

## CAPÍTULO CUARTO

# EL PROBLEMA DE UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE CONTENIDO HERMENEUTIZANTE

## I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas nos gustaría continuar generando algunos comentarios sobre el nexo entre la hermenéutica jurídica y la filosofía del derecho, para lo cual añadiremos algunas líneas de reflexión, que quizá puedan esclarecer un poco más el complejo vínculo entre la interpretación, el lenguaje y otras temáticas indispensables, en una *jushermenéutica* que proporcione no sólo preguntas, sino también la posibilidad relativa de respuestas sobre los tópicos que nos aquejan.

El siglo XX ha sido la época del “giro lingüístico”, dado que el análisis del lenguaje llevó a muchos *jusfilósofos*, en el campo del positivismo, el realismo y la analítica, a abordar la articulación entre derecho y lenguaje. En el ámbito de la semántica, la sintaxis, la pragmática, la etnología, la historia, la ciencia política, la literatura, la sociología y la antropología, el dominio fue abrumador y aún siguen reinando de manera significativa. Es de esperarse que la presente centuria se aproxime a la analogicidad, ya que permitirá eludir la *scilla* monolitizadora del imperativismo, el normativismo y la coaccionabilidad propia de las escuelas oxoniense y cantabrigenense, de la razón comunicativa y del pragmatismo universalista, y esquivar la devoradora presencia de la *Caribdis*, manifestada en el denominado “pensamiento débil”, los “crepúsculos del deber” y las “éticas indoloras”. Por otro lado, sería pertinente una cercanía a la hermenéutica en aras de privilegiar la dimensión interpretativa, por encima de la simple narratividad y el descripticismo.

La tarea es todo un desafío, ya que supone la edificación de una hermenéutica jurídica capaz de superar el choque de trenes entre el positivismo legalista y el relativismo equivocista. Para ello, es viable examinar los eventos de la hermenéutica jurídica bajo la luz que nos ofrece el tratamiento filosófico de la hermenéutica. Eso implica una reflexión paradigmática en

profundidad capaz de distinguirse de una exploración sintagmática superficial, ya que el término de hermenéutica no es simple ni de fácil acceso, pues necesita aproximarse a una comprensión ligada a una racionalidad que clarifique conceptualmente sus puntos cardinales.

## II. DESARROLLO

La hermenéutica jurídica es la ciencia y el arte de la comprensión y la interpretación del texto jurídico con el propósito de contextualizarlo, transitando del ordenamiento al sistema jurídico, y contextualizarlo de manera real al explorar una totalidad de sentido, con el propósito de recontextualizarlo en términos económicos, políticos, sociales, culturales y humanos. Para llegar a tal propósito, es necesario dar un rodeo que nos permita no sólo anclarnos en una dimensión ontológica y antropológica, sino esencialmente epistémica y afectiva. Aunado a tal desafío, necesitamos pensar sobre el papel de la jusfilosofía en el ámbito de una hermenéutica de la razón cálida, es decir, un saber abierto y en constante construcción capaz de caracterizar dialécticamente el derecho contemporáneo.

Las filosofías y sociologías del derecho de corte univocista pregonan el dispositivo metódico cartesiano caracterizado por su immanentismo, en la línea de Wilhelm Schuppe (1836-1913), creador de la *Immanenzphilosophie* o “filosofía de la inmanencia”,<sup>1</sup> y de diversos textos significativos de la filosofía jurídica, entre los que destacan el libro *El concepto de derecho subjetivo*,<sup>2</sup> donde el momento vertebral es atenerse a la positividad de lo dado, siendo ésta dada a una conciencia, que es la propia. Esa línea, denominada “solipsismo gnoseológico”, que evoluciona con Richard Schubert-Soldern<sup>3</sup> (1852-1935), y que adopta conceptos del empiriocriticismo de Richard Avenarius<sup>4</sup> (1843-1896), planteando “lo que existe soy yo y yo soy todo lo que existe”. Es decir, el primado de la experiencia interna, la negación de toda trascendencia y teleología, estableciendo la hegemonía del mundo real de la conciencia. Esta metodología tuvo éxito en el Círculo de Viena<sup>5</sup> y en

---

<sup>1</sup> Schuppe, Wilhelm, *Grundriss der Erkenntnistheorie und Logik*, Berlín, Weidmannsche Buchhandlung, 1910, pp. 1-16.

<sup>2</sup> Schuppe, Wilhelm, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Berlín, Wilhelm Koebner, 1887, digitalizado 2008, pp. 1-52.

<sup>3</sup> Schubert-Soldern, Richard, *Über Transcendenz des Objects und Subjects*, Leipzig, Fues's Verlag, 1882, pp. 37-75.

<sup>4</sup> Avenarius, Richard, *Kritik Der Reinen Erfahrung*, Leipzig, Fues's Verlag, 1888, pp. 25-58.

<sup>5</sup> Ayer, Alfred, *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 9-36.

Ludwig Wittgenstein,<sup>6</sup> siendo la base del utilitarismo, del operativismo y del instrumentalismo, soportes del positivismo jurídico del siglo XX. El utilitarismo es aquella tendencia que piensa que el criterio máximo es la utilidad. Ésta se refiere a lo útil, a algo funcional e instrumental; es decir, las cosas son pertinentes si tienen una operatividad. Dicha doctrina tuvo su génesis en las entrañas del positivismo inglés decimonónico de factura burguesa y liberal, cuya autoría aún se disputan dos juristas: John Stuart Mill<sup>7</sup> y Jeremy Bentham.<sup>8</sup> El utilitarismo se caracteriza por buscar el aspecto útil de las cosas al margen de criterios ontológicos, axiológicos, éticos y antropológicos, lo cual implicaba una metodicidad rigurosa, que únicamente podía ser concedida por las ciencias de examen, clasificatorias y conmensurables. Vladimir Lenin, en su libro *Materialismo y empiriocriticismo*, criticó las posturas positivistas y fiscalistas, no sólo de Avenarius, sino también de Ernest Mach y otros.<sup>9</sup>

El instrumentalismo está vinculado a la idea horkheimeriana de razón instrumental<sup>10</sup> como eclipse de la racionalidad, orientada a tecnologizar las relaciones humanas a través de una serie de mitos cuyo objetivo es alienar y cosificar a los seres humanos. Ahora bien, la paternidad del instrumentalismo se debe a John Dewey (1859-1952), que la articula con su noción de pragmatismo,<sup>11</sup> y, en especial, con su idea de instrumentalismo pragmático, entendido como “La esencia del instrumentalismo pragmático consiste en concebir a ambos, (conocimiento y práctica, como los medios para asegurar los bienes —excelencias de todo género— en la existencia experimentada; es decir, las cosas excelentes de cualquier especie”.<sup>12</sup>

En el caso de esta propuesta, vemos una actitud unívoca, ya que identifica el bien con lo útil sin ninguna mediación óptica, pues Dewey se vincula con las doctrinas de William James (1842-1910), de corte radicalmente empirista y basado en la cristalización de postulados y enunciados, en mecanis-

<sup>6</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-philosophicus. Investigaciones filosóficas sobre la certeza*, Madrid, Gredos, 2009, pp. 635 y ss.

<sup>7</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 19-31.

<sup>8</sup> Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Londres, Batoche Books, 2000, pp. 14-60.

<sup>9</sup> Lenin, Vladimir, *Obras completas*, t. 18 “Materialismo y empiriocriticismo”, Moscú, Progreso, 1983, pp. 33-98.

<sup>10</sup> Adorno, Theodor y Horkheimer, Max, *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1982, pp. 59-96.

<sup>11</sup> Dewey, John, *Experiencia y educación*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2010, pp. 63-100.

<sup>12</sup> Dewey, John, *La búsqueda de la certeza*, México, Fondo de Cultura Económica, 1952, p. 37.

mos de comprobación, verificación, y en el establecimiento de conclusiones generalizadas.

El “operativismo” u operacionalismo es una teoría del conocimiento que supone la validez de una estructura categorial; ésta, en función de su aplicabilidad concreta. Esta interpretación de las teorías científicas ha tenido enorme presencia en la física contemporánea, y en particular en la mecánica cuántica.<sup>13</sup> Su raíz es esencialmente absolutista, ya que considera que la ciencia hegemoniza las estructuras operacionales, los procesos de las mismas y los resultados específicos.

Hasta aquí las cosas, nuestra pregunta es: ¿es posible analogizar el utilitarismo, el pragmatismo y el operacionalismo? Como hipótesis provisional, podemos contestar afirmativamente. Veamos: la historia contemporánea y la tardomoderna del utilitarismo no ha salido bien librada, ya que la doctrina basada en las ideas —no sólo de James y Dewey, sino de Ferdinand Canning Scott Schiller y George Herbert Mead— ha sido abrumadoramente simplificadora, verificacionista, cuantitativista y objetivizante. Su criterio de verdad no sólo ha sido dogmático, sino autoritario, ya que se deriva de su utilidad práctica independientemente de los medios buscados para encontrar su fin. ¿Cómo analogizamos tal propuesta? Logrando un ideal utilitario prudencial y mesurado, que pueda esquivar la unidimensionalidad del pragmatismo en la vía de Charles Morris<sup>14</sup> y eludir el equivocismo de Richard Rorty,<sup>15</sup> de corte relativista y excluyentista. La búsqueda de la utilidad, la lucha por la funcionalidad de las cosas y por su operatividad concreta es sumamente necesaria en el campo del derecho; el positivismo nos ha enseñado la importancia de tales teorías. De lo que se trata es de establecer mediaciones ónticas, deónticas, educacionales y éticas, detectando la fetichización y alienación de los postulados, los intereses clasistas y el encuentro concreto de las propuestas y prácticas al interior de un modo de producción históricamente determinado. Nuestra crítica al pragmatismo anglosajón y al positivismo jurídico es haber menospreciado los valores y los criterios morales, estableciendo la mera operatividad y el imperio de la coacción. Eso no es aceptable desde una perspectiva ética y humana, ya que conduce al congelamiento de los tejidos antropológicos de la filosofía del derecho.

---

<sup>13</sup> Bunge, Mario, *Las pseudociencias ¿vaya timo!*, Pamplona, Laetoli, 2010, pp. 37-60.

<sup>14</sup> Morris, Charles, *The Pragmatism Movement in American Philosophy*, Michigan, G. Braziller, 1970, pp. 16-47

<sup>15</sup> Rorty, Richard, *Consequences of Pragmatism (Essays: 1972-1980)*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1914, pp. 3-18.

A la dictadura de los modelos fiscalistas, numerales y operacionabilizantes, propia de las metodologías de los modelos jurídicos monosémicos y metonímicos, asistimos a una filosofía jurídica cuya metodología está tan diluida e intangible, que no es posible tocarla. Me refiero a la posmodernidad jurídica, a autores del tipo de Costas Douzinas y Ronnie Warrington,<sup>16</sup> Duncan Kennedy,<sup>17</sup> Jack Balkin,<sup>18</sup> François Ost<sup>19</sup> o Ernesto Grün,<sup>20</sup> cuyas temáticas cardinales han sido abordadas en la capitulación precedente, por lo que me aproximaré de manera muy sucinta a sus aspectos metódicos.

La posmodernidad jurídica parte de una crítica visceral a la cuestión de la metodologización del derecho. De hecho, se apoyan en la propuesta nihilista y relativista de Martin Heidegger sobre la inexistencia del método en un filosofar auténtico: “Las Ciencias conocen el camino del conocimiento bajo el término de método”.<sup>21</sup> Luego, dice: “Aquí no hay ni método, ni tema, sólo hay región”.<sup>22</sup> Y sigue: “El pensamiento no es un medio para el conocimiento. El pensamiento abre campos en el campo del ser. Pero ¿qué es la región? Se llama así, porque obsequia con un enfrente las cosas. Libera lo que el pensamiento tiene por pensar”.<sup>23</sup> Y finaliza:

El pensamiento mora en esta región al caminar los caminos de esta región, desde el punto de vista de la representación científica no es sólo difícil, sino incluso imposible percibir esta relación si en lo sucesivo reflexionamos acerca del camino de la experiencia pensante con el habla, no vamos a efectuar reflexiones metodológicas, ya caminamos en la región, en el ámbito que nos concierne.<sup>24</sup>

Heidegger propone su célebre “paso atrás”, en lengua alemana “*der Schritt zurück*”, es decir, “el paso atrás a la localidad de la esencia humana

---

<sup>16</sup> Douzinas, Costas y Warrington, Ronnie, *On the Deconstruction of Jurisprudence: Finnish Philosophiae*, Peter Fitzpatrick y Alan Hunt (eds.), 1987, pp. 33-46.

<sup>17</sup> Kennedy, Duncan y Kart, Clark, *A Bibliography of Critical Legal Studies*, Yale Law University, vol. 94, pp. 461-490.

<sup>18</sup> Balkin, Jack, “Deconstructive Practice and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 743-786.

<sup>19</sup> Ost, François, “Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico”, *Doxa*, núm. 25, Alicante, 2002, pp. 507-628.

<sup>20</sup> Grün, Ernesto, “El derecho posmoderno. Un sistema lejos de equilibrio”, *Doxa*, núm. 21, vol. 2, Alicante, 1998, pp. 167-178.

<sup>21</sup> Heidegger, Martin, *De camino al habla*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1987, p. 159.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 114.

requiere algo distinto que el progreso —paso adelante— hacia el mundo de las máquinas”.<sup>25</sup>

Así como el positivismo jurídico —de Austin a Kelsen y de Bobbio a Bulygin— fetichiza el método, los juristas posmodernos lo rechazan de manera tajante y abierta. El propio Hans Georg Gadamer adoptará esa postura siguiendo a su maestro Martin Heidegger.<sup>26</sup> El reinado de la carencia de procedimientos metodológicos ha generado una especie de tierra de nadie en la filosofía relativista del derecho, cuya ambigüedad e incertidumbre se capta sin dificultades en sus textos: Christine Littleton,<sup>27</sup> Stanford Levinson,<sup>28</sup> Mary Joe Frug,<sup>29</sup> Catherine McKinnon,<sup>30</sup> Carrie Menkel Meadow,<sup>31</sup> Carol Smart,<sup>32</sup> William Twining<sup>33</sup> y otros. Estados Unidos e Inglaterra son los países donde el equivocismo ha crecido como los hongos después de la lluvia. Es en la llamada jurisprudencia posmoderna feminista donde muchos de sus exponentes se han identificado con las tesis subjetivistas de Heidegger (no de manera directa, pues también se han apoyado, entre otros, en los autores anteriormente estudiados: Jacques Derrida, Michel Foucault, Paul Feyerabend, etcétera).

Ahora bien, Heidegger propone un paso atrás, su famoso *Schritt zurück* negador del método, del concepto, de la ciencia, de los ejes de postulación, los tejidos categoriales y las definiciones rigurosas, de las técnicas, análisis y de las propuestas semantizadoras y sintácticas. Y los positivistas jurídicos adoptan, de manera apriorística, vertical e impositiva, el llamado “paso adelante”, “*Schritt vortwärts*”, para parafrasear a Heidegger, caracterizado por la normativización, los famosos “marcos teóricos” a la Mario Bunge,<sup>34</sup> y los modelos fiscalistas y operacionales. ¿Es posible un “paso analógico”? A nuestro parecer, sí. Este “*Schritt Analogik*” estaría caracterizado por adop-

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>26</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1999, t. I, pp. 9 y ss.

<sup>27</sup> Littleton, Christine A., “In Search of a Feminist Jurisprudence”, *Harvard Women’s Law Journal*, Boston, vol. 10, 1987, pp. 1-7.

<sup>28</sup> Levinson, Stanford, “Law as Literature”, *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, p. 373.

<sup>29</sup> Frug, Mary Joe, *Postmodern Legal Feminism*, Nueva York, Routledge, 1992, pp. 3-52.

<sup>30</sup> McKinnon, Catherine A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 3-80.

<sup>31</sup> Menkel-Meadow, Carrie, “Feminist Legal Theorie, Critical Legal Studies and Legal Education”, *Journal of Legal Education*, vol. 38, 1988, pp. 61-85.

<sup>32</sup> Smart, Carol, *Feminism and the Power of Law*, Londres, Routledge, 1989, pp. 4-25.

<sup>33</sup> Twining, William, “Some Scepticism about some Scepticism”, *Journal of Law and Society*, vol. II, 1984, pp. 137-171.

<sup>34</sup> Bunge, Mario, *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, México, Siglo XXI, 2004, pp. 3-40.

tar una metodología mediadora entre la univocidad positivizante y la equivocidad posmoderna, la cual privilegiaría la dimensión del sentido, esto es, lo hermenéutico. Es decir, no buscará convertirse en objetivista, no devenir en una óptica subjetivista, sino tratará de encontrar un espacio intermedio; es decir, se ubicará en una perspectiva epistemológica y ontológica.

Mencionábamos a Jacques Derrida como otro de los pilares en los que se apoya la filosofía jurídica relativista. En capítulos anteriores nos aproximamos de forma muy exigua a su pensamiento, pero ahora volvemos a generar algunas ideas que nos permitirán captar mejor su antimetodología, así como su importancia en esta corriente de estudios, dado que este apartado trata de la metodología. Este filósofo es afín al pensamiento del psicoanalista francés Jacques Lacan,<sup>35</sup> a Claude Levi Strauss,<sup>36</sup> al fenomenólogo alemán Edmund Husserl,<sup>37</sup> a Martin Heidegger<sup>38</sup> y a Friedrich Nietzsche.<sup>39</sup> Su antimétodo se llama la “deconstrucción”, y trata de situarse contra todo logocentrismo o discurso racional. A toda deconstrucción sucede una construcción, que deberá posteriormente ser deconstruida; entonces, el lenguaje se diluye en la escritura, siendo este saber una determinada modalidad gramatológica, que es un conocimiento de lo escrito y se autonomiza sobre la verdad y el logos. Su idea no es estructurar un pensamiento científico, sino priorizar el rol de la escritura; se opondrá a la centralidad, en la epistemología y a toda forma de taxonomización. Será partidario de los márgenes y de la diferencia. La deconstrucción es marginación y fragmentación, márgenes de la marginación y fragmentos de la fragmentación. Aspira a “vomitar” la filosofía y a “decapitarla” ubicándose al límite de todo discurso por medio del desplazamiento, de la disociación, la perplejidad y la diseminación, es decir, en la *différance*. Derrida dice:

La Deconstrucción por medio de una acción posible, un silencio doble, una escritura doble debe poner en práctica una inversión de la oposición clásica, y un corrimiento general del sistema. Será sólo con esa condición como la deconstrucción podrá ofrecer los medios para intervenir en el campo de las oposiciones que critica y que es también un campo de fuerzas no discursivas,

---

<sup>35</sup> Lacan, Jacques, *Escritos I*, México, Siglo XXI, 2009, pp. 21-72.

<sup>36</sup> Levi Strauss, Claude, *Antropología estructural*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 21-42.

<sup>37</sup> Husserl, Edmund, *La filosofía como ciencia rigurosa*, España, Ediciones Encuentro, 2009, pp. 7-58.

<sup>38</sup> Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 11 y ss.

<sup>39</sup> Nietzsche, Friedrich, *Así hablaba Zaratustra*, Madrid, Alianza, 2011, pp. 51-85.

el practicante de la deconstrucción opera dentro de los límites del sistema, pero para resquebrajarlo.<sup>40</sup>

Luego señala:

Deconstruir Filosofía es, por tanto, operar a través de la genealogía estructurada de sus conceptos dentro del estilo más escrupuloso e inmanente, pero al mismo tiempo, determinar, desde una cierta perspectiva externa que no puede nombrar o describir, lo que esta historia puede haber ocultado o excluido, constituyéndose como una historia a través de esta represión en la que encuentra un reto.<sup>41</sup>

La deconstrucción derridariana está abocada fundamentalmente a la metáfora. Es una propuesta metafórica y metaforizadora:

Esta proximidad no es la proximidad óptica y es preciso tener en cuenta la repetición propiamente ontológica de este pensamiento de lo próximo y lo lejano. Resta decir que él no es nada, no es un halo, que es existente, no puede ser dicho, no puede decirse más que una metáfora, es necesariamente significativa. En la insistencia metafórica es donde se produce entonces la Interpretación del sentido y del ser, y si Heidegger ha deconstruido radicalmente la autoridad del presente sobre la Metafísica es para conducirnos a pensar la presencia de lo presente. Pero el pensamiento de esta presencia no hace sino metaforizar, por una necesidad profunda y a la que no escapa una simple decisión, el lenguaje que deconstruye.<sup>42</sup>

Como vemos, Derrida lleva hasta sus últimas consecuencias el pensamiento de Nietzsche y del último Heidegger, para acentuar el carácter no representativo del lenguaje. Él ha querido asfixiar lo propio en lo metafórico, y lo unívoco en lo equívoco. Pretende escapar de la sistematicidad, del sujeto, de la estructura y de la referencia con la idea de metaforizar su proyecto deconstructivista. Cabe preguntarse: ¿tienen alguna importancia los planteamientos de Jacques Derrida en la filosofía del derecho? La respuesta es obvia. El pensador originario de El Bial Argel es la influencia central de la filosofía del derecho que ha crecido más, en relación con autores y ensayos, en Estados Unidos, Inglaterra y Francia en los últimos treinta años. La abrumadora mayoría de catedráticos de la asignatura filosofía del dere-

<sup>40</sup> Derrida, Jacques, *Marges de la Philosophie*, París, Minuit, 1972, p. 195.

<sup>41</sup> Derrida, Jacques, *Positions*, París, Minuit, 1972, p. 15.

<sup>42</sup> Derrida, Jacques, *Marges de la philosophie*, cit., p. 169.



cho, en las facultades de jurisprudencia de las universidades de tales países, se inclinan hacia el relativismo, teniendo en el recientemente desaparecido Derrida su referente inmediato.

Ahora bien, ¿cuál es la metodología de la hermenéutica analógica? Andrés Ortiz Osés, notable hermeneuta español, ha establecido en tres instancias la metodología de la hermenéutica: el primer paso se denomina *subtilitas intelligendi*; el segundo, *subtilitas explicandi*, y el tercero, *subtilitas applicandi*.<sup>43</sup> El abordaje de la llamada *subtilitas* se remonta al franciscano Juan Duns Escoto (1266-1308), conocido con el nombre de *Doctor Subtilis*, debido a la sutileza o delicadeza para aproximarse a la comprensión de las cosas. Parte de esta *subtilitas* se daba en la noción de distinción o *distinctio*, en contraposición a la idea de identidad o *identitas* o unidad o *unitas*. La *distinctio* era lo opuesto a lo uno, a la indivisibilidad, a lo monolítico y a la solidez. La *distinctio* era la posibilidad de las cosas y objetos. Del mundo interior y exterior, esto conducía a una riqueza interpretativa de más largo alcance, ya que adquiriría una apertura a la comprensión del mundo diametralmente opuesta a la cerrazón nominalista de Guillermo Ockham, enemigo de las distinciones y de la diferencia. Aquí, la *subtilitas* tiene un alcance no sólo epistémico, sino ontológico, es decir, no se reduce a una simple estructura de los saberes, sino incide en la naturaleza del abordaje de lo específicamente humano.<sup>44</sup>

La *subtilitas* medieval es un procedimiento de aproximación a la realidad serena, prudente y amable, opuesta a la rudeza racionalizante de la evidencia objetivista y de la monopolización dogmática y unilateral de los criterios de verdad, basados en la certeza absoluta;<sup>45</sup> plataforma básica de las metodologías univocistas, de la filosofía moderna del derecho de la Modernidad, desde Thomas Hobbes<sup>46</sup> al positivismo kelseniano.<sup>47</sup> Por otro lado, se deslinda de las antimetodologías subjetivistas negadoras del tejido conceptual, del método y de las racionalidades tan boga en la jurisprudencia postestructural, feminista, genealógica, deconstruivista; y del poseber, típico de la jusfilosofización equívoca de nuestros días. Johann Jacob Rambach (1693-1735), hermeneuta alemán, es un continuador de la idea medieval de sutileza, acompañándola de su “teoría de los afectos”:

<sup>43</sup> Ortiz Osés, Andrés, *La nueva filosofía hermenéutica: hacia una razón axiológica posmoderna*, Barcelona, Anthropos, 1986, pp. 71 y 72.

<sup>44</sup> Escoto, Juan Duns, *Obras del doctor Sutil*, edición bilingüe, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1968, pp. 4-164.

<sup>45</sup> Descartes, René, *Discurso del método*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 3-82.

<sup>46</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 6 y ss.

<sup>47</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994, pp. 19-26.

No se puede comprender e interpretar perfectamente las palabras si no se sabe de qué afecto han nacido. Esto es fácil de demostrar. Nuestro discurso, en efecto, es una expresión de nuestros pensamientos, sin embargo están casi siempre conectados con nuestros afectos secretos, por lo cual a través de discursos nosotros damos a entender a los demás no sólo nuestros pensamientos, sino, además, nuestros afectos analogados con ellos, de donde se deriva entonces, la conclusión de que es imposible entender y explicar completamente las palabras de un escritor si no se sabe qué afectos han estado ligados a ellos en su ánimo cuando las dijo, si estaba triste o alegre, totalmente atemorizado o esperanzado cuando escribió esas palabras.<sup>48</sup>

Rambach introduce de manera magistral la problemática del afecto como actitud ante la vida orientada a traducir las pasiones, entendiendo su gramática concreta. El avance en la comprensión del Sí Mismo y de la Otredad sólo podía generarse al interior de la hermenéutica prerromántica, cuestionadora radical no sólo del jusnaturalismo unívoco de la primera Modernidad, sino de los prolegómenos del positivismo jurídico, anclados en la unidimensionalidad de las ciencias exactas y naturales del periodo barroco. En este contexto, Rambach distingue tres periodos en el método hermeneutizante: la *investigatio*, como la indagación del significado del texto orientada a explorar el sentido desde una perspectiva antropológica, alejándolo del horizonte cuantitativista que sólo buscaba la numeralidad; un modelo de lingüística matemática de tipo universalizante y de los absolutismos fiscalistas. El segundo paso es la *explicatio*, entendida no en la vía newtoniana de aterrizarla en leyes, principios, axiomas y teoremas, sino como un acto afectivo dirigido a presentar lo que se ha entendido mediante el paso hermenéutico anterior; y, finalmente, la *adplicatio*, relacionada con la dimensión vivencial y experiencial que la estructura textual tiene para el autor-lector, teniendo una aplicación concreta de su existencia.<sup>49</sup>

Al vincular el método con el sentido y la hermenéutica de los afectos, articulándola con el ternario de la investigación-explicación-aplicación, se establecía una línea numeral con las escuelas estoicistas de talante logicista y con las tendencias nominalistas enemigas de la *distinctio* y de la *subtilitas*, justificación epistémica de las modalidades imperativistas del derecho desde la época esclavista en Atenas y Grecia, del feudalismo europeo y de los procesos de acumulación originario de capital en los siglos XVI y XVII.

---

<sup>48</sup> Rambach, Johann Jacob, *Erläuterungen über seine eigenen Institutiones hermeneuticae sacrae, aus der eigenen Handschrift des seligen Verfassers*”, E. F. Neabauer Geissen, Jena, 1972, p. 37.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 40 y ss.

Otro hermeneuta, Johann August Ernesti (1707-1781), adoptaría esta misma orientación metódica en su texto *Institutio interpretis novi testamenti*.<sup>50</sup> El propio Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834) seguiría esta misma propuesta metódica, donde se privilegiaba el ternario en cuestión.<sup>51</sup> Para él, la hermenéutica ya no es sólo una serie de procedimientos para analizar los dispositivos escriturales, sino el *corpus* categorial de la comprensión global de las modalidades comunicantes de los seres humanos. La importancia del ternario es resaltada no sólo por Ortiz Osés, sino por Mauricio Beuchot, cuando dice:

Este autor traslada estos momentos a la Semiótica: la *subtilitas implicandi* corresponderá a la Semántica (significado textual), la *subtilitas explicandi* a la Sintaxis (significado intertextual), y la *subtilitas applicandi* a la Pragmática (significado contextual). Pero creemos que habría que modificar un poco. El primer momento tocaría a la Sintaxis, que corresponde a la *subtilitas implicandi* y no a la *subtilitas explicandi*. En ese primer paso se va el significado textual o intratextual e incluso al intertextual. Las razones que el significado sintáctico es el que presupone en primer lugar; sin el que no puede haber (como aspectos de análisis) semántica ni pragmática.<sup>52</sup>

En síntesis, para Beuchot, la *subtilitas explicandi* corresponde a la semántica, la *implicandi* a la sintaxis, y la *applicandi* a la pragmática. Esto, articulado a la dialéctica en tanto estudio de las contradicciones en la esencia misma de los objetos, proporcionará a la hermenéutica analógica un *corpus* metodológico, apto para ser aplicado a la filosofía del derecho con acierto y lucidez.

La hermenéutica analógica del derecho reivindica una propuesta interpretativa alejada de los cientificismos y de las metaforizaciones. El hermeneuta español Antonio Osuna Fernández Largo se inscribe en la óptica relativista de Gadamer al decir:

La Hermenéutica Jurídica cuestiona, por tanto, todas las fronteras que el Positivismo Jurídico ha señalado a la Ciencia del Derecho y que son: el dominio absoluto del método para la interrelación y aplicación de las normas, la reducción a cientificidad y a la verificabilidad de las proposiciones acerca del Derecho y el entender tal verificación como una concordancia entre la norma y la voluntad del legislador o en otro tipo de pensadores jurídicos

<sup>50</sup> Ernesti, Johann August, *Institutio interpretis novi testamenti*, Leipzig, 1761, reeditado en 1996, pp. 3 y ss.

<sup>51</sup> Schleiermacher, Friedrich, *Hermeneutik und Kritik. Mit einem Anhang sprachphilosophischer*, Freiburg, Academia Antiquariat an der Universität, 1977, pp. 10-211.

<sup>52</sup> Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, México, UNAM, 2005, p. 24.

como la concordancia formal con las estructuras proposicionales del Derecho y finalmente la separación absoluta entre subjetividad y objetividad, entre la historia y el dogma en el Derecho.<sup>53</sup>

Como vemos, Osuna cuestiona el método señalando su escasa funcionalidad en las actividades jurídicas. Su propuesta arranca de la idea heideggeriana de excluir la metodología de toda comprensión, ubicándose el hermeneuta español en una tesis equivocista. Emilio Betti se va al otro extremo reivindicando el método de forma hegemónica, llamando incluso su hermenéutica metodológica, en aras de criticar la hermenéutica ontológica gadameriana.<sup>54</sup> De esta manera, Betti se ubica en un contexto univocista, ya que cuestiona la ontologización, hegemoniza la idea de ciencia y lleva la cuestión del método a un estatuto intocable y dogmatizante amparándose en las ideas de Hegel.

La hermenéutica jurídica estaría más cercana a las propuestas reflexivas del jurista español Modesto Saavedra:

Así pues, el Derecho se hace con cierta autonomía respecto a las prescripciones consagradas en las fuentes jurídicas formales. Pero el Derecho se hace en un proceso y con unos fines análogos al proceso y a los fines propios de los textos legales. En un proceso de controversia y con los fines de mantener las condiciones sociopolíticas de reproducción discontinua de las relaciones productivas.<sup>55</sup>

Es decir, no se trata sólo de contemplar el derecho de manera aislada, sino de ubicarlo en las relaciones sociales de producción. Manuel Calvo García posee, a su vez, una erudita idea de la hermenéutica jurídica:

Cabe señalar, por último, que la nueva Hermenéutica puede ser considerada como uno de los puntos de referencia a tener en cuenta de cara a cara para comprender el significado de las nuevas Teorías de la argumentación racional. Me refiero al hecho de que el carácter racional de la Interpretación Jurídica se desligue de la hipótesis dogmática que postula la racionalidad del legislador, para manifestarse como una exigencia racional del intérprete. La

---

<sup>53</sup> Osuna, Antonio, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993, pp. 17-40.

<sup>54</sup> Betti, Emilio, *Teoría general de la interpretación*, Santiago de Chile, Ediciones UC, 2015, pp. 3-26.

<sup>55</sup> Saavedra, Modesto, *Interpretación del derecho e ideología*, España, Universidad de Granada, 1978, pp. 11 y ss.

restauración del papel creador del intérprete en la comprensión se encauza metodológicamente.<sup>56</sup>

Calvo señala la importancia de la dimensión histórica y la necesidad de partir de experiencias concretas en los modelos interpretativos, donde el método tiene una función importante. En relación con la interpretación, no se puede decir que exista una única y exclusiva posición teórica; lo cierto es que siempre implica un significado jurídico ubicado en el contexto social, económico y político específico.

En todo esto cabe preguntarse ¿es posible una hermenéutica jurídica de la filosofía jurídica? Me queda claro que una hermenéutica analógica propiciará una orientación fronética y reflexiva en un momento de la historia del derecho en que se ha priorizado la dimensión estatista, legalista, deóntica e imperativista, observable en los paradigmas cientificistas, y en otro lado la hegemonía creciente de los modelos jusfilosóficos fragmentarios y particularizantes.

La hermenéutica jurídica propone una idea de ser humano de factura personalista. Es la idea de un ente conversacional, crítico y trascendente, alejada de los esquemas totalitarios y fundamentalistas y de los proyectos impulsores del caos y del libre albedrío. También parte de la idea de que se trata de un ser análogo, capaz de interpretar el mundo que lo rodea en toda su diversidad.

La sociedad que nos tocó vivir se torna cada vez más compleja y contradictoria. La violencia, la intolerancia, la ausencia de respeto a los derechos humanos, la represión, la enajenación y la carencia de solidaridad con los desposeídos es cada vez más evidente. En ese orden de cosas, algunas filosofías del derecho de corte conservador poco tienen que añadir en relación con sus modelos de sociedad y los criterios de justicia. En este contexto, la hermenéutica analógica tiene un largo camino por recorrer, ofreciendo a la jusfilosofía sus ejes conceptuales, temáticas cardinales y dispositivos de metodologización. Nos queda claro que aún no existe, de manera nítida, una filosofía del derecho analógico hermeneutizable, dado que es una tarea complicadísima, la cual no puede ser reducida a un solo autor, sino a un colectivo de investigación; pero hay intentos de comienzo de tal empresa. Mal hermeneuta del derecho es el que suponga que tal propuesta ya ha sido edificada. En esa línea, la hermenéutica contribuye a la consolidación de una teoría general del derecho compuesta por la ciencia del derecho, la filosofía

---

<sup>56</sup> Calvo García, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 190.

y la jussociología. Se apoya en las ciencias sociales y en las humanidades para beneficio de la textualidad del derecho. Esto significa que la búsqueda del método y de la propia teoría necesita de una combinación pertinente de una objetividad dialéctica y también de una subjetividad analógica.

### III. RECOLECCIÓN

Hemos elaborado algunas ideas sobre el nexo entre la hermenéutica y la filosofía del derecho. Para ello, se ha utilizado la hermenéutica analógica; es decir, hemos abordado la analogía para interpretar las diversas modalidades epistemológicas de las corrientes de pensamiento de mayor pertinencia en el momento presente, y la hermenéutica como ciencia y arte, orientada a la explicación y comprensión de las estructuras textuales. He tratado de diseñar un reconocimiento económico, político, social e ideológico de los enunciados jurídicos, sin caer en el reduccionismo objetivista propio de los paradigmas absolutistas, pero sin tropezar con las propuestas equivocistas negadoras de lo comunitario y de lo societal.

La hermenéutica jurídica de la filosofía del derecho deberá ser una intensa buscadora de la vida integral, ya que una humanidad anclada en la guerra y en las invasiones militares poco puede ofrecer a sus semejantes. La analogía y la dialéctica tienen un espacio central en este proceso no sólo para interpretar y argumentar, sino también para transformar. En esa vía, nuestra propuesta no es de corte eminentemente contemplativo, sino aspira a tener consecuencias prácticas. La hermenéutica del nuevo milenio no podrá contentarse con producir enunciados en el papel, sin ninguna incidencia en la vida concreta de las sociedades. En ese sentido, se trata de una hermenéutica transformacional que deberá realizar esfuerzos por contribuir —desde el derecho— en el diseño y la realización de una sociedad más plena.

He tratado de presentar en estas páginas la relevancia de la hermenéutica para el derecho; a su vez, he pretendido llamar la atención de los efectos nocivos que han tenido las hermenéuticas absolutistas y las hermenéuticas relativistas en la comprensión del derecho. Por eso hemos insistido en la necesidad de tejer redes dirigidas a la configuración de una teoría alternativa de nuevo tipo. Después de todo, el proyecto de investigación ha pretendido ser un diálogo no sólo con los filósofos del derecho de mayor peso en la arena actual, y con el *corpus* doctrinal de la hermenéutica analógica, sino con el auditorio universal que propugna Chaim Perelman;<sup>57</sup> es decir, con los seres

---

<sup>57</sup> Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucy, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, pp. 47-110.

racionales dotados de tolerancia y afecto, de interpretación y argumentación, que pretenden debatir sobre el estado actual y las perspectivas de la filosofía del derecho.

Nuestra crítica al positivismo jurídico ha sido establecida dentro de los marcos de una cierta racionalidad analógica, ya que es la *epistème* que ha producido mayores juristas. No sé si me exceda con tal idea, pero me parece que es difícil buscar individualidades del tipo de Austin, Bentham, Mill, Melville, Kelsen, Ross, Hart, McCormick, Nino, Bulygin, Garzón Valdés, Bobbio, Ferrajoli o Raz en otros lados. En el caso de jusnaturalismo, creo que la situación es igual. Se trata de la teoría jurídica que más me ha impactado y sobre la que más respeto tengo. El solo nombre de Aristóteles, Tomás de Aquino, Villey, Finnis, Maritain, Viola, Hervada y otros, nos inspira un enorme respeto.

En relación con el marxismo, pensamos que se trata de una concepción del mundo sumamente atractiva e históricamente interesante. Los textos de Pashukanis, Stucka, Cerroni, Baratta y Capella son sin duda alguna indispensables en cualquier abogado. Por otro lado, hemos querido analogizar gran parte de sus propuestas y acercarme a algunos de sus exponentes centrales. En relación con la posmodernidad, he sentido un cierto malestar por sus propuestas irracionales y equívocas, aunque he seguido de cerca las publicaciones de Critical Legal Studies.

Vemos ahora que nuestra propuesta no es una bola de cristal que resuelve todos los ejes de problematización habidos y por haber. Eso lo proporcionaría el supuesto lenguaje ideal de factura matemática que querían Descartes, Leibniz, Canto, Hilbert y el primer Russell, pero como demostró Kurt Gödel con su teorema de la incompletitud, eso no es posible. En esa medida quedaron y seguirán quedando muchas lagunas e incompletitudes. Después de todo, hemos señalado una línea de demarcación, ante el viejo Kelsen, que concebía una ciencia del derecho sin lagunas e incompletitudes. A nuestro juicio, la hermenéutica jurídica aún contiene infinidad de aporías, paradojas e insuficiencias. No en vano pretendemos ser jushermeneutas, expertos en la descontextualización, en aras de recontextualizar, para plantearnos, en consecuencia, la contextualización. No es gratuito, pues, que nuestra idea del derecho implique la existencia de un tejido textual que deberá ser interpretado e iconizado. Eso es lo que hemos pretendido decir y mostrar en este texto. En esa veta, la hermenéutica jurídica descubre la problemática de la interpretación y averigua el sentido y los límites del texto. Así pues, la hermenéutica del derecho es una *koiné* que nos permite la llave normativa, judicial y principial mediante la comprensión, la interpretación, la aplicación, la acción y la transformación del texto dado y generar el texto



construido y convertirse en el dispositivo por excelencia del pensamiento moderno y contemporáneo del derecho.

En este capítulo hemos tratado de iluminar la necesidad del método y de una hermenéutica pertinente para abordar el estudio y la facticidad del derecho mismo. Esperamos habernos acercado a nuestro propósito.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor y HORKHEIMER, Max, *Dialéctica del Iluminismo*, Madrid, Taurus, 1982.
- AVENARIUS, Richarf, *Kritik Der Reinen Erfahrung*, Leipzig, Fues's Verlag, 1888.
- AYER, Alfred, *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- BALKIN, Jack, "Deconstructive Practice and Legal Theory", *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation, Collected Work*, s/f.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de la interpretación*, Santiago de Chile, Ediciones UC, 2015.
- BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, México, UNAM, 2005.
- BUNGE, Mario, *El método*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1970.
- BUNGE, Mario, *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, México, Siglo XXI, 2004.
- CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.
- DERRIDA, Jacques, *Marges de la Philosophie*, París, Minuit, 1972.
- DERRIDA, Jacques, *Positions*, París, Minuit, 1972.
- DESCARTES, René, *El discurso del método*, Madrid, Tecnos, 2008.
- DEWEY, John, *La búsqueda de la certeza*, México, Fondo de Cultura Económica, 1952.
- DEWEY, John, "The Development of American Pragmatism", *Studies in the History of Ideas*, Columbia University, Nueva York, 1974.
- DOUZINAS, Costas y WARRINGTON, Ronnie, *On the Deconstruction of Jurisprudence: Finnis Philosophiae*, Peter Fitzpatrick y Alan Hunt (eds.), 1987.
- DUNS ESCOTO, Juan, *Obras*, edición bilingüe, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1965.
- ERNESTI, Johann August, *Institutio interpretis novi testamenti*, Leipzig, 1761.



- ESCOTO, Juan Duns, *Obras del doctor Sutil*, edición bilingüe, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1968.
- FRUG, Mary Joe, *Postmodern Legal Feminism*, Nueva York, Routledge, 1992.
- GADAMER, Hans Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1988, t. I.
- GRÜN, Ernesto, “El derecho posmoderno. Un sistema lejos de equilibrio”, *Doxa*, núm. 21, vol. 2, Alicante, 1998.
- HEIDEGGER, Martin, *De camino al habla*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1987.
- HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- HUSSERL, Edmund, *La filosofía como ciencia rigurosa*, España, Ediciones Encuentro, 2009.
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1996.
- KENNEDY, Duncan y CLARK, Kart, *A Bibliography of Critical Legal Studies*, Yale Law University, vol. 94.
- LACAN, Jacques, *Escritos*, México, Siglo XXI, 1973.
- LENIN, Vladimir, Obras completas, t. 18 “Materialismo y empiriocriticismo”, URSS, Moscú, Editorial Progreso, 1983.
- LEVI-STRAUSS, Claude, *Antropología estructural*, Barcelona, Paidós, 1995.
- LEVINSON, Stanford, “Law as Literature”, *Texas Law Review*, vol. 60, 1982.
- LITTELTON, Christine, “In Search of a Feminism Jurisprudence”, *Harvard Women’s Law Journal*, Boston, vol. 10, 1987.
- MCKINNON, Catherine, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, “Feminist Legal Theorie, Critical Legal Studies and Legal Education”, *Journal of Legal Education*, vol. 38, 1988.
- MILL, John Stuart, *Autobiography, Collected Works of J.S.M.*, Londres, ed. J. M. Robson, 1965.
- MORRIS, Charles, *The Pragmatism Movement in American Philosophy*, Nueva York, 1970.
- MORRIS, Charles, *Signos, lenguaje y conducta*, Madrid, Paidós, 1986.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Así hablaba Zaratustra*, Madrid, Alianza, 1983.
- ORTIZ OSÉS, Andrés, *La nueva filosofía hermenéutica: hacia una razón axiológica posmoderna*, Barcelona, Anthropos, 1986.

- OST, François, “Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico”, *Doxa*, núm. 25, Alicante, 2002.
- OSUNA FERNÁNDEZ, Largo Antonio, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993.
- PERELMAN Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucy, *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos, 1987.
- RAMBACH, Johann Jacob, *Erläuterungen über seine eigenen Institutiones hermeneuticae sacrae, aus der eigenen Handschrift des seligen Verfassers*”, E. F. Neabauer Geissen, Jena, 1972.
- RORTY, Richard, *Consequences of Pragmatism (Essays: 1972-1980)*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1914.
- SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del derecho e ideología*, España, Universidad de Granada, 1978.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst, *Hermeneutik und Kritik. Mit einem Anhang sprachphiloscher*, Freiburg, Academia Antiquariat an der Universität, 1977.
- SCHUBERT-SOLDERN, Richard, *Über Transcendenz des Objects und Subjects*, Leipzig, Fues’s Verlag, 1882.
- SCHUPPE, Wilhelm, *Die immanente Philosophie*, Frankfurt, 1969.
- SCHUPPE, Wilhelm, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Frankfurt, 1972.
- SMART, Carol, *Feminism and the Power of Law*, Londres, Routledge, 1989.
- STANFORD, Levinson, “Law as Literature”, *Texas Law Review*, vol. 60, 1982.
- TWINING, William, “Some Scepticism about some Scepticism”, *Journal of Law and Society*, vol. II, 1984.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Sobre la certeza*, Madrid, Gedisa, 1988.