

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA HERMENEUTICA JURIDICA

Pompeyo Ramis*

RESUMEN

La Hermenéutica, como disciplina académica, es planta de reciente cultivo; pero, como actitud intelectual, es tan antigua como el mismo discurso humano. Todo hombre, por lo mismo que naturalmente desea saber, naturalmente tiende a interpretar. Y ello es así porque el discurso humano, si no nos llega a través de una semiótica totalmente unívoca, que raras veces se da, nunca nos transmite los contenidos con la claridad y distinción que deseamos. Si esto ocurre en todos los órdenes del saber, a fortiori sucederá en el ámbito de la conducta, donde el hombre se manifiesta mayormente ávido de orientaciones precisas, tanto para aplicarlas a los actos personales como para juzgar debidamente los ajenos. De ahí la importancia de la Hermenéutica para la ciencia del Derecho.

1. EL TERMINO Y SU HISTORIA

De nadie mejor que de los griegos clásicos, tan dados al arte y ciencia de la dialéctica, podía provenirnos el término en cuestión. El verbo hermenéuo, equivale a expresar, interpretar, traducir, etc. De él tomamos los derivados hermenéus (hermeneuta o intérprete) y hermeneutikós (lo relativo a la interpretación). Así que, en virtud de la etimología del término, la hermenéutica podría definirse como ciencia de la interpretación.

La interpretación se ejerce sobre cualquier acto de la mente, expresado a través de alguna de sus operaciones fundamentales, como el concepto, el juicio o el raciocinio. Toda la Lógica metafísica, o Teoría del Conocimiento, no es otra cosa que una larga interpretación de cada una de estas tres operacio-

* Universidad de Mérida (Venezuela)

nes. Asimismo, todo acto de crítica constituye una búsqueda de la interpretación mejor. La confrontación de las diversas opiniones es una lucha por la obtención del acto hermenéutico más satisfactorio. Quien logre imponer su palabra como última es el que ha hecho, hasta el momento, la mejor interpretación. La mejor interpretación del contenido legal y de los hechos que con él se relacionan es lo que determina una sentencia jurídica.

El *homo ludens* juega con especial complacencia con los mismos productos de su interpretación. Esto le lleva, a veces, a indagar más allá de lo simplemente etimológico; cosa que ha ocurrido con el término hermenéutico. No contentos con el referido étymon, los curiosos han querido averiguar hasta dónde se remontaba el mismo término griego. Y algunos han creído que hacía referencia a Hermes, divinidad que Zeus nombró como mensajera e intérprete de los demás dioses ante el Olimpo (1).

La ciencia de la interpretación es, en su naturaleza, filosófica, figurando como una de las partes especializadas de la Lógica. Y al igual que la lógica, la Hermenéutica se hace necesaria en el desarrollo de todas las ciencias, y de una manera muy especial en la ciencia del Derecho. No es, pues, de extrañar que los filósofos del Derecho se hayan ocupado tanto de ella, haciéndola objeto de una de las más constantes preocupaciones de la actualidad en este terreno. La bibliografía al respecto es abundante, y quizás se halle apenas en el inicio de su crecimiento (2).

Cualquiera que sea el sentido en que se tome el término hermenéutico, su objeto en la ciencia jurídica ha de consistir en facilitar la comprensión de los textos legales y de los hechos a que ellos se refieren. Es precisamente el binomio norma-hechos el que ocupa la zona de arranque de toda la hermenéutica jurídica. Ello nos lleva a penetrar el significado y el sentido del texto legal.

Este principio del quehacer hermenéutico-jurídico vale tanto como evocar una de las más tradicionales cuestiones de la Filosofía universal. Si consideramos el puro ser racional del hombre, dos facultades distinguiremos en él: el entendimiento y la voluntad. Pero, por lo que respecta al objetivo de este artículo, sólo nos interesa ocuparnos de la primera. Analizando la estructura

(1) Según esta imaginativa interpretación nadie mejor que Mercurio podía cumplir con aquel cometido. Dotado como estaba de agradable presencia, facundia de verbo y habilidad diplomática, cabía siempre esperar el mejor éxito de su misión. Teniendo en cuenta, Hermes fue pronto tomado como patrono y abogado de los comerciantes, políticos y diplomáticos, así como, en general, de todos aquellos que tienen la necesidad de convencer y persuadir de algo. Salta a la vista, por consiguiente, que también los abogados y juristas podrían estar bajo la advocación de Hermes aunque de acuerdo con esto, más bien desde la perspectiva de su función retórica que por la actividad hermenéutica.

(2) Cfr. Rodríguez Molinero, M.: *Hermenéutica y Derecho*, Valencia, 1977, pp. 3 ss.

del entendimiento, sub-distinguimos dos funciones: el entender (correspondiente al *nous* aristotélico), primera función del entendimiento mismo como tal, y el razonar (*diánoia*). Quienes conocen la lógica de las tres operaciones mentales saben que el entendimiento capta las esencias por medio de la abstracción del fantasma, y la razón completa la operación facilitando la comprensión de las esencias por medio del juicio y del raciocinio. De esta manera, no sólo entendemos o intuimos los conceptos, sino que también los comprendemos como constitutivos del proceso lógico, es decir, del discurso. Entendimiento y razón no son dos facultades distintas, como a veces se ha querido interpretar, demasiado ingenuamente, sino una sola, que se manifiesta en dos actos distintos. Tomás de Aquino lo explica de esta manera: "Aunque entendimiento y razón no son dos potencias diversas, sin embargo se denominan así por los diversos actos que ejercen; pues el nombre del entendimiento se toma de la íntima penetración de la verdad, mientras que el nombre de la razón implica la inquisición y el discurso" (3).

Esta distinción entre entendimiento y razón, que se acentuó en la filosofía medieval, se fue esfumando a partir del racionalismo cartesiano, en un intento de simplificación a ultranza, hasta desaparecer del todo bajo la influencia del empirismo inglés. Desde entonces se hablará de entender o percibir prácticamente como una sola función de la racionalidad. Sin embargo, las fenomenologías contemporáneas intentarán reivindicar la tradicional distinción de las dos funciones, movidas probablemente, por la común obsesión de la determinación del objeto del concepto. Así, Heidegger, por ejemplo, se empeñará en enrumbar la nueva Filosofía hacia la "pregunta sobre el sentido del sentido" (*die Frage nach dem Sinn des Sines*) (4). No es, pues, de extrañar que toda la Hermenéutica actual, sin excluir la jurídica, se centre tanto en el estudio de la comprensión del sentido. El mismo Heidegger se ocupa de precisar la cuestión cuando dice: "Al desarrollo del comprender lo llamamos interpretación. En ella el comprender se apropia, comprendiendo, de lo comprendido. En la interpretación el comprender no se vuelve otra cosa, sino que se queda en sí mismo. La interpretación se funda existencialmente en el comprender, en lugar de surgir éste de aquélla. La interpretación no es el tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo de las posibilidades proyectadas en el comprender" (5).

Ateniéndose al predicho planteamiento filosófico, la Hermenéutica jurídica centra toda su atención en el significado y el sentido de los textos y de los hechos. No en vano se ha hecho común en los Códigos Civiles occidentales, y posiblemente también en otros, aquella norma que el Código Civil venezolano estatuye en su artículo 4o.: "A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras. . .". Es, pues, el lenguaje

(3) *Ia - Ilae.*, q. 49, a. 5, ad 3um.

(4) Cfr. *Ser y tiempo*. Introducción.

(5) *Ser y tiempo*, México, F. C. E., 1980, p. 166.

hablado y escrito el campo propio de la interpretación. Es cierto que la Hermenéutica puede aplicarse en cualquier sistema de signos; pero entre todos esos sistemas, es el del lenguaje el más representativo. A cada signo, a cada palabra, proposición o razonamiento hay que hallarle el significado y el sentido. El significado es la comprensión aislada del signo, palabra, proposición, etc.; el sentido es la comprensión de ello mismo dentro de un contexto determinado. El semáforo tiene el significado de permitir o prohibir el paso de vehículos o peatones, al tiempo que tiene el sentido de hacer más ordenado y fluido el tránsito urbano. Un semáforo siempre en rojo tiene un significado, pero ningún sentido. Una palabra tiene significado por sí sola y sentido dentro de una proposición; una proposición tiene un significado por sí sola y un sentido dentro del raciocinio, y éste, de modo semejante, dentro de todo el discurso.

Estas observaciones no son nuevas; fueron tenidas en cuenta desde muy antiguo por los filósofos e historiadores. Una breve ojeada a toda la historia del pensamiento nos hará caer en la cuenta de cuán errados andan quienes piensan que la Hermenéutica es un descubrimiento de la época moderna. Su concepto aparece claro desde los *Memorabilia* de Jenofonte y los diálogos platónicos *Symposium* e *Ion*. Pero el filósofo que consagró el término con todo su valor lógico-epistemológico fue Aristóteles, al hacerlo objeto de uno de sus tratados lógicos, el *Péri hermeneías* o *Sobre la interpretación*. El éxito de esta obra siguió la buena suerte de las restantes del mismo autor. Se le hizo objeto de numerosos comentarios en todos los tiempos, desde Alejandro de Afrodísias hasta la Edad Media. Dos traducciones del *Péri hermeneías* fueron especialmente determinantes en la tradición lógico-filosófica: la de Mario Victorino en el siglo IV y la de Boecio en el VI, conocidas bajo el título *De interpretatione*. Esta última traducción fue la preferida de los medievales, hasta que a partir del siglo XIII se fue imponiendo la de Guillermo de Moerbeke, utilizada por Tomás de Aquino.

Paralelamente al desarrollo de la Hermenéutica impulsado por el tratado de Aristóteles, se distinguieron dos tipos de interpretación: la sagrada y la profana. Correspondía a la Hermenéutica sacra la ciencia de la interpretación de los libros sagrados, vale decir, la Biblia. Por cierto que esta disciplina era conocida ya desde los primeros tiempos del cristianismo, pues leemos en el Evangelio de San Lucas que Jesús, conversando con los discípulos de Emaús, les interpretaba las Escrituras que sobre El versaban, desde Moisés hasta los Profetas (6). Huelga decir cuántos son los pasajes paulinos que de manera más o menos expresa se refieren a la interpretación de las Sagradas Escrituras. La Hermenéutica profana, a su vez, tenía por objeto la interpretación de los textos profanos, esto es, de los autores clásicos griegos: poetas, historiadores y filósofos. Especial hincapié se hacía en la interpretación de las

(6) Cfr. Lc., 24. 27.

obras aristotélicas, y muy en particular del mismo *Péri hermeneías*. Muy en general, podemos resumir diciendo que la Hermenéutica sacra se utilizaba en las ciencias teológicas, mientras que la profana se reservaba para la Filosofía, principal representante de las ciencias profanas.

Corresponde al siglo XVII un mérito muy peculiar en el desarrollo de la Hermenéutica, al aplicar el método filológico a la exégesis bíblica. Con ello no solamente recibió fuertes impulsos la Hermenéutica sacra, sino también la profana. De aquellos primeros estímulos procede en línea recta la actual tendencia a profundizar la interpretación en los diversos campos textuales a través del recurso a la Lingüística aplicada. Pero, como no es posible profundizar en la Lingüística sin ir a la naturaleza de las cosas, los hermenéutas, tanto sacros como profanos, han sentido la necesidad de llevar sus investigaciones más allá de los textos mismos, penetrando en los terrenos de la Filosofía. Recuérdese a este respecto la importancia que daba Husserl al método filológico-fenomenológico como coadyuvante en la tarea de eliminar falsos presupuestos y "volver a las cosas mismas" (*zu den Sachen selbst*); método del que tanto abuso se hizo en un tiempo, pero que es de gran utilidad si es usado *cum grano salis* y depurado de las consabidas deformaciones escolásticas.

Entrado ya el siglo XVIII, a raíz del creciente interés que se despertaba por las instituciones romanas, la Hermenéutica hace sus incursiones expresas y manifiestas en el campo jurídico. Proliferan diversas exposiciones y comentarios del Derecho romano, que se irán mejorando hasta llegar a una de sus máximas manifestaciones en la Escuela Histórica. Con ello tenemos, pues, ya formada una Hermenéutica jurídica, cuya característica ha sido la de buscar el respaldo de la Lógica y la Filosofía. No es pura casualidad que los mejores hermenéutas jurídicos hayan sido precisamente los filósofos del Derecho. Tanto es así que ya se ha hecho tradicional en los tratados de Filosofía del Derecho el presentar, más o menos completa o extensa, una parte dedicada a la Hermenéutica jurídica.

En términos de la más estricta actualidad, suelen considerarse Betti y Gadamer los principales impulsores de estos estudios en nuestros días. La obra jurídico-hermenéutica de estos autores, presentada, respectivamente, en la década de los 50 y a principios de los 60, es hoy de obligada consulta para quienes deseen una información más que mediana sobre la Hermenéutica jurídica (7).

2. NECESIDAD DE LA HERMENEUTICA EN EL DERECHO

La Hermenéutica se hace necesaria de modo muy especial en aquellas ciencias que no pueden ser expresadas unívocamente; vale decir, las que

(7) Para una detallada historia de la Hermenéutica jurídica, léase el citado opúsculo de Marcelino Rodríguez Molinero, págs. 7-12.

llevan en sí una mayor carga ideológica. Tales son las Ciencias Políticas y Morales, de las que forma parte preponderante el Derecho. Es muy oportuno considerar que el Derecho, en cuanto que ciencia moral, constituye una parte de la Ética, o ciencia del comportamiento y de las costumbres. Nadie ignora la importancia de las costumbres como fuente del Derecho. Y siendo todos estos aspectos de gran contenido humano e ideológico, es natural que la interpretación juegue en ellos un papel de primerísima importancia.

Hermenéutica y Derecho guardan, por otra parte, una notable relación por los vínculos que ambas disciplinas tienen con las ciencias del Lenguaje. Este, como medio de comunicación entre los hombres, que es, refleja a su vez los más diversos matices ideológicos que caracterizan a las comunidades humanas. Por esto, en muchas ocasiones, una buena interpretación jurídica deberá comenzar por un adecuado análisis del lenguaje, ya sea en la norma positiva, ya en la ciencia general del Derecho. En cualquiera de estos casos, la ciencia hermenéutica, en el momento de ser aplicada al Derecho, deberá situarse por encima tanto del lenguaje como del Derecho mismo, con el fin de esclarecer mejor el posible conflicto entre Derecho y lenguaje.

La interpretación jurídica es un proceso que consta de momentos jerarquizables, todos ellos en función de una instancia última, que es la interpretación sistemática del Derecho. El Derecho, si lo concretamos en un Código cualquiera, constituye un todo armónico y coherente. Es decir, un todo lógico en el que cada una de las partes tiene su lugar, también lógico y coherente, con respecto al todo. Y así como en la interpretación lingüística de cualquier texto, cada una de las partes debe ser referida al todo que constituye el discurso, de semejante manera en la interpretación jurídica, cada momento interpretativo (por ejemplo, el de una determinada norma) debe guardar coherencia lógica con la unidad jurídica dentro de la cual se encuadra. Dicho de otro modo: toda interpretación busca un acuerdo con el espíritu de la Ley, o con el título de un artículo jurídico en cuestión, o, en fin, con la misma voluntad del legislador.

Lo dicho no significa que la interpretación jurídica sea tan esclava del razonamiento lógico, que pretenda reducir todo fenómeno jurídico a cuestión de demostración estricta o prueba rigurosa. Mucho menos podríamos aplicar la Lógica matemática a todos los momentos interpretativos, pues la mayoría de ellos presentan aspectos humanos que difícilmente serían bien interpretados bajo un solo patrón lógico-deductivo. Vale aquí recordar las "pautas axiológicas" de que habla Recasens Siches, que requieren una lógica *sui generis* que, aunque no sea una lógica distinta de la formal, se distingue de ella, en el terreno de lo jurídico, porque prefiere atender mejor a los momentos axiológicos que a los conceptos puros como tales. Tales momentos axiológicos solo cuentan en definitiva a la hora de ser dictada una sentencia judicial, la cual, cuando se hace presente en la conciencia del jurista in-

térprete, hace prevalecer el sentido dinámico de las cosas por encima del significado estanco de las mismas. Una decisión jurídica se basa en una comprensión total y cabal del sentido de las normas y de los hechos. Sólo cuando así se procede podemos contar con una garantía de verdad. Los procedimientos lógicos, con toda su rectitud y rigor, sólo cuentan como medios, que serán efectivos no más allá de la medida en que logren clarificar mejor el sentido de la materia sobre la que se aplican.

Es precisamente en el campo significado por el binomio norma-hechos donde la Lógica tropieza con mayores obstáculos. No insalvables, por cierto, pero sí necesitados del auxilio hermenéutico para que dicho binomio, en muchas ocasiones, no se convierta en antítesis. Se cae de oportuno, a este propósito, el clásico diagnóstico de los Sofistas, al afirmar que la norma (nomos) se contrapone siempre a la naturaleza (physis); con lo cual pretendían hacer creer que la norma y los hechos constituían una antinomia que ningún Derecho objetivo podía salvar. Aunque esto haya sido así en algunos casos, de ningún modo podemos decir que haya sucedido constantemente. Por regla general, "las normas se promulgan teniendo en cuenta unos hechos, unas necesidades sociales, unas conductas que hay que regular. La norma no es el fruto de una simple imaginación, sino que, por el contrario, viene a responder o bien a una realidad nacida espontáneamente —costumbre normativizada— o bien a la evolución histórica, junto a la realidad del sentimiento del Derecho en las costumbres populares. . . , o bien, por último, a la necesidad de regular y conformar una sociedad cuyo antecedente, de hecho, se conoce ya. La norma, pues, no es puro concepto, aunque parezca como tal" (8).

No pecaremos, pues, de exagerados, si afirmamos que toda labor de interpretación jurídica ha de contribuir a la clarificación del binomio norma-hechos. Las distintas corrientes del pensamiento jurídico vienen a encontrarse en el común interés por solucionar este problema. Podemos partir, si queremos, desde las mismas doctrinas sobre el origen del Derecho. Todas, en alguna forma, han empezado por preguntarse si la norma tiene prioridad sobre el hecho, o viceversa.

¿Qué respuesta deberá dar a esta pregunta el hermenéuta? La experiencia acumulada por tantos siglos de quehacer jurídico y ciencia jurídica nos ha enseñado que no podemos decidimos por una respuesta unilateral sin peligro de polarizar demasiado la perspectiva jurídica en general. Hay que evitar partir de doctrinas extremas, que conducirían inevitablemente a la unilateralidad de las soluciones. Pero, para buscar el término medio que aquí necesitamos, hay que hacer algunas consideraciones previas.

(8) Villar Palasí, J. L.: La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos, Madrid, Tecnos, 1975, p. 9.

Ante todo, conviene tener presente que las normas positivas presentan una concepción unitaria, mientras que los hechos se nos presentan como dispersos y aislados. En la Lógica del concepto se nos dice que éste no es otra cosa que la reducción de la multiplicidad de las percepciones sensoriales a la unidad conceptual de la idea. De modo análogo, la norma jurídica debería entenderse como la reducción de los comportamientos humanos a la unidad axiológica correspondiente. A esto precisamente se refieren quienes hablan de la estructura lógica de la norma jurídica. Y este es el quehacer fundamental del hermenéuta en la ciencia del Derecho.

Efectivamente, hay que laborar de continuo para resolver los frecuentes desfases que se dan entre lo normativo y lo fáctico. Bien está que entendamos en su justa medida que los hechos crean las normas, como lo formulaban los romanos (*ex facto oritur ius*); pero tampoco hay que olvidar que es de la naturaleza de las normas que casi siempre vayan a la zaga de los hechos. Hay normas que mueren de inanición por haber dejado de tener vigencia los hechos que las postularon. No es éste un fenómeno extraño. Es muy difícil que un orden jurídico dado deje de presentar algunos desfases entre la norma y el hecho. Toda abstracción sistemática es necesariamente posterior a las percepciones concretas. En el orden del conocimiento, los conceptos van siempre detrás de las sensaciones, siempre la unidad conceptual viene detrás de la dispersión sensorial. En el campo jurídico es necesaria la experiencia de sucesivos hechos para forjar la síntesis de la norma; pero está sólo llega a formar parte de un *corpus iuridicum* cuando los correspondientes hechos ya cuentan con una larga vigencia, o tal vez se hallan próximos a caer en el desuso. Y sin embargo, la norma, que casi siempre se impone muy tarde, suele llegar con pretensiones de larga vigencia, como si quisiera retener la evolución natural de los hechos. La norma, en fin, va siempre a la zaga de los hechos, porque sólo puede imponerse como tal tras un largo y ponderado proceso de experiencia. Todo esto nos hace reconocer la gran dificultad que supone anar la prudencia del legislador con la prontitud y oportunidad de la norma.

A la solución de este problema han dedicado sus estudios los filósofos del Derecho; y fruto de ese esfuerzo han sido las diversas escuelas de interpretación jurídica que se han ido sucediendo. Aunque los planteamientos y soluciones que ellos han presentado hayan sido distintos y no pocas veces hasta contradictorios, se les podría conciliar buscando un punto de partida que resolviera la antinomia norma-hechos. Y ese punto de partida podría ser la consideración siguiente: no se da norma alguna que sea concepto puro, como tampoco hechos que en cierta forma no respondan a una normatividad. Toda norma escrita presupone un hecho anterior; todo hecho se realiza de acuerdo a una norma, ya sea escrita o natural. El hombre es por naturaleza un ente normativo y normado, aun cuando se comporte inmoralmente, o de espaldas a toda normatividad jurídica. Cuando se olvidan o conculcan conscientemente unas normas, nacen otras que regulan los actos contrarios a la norma con-

culcada. He aquí el inmenso campo de reflexión en que se han adentrado las filosofías del Derecho, vale decir, las escuelas de interpretación jurídica. Ninguna de esas escuelas ha pretendido fundar doctrinas exclusivas, y creemos que mucho menos exclusivistas. Unas y otras se intercambian elementos. Examinemos algunos modelos entre las escuelas modernas y contemporáneas.

3. ALGUNAS CORRIENTES DE INTERPRETACION JURIDICA

La hermenéutica jurídica se ha consolidado y diversificado en escuelas, modernamente, gracias a la influencia del positivismo filosófico-científico. La primera que nace bajo este signo es la escuela de la Exégesis. Su primera tarea consistió en desconectar la interpretación jurídica de las tendencias tradicionales glosísticas, inspiradas en las viejas exégesis bíblicas. La escuela de la Exégesis se propuso dar estructura científica a los nuevos conceptos jurídicos de la Revolución Francesa, que arrancaban del sistemático desdén de las tradicionales preocupaciones metafísicas. Y como primer paso metodológico, instauró un tipo de razonamiento jurídico basado en el principio de que las leyes positivas han sido ya suficientemente previsoras para no dejar nada a merced de los intérpretes; sólo en casos muy excepcionales podría hablarse de lagunas o ambigüedades del texto legal. Los primeros exégetas tomaron como modelo acabado de textualidad jurídica el Código de Napoleón. Aubri, el Decano de la Facultad de Derecho de París, al ofrecer un informe oficial sobre el estado de la enseñanza de esta ciencia, decía: "Toda la ley, tanto su letra como su espíritu, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desarrollo de las consecuencias que de ello derivan, pero nada más que la ley. Tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón" (9). Suélese también citar como emblema de la escuela la célebre frase de Bugnet: "No conozco el derecho civil; yo sólo enseñé el Código de Napoleón" ("Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code de Napoleón") (10). Todo ello supone, en resumen, la pretensión de reducir la hermenéutica jurídica al mínimo indispensable, por no decir, simplemente, suprimirla. A este respecto son claras las palabras de Laurent: "Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste ya no tiene por misión la de hacer el derecho; el derecho ya está hecho" (11).

Aunque el fundamento próximo de la Exégesis está en la teoría de la separación de los poderes, no hay que perder de vista, como advierte Perelman, que "la separación de los poderes se liga con una psicología de las facultades, en que voluntad y razón constituyen facultades separadas" (12). Esta teoría fue ya formulada por la escolástica medieval, que la aplicó, en cuestión de

(9) Citado por Perelman, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Trad. de Díez-Picazo, Madrid, Civitas, S. A., 1979, p. 37.

(10) Citado por Brimo, A.: *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, Paris, Pedone, 1978, p. 277.

(11) *Ibíd.*

(12) Perelman, Ch.: *Op. cit.*, p. 38.

doctrina jurídica, para distinguir la arbitrariedad de la legitimidad en la constitución de las leyes. Pero la escuela de la Exégesis hace caso omiso del intelectualismo jurídico y decide la dualidad en favor del voluntarismo, reafirmando la tesis roussoniana de que el origen de la ley está en la voluntad del pueblo. El pueblo manifiesta su voluntad legal a través del poder legislativo. El poder judicial, por su parte, no hace más que enunciar la proposición legal, afirmando que la ley es tal o cual, pero sin atreverse a ir más lejos. La actitud del juez se hace más bien pasiva, dando a entender con ello que la seguridad jurídica del pueblo reside tan sólo en la ley y no en los que la representan y aplican.

Desde el punto de vista lógico, el Derecho funciona, para los exégetas, como un sistema silogístico, en que ciertas verdades particulares, formuladas a modo de sentencia, provienen por necesidad lógica de unas premisas universales. En efecto, la premisa mayor viene constituida por el enunciado legal; la menor, por las pruebas de que la ley en cuestión ha sido infringida o cumplida, y la sentencia judicial, finalmente, viene a ser la conclusión del silogismo. De esta manera quedaba elaborada una especie de dogmática jurídica de la cual debía sacar el juez todos los elementos para las conclusiones particulares. Se pretendía que, para cada situación particular, existiera una regla fija y universalmente aplicable.

Pero los esfuerzos de la escuela de la Exégesis por encontrar un sistema deductivo y analítico capaz de subsanar las ambigüedades y lagunas de la ley, terminaron evidenciando su poca eficiencia ante las dificultades que continuaban afectando el texto legal, y que requerían de nuevo la intervención de los hermeneutas. Todavía en plena vigencia de la Escuela, pasada la segunda mitad del siglo XIX, las investigaciones históricas de los juristas, sobre todo las que tomaban como telón de fondo el Derecho romano, emprendidas por Ihering, condujeron hacia nuevas perspectivas de la investigación jurídica, que podrían resumirse, en esta expresión: *hacia la búsqueda de una visión más flexible del Derecho*. Ya no bastaba el sistema deductivo de la Exégesis; era necesario entender el Derecho dentro de su marco social. Había que conceder a los jueces una mayor autonomía en cuanto a la interpretación de la norma, de modo que pudieran acudir a razonamientos tales como los argumentos de analogía jurídica.

La mayor nota de reacción contra la Exégesis la da la escuela Sociológico-Funcional, que interpreta el Derecho como un sistema abierto de legalidad, en que el juez no es solamente un lector y transmisor del contenido legal, sino un verdadero medio para poner el Derecho al servicio de lo social. Ello supone respetar desde el nivel jurídico la realidad y vigencia de los valores, y no sólo esto, sino también hacer del Derecho un promotor y portador de los mismos. Por otra parte, empero, los valores no pueden venir definidos desde la norma positiva, pues ésta adolecería en tal caso de nuevas ambigüe-

dades. Debe ser, pues, el juez quien, a través de la norma, indique la mejor forma de realizar los valores necesarios para la sustentación del ser jurídico de cada sociedad.

De esta manera la misión fundamental del juez consistirá no solamente en descender a los hechos desde la norma positiva, sino también, y muy especialmente, en ascender desde la norma a la intención del Legislador. Con esta escuela, por lo tanto, queda rehabilitada la tarea del hermeneuta jurídico, quien tratará de hacer valer el espíritu de la ley por encima de su letra. Ante la posible contradicción entre la norma y el hecho, la labor del jurista ya no consistirá tanto en determinar el significado y el sentido de los términos cuanto en investigar las finalidades que inspiraron la promulgación de una ley. Comenzarán a tener un importante peso los argumentos a subiecta materia, fundados en los papeles preparatorios a la redacción de una ley.

La Escuela Sociológica-Funcional contribuyó también al surgimiento de la Lógica Jurídica, fomentando el uso de los argumentos de interpretación, los cuales, aparte de su valor lógico intrínseco, tienen la ventaja práctica de haber sido sacados de la experiencia de los jueces. Aunque se trata de argumentos lógicos, no son, sin embargo, lógico-formales, pues no se ejercitan sobre formas de pensamiento, sino sobre determinada materia jurídica que en un momento dado la Lógica se propone clarificar. La serie de argumentos de interpretación sobre los que esta escuela hace especial hincapié son aquellos que expresamente se denominan argumentos de analogía jurídica, tales como los a pari, a contrario sensu y a fortiori. Son los argumentos que con mayor frecuencia se emplean, pues casi no hay legislación tan perfecta que no obligue alguna vez a recurrir a ellos. Nos excusaremos de entrar a explicarlos para no caer en la trivialidad, pero sí merece la pena que nos refiramos someramente a la analogía jurídica en general, para apreciar mejor la perspectiva lógico-hermenéutica en que se mueve esta escuela.

La analogía se hace necesaria en Derecho para salvar las lagunas jurídicas. En Derecho Civil ocurren frecuentes casos que no han sido previstos por el Legislador y que, sin embargo, necesitarían ser regulados por una norma positiva. Cuando esto sucede, no cabe más recurso que comparar dichos casos con otros semejantes que estén regulados por una norma, y pretender que se les incluya en ella. De esta manera se inicia un proceso analógico-argumentativo consistente en comparar hechos no regulados jurídicamente con otros ya regulados. Por lo que podríamos definir la analogía jurídica como la comparación de un hecho no comprendido en la ley con otro semejante comprendido en ella, para que aquél se considere también regulado por la misma ley. En esto consiste el primer paso de toda buena hermenéutica jurídica; y a él han prestado atención, con mayor o menor insistencia, a excepción de la Exégesis, todas las escuelas filosófico-jurídicas. La analogía ha sido incluso prevista por muchos códigos civiles, como es el caso del italiano, del cual se ha hecho eco el venezolano, casi textualmente, en su artículo 4o.:

“Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiese todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”.

Pero la escuela Sociológico-Funcional, como tributaria que es también del positivismo filosófico tiene gran cuidado de que el papel de la analogía jurídica no se confunda con los de otros tipos de interpretación jurídica, como podrían ser, sobre todo, la extensiva y la restrictiva, las cuales, a diferencia de la interpretación simplemente analógica, parten de leyes ya existentes y vigentes para cada caso sometido a un análisis hermenéutico. Tampoco es de extrañar el especial hincapié que se hace en la distinción entre analogía legis y analogía iuris. Ocurre la primera cuando se trata de encontrar una norma dada para un hecho dado. Por ejemplo, aunque algún código no prohibiese a los tribunales inhibirse so pretexto del silencio de la ley en un caso dado, la obligación de emitir fallo debería presumirse en virtud de la analogía legal que prescribe el citado artículo 4o. La analogía iuris, por su parte, se realiza cuando un hecho no regulado por norma alguna es referido a un conjunto de normas, de principios jurídicos o de disposiciones legales. Sirva de ejemplo el supuesto caso en que hubiese duda sobre si la tortura a los animales debe ser considerada como delito o como falta; el juez podría optar por lo segundo en virtud de los principios generales: *in dubio pro reo*, y *favorabilis sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*.

Toda esta orientación lógico-hermenéutica venía a mitigar los extremismos positivistas de la Exégesis, pero sin dejar de ser ella misma iuspositivista. La mayor amplitud con que quedó signado el discurso jurídico hizo olvidar en extensos sectores la obsesión legalista de la escuela exegética. En cambio, el sociologismo funcional entrañaba el peligro de reducir la ciencia del Derecho a la Sociología, precisamente en tiempos en que ésta era considerada la primera de las ciencias positivas. En definitiva, desde el punto de vista hermenéutico, tanto una escuela como la otra mantuvieron el positivismo jurídico como la forma más oportuna de interpretar el Derecho al servicio de las sociedades democrático-liberales de Occidente. Como observa Perelman, se sigue eliminando del Derecho “todo recurso de la idea de justicia, y de la filosofía todo recurso a los valores, intentando modelar el Derecho, como la filosofía, sobre las ciencias consideradas como objetivas e impersonales y de las que hay que eliminar todo lo que sea subjetivo y por ello arbitrario” (13).

Más recientemente, el sistema iuspositivista se refuerza con la intervención de Hans Kelsen en el campo de la filosofía jurídica. Haciendo buen recaudo de las correcciones que el sociologismo funcional había hecho a la Exégesis, el jurista vienés insiste en desechar el deductivismo lógico-matemático de la

(13) Perelman, Ch.: Op. cit., p. 93.

norma inferior con respecto a la superior, admitiendo que pueden crearse normas inferiores que respondan al espíritu de incondicional sumisión con que una sociedad acepta una determinada norma fundamental (*Grundnorm*). Normas de ese tipo podrían ser las constituciones de los Estados. De esta manera, según Kelsen, no es necesario, para la creación de una norma inferior, el texto literal de otra superior que la abarque dentro de su extensión; basta que la tal norma inferior pueda entenderse como complementario de la norma fundamental. Así queda salvado el orden lógico-matemático que pretendía la Exégesis sin comprometer el intrínseco dinamismo del Derecho. Ningún recurso mejor para explicarlo que las mismas palabras de Kelsen: "El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas iuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consiguiente la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto" (14).

En el citado párrafo, en que se resume la estructura lógica del sistema jurídico kelseniano, queda sustituido el rigorismo estático de la Exégesis por el dinamismo estructural de todo el aparato jurídico. Legisladores y jueces podrán moverse libremente dentro del campo de sus respectivas competencias. La ley, a pesar de ser dinámica, es indeterminada, lo que le da la capacidad de ser interpretada no solamente como voluntad del pueblo, sino también como expresión racional de un determinado momento social o psicológico. El juez ya no es sólo un lector del texto legal, sino un verdadero intérprete, que tiene absoluta libertad de escoger cualquiera de las interpretaciones admisibles en un determinado texto legal. La única condición que se le impone es la de no entrar en el terreno de los valores, cuestionando la justicia u oportunidad de la ley promulgada. No deberá tomar decisiones a la luz del concepto tradicional de justicia; tampoco deberá atender a los supuestos del derecho natural ni a ningún concepto de moralidad. En definitiva, a pesar de las modificaciones que Kelsen introduce en el código positivista de lo jurídico, no deja de identificar el Derecho con la ley.

(14) Kelsen, H.: *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Ed. Universitaria, 1977 (Trad. Moisés Nilve).

Pero la identificación del Derecho con la ley —ideal de la Exégesis y de Kelsen— con exclusión de toda apreciación axiológica, conduciría, según parece, al absurdo de concebir el Derecho como algo perfecto, es decir, como un valor puro. Negando los valores, se vendría a atribuir al Derecho un valor superior al que en realidad tiene. Este absurdo teórico no acarrearía ningún inconveniente práctico si la legalidad fuese siempre respetada por los poderes. Efectivamente, mientras las políticas gubernamentales no se apartasen de las instituciones legales comúnmente aceptadas; mientras no existiera peligro de quebrantamiento de la estabilidad legal y mientras los poderes no hiciesen uso de la prepotencia, ningún inconveniente práctico habría en aceptar el principio iuspositivista de la ley por la ley. Pero, cuando en un momento dado sobrevienen regímenes totalitarios que pueden legislar arbitrariamente, ya no puede ser aceptado sin muchas reservas. Se comprende, pues, que, a la vista de los abusos legislativos de la Europa nazi, muchos iuspositivistas de la talla de Radbruch se vieran en la necesidad de cambiar sus posiciones. A sabiendas o no de la sentencia de Suárez: *lex iniusta non est lex*, con la que ellos teóricamente no podían comulgar, se sintieron, no obstante, obligados a admitir que muchas leyes de los Estados nacionalistas no podían pertenecer al Derecho. Por consiguiente, había que dejar de lado las restricciones positivistas impuestas a la interpretación jurídica. Los hermeneutas se hicieron sentir tan necesarios como los legisladores mismos. Observa Perelman que, gracias a esa reacción antipositivista, fue posible condenar a oficiales que habían ordenado matar cumpliendo leyes establecidas por Hitler. De haberse tenido que respetar la ley por la ley, dicha condena habría sido antilegal. “Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 —prosigue el mencionado autor— demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley. Hay principios que, aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es sólo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia” (1).

Pero el iuspositivismo jurídico, ante el nazismo alemán e italiano dominante durante quince años, no podía considerarse a salvo con sólo permitir una más amplia intervención hermenéutica en lo que respecta a la intención del legislador. Tratándose de un legislador dictatorial y posiblemente arbitrario, muy pocas conclusiones sanas se podían sacar de la interpretación de sus intenciones al legislar. Así que, la única vía esperanzadora pareció ser la de abandonar la posición iuspositivista y regresar a la consideración del mundo de los valores que debe promover y favorecer todo Derecho. De esta manera, la nueva tendencia antipositivista se presenta dando primacía al concepto de justicia. Ningún Derecho puede darse por válido si no se concreta en la justicia. Ya los juristas medievales habían afirmado que la justicia no es más que la concreción del Derecho. El Derecho está en función de la Justicia y és-

(15) Perelman, Ch.: Op. cit., p. 97.

ta se halla siempre referida a valores universales e inmutables. Por esto creen algunos que la reacción antipositivista de la posguerra representa un retorno al iusnaturalismo universal del Renacimiento que implicaría un remontarse al pensamiento jurídico medieval, al de Cicerón y aún al del mismo Aristóteles.

En casos concretos de aplicación de la ley, los antipositivistas afirman que una sentencia no es justa por el solo hecho de haber sido dictada con el Código en la mano, sino sobre todo porque es portadora de un juicio de valor que versa sobre materia que es anterior a la misma ley escrita. La ley positiva se considera como una hipótesis que puede ser estimada objetivamente según la medida en que conduzca a soluciones razonables. Esta observación hay que afincarla profundamente en el ánimo de los jueces, para que sus interpretaciones de la ley sean expresión de lo racional y no de lo volitivo. Por esto mismo quienes reaccionan contra el iuspositivismo ponen en muy alta estima los principios generales del Derecho, y más aún los principios y valores universales, puesto que en ellos encuentran orientación tanto para casos de Derecho privado como para los del público e internacional.

Hemos expuesto, a grandes y muy someros rasgos, la historia de la interpretación jurídica. Historia que no ha tenido jamás solución de continuidad. Como la hermenéutica viene de una actitud primariamente filosófica, y la actitud filosófica es lo que queda después de todo, la tendencia a la interpretación del Derecho no podrá jamás ser sustituida dignamente por otro quehacer que la niegue. Así como la negación de la filosofía es, ya de sí misma, una actitud filosófica, también la supresión de la hermenéutica jurídica supondría la base de una nueva hermenéutica jurídica. En el peor de los casos, se la podrá condenar u olvidar por algún tiempo. Pero no por mucho.