



La hermenéutica jurídica en Gadamer: una complementación a las teorías de la interpretación jurídica

*Gadamer's legal hermeneutics:
complementing legal interpretation
theories*

*Juan Manuel Hernández Aguilar**

* Magister en Filosofía, Profesional en Filosofía, Lic. en Literatura, Universidad del Valle. Email: filosofoliterato@gmail.com



Resumen

La teoría de la interpretación jurídica tiene cuestiones pendientes, pues hoy en día se encuentra dominada por el normativismo positivista que reserva cualquier acercamiento del intérprete a esquemas reductivistas que condicionan la práctica judicial en la rigidez de la técnica jurisprudencial. Frente a este asunto, la hermenéutica de Gadamer se posiciona como una teoría dinámica e integradora de las situaciones históricas e individualizadas. Para ello, se analizará la distancia en el tiempo, la historia efectual y la fusión de horizontes que constituyen el engranaje de la comprensión, para hacer el tránsito de una teoría de la dogmática jurídica a una de la interpretación y la aplicación jurídica.

Palabras clave: interpretación, Gadamer, sentido de la norma.

Abstrac

Legal interpretation theory has some pending questions thus it is currently dominated by normative positivism which saves itself from any proximity between the interpreter and reductivism schemes that limit judicial activity to the jurisprudential technique. In this stage, Gadamer's hermeneutics appears as a dynamic theory enabled to integrate historical and individual situations. Therefore, we shall analyze the distance in time, effectual history and the fusion of horizons that constitutes the setup for comprehension in order to transit from legal dogmatics theory to one of interpretation and juridical application.

Key words: interpretation, Gadamer, norm interpretation.



El problema jurídico de Gadamer respecto a la ciencia del derecho

Los temas profundos del derecho cobran vitalidad desde el siglo XIX, pero no salen de sus propias fronteras. No es raro ver en cuestiones tan filosóficas como el Nasciturus y la pregunta ¿en qué momento nace la vida?, tengan solo justificación jurídica desde la doctrina. Si se mira la sentencia C-591-95 las consideraciones de la corte constitucional no salen del propio derecho:

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haber sido demandadas normas que hacen parte del Código Civil, que es una ley (numeral 4 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Pretenden los demandantes que sean declarados inexequibles los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil, porque, en su concepto, quebrantan la Constitución al no reconocer que la existencia legal de las personas comienza con la concepción y no con el nacimiento. Según ellos, la Constitución sí consagra expresamente el principio de que la existencia legal de la persona comienza en el momento de la concepción.

Tercera.- La existencia legal de la persona y el comienzo de la vida humana.

Según el artículo 90 del Código Civil, “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre”. Y de conformidad con el artículo 1019 del mismo Código, “Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión.

De las dos normas anteriores se deduce que la existencia legal comienza en el momento del nacimiento; y la vida, en el momento de la concepción.

Pero el comienzo de la vida tiene unos efectos jurídicos, reconocidos por algunas normas, entre ellas, los artículos 91 y 93, demandados.

En el período comprendido entre la concepción y el nacimiento, es decir, durante la existencia natural, se aplica una regla del Derecho Romano, contenida en este adagio: “**Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur**”, regla que en buen romance se expresa así: “El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-591 de 1995)

El positivismo de la doctrina jurídica no solo aún pervive, sino que a prevalecido en la historia del derecho. Más aún, resulta preocupante que la historia del derecho es la misma ciencia del derecho, como bien reza el rector de la Universidad de Berlín, F. K von Savigny (Osuna, 1992, p. 11) cuando el derecho precisamente representa a la tendencia de pensamiento de todo un pueblo. Esto, en la misma medida en que se actualiza, está obligado a leer los sentidos del pasado, como producto del desarrollo político de este en un presente. El derecho ejerce su fuerza en presente y lo hace posible en las diferentes virtualidades humanas. Es por eso que la propuesta de Gadamer plantea un acercamiento a la historia, que, en sí, significa un acercamiento vital a comprender lo que hay presente del pasado en las decisiones contemporáneas.

Frente a este positivismo, la historia es la única posibilidad que tiene el derecho de salir del aislamiento en el que lo sume su propia propuesta, y no solo bajo la contemplación de su talante jurídico. Desde aquí es posible rastrear que existe una disputa entre la dogmática del derecho y la ciencia histórica. Ésta disputa es llamada por el doctor Osuna (1992, p. 20) como: “El derecho dinámico y el derecho vigente y actual o, si se prefiere, el derecho genético y empírico frente al derecho conceptual y sistemático. Tal es el conflicto y la dialéctica, entre cuyos extremos bascula la presente ciencia jurídica”.

Si se examina la historia del derecho durante el siglo XIX, Savigny (Osuna, 1992, 11) acierta al decir que es necesario un equilibrio y que el jurista debe ejercer una lectura de su tiempo y, a su vez, mantener una posición sistemática: el derecho sigue siendo una interrumpida serie de autovalidación, y sigue, patentizando su propia construcción histórica de un pueblo. Las instituciones jurídicas heredadas y las doctrinas dan muestra de un muro literario de fuentes que hacen frente a la conexión del derecho. La redacción de esta comprensión histórica solo labra el proceso orgánico del derecho, pero no el modo en que el pueblo se inserta en su historia.

El derecho vigente solo logra su objetividad a partir de la comprobación de un sistema que cumple con su propia validez. Remitiendo, primero a una revisión del pasado con fines históricos, pero alejado del presente, y segundo con raíces organizadas sin buscar un fundamento en su ontología. De este modo, el derecho representa la continuidad de su postura y de sus instituciones que se encuentran sostenidas bajo una lógica inductiva, que pretende asumir al derecho como una ciencia natural y no una espiritual, pues, el propio material de derecho al ser histórico, visibiliza la discusión.

La posición de este frente al presente científico por la sistematización de sus conceptos, socaba el arte creador que da sentido al ser del derecho. El problema que sigue hasta nuestros días es el de lograr una teoría de la interpretación jurídica que apoye la dogmática jurídica. Hoy más que nunca bien declara Savigny: “En lo que respecta a esta teoría (de la interpretación) nos encontramos sumamente pobres”(citado en Osuna, 1992, p. 23).

La interpretación llega a ser más que una simple técnica que fija los detalles oscuros de sentido. Entendida como la reconstrucción de la idea de la norma, y que reproduce en el intérprete la idea original de la ley sin llegar a cuestionar o saber qué, en su horizonte de sentido (contexto), resulta injustificado o permite desocultar el sentido de la desfiguración en la que permanecen por los prejuicios de la época. Esta nueva

interpretación plantea el problema de cómo leer esa historia. Gadamer (2012, 326) afirma que: “El que ‘comprende’ un texto (o incluso una ley) no sólo se proyecta a sí mismo, comprendiendo, por referencia a un sentido –en el esfuerzo del comprender–, sino que la comprensión lograda representa un nuevo estadio de la libertad espiritual”.

Esto significa que el intérprete advierte al pasado aún presente en su contexto, detecta las relaciones, y entiende que el funcionamiento racional de la norma, se concibe alejado de la comprensión de las expresiones vitales y su distancia de los textos. Cuando Gadamer dice que la comprensión es comprenderse, debe entenderse que la interpretación no queda fijada solo en el descubrimiento de una expresión, sino en el esclarecimiento de las posibilidades de eso que permanece oculto, proyectado hacía las posibilidades futuras de sí mismo.

Sin embargo, el derecho, al nutrir su teoría de un enfoque inductivo a la manera del mejor positivismo, se priva de saber que la inducción difícilmente llega a proponer posiciones universales, más aún que el derecho continúa en su posición historicista, pues es su historia misma es la que funge como una de sus fuentes del derecho. ¿Cómo se pueden ganar criterios para distinguir el derecho vivo de la tipología externa de las instituciones? ¿Qué tipo de sistema epistemológico conviene más a la estructura del derecho?

En un primer momento el derecho tomó del positivismo sus enunciados, incluyendo su tendencia humeana de la propuesta que el único material probable de conocimiento fuesen los fenómenos y hechos empíricos. La teoría del derecho se consideraría una ciencia con normas escritas y vigente, lejos de cualquier ontología jurídica, principios generales o derechos válidos mayores en jerarquías. Más bien con una impronta de referencia científica que tiene la pretensión en la que un vivo ejemplo es el pensamiento de Hans Kelsen, cuyo propósito fue elevar la filosofía del derecho a uncienza. Un mundo normativo empíricamente verificable.

Recordemos que su obra *Teoría pura del derecho* detalla un esfuerzo por obtener:

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. (...) Quiere mantenerse como una teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. (Kelsen, 2013, p. 21).

La cientificidad del derecho vendría a validarse a partir del propio sistema jurídico. Hoy, el derecho ha evolucionado a una política abierta, que admite la ciencia comportamental, pero que meramente reproduce las normas y la lógica de su interpretación correspondería a modelos estáticos de sociedad.

El meollo del asunto está en el momento en que el derecho, como bien lo afirma el profesor Osuna (1992), reemplaza a la filosofía por la ciencia; dotando al derecho de la capacidad de formular normas que sirvan de interpretación, aplicación y complementación del derecho, sin buscar una fundamentación ontológica y creyéndose el único conocimiento posible, rechazando de antemano toda teoría filosófica del derecho.

El positivismo jurídico se convierte en el antípoda del positivismo filosófico. Negando sus principios como filosofía racional al intentar descubrir hechos reales y formular leyes que correspondieran con sus principios humanos.

Larenz (como se cita en Osuna, 1992) afirma que solo es posible un conocimiento positivo y no filosófico del derecho, en vista de la necesidad

de justificación, pese a que muchos asuman que la jurisprudencia puede llegar a ser entendida como una *dogmática jurídica abierta a los cambios sociales*, que parte de la experiencia directa y no de la abstracción positiva. Sin embargo, en su interpretación, Osuna de Larenz, desvela que la jurisprudencia goza de cierta esterilidad, en la medida en que, deja de plantearse problemas hermenéuticos de lenguaje y de conceptos jurídicos. Eludir el concepto de interpretación, de desarrollo de las normas, y de su aplicación, conlleva a fines sociales que la dogmática jurídica no puede fundamentar.

Así, Larenz (1980, p. 239) considera a la luz de su libro *Metodología de la ciencia del derecho* al considerar que:

La metodología de la jurisprudencia puede caracterizarse, según esto, como su autorreflexión a la luz de la hermenéutica. Con “autorreflexión” no se quiere decir algo así como un análisis psicológico de los procesos de decisión jurídicos, por muy útil que esto pueda ser, sino el descubrimiento y enjuiciamiento hermenéutico de los métodos y formas de pensar aplicados, más o menos conscientemente, en la jurisprudencia.

Es en esta medida que se pretende que la ciencia jurídica no abandone la idea de revisar y argumentar, de forma consciente, su métodos y formas, pues también el saber jurídico se ve en la necesidad de concretar su sentido, puesto que desembarazarse del conocimiento filosófico solo limitaría la evolución del derecho, en vista de que la ciencia del derecho no leería sus fundamentos sino del derecho vigente. Ya lo dice Larenz al retomar la idea de Gadamer:

Nuevos conocimientos hermenéuticos –como, por ejemplo, que el “interpretar” no es un hacer únicamente receptivo, sino que es también siempre productivo– cambian la autocomprensión de la jurisprudencia, lo mismo que la hermenéutica puede obtener nuevos conocimientos de los métodos aplicativos en la jurisprudencia. La “mediación” tiene que verse en ambas direcciones. (Larenz, 1980, p. 241)

Una dogmática jurídica sin mediación de la filosofía hermenéutica no puede pretender una validez que fundamente los procedimientos, comportamientos sociales, ni el significado ni la finalidad de las normas. Es urgente, pues, una inmersión del derecho en las ciencias humanas, en las realidades sociales y que se plantee *praxis* teórico-filosófica.

Dicha *praxis* debe revisar la teoría de la interpretación jurídica desde postulados ontológicos, en virtud no solo explorar los significados de las normas, sino sus fines, significados ocultos, la clarificación de los fines de las normas, entre otros. Para ello, resulta necesario apoyarse en la teoría hermenéutica, su interpretación y aplicación, en busca de una justificación epistemológica, que por su operacionalidad no prive de la razón ni de lo humano a quien intérprete la norma. Si bien el jurista se ha de atener al sistema para validar su decisión, es tarea de la hermenéutica filosófica recuperar y esclarecer los prejuicios hermenéuticos.

La filosofía de Gadamer, si bien el mismo autor desautoriza su comprensión como un hermeneuta que plantea un método, es una teoría sobre la comprensión; una teoría acerca del pensar y su experiencia. Gadamer (2012) parte de las consideraciones hechas por Martin Heidegger, que entienden que el *estar ahí* es cuánto es poder ser y posibilidad. Es por ello, que resulta necesario partir de exponer los fundamentos de la ontología heideggerina, donde la comprensión es valorada como la apertura de mundo, como una posibilidad de posicionamiento, de sentido y de interpretación. Es a partir del estar en el mundo que el ente humano comprende fuera de las denotaciones reflexivas que tiene este término. Reflexionar, ser mediado por un conocimiento epistemológico, o psicológicamente hablando.

La comprensión en la ontología heideggeriana se alcanza en la medida en que ese *estar ahí* (en alemán *dasein*) puede ser. El *poder ser* en cuanto se abre.

El existenciarío del comprender también muestra al ser-ahí como proyección. El poder ser debe ser interpretado no como devenir, sino como la posibilidad que tenemos al estar en el mundo. La proyección no debe ser entendida como un planear cosas; sino como las posibilidades del *estar ahí* que le permiten existir como proyecto, y en cualquier momento de la vida se es una posibilidad proyectada, por el simple hecho de existir. Por tal motivo Heidegger (Año) relaciona *encontrarse* con el *comprender*, y de esa manera es posible que al *estar en el mundo* se del *estar-abierto*. Y la comprensión entonces juega aquí como las posibilidades que configuran al ser-ahí (en alemán *dasein*).

Al proyectarse esas posibilidades y desarrollarse, el comprender, se debe entender como interpretación (en alemán *auslegung*), pero el comprender no significa un cambio de consciencia. La interpretación hace visibles todas las posibilidades del ser-ahí, y estas posibilidades no se terminan, más bien, surgen incesantemente, como un proceso de continuo, que se hacen visibles. Así pues, la interpretación no es más que el avance de las posibilidades.

La interpretación desoculta el modo del cómo, y en tanto del qué, es decir, busca un acceso o una orientación adecuada para que el sentido no se pierda. Qué sería de una legislación si pierde su sentido y más si su jurista no percibe ahora cuál ha de ser su camino, asumiendo un cambio de época. Qué debe preservarse, qué debe continuar, cuál debe ser su continuación.

La interpretación hace surgir el sentido, que no es otra que lo que apoya la comprensibilidad de cada cosa. Sentido solo tiene el *dasein* en la medida en que se debe entender con los entes que se encuentra y quedan determinados en su modo de existir. Entonces, la interpretación no es más que un desarrollo del comprender en el que se hacen visibles las posibilidades abiertas del *dasein*. Esta interpretación tiene sus fuentes en lo histórico y en la ontología, que a su vez guarda relación con lo que puede este proyectar y anticipar en sentido. De este modo es posible

hablar de hermenéutica como un sentido que se ve venir y como algo que puede proyectarse aunque no exista.

Es notable que en la nueva hermenéutica de Gadamer, la comprensión histórica del intérprete será parte de los pilares que revelarán el modo propio del existir y su identidad temporal y finita. De este modo, toda comprensión en Gadamer implica un *comprenderse* (Gadamer, 2012), y es, a su vez, quien proyecta las posibilidades como condición del acto interpretativo. El existir, entonces, es un comprender y un interpretar. Es así que el proyecto de Gadamer representa un desarrollo de la estructura de la anticipación de la comprensión, expuesta en *Ser y tiempo*.

El sistema filosófico de Gadamer busca mostrar lo que acontece en la interpretación y las virtualidades que constituyen la hermenéutica. Pues en el acto interpretativo tanto la interpretación, comprensión y aplicación aparecerán en momentos indisociables. Además, de su manifestación en la comprensión histórica, costumbre y tradición y las posibilidades del propio futuro de la interpretación. En la nueva postura se borra la diferencia de la distancia en el tiempo.

La historicidad es lo que permite ganar paso a la comprensión, pues lo pasado es comprensible en la medida que se contrasta con el presente, y este lo usa como medio para proyectarlo al futuro. Por lo tanto, en la distancia entre pasado y presente, más bien, el intérprete se sitúa desde su posición en una forma de comprensión de la historia, desde su percepción, y a su vez, proyectando al futuro sus posibilidades. De esta manera se muestra la finitud y la temporalidad del comprender. Y, esta comprensión solo se verifica a partir de que el intérprete asume la historia no como su pasado, sino como una condición previa del comprender. Es precisamente, la apertura múltiple de las posibilidades del futuro.

La nueva conceptualización del comprender para Gadamer, muestra su influencia y su no neutralidad en la constitución del intérprete, quien solo interpreta desde su tiempo y desde su condición singular.

Esto enfocado en el acontecimiento histórico en que se ubique. Para dicha tarea, Gadamer (2012), desarrolló los conceptos de “fusión de horizontes”, de “efectualidad histórica”, y de “distancia en el tiempo” que serán claves para desenvolver la manera en que Gadamer muestra la comprensión histórica.

La *fusión de horizontes* se refiere a la visión que tiene el intérprete desde el punto de vista en que se halla en la historia. Este horizonte de visión nunca se agota ni se termina, pues este horizonte se puede ensanchar en la medida en que se superen los prejuicios y se generen nuevos espacios de comprensión. En la medida en que el intérprete proyecta un horizonte histórico se da un paso hacia la comprensión; entendiéndola como un *sobre pasar un proceso limitado*. Comprender es siempre un proceso de superación de los prejuicios y del resultado, es decir el diálogo, entre pasado y presente. En la fusión de horizontes se parte de la idea de que en el pasado la conciencia histórica tuvo lugar y en el presente también. El intérprete por su parte está sometido a la temporalidad y a la historicidad. La fusión de horizontes propone que el texto solo es abordable desde la historicidad del intérprete.

El texto no necesita ser reconstruido, ni el intérprete debe volver a la psicología del escritor original. Lo decisivo en la fusión de horizontes es el horizonte de la pregunta que abre en el intérprete el diálogo progresivo hasta el punto de configurar su propia interpretación. Por lo mismo, la fusión de horizontes viene a ser la continuación de texto desde la interpretación de quien interpreta.

La historia efectual, por su parte, remite a la conciencia histórica por encima de los hechos históricos, la cual dice que al investigar un documento el intérprete no puede estar atado a lo que fue su primer significado, ni a la intención de su autor. El mismo investigador y su comprensión se añadirá más a la larga comprensión de sentido que posee el texto. Contrario a la fe ciega de los métodos, Gadamer, muestra que nuestro entender se incorpora.

Si se sigue la fe ciega sobre los métodos, lo que se obtiene es un actuar que no determina el aspecto vivo de la interpretación. La efectualidad del texto es necesaria entre el intérprete y lo histórico como histórico, de acuerdo con el profesor Osuna (1992). Por esta razón la tradición ofrece la propia verdad, al hacer conscientes las bases de la comprensión histórica. Esta opera en toda comprensión y el no determinarla puede limitar la comprensión a la mera reproducción. Ser histórico significa no agotarse en el saberse. Si bien el derecho busca una neutralidad y una objetividad, no debe caer en el error de haber alcanzado la verdad absoluta.

No es posible entonces un acceso inmediato al texto, sin la mediación de la tradición. Quien intenta interpretar debe partir de las reglas que le ponga el texto, pero también es esta la que facilita esa disposición. El intérprete por la consciencia de la efectualidad, está obligado a convertir su comprensión en la continuidad del sentido, que es el que orienta.

La distancia en el tiempo, integra la condición existencial del intérprete. El texto no es entonces una idea inmodificable, sino la diversidad de las interpretaciones de cada intérprete las que determinan fundamentalmente el modo de acceso del hecho histórico. El sentido de un texto va más allá de la comprensión que se logre a partir de la gestación de su sentido en cada momento histórico, y se reencarna en cada interpretación, por su efectualidad histórica. La comprensión en Gadamer más que reproducción, es una manera de producir.

La nueva hermenéutica toma la historicidad como la clave desde donde viene cada interpretación. Gadamer propone que la distancia es la única que permite ver el verdadero sentido que hay en las cosas. Muestra que es a partir de la historicidad donde puede existir un puente que permite ver el sentido que hay en las cosas, y que ayuda a ganar la posición del intérprete en la hermenéutica. En cuanto situación real resalta los elementos y significados a la vez que deja elementos que ya no sirven de asidero para la situación del intérprete. Es la situación la que ilumina,

y selecciona estos momentos que median o influyen en la comprensión. En la mediación de la tradición y la historicidad es donde tiene lugar la comprensión.

La teoría de la historicidad va desde la comprensión a la cosa misma y de esta retorna haciéndola visible, lo que delimita que no hay interpretación jurídica sin vínculo social. De este modo, la alteridad del texto solo permite acercamientos distintos a su sentido, pero este no se agota. En Gadamer la precomprensión debe hacerse a partir de evidenciar los prejuicios que subyacen en el texto y el diálogo que realiza el intérprete.

El intérprete jurídico debe proyectar toda su autocomprensión en la comprensión originaria de la norma. Cada comprensión del texto en la historia manifiesta los distintos sentidos que este adquiere en ella, sin ser ninguna más original que la otra. La comprensión no acontece fuera de la comprensión histórica, y dice algo a quien pregunta, siendo el preguntar el que proyecta el horizonte de sentido, con referencia a la situación histórica del intérprete. Ocurre lo mismo en el caso en que jurista pregunta por un caso en particular. La hermenéutica jurídica está sometida a la historicidad.

La hermenéutica y la experiencia deben determinar los sentidos de la norma, a partir del enriquecimiento y cualquier interpretación adicional, es decir, que siempre se interpreta aplicando. Es a partir del lenguaje que se enriquecen las interpretaciones, en donde menos cabría la idea de una interpretación objetiva. Pues la hermenéutica de Gadamer integra la idea de comprensión, interpretación y aplicación. La interpretación es pues una mediación entre la tradición, el presente y la fusión de horizontes que se hace en clave en un movimiento que va del intérprete al texto y de este al intérprete, ya que, este está vinculado a su historicidad debido a los prejuicios, que presentan el modo de su comprensión desde su época.

La hermenéutica, como búsqueda de sentido es algo que está fuera del intérprete y que pertenece a la alteridad del texto. De este modo,

afirmar que los prejuicios son los que conforman nuestro ser, equivale a condicionar el uso de la razón a la aceptación de los verdaderos prejuicios, así, es evidenciando esta distancia en el tiempo, que permite retomar el concepto de historia efectual, y con esto se muestra el movimiento de la comprensión en el desarrollo histórico de la historicidad de la ontología gadameriana.

La teoría de la interpretación gadameriana nos vincula en la historia que precede y que nos determinará como parte de la cadena de la comprensión. Es en la aplicación donde se da la situación del hermeneuta. Gadamer explica que es el momento en que se prolonga la interpretación, la cual busca completarse en la aplicación.

Para entender la aplicación, entonces, debe asumirse que comprender un texto implica recuperar para el momento histórico de su efectiva comprensión, y que nos posicionamos como fuera del sentido del texto, resulta difícil alcanzar su sentido. Gadamer afirma que el intérprete debe guardar el sentido que debe ser abordado más allá de su sentido literal. La interpretación debe rescatar el sentido de la limitación de la verdad.

En la experiencia hermenéutica, es la tradición la que permite el diálogo, que, a partir de su relación, posibilita la comprensión. Es una mediación que hace valer algo en el intérprete y que permite preguntar, sin dejar valer las presunciones.

Más bien es la estructura la que se abre en el preguntar, pues este no condiciona la respuesta en una línea determinada. En la hermenéutica, la verdad se entiende como horizonte, y se espera que en un texto se encuentren múltiples respuestas. El texto va desplegando sus niveles de comprensión y transformando la comprensión de sí mismo. Y así sucede cada vez que se recupera el texto.

He aquí donde el problema de la hermenéutica jurídica, a la intención del legislador, es tan simplista como la reducción de los acontecimientos a

la intención de quienes los protagonizan. La hermenéutica debe ir más allá de la reconstrucción del pasado. Y, cuestiona lo que para la tradición resultaría incuestionable. Eso es lo que permite el preguntar el intérprete, pregunta que va más allá de su comprensión.

La hermenéutica en este punto se torna como un modo de recuperar las estructuras dialogantes allí donde han quedado sedimentadas jurídicamente. Se trata siempre de la condición histórica de nuestro ser y del entender, como una experiencia que renueva la cadena de nuestros precedentes, y que no se actualiza sin la mediación del intérprete. Esto quiere decir que la hermenéutica no se reduce a la simple intención del autor, sino a comprender qué verdades virtuales del texto aún están implícitas. Y esto no es reproducir sino producir.

Nunca el intérprete debe olvidarse a sí mismo, ni a su situación concreta si desea tener acceso a una comprensión del pasado. Solo desde un *yo* es posible formular una pregunta, y ese momento hermenéutico no es otro que el de fusión de horizontes. Esto aplicaría en el modelo de la comprensión jurídica en el caso que, en su aplicación, la norma y la jurisprudencia realice la interpretación. Lo pasado y lo presente, lo general y lo concreto están mediados por la aplicación.

El jurista no puede interpretar las normas si no se percató de su historicidad y retorna al presente para su aplicación. La jurisprudencia no es algo que viene de la nada, sino algo que valida esta aplicación; de la misma manera que una norma no puede ser aislada de los comportamientos que regula y configura, pero además para que la norma mantenga su sentido, debe ser entendida como un proceso hermenéutico que configura la realidad del sistema jurídico, pero no encerrándola en su objetividad neutral, más bien, manifestando la apertura de su significado histórico. La objetividad de su postura se garantiza en la medida en que se hace visible la consciencia efectual.

Con la exposición de la hermenéutica gadameriana se ha mostrado que las metodologías interpretativas no proporcionan un acceso directo al sentido de la conducta. Por eso la interpretación jurídica ha de partir desde el ahora, y desde su distancia en el tiempo, su generalidad y tipicidad. Entendiendo también que la interpretación está mediada por una situación concreta, por el tiempo y por función del poder.

En el caso de la interpretación jurídica se percibe como una dialéctica entre el caso concreto y la norma general, entre lo típico y lo aplicado, entre el texto histórico y el texto válido. Esa experiencia, es la que el autor Osuna (1992) considera que está ausente en la experiencia moderna, que depende de la subjetividad de la razón.

Es la historicidad, la que se permite el preguntar por la experiencia de cada individuo y la que propone agregar el sentido a los problemas científicos. De este modo el conocimiento del derecho (comprensión) nos exige una aplicación, conocimiento concreto. Estos cimientos permiten ver al juez no como un formulador de sentencias sino como un profesional que debe hallar el derecho, lejos de toda subsunción. Es pues el juez como un detective que se encarga de reconstruir los datos y las circunstancias para delimitar su valoración de los eventos y esto se efectúa por la posición del intérprete en su tiempo.

La hermenéutica es pues una nueva teoría de la ciencia jurídica y no como se ha venido entendiendo, a modo de técnica para alumbrar ciertos pasajes oscuros. Gadamer plantea la reunificación entre la historicidad y la subjetividad en el texto legal, que resulta incólume. Lo que permite garantizar que el texto se ha de entender en una posición mediatizada, sin importar su distancia en el tiempo, y que privilegia el sentido a partir de un diálogo del intérprete con él, cuya verdad se hará patente al entenderla en continuidad con el presente, y no al remontarse a la *psique* del legislador, privilegiando su comprensión por sobre la nuestra.

“Preestructura” de la comprensión

Gadamer con el fin de continuar con el camino de la ontología, desarrollado por Martin Heidegger, quien tuvo un acercamiento a la tradición preocupado por liberar el concepto de *verdad* entendido científicamente, para así derivar de este la “preestructura de la comprensión” con relación a la crítica histórica de esta verdad positiva; y así mismo de la “preestructura” de la comprensión a partir de la temporalidad del “estar-ahí”.

Esta lectura de la tradición que hereda Gadamer de su maestro, terminará conduciendo a presentar la hermenéutica filosófica en su tratado hermenéutico *Verdad y Método* (2012), reflexionando sobre el concepto de *hermenéutica* no como un ejercicio preceptivo, sino orientada a la *praxis* al presentarla como una teoría aplicada a la comprensión de la tradición: “podrían también consistir en que la autocomprensión de la comprensión ejercida normalmente sea corregida y depurada de adaptaciones inadecuadas” (Gadamer, 2012, p. 332).

Parte de la concepción de la hermenéutica filosófica que plantea Gadamer deriva de la estructura circular de la comprensión a partir de la temporalidad del estar-ahí. Las consecuencias del hecho anterior muestran una nueva teoría aplicada a la *praxis* que podría consistir en que se busque que la comprensión en su ejercicio sea depurada y corregida de análisis incorrectos. Por ello, Gadamer resalta que la exigencia de Heidegger, al describir el círculo hermenéutico, considerando que el intérprete no debe dejarse imponer conceptos populares, sino al contrario, asegurar de forma precisa el estudio de un tema científico partiendo de la cosa misma.

Si bien toda interpretación debe cuidarse de la arbitrariedad, el intérprete debe comprender el texto, pero a partir de una conciencia metódica que intente no llevar a término directamente sus anticipaciones, sino hacerlas conscientes para controlarlas y ganar una comprensión de la cosa misma.

Esto es, según Gadamer, una búsqueda, porque el tema científico: “se asegure en las cosas mismas mediante la elaboración de posición, previsión y anticipación.” (Gadamer, 2012, p. 336). En consecuencia, el intérprete dialoga con la tradición en medio de prejuicios no percibidos que lo hacen sordo frente a su voz.

Gadamer recuerda el concepto de *conciencia* planteado por Descartes y el de Hegel en donde sigue dominando la ontología griega de la sustancia, que interpreta al ser como actual y presente, y esta concepción va más allá de la autocomprensión metafísica moderna, sino desde una posición que permite vislumbrar la posición desde la cual resulta comprensible la tradición al desentrañar de ella las premisas ontológicas del concepto de *subjetividad*. Y a su vez Heidegger muestra la idea de finitud que se devela bajo una metafísica kantiana en la que se convalida el proyecto ontológico. De esta misma manera se asegura el tema científico introduciéndolo y poniéndolo en juego en la comprensión de la tradición.

Lo anterior evidencia que Gadamer ve en el carácter prejuicioso del tiempo del intérprete, el insumo que otorga la punta de lanza, el camino a la comprensión y a la vez la fundamentación que garantiza un buen punto de partida en la penetración del sentido para una comprensión que sea entendida como el diálogo con el pasado y el presente en continua mediación con la tradición. Como bien se da en la interpretación del derecho:

En realidad, de este modo la elección entre los criterios de interpretación se convierte en una cuestión de pura casualidad. Más bien, partiendo de la idea de que toda aplicación del derecho es interpretación, que por tanto, la interpretación no debe ser sólo comprendida como “artificio ocasional” en el caso marginal o especial, el punto central de la teoría de la aplicación del derecho tiene que situarse en la necesidad general de la iluminación interior hermenéutica de la comprensión del texto o la norma (Esser, 1970, p. 49).

Esto quiere decir que el intérprete, al hacerse consciente de los prejuicios que llenan y determinan su comprensión, podrá elaborar una lectura de su tradición desde su tiempo, pueden llegar a ser determinadas y corregidas, permitiéndose, el intérprete, de este modo una comprensión que actualice el sentido sobre su contexto sin abandonar y sin desligarse del sentido del texto; actualizado desde su momento histórico. Lo que plantea Heidegger a la luz de la propuesta de Gadamer no es una serie de pasos para la interpretación, sino una reflexión descriptiva.

La reflexión hermenéutica de Heidegger, afirma Gadamer, describe la forma de realizar la interpretación comprensiva en la que toda interpretación correcta tiene que “protegerse contra la arbitrariedad de las ocurrencias y contra la limitación de los hábitos imperceptibles del pensar y del orientar su mirada a la ‘cosa misma’” (Gadamer, 2012, p. 332). Esto significa que el intérprete tiene como tarea el comprender a partir del asunto acordado, independientemente de las desorientaciones a las que se ve constantemente sometido.

Comprender implica siempre un acuerdo entre lector y autor del texto, pero también involucra la posibilidad de un proyectar sentido por el intérprete. Respecto a esto último, se puede decir de la siguiente forma: “tan pronto como aparece en el texto un primer sentido, el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo. Naturalmente uno lee el texto desde determinadas expectativas relacionadas a su vez con algún sentido determinado” (Gadamer, 2012, p. 333).

Este modo de entender el comprender presupone que la interpretación empieza siempre con conceptos previos, que serán objeto de renovación progresiva por otros más adecuados en la medida que el intérprete entre en relación con la tradición. Esto tiene como consecuencia el ampliar el horizonte de comprensión del intérprete, pues mediante esta experiencia de la ampliación, el intérprete reconoce el valor del punto de vista conformado por el autor del texto, quien es representante legítimo del contenido construido sobre un asunto propio de la tradición (“historia efectual”).

Se trata de reconocer los prejuicios que subyacen al intérprete como determinante en el esfuerzo de interpretación, pero entendiendo que dichos prejuicios se confirman en el diálogo abierto con el otro, partir del estar abierto al punto de vista introducido por el autor del texto o dejar decir al otro como interlocutor válido.

En línea con esta explicación sobre la “preestructura de la comprensión”, Gadamer considera esencial conformar una conciencia formada hermenéuticamente para el diálogo. Conciencia que se muestre siempre abierta a la alteridad del texto, pero este estar abierto “no presupone ni neutralidad frente a las cosas ni tampoco autocancelación sino que incluye una matizada incorporación de las propias opiniones previas y prejuicios” (Gadamer, 2012, p. 336). Aquí el intérprete con conciencia hermenéutica tiene como cometido hacerse cargo de las propias anticipaciones, de tal modo que la voz del autor del texto se presenta en su condición de ser diferente y tiene la posibilidad de confrontar su punto de vista con las opiniones previas del intérprete (Gadamer, 2012, p. 336).

Una conciencia hermenéutica con capacidad de reconocimiento y distanciamiento del pasado (historicidad del autor) sabe así advertir de los límites de su perspectiva, lo cual es esencial para realizar una experiencia de comprensión correcta del asunto en discusión a partir de lo dicho por los otros partícipes de la tradición determinados por otras expectativas históricas. En este sentido, emerge la posibilidad auténtica de que el intérprete haga valer la voz de la tradición y mantener alejado lo que pueda dificultar el comprender de esta misma. Llevar a cabo esta posibilidad auténtica de comprensión implica asumir y ponderar los perjuicios no percibidos, los que con su dominio vuelven sordo al intérprete hacia la cosa de la que habla la tradición (Gadamer, 2012, p. 336).

En consecuencia, ponerse de acuerdo en el asunto, hacer valer el contenido de la tradición, comprender las expectativas de proyección en el desarrollo de la experiencia de comprensión del sentido al cual refiere el texto, son elementos esenciales que conforman la “preestructura de la

comprensión”. Según Gadamer (2012), reconocer la “preestructura de la comprensión” implica que el intérprete se hace consciente de la aparente inmediatez con que se orienta hacia la comprensión del sentido de la tradición o del texto escrito. Esto se constituye en condición para entender que el punto de vista del autor del texto representa una alternativa más de comprensión sobre asunto en discusión y como tal puede ser actualizada por el intérprete al ubicarla en un horizonte lingüístico nuevo.

Es precisamente este último elemento el que se ha querido poner de relieve en este apartado del presente texto, pues el derecho como parte de la tradición configura un sentido de la ley que es comprendido y aplicado siempre en nuevos contextos jurídicos. La comprensión del sentido de la ley se constituye en experiencia interpretativa que hace posible la elaboración del juicio por el intérprete o jurista en un mundo jurídico que cambia constantemente. No obstante, la tensión entre “comprensión” y “tradición” se resuelve mediante la experiencia interpretativa del jurista cuando se trata de la “comprensión” y “aplicación” de la ley. Lo cual presupone reconocer la “preestructura de la comprensión” como base que tiene que ser confirmada y depurada permanentemente en el diálogo jurídico. Por ello, se puede enunciar que el análisis de la “preestructura de la comprensión” desde la hermenéutica filosófica de Gadamer permite entender qué formación y consolidación institucional de la tradición jurídica implica un continuo desarrollo del proceso de la interpretación correcta.

El círculo hermenéutico

Para mostrar las conexiones entre el “círculo hermenéutico” y los “prejuicios”, Gadamer inicia por señalar que contrario a las pretensiones del punto de vista positivista que reivindica la verdad como representación objetiva de la realidad, la perspectiva hermenéutica tiene como uno de sus ejes dinamizadores a la historicidad de la “comprensión”. En este sentido, se puede decir que la hermenéutica de Gadamer se ubica más allá de la hermenéutica tradicional; pues a cambio de fundamentarse

en la aplicación cognitiva de procedimientos entre los que sobresale el distanciarse del pasado como condición para la construcción de un conocimiento objetivo (Gadamer, 2010, p. 331), la hermenéutica de Gadamer se apoya en el planteamiento de Heidegger: “la estructura circular de la comprensión se deriva a partir de la temporalidad del estar-ahí” (como se cita en Gadamer, 2010, p. 332).

La consecuencia esencial del anterior punto de apoyo para la hermenéutica, es que los prejuicios que son familiares al intérprete requieren de depuración en el proceso de “comprensión” o proceso de entendimiento entre intérprete y autor del texto a partir del ponerse de acuerdo en el asunto de discusión. Este proceso comprensivo posibilita no sólo al introducir puntos de vista de diferentes, sino también el interpretar de modo correcto desde el asunto mismo que convoca a los interlocutores del diálogo. Por ello, el intérprete tiene como tarea el mantener la mirada fija sobre la cosa aún a través de todas las desviaciones a las que se ve constantemente sometido (Gadamer, 2012, p. 333).

Para Gadamer, el intérprete tan pronto encuentra el sentido del texto debe elaborar un proyecto acorde a expectativas previas que serán corroboradas en la medida en que este sea comprendido, a esto llama Gadamer la “elaboración del proyecto” que contiene las expectativas del intérprete, las cuales han sido revisadas en la medida en que el lector penetra y avanza en el sentido del texto, al ser constantemente revisado. De esta forma, el sentido se conforma con base en las expectativas del intérprete quien anticipa un sentido y que evaluará conceptos que resulten más adecuados: “la interpretación empieza, siempre con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos progresivamente por otros más adecuados” (Gadamer, 2012, p. 333).

El intérprete re proyecta el movimiento del sentido en el texto que comprende e interpreta, elaborando una comprensión adecuada y que debe confirmarse en los textos o asuntos orientadores del diálogo. En este sentido, la objetividad no reside en el seguimiento de reglas sino

en la convalidación del sentido del texto en pleno reconocimiento de las opiniones previas del intérprete, las cuales tendrán que depurarse a través de la mediación de la tradición jurídica. Para ello, es importante que el intérprete examine las “opiniones previas” puestas en el juego comprensivo del sentido del texto, opiniones que deberán sopesarse en términos de su origen y validez de tal modo que se pueda valorar su legitimación.

La interpretación correcta del sentido del texto presupone al intérprete, que tiene como tarea ganar la comprensión a partir de su apropiación lingüística y el momento histórico del texto; en diálogo con el horizonte de prejuicios (creencias) del que participa el intérprete, este horizonte permite un diálogo permanente como lo expresa el profesor Zaccaria:

Al propio intérprete –como mediador insustituible entre los modelos regulativos y su concreción en las situaciones de conflicto a disciplinar– en la constante tensión entre la abstracción y la imprevisibilidad de los casos de la vida y en su constante y progresiva adaptación, se le exige un esfuerzo permanente, y no fácil, de coordinación y “recomposición” del sistema, a través de una obra interesante de reinterpretación y concreción de los principios ante el cambio de los contextos concretos (Zaccaria, 2010, 284)

Es esta situación de diálogo la que incide para que en un principio el intérprete afronte la paradoja de ver cómo el sentido del texto no concuerda con sus expectativas o con sus formas de saber familiar, lo cual se constituye en posibilidad para que el intérprete se detenga y evidencie la incompatibilidad entre el uso del lenguaje del autor y el suyo. Dicha disparidad tiene lugar cuando el intérprete observa que el uso del lenguaje del autor del texto supone una posición distinta frente al modo como el intérprete entiende un caso desde su hábito lingüístico. Esta incompatibilidad no sólo se deja ver en lo referido a las “opiniones previas”, sino también en lo concerniente a las opiniones de contenido que constituyen “precomprensión” de los textos.

Cabe señalar que contrario, a dicha reflexión de Gadamer, en el mundo del derecho hay juristas como, por ejemplo, Germán Sucar, quien no ve una diferencia entre el lenguaje natural y el empleado en la ciencia jurídica. De ahí que dicho jurista haya afirmado que:

La ciencia jurídica presenta una importante particularidad: al igual que ciertas disciplinas como la gramática, la lingüística o la lógica, y a diferencia de otras como la física o la biología, su objeto temático se encontraría constituido, al menos en buena medida, por expresiones lingüísticas y no por entidades independientes del lenguaje. Además, el lenguaje en que se expresan las disposiciones que integran el derecho serían de la misma clase que aquel en el cual se formulan los enunciados de la disciplina teórica que de él se ocupa: el lenguaje ordinario. En este sentido, a diferencia de la lógica, por ejemplo, cuyo objeto temático es un lenguaje-objeto artificial formalizado y cuyo metalenguaje –al menos parcialmente– es alguna lengua natural, en el ámbito jurídico, tanto el lenguaje en el que se encuentran formuladas las disposiciones jurídicas como aquel en el que se pronuncian los enunciados de la ciencia jurídica, es alguna lengua natural (Sucar, 2008, p. 38).

Contrario a este modo de entender el lenguaje del derecho, el planteamiento de Gadamer admite la diferencia entre el uso cotidiano de los conceptos y la tradición que determina el lenguaje del texto escrito. La referencia a la tradición se constituye en condición para que el intérprete salga de sus propias posiciones preconcebidas (Gadamer, 2012, p. 344), las cuales requieren convalidarse desde el sentido proyectado por el autor del texto y ganado por la tradición, evitando así generar malentendidos que destruyan la unidad de sentido puesta en juego.

No se trata simplemente de integrar las “opiniones” y “expectativas previas” con el sentido del texto, sino de reflexionar sobre la dificultad de determinar mi comprensión del sentido del texto. por eso, Gadamer estima que las opiniones previas afectan al texto. Pero ¿cómo proteger a un texto respecto a los malentendidos?

Frente a esta cuestión, Gadamer recuerda que las opiniones previas emitidas de una manera arbitraria no permiten develar si una comprensión es incorrecta, ni determinar el modo como afectan el sentido del texto en su conjunto. Contrario a ese carácter de arbitrariedad de las “opiniones previas”, el planteamiento hermenéutico reivindica una disposición de apertura respecto a la opinión del otro o del texto. Esta apertura presupone saber poner la opinión del otro en relación con el conjunto de conocimientos familiares al intérprete o saber poner nuestras opiniones en relación con las del otro.

Tanto lo uno como lo otro admite el carácter de variabilidad de los saberes cotidianos; sin embargo, esta multiplicidad de saberes no presupone que todo sea posible ni que se ignore el punto de vista del otro. Comprender esos saberes previos es tarea del intérprete si pretende integrar al sentido del texto los malentendidos y las diversas expectativas de sentido. Esta tarea está determinada por el entender que el que “quiere comprender no puede entregarse desde el principio al azar de sus propias opiniones previas” (Gadamer, 2012, p. 335).

Se trata pues, de dejarse decir algo por el texto, lo que presupone una conciencia formada para reconocer que el texto responde a circunstancias históricas y conceptuales distintas a las que determina al intérprete. Así, el planteamiento hermenéutico de Gadamer contiene el hacer valer el derecho de opinión del texto. Esto no implica neutralidad frente al texto ni negarse la posibilidad de convalidar el punto de vista del intérprete. Contrario a ello se trata de reconocer, tal como lo entendió Heidegger (1951), el presupuesto de la “preestructura” de la comprensión: “leer lo que se pone”.

El reconocimiento de este presupuesto exige al intérprete el cometido de la interpretación como un asunto relacionado con la formación de su modo de ser, al punto de poder explicitar la situación de relación del intérprete respecto a las motivaciones y circunstancias que determinaron al autor del texto. Esto es, el intérprete debe efectuar la tarea de la

interpretación del sentido del texto teniendo conciencia de su posición histórica y de su círculo de opiniones. Una conciencia histórica que opera de este modo podrá no imponer de manera arbitraria sus opiniones, sino hacer conscientes sus opiniones al punto de controlarlas y ganar así una interpretación correcta del sentido del texto desde las propias motivaciones y los intereses que determinaron al autor del texto.

En efecto, la interpretación correcta del texto no supone capacidad de uso de la razón metódica y sistemática para blindarse contra todo posible error devenido de la tradición, sino hacer conscientes los prejuicios que nos determinan y nos vuelven sordos hacia el asunto del cual nos habla la tradición mediante el texto escrito. En este sentido, el planteamiento de Gadamer sobre el problema hermenéutico de la comprensión reivindica la interpelación de la tradición como posibilidad de comprender o de transformar la tradición por una conciencia histórica que sabe ganar su lugar en el devenir histórico.

Los prejuicios como condición de la comprensión

El punto de partida que está a la base del problema hermenéutico o problema de la correcta interpretación del texto, son los prejuicios. Estos constituyen la realidad histórica del modo de ser del intérprete. Contrario al planteamiento de la Ilustración que admite la idea de una voluntad con capacidad de uso de la razón para comprender de forma objetiva el texto, el punto de vista de Gadamer presupone un modo de ser construido mediante un proceso histórico y determinado por limitaciones que conforman la experiencia de vida humana. Estas limitaciones están representadas en los prejuicios legítimos desde los cuales se mueve el intérprete cuando comprende el sentido del texto. Con esto, se hace formulable la pregunta epistemológica sobre soporte de la legitimidad de los prejuicios y la diferencia entre *prejuicios legítimos* e *ilegítimos*.

La respuesta a esta cuestión exige comprender el sentido acuñado históricamente sobre los prejuicios. La teoría de los prejuicios que la

Ilustración elaboró, admite la división de los prejuicios entre *prejuicios de autoridad* y *prejuicios por precipitación*. Esta división se constituirá en el presupuesto fundamental de la modernidad, según el cual un uso procedimental de la razón es suficiente para librar al investigador de cualquier error.

En lo referido al prejuicio por precipitación, los pensadores ilustrados afirmaron que es la fuente de equivocación, pues induce al razonamiento al error. Y en lo concerniente a la autoridad, señalaron que ella es motivo suficiente para que la razón no llegue a emplearse. Este modo de entender tal distinción suscitó una oposición entre autoridad y razón. Un ejemplo que permite ilustrar tal oposición es que, según Walch (citado en Gadamer, 2012, 345), el pensamiento de la Ilustración estimó que la reforma de Lutero consiste en que el prejuicio de la autoridad quedó profundamente debilitado. De esta manera la reforma a la hermenéutica plantea que “(...) la hermenéutica que enseñará a usar correctamente la razón en la comprensión de la tradición” (Gadamer, 2012, p. 345). La reforma se constituye como un momento en el que la hermenéutica será afectada por el uso de razón aplicado a la comprensión de la tradición. Dejando como precedente que ni la autoridad ni la apelación a la tradición pueden evitar que emerja la tarea hermenéutica: “la defensa del sentido del texto contra toda imposición” (Gadamer, 2012, p. 345).

De acuerdo con esta división de los prejuicios, Schleiermacher reafirma la noción de *prejuicio* como sujeción, lo cual hace que a partir de la idea de que los prejuicios, que determinan el punto de vista, se admita un valor para los prejuicios no justificados. Así, Schleiermacher distingue como objeto de error las sujeciones y la precipitación. Esto no permite vislumbrar la idea de que, si bien los prejuicios que afectan al intérprete se encuentran vinculados a autoridades, también pueden existir prejuicios que tienen por contenido una verdad, lo que de base ya está en el concepto de autoridad.

Por lo anterior, Gadamer estima que existen también prejuicios justificados y que contienen conocimiento. A la luz de esta consideración se replantea el problema de la autoridad; si la autoridad posee un valor, entonces la validez de la autoridad ocuparía el lugar del juicio. Así la autoridad se constituye en fuente de verdad y encuentra su esencia en un acto de reconocimiento y conocimiento. Esto es “se reconoce que el otro está por encima de uno en juicio y perspectiva y en consecuencia su juicio es preferente o tiene primacía respecto al propio”. (Gadamer, 2012, p. 347).

En este sentido, quien pretende apelar a la autoridad, tendrá que adquirirla. Ella representa la fuente de validez de la comprensión del texto y descansa sobre el reconocimiento, y en consecuencia sobre una acción que posibilita al intérprete ganar conciencia de los límites de sus opiniones, al punto de poder atribuir al otro una perspectiva más elaborada. La autoridad no tiene compatibilidad con la obediencia ciega, si bien otorga el fuero para dar órdenes, esta obediencia solo se sigue de esta autoridad. El fundamento de la autoridad está también en un acto de libertad y razón que concede en el otro una visión más amplia, porque tiene un mayor conocimiento.

Así la autoridad siempre se relaciona con la idea de que lo que se dice no es ni arbitrario ni irracional, sino que en principio puede ser reconocido como válida. Esta forma de entender la esencia la autoridad tiene como punto de partida el modo como la crítica romántica concibió a la autoridad, es decir, autoridad asumida como tradición.

Lo confirmado como prejuicio por la tradición y por el pasado tiene una autoridad que determina a quienes han participado en su instauración al punto de que la tradición incide en su comportamiento y su acción. La realidad de las costumbres es válida por la tradición y la procedencia. Las costumbres se adoptan libremente, pero no se generan por arbitrio, ni su validez reside en la autonomía de la voluntad individual. Y esto es lo

que Gadamer llama tradición. Esta conserva algún derecho y determina las instituciones y el comportamiento del ser humano.

La tradición es un momento de la libertad y de la historia, incluso la tradición más auténtica no se realiza por sí misma, sino que necesita ser afirmada, asumida y cultivada por quienes participan de ella. Por ello, se puede decir que:

La tradición es esencialmente conservación, y como tal nunca deja de estar presente en los cambios históricos. Sin embargo, la conservación es un acto de la razón, aunque caracterizado por el hecho de no atraer la atención sobre sí. Esta es la razón de que sean las innovaciones, los nuevos planes, lo que aparece como única acción y resultado de la razón (Gadamer, 2012, p. 349).

Lo anterior, permite preguntar sobre si la hermenéutica no debería intentar reconocer el derecho que le asiste al momento de la tradición. La hermenéutica no puede pensarse en oposición al modo como el pasado influye en el comportamiento del intérprete, quien está ubicado en una situación histórica diferente. El intérprete se encuentra siempre inmerso en una tradición, y este al estar en ella no se corresponde con un comportamiento objetivador que piense a la tradición como algo extraño. Participamos de la tradición o somos parte de ella, lo que presupone un reconocerse dentro de ella desde una situación histórica que hace posible la transformación del intérprete al ritmo de la tradición.

Se trata de un intérprete que tiene el cometido de ganar conciencia histórica. Este ganar conciencia le permite distinguir de verdad y por entero su comportamiento en el presente frente al comportamiento del autor del texto en el pasado. Reconocer esta distancia en el tiempo se constituye en condición para que intérprete se desplace hacia los prejuicios que determinaron el punto de vista introducido por el autor del texto, quien se encuentra en otras circunstancias y expectativas distintas a la época en la que participa el intérprete.

La “comprensión” realizada por el intérprete contiene así la pervivencia de las tradiciones como presupuesto fundamental: el de sentirse cuestionado por la tradición misma. Pues, solo en la medida en que el intérprete tiene la posibilidad de interpelar, resulta comprensible en su significado las opiniones del autor del texto y de igual forma los contenidos de la tradición. Este interpelar conserva su vínculo con la tradición, e incluso en casos en los que la interpelación parece no tener ninguna relación con el presente como, por ejemplo, en la investigación histórica.

En sentido, se puede decir que en toda experiencia hermenéutica se encuentra la posibilidad de resolver la oposición entre tradición y comprensión efectuada por el intérprete, quien está ubicado en el presente. Esto significa que la tradición permanece latente y su efecto hace parte de una unidad de sentido siempre en conformación desde el actuar hermenéutico de la conciencia histórica. Así la conciencia histórica no se ha de entender como *algo nuevo*, sino más bien como un *momento nuevo* en la relación humana con el pasado.

El momento de la tradición con el que dialoga el intérprete se hace más patente en la medida en que éste atiende el momento histórico en el que se ha producido el sentido del texto. La realización de dicho cometido hace posible que el interés de comprensión del texto por el intérprete, contenga diferentes momentos desde los cuales se introducen los diferentes puntos de vista respecto a un asunto.

Es precisamente este modo de realización de la comprensión el que hace que se tome el asunto bajo la pluralidad de opiniones. Tal es la esencia de la realidad en la que participa el intérprete, esto es estar mediado por la tradición: “No podemos verla sólo bajo la ley del progreso y de los resultados asegurados; también en ella realizamos nuestras experiencias históricas en cuanto que ella hace oír cada vez una voz nueva que en la que resuena el pasado” (Gadamer, 2012, p. 353).

En efecto, con lo expuesto hasta aquí podemos decir que el intérprete siempre está motivado desde su realidad histórica y sus intereses. Y sólo desde este estar motivado llega a configurar el tema y el objeto de investigación, lo cual implica que el esfuerzo de comprensión de la unidad de sentido ganada por la tradición, abarca la vida misma y no puede ser abordada teleológicamente. Esto presupone que la interpretación o comprensión correcta del texto no presupone de antemano el ideal de que ya existe un objeto al que se puede acceder de forma completa. Contrario a ello, la comprensión implica un participar del acuerdo sobre el asunto que hace posible el diálogo entre intérprete y tradición. En otras palabras, en la motivación del intérprete se origina también el planteamiento y el objeto de investigación. Esto es algo que también debe ocurrir cuando se trata de la decisión del juez, quien no ve una solución al caso en sí mismo, sino en el modo como conforme el asunto acorde con las nuevas circunstancias que motivan el dilema.

El juez falla mediado por la jurisprudencia y dogmática jurídica, pero también determinado desde el sentido material de la norma. Cuando el juez afronta un caso sin precedente se ve obligado aplicar la norma y participar de la actualización del sentido instaurado desde la esfera del derecho. El teórico Hutchinson lo plantea en los siguientes términos:

“Gadamer dice a los abogados que la interpretación es un proceso inevitablemente activo y, por lo tanto, político; los abogados no pueden evitar trabajar con y entre las fuerzas sociales que hacen la interpretación posible y problemática” (Hutchinson, 2000, p. 1043).

Los juristas no pueden evitar trabajar en medio de las fuerzas sociales pues son estas las que hacen viable el surgimiento de las interpretaciones posibles y también problemáticas, lo que revela que no existe una “comprensión sin aplicación” (Gadamer, 2012, p. 380), esto significa que la “comprensión” sólo se realiza en el diálogo con la tradición y el presente. De ahí, que se requiera la producción de normas a través del desarrollo de la interpretación constitucional.

El significado hermenéutico de la distancia en el tiempo

Intentar dar cuenta del significado hermenéutico de la distancia histórica que existe de manera objetiva entre el intérprete y el texto, exige clarificar los elementos conceptuales desde los cuales Gadamer ofrece una respuesta al problema del esfuerzo de la comprensión realizado siempre desde la tradición. Un elemento esencial al planteamiento de Gadamer sobre la realización de la comprensión es la conformación de unidad de sentido perfecta. Esto presupone traer al ámbito de la hermenéutica “la regla del comprender el todo desde lo individual y lo individual desde el todo” (Gadamer, 2012, p. 360).

En esta regla hermenéutica se halla una relación circular entre el todo y las partes, la cual se puede explicar a partir del modo como la tradición es instaurada y renovada por las motivaciones que determinan al intérprete y al texto. Se trata de una relación circular donde se efectúa una interpenetración del todo (tradición) hacia las partes (intérprete y texto) y de estas hacia al todo. Interpenetración que hace posible la realización de la comprensión explícita tanto de la tradición como del intérprete y del texto.

Este esfuerzo de construcción entendido de ese modo está siempre guiado por una expectativa de sentido que tiene un origen en el contexto que le antecede. Expectativa de sentido que puede ser modificada de acuerdo con las exigencias que hace texto desde la perspectiva y la motivación de la que participa su autor. Lo anterior implica que la expectativa de sentido puede ser modificada o transformada, lo cual hace que el texto pueda ser agrupado por el intérprete bajo una unidad de significación diferente a la tradicional. Así entonces, la tarea del intérprete es participar de la ampliación de la unidad de sentido de manera verdadera y reconocer que hacer justicia a la comprensión del texto supone siempre una conformación perfecta de sentido. Por lo tanto, en la constitución de sentido puede pensarse que los procesos interpretativos se encuentran

fundados en el mismo aspecto material (circunstancias) tal y como lo sugiere la profesora Liliana Ortiz:

La interpretación y la argumentación del derecho deben contemplar el contexto en una especie de acercamiento a él, y si es así, los procesos interpretativos y argumentativos tendrían relación directa con las dicotomías que la derivan de la moral y el derecho y de la justicia y el derecho” (Ortiz, 2016, p. 75)

La comprensión del sentido del texto escrito supone la tarea de participación en la construcción permanente de un sentido comunitario, esto es un sentido que se configura bajo la participación solidaria de la pluralidad de voces. De este modo, es ineludible que el intérprete en la hermenéutica jurídica fije un diálogo con la tradición jurídica, estableciendo juicios que le nazcan de este proceso.

Según Gadamer, esta forma de entender la construcción de sentido comunitario hunde sus raíces en la descripción y fundamentación existencial del círculo hermenéutico de Heidegger. Este pensador describe “el círculo de la comprensión en forma tal que la comprensión del texto se encuentre determinada continuamente por el movimiento anticipatorio de la “precomprensión”. El círculo del todo y las partes no se anula en la comprensión total, sino que alcanza en ella su realización más auténtica” (Gadamer, 2012, p. 363).

En línea con lo expuesto en la anterior cita, Gadamer dice que el círculo hermenéutico describe la realización del esfuerzo de comprensión como una relación que existe entre la tradición y el intérprete. Esta relación es de interpenetración, y ella consiste en que al hacer que la tradición penetre dentro de intérprete, se produzcan zonas que corresponden a algo más de lo que la tradición o de lo que el intérprete ha ganado, y que perteneciendo y siendo vista en el todo, se puede ver aisladamente. Así el círculo hermenéutico contiene tanto a la tradición como al intérprete. Éste anticipa un sentido o prejuicios legítimos y ellos le guían en la

comprensión del texto, lo que implica un *estar* determinado desde a la asociación que fusiona al intérprete con la tradición.

Sin embargo, esta asociación entre tradición e intérprete está sujeta a un proceso constante de formación tanto de la tradición como del intérprete. En este sentido, el intérprete comprende y participa de la renovación de la tradición; renovación que se continúa determinándose desde la capacidad de comprensión del intérprete.

No obstante, Gadamer (2012) señala que dicho sentido del círculo hermenéutico tiene un nuevo resultado hermenéutico denominado por él “anticipación de la perfección”. Este nuevo resultado es un presupuesto formal que guía la comprensión como, por ejemplo, en la esfera jurídica cuando se presenta la interpretación por el juez respecto a una situación en la que se deja ver los límites de la norma interpretada: casos difíciles que exigen al juez introducir su punto de vista buscando la resolución correcta de una situación.

Lo anterior permite decir que sólo cuando el intérprete (juez) logra hacer comprensible su punto de vista, incide en la formación de la unidad perfecta de sentido que está en juego permanente. La anticipación de perfección o proyección del punto de vista del intérprete que juega un papel significativo en la comprensión del texto, está en cada acontecimiento determinada por cierta clase de contenido privilegiado por el intérprete.

A lo anterior se agrega por Gadamer que la anticipación de sentido no sólo “presupone una unidad inmanente de sentido que pueda guiar al lector, sino que la comprensión de éste está guiada constantemente por expectativas de sentido trascendentes que surgen de su relación con la verdad de lo referido en el texto” (Gadamer, 2012, p. 364). En efecto, la anticipación de la perfección contiene dos elementos: expresar perfectamente el punto de vista o la opinión del intérprete (juez) y decir de manera correcta acorde con la tradición.

Así, comprender implica que el intérprete se entiende en la tradición o comprender significa que el juez sólo podrá emitir un punto de vista cuando éste se corresponda con la tradición jurídica. De ahí que Gadamer considere la principal condición hermenéutica que subyace al ejercicio de interpretación es la “precomprensión” (tradición) que aparece del comprender la tradición y del tener que ver con ella de forma verdadera. A partir de esta condición hermenéutica se determina lo que puede ser considerado sentido que representa una unidad de sentido en la que participan tradición e intérprete y en consecuencia se genera la posibilidad de la aplicación por el intérprete de la tradición.

En línea con dicha condición hermenéutica, se puede decir que el intérprete tiene un sentido de pertenencia hacia la tradición. En otras palabras, el intérprete como parte del presente y con un comportamiento de comprensión respecto al pasado, actualiza la tradición, lo cual sólo es posible si lleva a cabo la actualización de la tradición a través del vínculo de verdad con los prejuicios fundamentales y sustentadores de la tradición. En la hermenéutica esta actualización tiene como punto de partida la idea de que quien desea comprender un texto debe estar asociado al asunto o problema que hace de la tradición y debe lograr una cierta conexión con lo ganado por la tradición.

A lo anterior, Gadamer (2012) agrega que una conciencia formada en sentido hermenéutico o en sentido de comprensión y actualización de la tradición, no puede vincularse al asunto de modo arbitrario y dogmático que impide el poner en duda los prejuicios. Esta relación de comprensión y actualización de la tradición refleja la existencia de una polaridad en la que intervienen diferentes opiniones representadas entre familiaridad (prejuicios y opiniones propias) y extrañeza (situaciones nuevas y perspectivas de otras). Y en esta condición de polaridad la tradición constituye el punto medio entre la extrañeza y la familiaridad.

Este punto medio determina la comprensión correcta (objetividad) de lo dicho en el pasado (distancia histórica) y el modo de asociación del

intérprete con los prejuicios legítimos y asuntos que hacen parte de la tradición (pertenencia a la tradición). Esta asociación del intérprete no impone a la hermenéutica la tarea sugerir procedimientos, sino aclarar las condiciones bajo las cuales se comprende. No obstante, este cometido no contiene en sí mismo métodos o procedimientos que el intérprete pueda aplicar por sí solo, más bien estas condiciones están constituidas por la “precomprensión” (tradición), la “expectativa de sentido” (“prejuicios”) y la “anticipación de sentido” (“punto de vista”), pero el intérprete no está en condiciones de discernir por sí mismo los prejuicios que hacen posible la comprensión de aquellos otros que sesgan y desvían el punto de vista del intérprete.

Este discernir solo puede tener lugar en la verdad perfecta, y por eso es tarea de la hermenéutica preguntarse por este ejercicio, pero para su desarrollo, primero debe ponerse de relieve la distancia en el tiempo y la comprensión del intérprete. Este poner de relieve refiere a la polaridad que hay entre el intérprete y el texto, diferencia que se ve marcada por la distancia histórica.

En cada momento histórico el texto conforma un sentido dentro de una determinada tradición que intenta comprender por sí misma sus prejuicios. Este sentido del texto no depende de un aspecto puramente autónomo del intérprete, sino que encarna al autor y a su público originario. Así la comprensión del texto no se agota solo en esta relación, pues también está constituida por el contexto histórico del intérprete y, en efecto, por toda la transformación histórica. De este modo, el sentido del texto sobrepasa a su autor no eventualmente, sino en las múltiples circunstancias en las que se realiza su interpretación. Esta situación singular de la comprensión del texto no debe entenderse como un procedimiento de reconstrucción, sino como una forma de realización del intérprete y del texto en nuevo contexto lingüístico.

En este sentido, podemos decir que comprender no es un ejercicio que se limite o se lleve a cabo en virtud del logro de conceptos más claros,

ni de intentar organizar por grados de importancia entre lo consciente y lo inconsciente en la experiencia de producción de un nuevo sentido del texto. Cuando se comprende, se comprende de un modo particular, pues comprender es aplicar lo comprendido en un nuevo horizonte de comprensión.

Este modo de entender la aplicación como verdadera comprensión, quebranta la idea del círculo descrito por la hermenéutica romántica. Por eso, la hermenéutica ya no refiere a lo individual y al punto de vista del intérprete, sino a la verdad real. De esta manera, el texto escrito ya no es pensado como manifestación vital del autor, sino como apropiación de una verdad perfecta gracias a la relación del intérprete con la tradición.

Esta forma de referencia de la hermenéutica sólo es rehabilitada, recobrada cuando desde el historicismo se concibieron las aporías y éstas llevaron a un giro nuevo y fundamental que provocó el proyecto heideggeriano. Este giro permite reconocer que el ser humano no puede ser neutral frente a la lectura de su propio tiempo. Pues la creación hermenéutica a partir del reconocimiento de la distancia en el tiempo “sólo puede ser pensada desde el giro ontológico que dio Heidegger a la comprensión ‘como *factum* existencial’ y desde la interpretación temporal que propone para el modo de ser del estar ahí” (Gadamer, 2012, p. 367).

En este planteamiento el concepto de *tiempo* que remite al pasado no representa una causa de división o lejanía que tenga que superar el intérprete, sino el pilar que soporta el acontecer en el que tiene lugar específico desde el cual el intérprete realiza la lectura de la realidad histórica.

Antes bien, tal como lo señala Gadamer (2012), el reconocer el significado de la distancia en el tiempo respecto a la comprensión del sentido del texto, puede entenderse como una oportunidad positiva y creativa del comprender. La posibilidad positiva está envuelta por la prolongación de la tradición cuyo resplandor muestra todo lo ganado y trasmitido.

En la medida en que exista tradición, hay fundamentos o patrones seguros desde los cuales el intérprete puede comprender el significado y el contenido verdadero del sentido del texto, y a su vez puede pretender una vinculación con la generalidad o tradición en la que participa. Esta vinculación trae a primera vista el hecho de que un saber objetivo sólo se logra desde la distancia en el tiempo.

La distancia histórica es visible entonces en relación con la actualidad y sus circunstancias. Este proceso no resulta evidente para el intérprete cuando toma lo contemporáneo como fuente inmediata y válida, lo que implica desconocer la distancia en el tiempo. Tomar lo actual en dicho sentido remite a un error, pues se interrumpe el desplazamiento histórico, lo cual conlleva a probables desfiguraciones de sentido. Contrario a ello, el reconocer la distancia en el tiempo posibilita el afloramiento de nuevas formas de comprensión que crean vínculos de sentido imprevisibles.

La distancia en el tiempo conduce a que estos nexos de sentido no tengan una perspectiva concluida, sino en incesante movimiento y expansión. El aspecto negativo del filtro que lleva a cabo la distancia en el tiempo; el aspecto positivo, la comprensión. Este último, no sólo contribuye a evidenciar en el intérprete, a que las expectativas de sentido o prejuicios particulares sucumban, sino también a facilita hacer visibles los prejuicios que determinan la proporción correcta de la comprensión.

En concreto, la distancia en el tiempo hace viable el asunto crítico de la hermenéutica, esto es el poder diferenciar las expectativas de sentido verdaderas bajo las cuales el intérprete comprende de los prejuicios falsos, aquellas que originan los malentendidos.

Es precisamente este poder diferenciar el que permite decir que una conciencia formada hermenéuticamente también tendrá que ser una conciencia histórica (Gadamer, 2012, p 369). Esta conciencia hermenéutica se caracteriza por hacer conscientes los propios prejuicios que orientan al intérprete en la comprensión del texto. Lo anterior

bajo el propósito de hacer que la tradición se muestre como opinión distinta y acceda así el derecho de poder decir, ya que, lo que motiva a la comprensión es dejar decir al otro en su condición propia alteridad, pues, la comprensión nace en aquello que nos interroga. Este es una de las condiciones hermenéuticas para la comprensión.

El intérprete, si quiere comprender la opinión del otro representada en el texto, tendrá que poner en suspenso los propios prejuicios (Gadamer, 2012, p. 369). No obstante, Gadamer señala que el poner en suspenso los prejuicios y juicios posee la estructura del dejar decir al otro y saber decir algo sobre el asunto.

En otras, la suspensión de las proyecciones de sentido y de las expectativas de sentido contiene la lógica de la pregunta y respuesta. Se trata entonces, de una conciencia hermenéutica con capacidad de pensar su propia situación histórica actual en diálogo con la tradición.

Esta capacidad permite a dicha conciencia hermenéutica entender que el verdadero objeto histórico de la comprensión es la unidad del pasado en el presente que deja ver una relación en la que el pasado se mantiene del mismo modo que el presente. Una hermenéutica apropiada tiene como tarea el revelar en la comprensión misma la realidad del presente determinado por el pasado. Al contenido de esta tarea Gadamer (2012) la llama “historia efectual”.

Cuando el intérprete procura comprender algo desde la distancia en el tiempo que limita su situación interpretativa, éste se encuentra continuamente determinado por la historia efectual. Ella limita lo que lo interpela y el objeto de investigación del intérprete por adelantado, más aún si éste toma por verdad el fenómeno de lo inmediato. Por esto, una exposición de este efecto permite entender cómo se actúa y se realiza en la comprensión mostrando el tránsito de lo inconsciente a lo consciente.

Cabe resaltar que la conciencia histórico-efectual es un instante de la ejecución de la comprensión. Esta conciencia histórico-efectual remite a que el intérprete al considerarse histórico, no limita su saber. Todo este conocimiento que predetermina históricamente la situación del intérprete se funda en la anticipación y las expectativas de sentido, y de esta manera guía su comportamiento y determina su comprensión respecto a su historia en su contexto. Esta situación histórica condiciona las posibilidades de ver desde su punto de vista.

En relación con este concepto de posición histórica, debe integrarse el concepto de *horizonte*, como el panorama que encierra una perspectiva de un punto definido. Al aplicar este concepto se llega a pensar que existe como condición una escasez de vista en el intérprete, y que esto implica la aptitud en este para ampliarlo y abrirse a nuevos.

Un intérprete que carezca de horizonte no percibe, y por ello no dimensiona ni distingue lo que le resulta inmediato. Quien al contrario, posee distintas perspectivas es capaz de evaluar según distintas categorías. De este modo el concepto de horizonte permite a la hermenéutica la adquisición de la perspectiva correcta para las preguntas que interpelan al intérprete frente a la tradición.

Dar cuenta de este horizonte de comprensión histórica remite a una conciencia capaz de evidenciar la tradición en su propio ser, no desde las pautas y prejuicios del presente, sino desde su propia perspectiva histórica. El cometido de la comprensión histórica conmina a obtener en cada caso el límite histórico e interpretar lo que el intérprete desea comprender en sus verdades circunscritas. Si el intérprete prescinde de remitirse a este horizonte histórico, estará a ciegas frente a los malentendidos respecto al fondo de la tradición.

De esta forma surge la exigencia de una hermenéutica fundamentada desde la que el intérprete esté en capacidad de entenderle. Esta acontece en la participación del intérprete con el fin de conocerle, con el propósito

de determinar los límites de su situación. Esta es la base para que la conciencia histórica alcance su auténtico horizonte histórico. En este sentido, el alcance consiste en que no existe una relación que defina a la existencia humana como permanente en una situación y en razón de esto, nunca se habla de horizontes herméticos.

En esta perspectiva es el intérprete el que realiza en su recorrido y crea una nueva posibilidad de interpretación. Aun desde el pasado, este vive bajo la apariencia de la tradición. Este se halla en constante desplazamiento, pero está sólo, se encuentra en este estado únicamente cuando se hace consciente la conciencia de la tradición. Por eso, esta se traslada hacia horizontes distintos que junto con el del intérprete conforman esa gran óptica que se mueve por sí misma y que envuelve allende de la situación del intérprete. Es este horizonte precisamente el que comprende en sí misma la tradición.

La polarización entre el pasado y el presente, que está en movimiento, es lo que limita la vida del intérprete desde su fuente y su historia. Sin este horizonte el intérprete no puede trasladarse a un contexto cualquiera. Para ello, es necesario que el intérprete se transporte a sí mismo hasta ese otro contexto, porque es el intérprete el que cae en cuenta de la alteridad sólo si hace consciente de dicho proceso, en razón de ser él quien comprende a otro.

Ese desplazarse significa un paso de lo particular a lo general que rebasa la situación singular del otro, ganando de esta forma un amplio horizonte que compone un todo con normas más adecuadas. De esta manera, el quehacer de esta hermenéutica es insistir en que el cuidado con que se debe evitar una lectura descuidada de la tradición en donde intervengan los propios prejuicios, afectando el sentido. Dicho cometido únicamente puede ser cumplido al atender al pasado en su comprensión y particularidad.

En línea con lo anterior, el intérprete debe hacer consciente el horizonte del presente que se encuentra en continuo movimiento y a su vez, está forzado a someter a juicio todas las expectativas de sentido que determinen su comprensión. En esta comprobación, el intérprete debe comparecer ante la tradición y la comprensión de la tradición que representa su propio origen. De esta manera, puede evidenciarse que el presente no se encuentra aislado del pasado y tampoco, debe advertirse que no es posible un horizonte del presente por sí solo, ni existe un horizonte que se tenga que obtener.

Para Gadamer (2012) la comprensión implica una fusión de estos horizontes singulares. El vigor de esta fusión de horizontes radica en la cándida asociación del pasado consigo mismo y con su fuente de creación. Esta comprensión hermenéutica de la verdadera fusión de horizontes compone el propósito de la perspectiva histórica que el intérprete tiene que sobrepasar con el propósito de ocuparse de la conciencia “histórico-efectual” cuyo cometido es la aplicación incluida en toda comprensión.

La aplicación en la esfera jurídica desde Gadamer

En el presente capítulo se tiene como objetivo el mostrar los elementos conceptuales que subyacen al planteamiento de Gadamer sobre el problema hermenéutico de la aplicación en la esfera jurídica.

Acorde con lo visto en anterior capítulo y el modo como Gadamer entiende el problema hermenéutico de la aplicación, se intentará hacer creíble la aserción de que la comprensión de la ley implica un conocer el sentido originario (pasado) de la norma, pues el jurista tiene que tener una relación de pretensión de verdad con el proceso histórico que ha suscitado la conformación del sentido originario de la ley y su situación actual. El conocer este proceso histórico facilita al juez diferenciar entre el sentido original de la norma y su contenido proposicional de esa misma norma (pasado) y el sentido actual de la norma y su significado que aplica

en su experiencia jurídica (presente). Así la tarea interpretativa del juez reside en concretar la norma en cada caso, es decir, en su aplicación.

De acuerdo con Gadamer (2012, p 380) “Comprender es siempre también aplicar”, y para cumplir con dicho cometido, se mostrará que la hermenéutica histórica presupone la realización de cierta aplicación, pues la aplicación contribuye en la conformación del sentido al develar la distancia en el tiempo que separa al intérprete del texto. Además, se pondrá de relieve la explicación de Gadamer sobre el significado que por excelencia tiene la hermenéutica jurídica.

El problema hermenéutico de la aplicación

El acercamiento al problema hermenéutico de la aplicación desde el punto de la perspectiva con capacidad de autorepresentación de sí misma, y con capacidad de distanciarse de su tiempo, no posibilitó un desarrollo sistemático en virtud del cual se pueda relacionar el texto con la situación concreta en la que se encuentra el intérprete. Hablar del desarrollo sistemático del problema hermenéutico significa hablar de la comprensión del sentido del texto como un algo que se define en la permanente concreción de su realización conforme a la situación que determina el presente del intérprete. El problema hermenéutico de la aplicación fue entendido desde la perspectiva de autodeterminación de acuerdo con la siguiente división:

De acuerdo con la división entre: la comprensión, la interpretación, y la aplicación. Estos tres elementos conforman el modo como se debe llevar a cabo la comprensión. Y representan un saber hacer que demanda un uso eficiente de la razón. Así al problema hermenéutico de la aplicación se le otorga un significado en el que se reconoce la unidad interna de interpretación y comprensión. De ahí que para los teóricos del romanticismo se admita que la interpretación no es un acto adicional y ulterior de la comprensión, sino que comprender significa interpretar,

y en efecto la interpretación es el modo explícito de la comprensión (Gadamer, 2012, p. 378).

A pesar de que el romanticismo aceptó la unidad interna de comprensión e interpretación, dicho planteamiento produjo la separación del tercer momento del problema hermenéutico, esto es, la aplicación. Según Gadamer (2012), la comprensión del texto enreda el entender lo que dice la tradición (el pasado) y, la función que cumple el sentido del texto respecto a la situación en la que se encuentra el intérprete, lo cual implica entonces, que en la comprensión “siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete” (Gadamer, 2012, p. 379). Es precisamente esta nueva forma de entender la fusión de comprender, interpretar y aplicar lo que diferencia al planteamiento de Gadamer frente al punto de vista del romanticismo.

Contrario a la división acuñada por el romanticismo respecto al comprender, interpretar y aplicar, Gadamer (2012) estima que comprender, interpretar y aplicar constituyen un proceso unitario en el que cada uno de esos elementos representa un momento esencial e integral. Esta nueva forma de entender la fusión complementaria entre dichos elementos que constituyen el problema hermenéutico, tiene un significado que se corresponde con el correlato de la hermenéutica actual. En ésta se reconoce que la tarea del intérprete no reside en reproducir el mensaje interlocutor, sino en entender que la interpretación de lo dicho por el otro presupone “hacer valer la opinión del intérprete de la manera que le parezca necesaria, teniendo en cuenta cómo es auténticamente la situación de diálogo en la que sólo él se encuentra como conocedor del lenguaje de las dos partes” (Gadamer, 2012, p. 379).

De acuerdo con la finalidad del presente artículo, cabe señalar que el reconocimiento de la aplicación, como un momento integrante de la comprensión del texto, representa uno de los aspectos que constituyen al ámbito de la hermenéutica jurídica. En esta, al igual que en la hermenéutica

teológica, se admite que existe una tensión entre el contenido original de la norma y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación por el juez (Gadamer, 2012, p. 380).

La comprensión correcta de la norma implica, entonces, entenderla de acuerdo con las pretensiones prácticas que le asisten a la norma como texto normativo, es decir, comprender la norma supone comprenderla “en cada momento y en cada situación concreta, de una manera nueva y distinta, comprender es siempre también aplicar” (Gadamer, 2012, p. 380). Subyace en este planteamiento el problema de la productividad jurídica, pues comprender la norma no reside sólo en el uso del método de *subsunción* como alternativa de resolución de problemas prácticos, sino en la posibilidad de actualizar la tradición jurídica de manera constante a partir de los cambios sociales. El juez puede actualizar lo que hace el sentido y lo que dice el significado de la ley en plena mediación entre el pasado y el presente siempre determinado por la comprensión de la tradición y la ponderación justa del ordenamiento jurídico.

En efecto, desde la perspectiva de Gadamer (2012) se reivindica la comprensión de la norma en sentido histórico y holístico. Esto implica que la comprensión de lo que hace el sentido y lo que dice el significado de la norma está más allá de las pretensiones de la interpretación moderna, que apela a la comprensión del texto jurídico acorde con razones literales, conceptuales, lógicas y teológicas que permiten concluir que la interpretación razonable es la que deviene del seguimiento de procedimientos formales. Contrario a estos tipos de métodos de interpretación, el enfoque comprensivo de Gadamer presupone no reproducir procedimientos formales, sino producción de nuevo sentido y significado de la norma acaecido del modo como el juez se aplica la tradición jurídica y comprende el desarrollo histórico del sentido de la norma.

Se trata de una experiencia hermenéutica en la que se admite la comprensión permanente de la norma de manera distinta, acorde con

cada situación. De aquí que sean inagotables las interpretaciones sobre el sentido de una norma o un valor rector como por ejemplo, el delito y la participación política en los estados constitucionales contemporáneos. Este carácter inagotable de interpretaciones deja ver una relación de tensión entre la unidad de sentido que representa la norma y la multiplicidad de significados que constantemente están cambiando a partir de las diversas situaciones o casos que se intentan entender.

La movilidad histórica de la comprensión representa en el “verdadero centro de un planteamiento hermenéutico adecuado a la conciencia histórica. Nuestras consideraciones sobre el significado de la tradición en la conciencia histórica están en relación con el análisis heideggeriano de la hermenéutica de la facticidad, y han intentado hacer ésta fecunda para una hermenéutica espiritual-científica” (Gadamer, 2012, 380). La consideración de Gadamer sobre el significado de la tradición de la conciencia histórica alude a la capacidad de ganar un lugar frente al desarrollo histórico, esto es, comprender el presente en el que participa el intérprete respecto a la tradición, o entender que el intérprete media entre la situación actual y el pasado representado en la tradición. Así la comprensión no es un método mediante el cual la conciencia tiene una experiencia de acercamiento al objeto elegido para alcanzar su conocimiento, sino más bien estar o participar de un proceso histórico o acontecer tradicional.

Como bien lo dice Zaccaria refiriéndose al reconocimiento de la hermenéutica en virtud de un reconocimiento de discusión que puede abrir “una amplia gama de fructuosas y originales reconsideraciones de los temas del comprender, del significado y del lenguaje, acercando antiguos confines entre ámbitos distintos del saber” (Zaccaria, 2005, p. 218) desde la postura que señala la inseparabilidad entre el interpretar, el aplicar y el comprender:

Al hacer valer con respecto a cada nueva comprensión una pretensión normativa, la textualización –como demostrará Hans Georg Gadamer

representa desde este punto de vista un eficaz elemento de resistencia: ella ‘formula el conjunto de datos prescriptivos con los que se tienen que medir el entender y el explicar-’. El texto y su autoridad representan una de las limitaciones más importantes del discurso jurídico, limitaciones que, como tales, hay que tomar en serio justamente porque dichas limitaciones son las que impiden al derecho encontrarse en la condición de una discusión totalmente libre e ilimitado, y las que permiten guiar, mediante una o más reglas, hacia la solución del caso específico, excluyendo una utilización patentemente irrazonable del poder discrecional del intérprete. (Zaccaria, 2005, p. 253)

En efecto, el planteamiento apropiado a la conciencia histórica que sugiere Gadamer otorga preeminencia al cambio del sentido de la norma, a la participación de intérprete como mediador de su tiempo respecto a la tradición, y a la disposición de apertura respecto a la “pretensión de superioridad de un texto y responder comprensivamente al significado con que nos habla” (Gadamer, 2012, p. 382).

Son estos tres elementos los que permiten decir que el planteamiento de Gadamer se distancia de la teoría general de la interpretación del sentido de la norma. Uno de los representantes de esta teoría es Emilio Betti (2015 p. 10), quien distingue entre interpretación cognitiva, normativa y reproductiva.

Para Betti la comprensión del sentido de la ley se concreta del mismo modo como se comprende un texto. Así la aplicación de la norma se reduce al seguimiento de procedimiento en el que el intérprete hacer coincidir su posición con el punto de vista del texto. En otras palabras, el juez tendría como función el reproducir el sentido del texto, y no en producir nuevo sentido reconocedor de lo verdaderamente significativo para la tradición, pues su tarea residiría en hacer converger, mediante la aplicación de la norma, la intención del legislador en el momento histórico en el que se encuentre, sin tener en cuenta la actualización del sentido de la norma.

En oposición al anterior punto de vista, Gadamer (2012) señala que comprender el sentido de la norma tal y como es explícito en su aplicación, es erróneo, pues la comprensión consiste en reconocer lo verdaderamente significativo, el sentido originario de la tradición. Es precisamente por ello que el intérprete puede abrirse a la superioridad de un texto y responder al sentido que le habla.

La comprensión de la aplicación de la ley no debe entenderse como una conquista. No es un saber dominante en cuanto a apropiación, sino que la comprensión misma se entrega al texto. Por tal motivo, para Gadamer el verdadero modelo lo configura la hermenéutica jurídica y la teológica. Aquí la interpretación del legislador expresa la necesidad de someterse a la tradición jurídica para entender dicha norma y fusionar el horizonte de comprensión del intérprete con el horizonte del pasado, cuya validez se muestra en interpretaciones que hacen evidente la perspectiva de la aplicación.

La tesis que se advierte es que en la hermenéutica jurídica tiene que llevarse a cabo una cierta aplicación, ya que la aplicación sirve para darle continuidad al proceso de legitimación del sentido de la norma en la medida en que la aplicación sobrepasa la distancia en el tiempo que separa al intérprete del texto, al punto de ir más allá de la simple función de transmitir el sentido que determina al intérprete.

En consecuencia, el planteamiento de Gadamer presupone la aplicación como elemento complementario de la interpretación y comprensión del texto. La aplicación es la verdadera comprensión, pues ella brinda la posibilidad de superar la distancia en el tiempo como condición de comprensión del intérprete y a su vez facilita el actualizar la tradición ampliando la comprensión de la tradición.

El significado paradigmático de la hermenéutica jurídica

Explicada la aplicación como condición de comprensión del intérprete, cabe decir que la aplicación no puede verse como una parte última y accidental de la experiencia de la comprensión del texto o de la ley, sino que requiere de entenderse como condición que determina a la experiencia de comprensión desde el momento en que se inicia y en su conjunto. En este sentido, la aplicación no presupone aplicar algo general (norma) a un caso concreto. Contraria a ello, la aplicación refiere al acto realizado por el intérprete en virtud del cual puede comprender el texto o la ley, es decir comprender la tradición y lo que hace el sentido (actualizar o renovar la tradición jurídica) y el significado del texto (contenido de las expresiones jurídicas).

Comprender tanto el sentido como el significado del texto no implica un acto de olvido del intérprete como partícipe de su tiempo y la experiencia de comprensión en la que se encuentra, sino reconocer su situación hermenéutica caracterizada por la participación en la construcción de sentido permanente de texto.

En línea con este modo de entender la aplicación, Gadamer admite que la hermenéutica jurídica se distancia del punto de vista según el cual la hermenéutica alcanza su auténtica definición “sólo cuando llega a desarrollarse como teoría general de comprensión y la interpretación de los textos” (Gadamer, 2012, p. 396). Así la hermenéutica jurídica no tiene que ver con la generación de una teoría general de comprensión y la interpretación de textos, pues ella no tiene como cometido comprender textos, sino que se concibe como un medio auxiliar del ejercicio judicial dirigido a corregir ciertas imperfecciones y situaciones extrasistemáticos de la jurisprudencia. Cabe recordar la crítica de Gadamer señalada por Mootz al afirmar que el razonamiento legal se ve reducida a una disciplina.

Gadamer insists, is a function of applying the text to the case at hand; thus, he regards legal reasoning as a particularly vivid model of all hermeneutical understanding. He rejects the scientific impulse to reduce law to a disciplined methodology of deductive application, regarding this as a Project destined to fail because of the impossibility of bridging the chasm between the presumed universal and timeless meaning of the text and the demands of individual cases. (Mootz,1999,318)

En efecto si la tarea de la hermenéutica jurídica se funda en ser un medio auxiliar de la jurisprudencia, se reduce a un ejercicio mecánico en el que no existe la pretensión de la comprensión de la tradición. Este reconocer la comprensión de la tradición hace posible el aislamiento de la hermenéutica jurídica respecto a la hermenéutica histórica. Mientras la hermenéutica jurídica tiene un objetivo dogmático, la hermenéutica histórica posee un propósito procedimental cimentado en el uso de reglas y normas generales.

A pesar de que existe una diferencia entre los modos de operar del hermeneuta jurídico y hermeneuta histórico, ambos acuden a la tradición como condición para reflexionar sobre un asunto particular de su realidad. Así, según Gadamer, la hermenéutica jurídica representa un claro ejemplo de la hermenéutica histórica pues en una y otra se reivindica a la tradición como autoridad. Mientras el jurista comprende el sentido de la norma acorde con una circunstancia particular, el historiador interpreta el sentido de la ley no en función de una circunstancia particular, sino representándose las distintas formas donde fue aplicada la norma.

Respecto a este último, cabe recordar que él no puede restringirse a presentar la aplicación originaria de la ley bajo la intención de querer determinar la orientación originaria de la ley. El historiador tiene el cometido de “hacer justicia a los cambios históricos por los que la ley ha pasado” (Gadamer, 2012, p. 397). Por ello, la tarea del intérprete radica en mediar la comprensión con la tradición poniéndolo en relación con el presente del intérprete.

Acorde con dicha distinción y con ese modo de entender la mediación del intérprete, Gadamer (2012) señala que tanto el jurista como el historiador deben llevar a cabo el mismo ejercicio de interpretación del texto, pues ambos realizan un esfuerzo en el que reconocen el sentido originario del texto, piensan en términos históricos e incluyen la adecuación del contenido de la ley.

Reconocer, pensar e incluir permite interpelar la tradición al punto de suscitar una comprensión que confronte al contenido original frente al presente jurídico. Sólo en la variedad de sus aplicaciones se hace patente el sentido de la norma, es decir, en el movimiento constante de significación y de adecuación de esos significados en nuevas situaciones se construye una alternativa de sentido que enriquece a la tradición jurídica. Es esta razón por la que tanto la interpretación del historiador como la del jurista no resultan suficientes respecto a la comprensión del sentido originario de la norma.

Lo anterior permite decir que el jurista también se ve en la necesidad de pensar en los términos en que lo hace el historiador. El jurista realiza el intento de comprensión del sentido en la medida que confronta su interpretación respecto al sentido de la ley en su devenir histórico con la historia y a su vez lo reorienta acorde con las circunstancias particulares de su presente jurídico. De ahí que Gadamer, señale que:

Sólo hay conocimiento histórico cuando el pasado es entendido en su continuidad con el presente, y esto es lo que realiza el jurista en su labor práctico-normativa cuando intenta “realizar la pervivencia del derecho como un continuum y salvaguardar la tradición de la idea jurídica (2012, p. 399)

Contrario a la teoría general de la interpretación de Emilio Betti, fundada en el supuesto del uso de la dogmática para la comprensión del texto jurídico, Gadamer (2012) considera que la hermenéutica jurídica presupone un procedimiento en el que se privilegia la relación entre

pasado y presente. No se trata de recurrir sólo a los contratos teóricos como única vía de interpretación del texto jurídico, sino también de intentar adecuar la norma a las circunstancias del presente.

Este modo de entender la adecuación de la ley a situaciones actuales, nos permite poner de relieve que la tarea del juez es resolver un asunto práctico o una cuestión de entendimiento interhumano. Esto no quiere decir que la interpretación del juez sea arbitraria. Antes bien el juez tiene como cometido el conocer los múltiples significados atribuidos históricamente a la ley para poder reconocer o hacer notar un nuevo significado aún no considerado por la tradición jurídica como constitutivo del sentido de la norma. Así, el comportamiento del juez se circunscribe al conocer la doctrina probable que su presente.

En esta medida la tarea del juez es resolver un asunto práctico, no implica un saber distinguir entre sentido histórico de la ley y el sentido jurídico, pues admitir esta idea supone creer que la labor del jurista se reduciría a corroborar e investigar el sentido originario de la norma, y aplicarlo, labor validada desde la hermenéutica jurídica histórica acuñada por Savigny (Osuna, 1992, p. 11). Este pensador admite la tesis de que la interpretación se reduce a un hacer coincidir el punto de vista del lector con el enfoque del legislador originario, ignorando así la validez actual de la *ratio legis* (el propósito perseguido por el legislador) y la “tensión entre sentido jurídico originario y actual” (Gadamer, 2012, p. 398).

Esta tesis de Savigny (Osuna, 1992, p. 11) posiciona la invención moderna, según la cual aplicar el sentido original de la ley es algo que se corresponde con su contenido. Esta invención moderna deja de lado la aplicación en la *praxis* jurídica del contenido normativo, que debe precisarse en cada caso de acuerdo con los cambios históricos que modifican los valores y principios rectores de una constitución política. Es precisamente este dejar de lado los cambios históricos de las cosas lo que representa, según Ernst Forsthoff (Osuna, 1992), el olvido moderno

consiste en saber “distinguir entre el sentido original del contenido de una ley y el que se aplica en la praxis jurídica” (Gadamer, 2012, p. 398).

El poder hacer esa diferencia permite valorar y reflexionar sobre el sentido de una ley que se aplica en el acto legislador. Este acto de ponderación y reflexión es contrario a la idea del uso de la interpretación; de hecho, Moshe Cohen-Eliya (2005) plantea la duda de si la formulación del “principio de Colisión” promueve o no la actualización del núcleo de normas constitucionales:

De hecho, este análisis se basa en un cálculo de dos parámetros: la importancia relativa de los valores conflictivos y el impacto de la infracción en cada uno de estos valores. El requisito de proporcionalidad en su sentido estricto obliga al Tribunal a examinar si una determinada *arrangement*, en la contabilidad general, promueve el sistema de principios constitucionales o lo resta (Cohen-Eliya, 2005, p. 262).

Lo que puede llegar a presentar el uso de la aplicación en la ponderación como una técnica auxiliar, que reduce el ejercicio del jurista a un simple referirse a la norma misma sin reflexionar sobre su contenido en cada caso. Así, el ejercicio del jurista no se sujeta a la intención de los que elaboraron la ley, sino que se ajusta a las circunstancias que resultan distintas a las particulares que determinaron la creación de la norma y en consecuencia “la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo” (Gadamer, 2012, p. 399).

Por consiguiente, el acto legislador se identifica en cada caso con la experiencia interpretativa en propia del momento histórico del lector del texto, y es a partir del conocimiento histórico que el jurista tiene la posibilidad de reconocer los límites de los procedimientos empleados respecto al diseño de un proyecto de ley, reconocimiento que admite que las circunstancias en la que se efectuó el diseño de un proyecto de norma.

De esta manera queda claro que no hay posibilidad de conocimiento, sino a partir del entendimiento de la tradición jurídica en su permanente desarrollo con la situación actual del intérprete. Esta es la tarea que realiza el juez en cuanto a lo referido con la experiencia hermenéutica: “realizar la pervivencia del derecho como un *continuum* y salvaguardar la tradición de la idea jurídica” (Gadamer citando, 2012, p. 399). Es a partir de una interpretación del derecho vivo en su contenido que Gadamer parte del modelo de una ley en vigor.

Así, aunque el intérprete no perciba una relación de identificación suya con la norma, él no puede alegar que su labor no contiene un nexo entre la dogmática jurídica y la hermenéutica histórica. Entender la labor del intérprete exige, entonces, poner de relieve el nexo entre la dogmática jurídica y la hermenéutica histórica que ve su cometido en la misma creación del derecho.

El juez intenta encontrar un puente entre el pasado y el presente que le permite tomar bajo su dominio las dudas que surgen de la interpretación de las normas. Esto se da al requerir una aclaración del significado de la norma mediante la aplicación de principios constitucionales y generales que garanticen los derechos fundamentales o en el caso de un vacío legal; en la disposición, a falta de casos análogos que el juez procura agotar.

En concordancia, se garantizan los recursos procesales para así adecuar la norma a las necesidades planteadas por la situación. Lo anterior con el fin de identificar el sentido vigente que posibilite mediar dicha laguna legal con el presente. De este modo, el juez debe reconocer los múltiples sentidos de la ley y sus aplicaciones, ley que se actualiza con la mediación del juez que mediante su interpretación no retorna a un significado auténtico de la norma, sino apropiarse de su situación actual. En este sentido, el intérprete se sitúa frente a la cuestión jurídica que lo asalta al mediar la jurisprudencia en relación con la aplicación.

El papel histórico del jurista está en no desconocer que el carácter de creación del derecho exige partir de su propia tradición jurídica, pero debe comprender la norma sin pasar por alto la continuidad de la esencia de esta en su presente. Es precisamente este elemento el que proporciona un ensanchamiento de la comprensión que, al considerarse en el momento de dialogar con la tradición, permite a la hermenéutica jurídica reconocer su tarea.

Al considerar, pues, el verdadero objeto de la comprensión histórica que no consiste en eventos sino en significados, esto es, no representar al intérprete en relación con un objeto en sí, y de una aproximación del sujeto a este, sino que en toda comprensión se encuentra ya el pasado que habla siempre al presente como una mediación que debe llevar a cabo el jurista.

Un ejemplo de la lectura de Gadamer (2012) y sus posibles adaptaciones en el derecho estriba en la propuesta de Esser (2010) quien ve en la noción de la norma no una realidad estática sino, en entender a la norma como un proceso de comprensión que ilumina más allá de la subsunción:

Según Esser, la regulación no la crea el Derecho positivo de manera completamente novedosa, sino que parte de materiales lingüísticos, conceptuales y valorativos dados y disponibles en construcciones anteriores que conforman la que denomina “infraestructura” de la norma; la incardinación de esta en una totalidad ordenadora legal proporciona su “superestructura”. La interacción de infra y superestructura produce el sentido normativo. El resultado de ese proceso es una regulación dotada de consecuencia jurídica que, para Esser, no es el resultado necesario producido por una subsunción simple. La consecuencia contenida en la ley es un “indicio preparatorio” para obtener, desde el mismo fin ordenador, una *ratio legis* que dará finalmente el perfil racional al supuesto de hecho recogido en la ley; todo ello tras la elaboración efectuada por la teoría y la *praxis*. De esta manera un tanto oscura, Esser parece indicarnos que la solución prevista en la ley (mediante la consecuencia jurídica) no es una

respuesta lista para usar, sino una finalidad iluminadora de los problemas que deberá ser captada mediante una actividad razonable del jurista; por ese motivo sostiene que la ley contiene fines ordenadores, pero no “órdenes concretos” que se impongan de manera programáticamente mecánica: “la norma sólo da en el blanco teleológicamente, no mecánicamente”(Rodríguez-puerto, 2010, p. 327)

En este sentido, se puede decir que la hermenéutica jurídica restituye el alcance de la hermenéutica histórica de sus planteamientos que conducen a la unidad entre la comprensión, la interpretación y la aplicación, a una misma fuente. Esta unidad presupone un intérprete que sabe ganar su posición histórica y su perspectiva, lo cual recuerda el lugar del intérprete que ya ha sido otorgado con antes de que este asuma una posición.

La posibilidad de una hermenéutica jurídica resulta fundamental que la norma sea vinculante para todos los miembros de la comunidad jurídica de tal modo que se garantice el derecho de igualdad y libertad. Contrario a ello es la situación afrontada en el Estado del monarca absoluto, quien por su voluntad se encuentra por encima de la norma al punto de negar toda posibilidad de una hermenéutica, pues ahoga cualquier alternativa de búsqueda del sentido jurídico de la ley. La voluntad del monarca no contempla el ejercicio de la interpretación, a tal punto de que lo que se diga es abolible y no vinculante. Por ello, Gadamer señala que el monarca actúa contrario a la tarea de la hermenéutica: “la tarea de la interpretación consiste en *concretar la ley* en cada caso, esto es, en su *aplicación*.” (Gadamer, 2012, p. 401).

La ampliación de la comprensión del derecho reside en la figura del juez, quien en el ejercicio de su labor productiva se encuentra sujeto a la ley como cualquier otro dentro de la comunidad jurídica. En la idea del sistema jurídico se establece que el acto legislador no puede obedecer a la arbitrariedad, sino que este debe ponderarse de forma justa de acuerdo con el conjunto de elementos que constituyen el sistema jurídico. Este modo de ponderación justa hace posible la seguridad jurídica en el

Estado de derecho. Estudiar los elementos del sistema jurídico facilita la decisión correcta del juez, lo cual puede ser entendido por cualquier participante de la comunidad jurídica.

Todo lo anterior se articula no sólo sobre lo escrito en los códigos, sino también sobre el conocimiento del ejercicio de juzgar, los momentos que determinan un caso particular. Lo único que permite la unificación de criterios para que una sentencia sea vinculante, es articular los elementos válidos que conforman el sistema jurídico: la doctrina, la jurisprudencia, la constitución, los códigos, los recursos extra-sistemáticos y los modos tradicionales de interpretación. Lo que posibilita concebir la elaboración dogmática de cualquier decisión que permita la generación de una doctrina probable. En efecto, entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica hay un nexo en el que la hermenéutica logra una posición preponderante, pues no es posible vislumbrar la obtención de una sentencia judicial solo por la técnica de la subsunción.

Conclusión

Fijado ese horizonte, se acogió como pregunta orientadora: ¿en qué medida el planteamiento de Gadamer sobre el problema hermenéutico de la aplicación puede contribuir en una comprensión más allá de la forma como se entiende la hermenéutica jurídica fundada en el procedimentalismo imperante que admite el uso de técnicas para la interpretación del derecho? Esta pregunta presupone que la hermenéutica jurídica procedimental no tiene como tarea la comprensión y aplicación del texto constitucional en nuevos contextos jurídicos, sino el reproducir modelos y regularidades a través de técnicas auxiliares para la interpretación del derecho. Lo cual parece negar tanto la posibilidad de actualización de la norma, como la alternativa de diálogo con la tradición hermenéutica.

Apoyados en este presupuesto, se ha realizado a lo largo del presente artículo nuestros mejores esfuerzos para hacer creíble que el planteamiento

de Gadamer sobre el problema hermenéutico de la aplicación, que pone de relieve un sentido holístico en el que se articulan otros elementos cuando se trata de entender la importancia de la experiencia interpretativa del jurista.

Contrario a la pretensión formal que ennoblece el hacer técnico del intérprete frente al texto normativo, la hermenéutica de la aplicación privilegia la participación del intérprete en la conformación del sentido de la norma en la plena exigencia de su actualización a partir del diálogo con la tradición jurídica. El jurista como intérprete de la ley, debe efectuar su práctica interpretativa siempre reconociendo el carácter histórico de la norma, situación que le posibilita renovar la comprensión de la aplicación de la norma acorde al presente jurídico, determinado por nuevos casos jurídicos.

Reconocer la distancia en el tiempo del intérprete y el presente desde el cual el juez comprende un nuevo caso, resalta la importancia de adecuar la norma a las nuevas necesidades, lo que hace posible el rendimiento del pensamiento sin dar lugar a la arbitrariedad.

Tres fueron los capítulos trazados para hacer admisible dicha tesis. En el primero se muestra de la mano de la reconstrucción histórica de López Medina, que la interpretación del texto jurídico está determinada por la intención de interpretar las reglas del derecho privado, interpretación que ha sido expandida al ámbito de la interpretación constitucional; asimismo se devela que la interpretación del derecho en sentido finalista y sistemática circunscripta en el Estado social de derecho, ha influido en la concepción de la hermenéutica jurídica en Colombia al punto de dictar reglas para el reconocimiento de la interpretación judicial como límite de la arbitrariedad de los jueces; de igual modo se resalta que la institucionalización de la ponderación, cuando se trata de fallar, ha sacado de su órbita al núcleo de la interpretación constitucional, de tal modo que se ha fijado la interpretación como un asunto exclusivamente relacionado con la proporcionalidad, necesidad e idoneidad de los

principios constitucionales; y además evidenciamos que en Colombia tanto las fuentes históricas del derecho como los mecanismos de interpretación, se inclinan estrictamente a restringir el ejercicio de la interpretación constitucional, bajo orientaciones procedimentales que estrechen la multiplicidad de actos legislativos encontrados en las sentencias mediante la determinación de subreglas.

En el segundo capítulo, se revela que el análisis de la “preestructura” de la comprensión desde la hermenéutica filosófica de Gadamer, permite entender que formación y consolidación institucional de la tradición jurídica implica un continuo desarrollo del proceso de interpretación correcta; del mismo modo se afirma que el planteamiento de Gadamer sobre el problema hermenéutico de la comprensión reivindica la interpelación de la tradición como posibilidad de comprender o transformar la tradición por una conciencia histórica que sabe ganar su lugar en el devenir histórico; igualmente aseguramos que cuando el juez afronta un caso sin precedente, se ve obligado aplicar la norma y participar de la actualización del sentido instaurado desde la esfera del derecho; además se da a conocer que la comprensión hermenéutica de la verdadera fusión de horizontes compone el propósito de la perspectiva histórica que el intérprete tiene que sobrepasar con el propósito de ocuparse de la conciencia “histórico-efectual” cuyo cometido es la aplicación incluida en toda comprensión.

En el tercer apartado se argumenta que el planteamiento de Gadamer presupone la aplicación como elemento complementario de la interpretación y comprensión del texto. La aplicación es la verdadera comprensión, pues ella brinda la posibilidad de superar la distancia en el tiempo como condición de comprensión del intérprete y a su vez facilita el actualizar la tradición ampliando la comprensión de la tradición. Asimismo, contrasta que entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica hay un nexo en el que la hermenéutica logra una posición preponderante, pues no es posible vislumbrar la obtención de una sentencia judicial solo por la técnica de la subsunción.

Sin embargo, hoy en día es un hecho que el sistema jurídico moderno se ha apropiado de dos tipos de normas: “los principios” y las “reglas” (Cfr. Pulido, 2003, p. 93). Estas dos categorías de normas son aplicadas bajo procedimientos como la “subsunción” y la “ponderación”.

Para el caso de las reglas se aplica el modo de la subsunción y en cuanto a los principios, la ponderación llega a ser metodología para la interpretación y la comprensión del derecho (Cfr. Pulido, 2003, p. 93) a tal punto de ser el procedimiento por excelencia de aplicación de los derechos fundamentales.

Con estos resultados en mano, se puede volver a decir que el planteamiento de Gadamer sobre el problema hermenéutico de la aplicación, otorga preeminencia a un sentido holístico en el que se articulan la interpretación y comprensión cuando se trata de entender la importancia de la experiencia interpretativa del jurista.

Contrario a la pretensión formal que ennoblece el uso de la teoría general de la interpretación y las técnicas interpretativas frente al texto normativo, la hermenéutica de la aplicación privilegia la participación del juez en la conformación permanente del sentido de la norma en la plena exigencia de actualización de la norma a partir del diálogo con la tradición jurídica. De ahí se puede concluir que en los estados constitucionales, si se pretende comprender la complejidad de la aplicación de la norma en el sistema jurídico contemporáneo, entonces es fundamental tener en cuenta que la auténtica comprensión del sentido del texto normativo presupone la aplicación de ese sentido en un nuevo contexto jurídico.

La aplicación no se restringe sólo al seguimiento exclusivo de procedimiento en pro de una eficiencia jurídica, sino que también implica el esfuerzo constante de actualización de la norma creada en el pasado en un presente jurídico diferente. De este modo, la aplicación de la norma no es algo relacionado con la aplicación de un modelo común de interpretación. Si se quiere en la actualidad entender el verdadero meollo

de la comprensión del texto normativo, no se puede privilegiar el modelo de ponderación abstracto impuesto desde las pretensiones del enfoque finalista y sistemático que impera en la jurisprudencia constitucional.

Una hermenéutica jurídica que no otorga una posición central a la aplicación en comprensión del sentido del texto y no tenga en cuenta las nuevas circunstancias en las que se pone en juego el sentido conformado en otro contexto, es una hermenéutica en la que se deja de lado el núcleo auténtico del derecho constitucional, esto es, renovar en el sentido de la norma acorde con las expectativas propias de cada contexto socio-jurídico.

En este sentido, se cree que en toda comprensión del sentido del texto tiene lugar una aplicación, y cuando el juez interpreta un texto, él también se encuentra inmerso en una situación en la que se aplica la tradición jurídica conforme al sentido que percibe. Es esta la contribución de Gadamer que podemos colocar de relieve a partir de su planteamiento sobre el problema hermenéutico de la aplicación, es decir, la comprensión del texto normativo más allá de los linderos trazados desde la hermenéutica jurídica moderna fundada en el procedimentalismo imperante que ahoga la posibilidad de renovación del sentido del texto normativo.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Cuarta edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betti, Emilio (2015). *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Cepeda, M. J. (1995.). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis

- Cepeda, M. J. (1993). *Los derechos y la interpretación de la constitución*. Bogotá – Colombia: Universidad de los Andes.
- Cepeda, J. M. (2008). *La ponderación en el derecho*. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cohen-Eliya, M. (2005). The formal and the substantive meanings of proportionality in the supreme court’s decision regarding the security fence”en *Israel Law Review*, 35, Winter/Spring.
- Corte Constitucional, Sala plena. (septiembre 26 de 2001) Sentencia C-1026/01. [MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (noviembre 16 de 1994) Sentencia No. C-511/94. [Dr. Fabio Moron Diaz]
- Dueñas, O. J. (2006). *Lecciones de Hermenéutica jurídica*. Bogotá – Colombia: Universidad del Rosario.
- Esser, J. (1970). *Vorverständnis and Methodenwahl in der Rechtsfindung (Precomprensión y elección de método en el hallazgo del Derecho aplicable)*.: Frankfurt: a. M., Athendum. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero Salamanca
- Gadamer, H.-G. (2012). *Verdad y método* (Decimotercera ed., Vol. I). (A. Agud Aparicio, & R. de Agapito, Trans.) Salamanca, España: Sígueme.
- Hart, H.L.A. (1964). *El concepto de derecho*. Buenos Aires – Argentina: Abeledo- Perrot.
- Hurchinson, Allan C. (2000) *Work-in-Progress: Gadamer, Tradition and The Common Law*. New York: New York University
- Karl, L. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona-España: Editorial Ariel.
- Kelsen, H. (2013). *Teoría pura del derecho*. Bogotá – Colombia: Libros Hidalgo.
- Lorenzetti, R. L. (2006). *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*. Buenos Aires – Argentina: Rubinzal–Culzoni Editores.
- López, D. E. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá D.C – Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Marle, R. (1965). *El problema teológico de la hermenéutica*. Madrid: Razón y Fe.
- Mootz III, J. F. (2013). *Law in Flux: Philosophical Hermeneutics, Legal Argumentation, and the Natural Law Tradition*. New England: Yale Law School Legal Scholarship Repository

- Ortiz, L. (2016). *El problema de la subjetividad en la interpretación y argumentación jurídica: un análisis desde la filosofía hermenéutica*. Cali: Universidad de San Buenaventura Cali.
- Osuna, A (1992). *Hermenéutica jurídica entorno a la Hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Pulido, B. (1989). Estructura y límites de la ponderación. En “Cuadernos de filosofía del derecho”. Alicante: Universidad de Alicante
- Pulido, C. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pulido, C. (2005). *El derecho de los Derechos*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez-Puerto, Inicial nombre del autor. (2010). *Métodos de interpretación, hermenéutica, y derecho natural*. Bogota: Universidad de la Sabana.
- Sucar, G. (2008). *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.
- Zaccaria, Inicial del nombre del autor. (2005). *Límites y Libertad de la interpretación*. España: Universitas Navarrensis.
- Zaccaria, Inicial del nombre del autor. (2010). *De nuevo sobre la interpretación y los principios jurídicos*. Italia: Università degli Studi di Padova.