nuestra existencia, la injusticia que sufren los otros y la reflexión sobre tal injusticia es lo que motiva el proceso hermenéutico ético que proponemos.

8. La Hermenéutica, una vez superada la obsesiva búsqueda de metodología, va un paso más allá y busca ser una ontología ética. La ética en un campo como el jurídico nos abre las puertas a un nuevo sentido espiritual que va más allá, ya que el sujeto se comprende mejor cuando comprende la situación y sentido de otro.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002 (ed. de María Araujo y Julián Marías).
- Calsamiglia, A.: *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977.
- Dufour, A.: *Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne*, Puf, Paris, 1994.
- Gadamer, H. G.: *Verdad y método I*, 6ª ed., Sígueme, Salamanca, 1996.
- —, *Verdad y método II*, 2ª ed., Sígueme, Salamanca, 1994.
- Grande, M.: “En busca de la ética en la Filosofía del Derecho Hermenéutica”, *Bajo palabra*, 2(12), 2016, pp. 101-111.
- —, *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, Tecnos, Madrid, 2018.
- Kaufmann, A.: *Analogía y “naturaleza de la cosa”*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.
- Kelsen, H.: *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982.
- —, *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria Buenos Aires, 1974.
- Lévinas, E.: *Ética e infinito*, A. Machado Libros, Madrid, 2000.
- López Hernández, J.: *Introducción histórica a la Filosofía del Derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005.
- Ollero, A.: *¿Tiene razón el Derecho?: entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.
- —, “Hobbes y la interpretación del Derecho”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 54(1), 1977, pp. 45-67.
- Passerin d'Entrèves, A.: *Crítica del Derecho Natural*, Taurus, Madrid, 1966, p. 195.
- Ricoeur, P.: *Sí mismo como otro*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1996.

- Rodríguez-Puerto, M. J.: “Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural”, *Dikaion*, 19(2010), 2010, pp. 319-347.
- Schleiermacher, F.: *Teoría Hermenéutica completa*, Instituto Juan Andrés de Comparatística y Globalización, Madrid, 2019.
- Vallet de Goytisolo, J.: *El Razonamiento Jurídico: la Analogía y la Equidad*, Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1997.
- Viola, F., & Zaccaria, G.: *Derecho e interpretación: Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.