

# LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA

Yezid Carrillo De La Rosa<sup>1</sup>

**Fecha de Recepción:** Enero xx/2011

**Fecha de Aceptación:** Enero xx/2011

## RESUMEN

El presente artículo se interroga por los aportes que la actual perspectiva hermenéutica hace a la teoría jurídica, luego de lo que se ha denominado la crisis del positivismo jurídico. Para ello se hace inicialmente un recorrido por lo que es el positivismo jurídico y su crisis en la segunda mitad del siglo XX, luego se aborda las tesis más importantes de la hermenéutica filosófica de Gadamer y la influencia que éstas han tenido en la teoría del derecho actual.

---

<sup>1</sup> *Docente investigador de la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena* Director del grupo de teoría y filosofía del derecho (Colciencias – categoría C) y del grupo de Filosofía del derecho y derecho internacional de la Universidad de Cartagena (reconocido-Colciencia B). Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Ética y Filosofía Política de la Universidad de Cartagena. Abogado egresado de la U. Nacional de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Licenciado en Filosofía y Letras egresado de la U. Santo Tomas; yezidcarrillo@hotmail.com; yezidcarrillo@gmail.com.

## ABSTRACT

*The present article is interrogated by the contributions that the present hermenéutica perspective does to the legal theory, after which has denominated the crisis of the legal positivismo. For it a route becomes initially reason why it is the legal positivismo and their crisis in second half of century XX, soon approaches the most important theses of the philosophical hermenéutica of Gadamer and the influence that these have had in the theory of the present right.*

## PALABRAS CLAVES

Hermenéutica, teoría jurídica, positivismo jurídico, neopositivismo, precomprensión.

## KEY WORDS

*Hermenéutica, legal theory, legal positivismo, neopositivismo, precomprensión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se interroga por los aportes que la actual perspectiva hermenéutica hace a la teoría jurídica, luego de lo que se ha denominado la crisis del positivismo jurídico. Para ello se hace inicialmente un recorrido por lo que es el positivismo jurídico y su crisis en la segunda mitad del siglo XX, luego se aborda las tesis más importantes de la hermenéutica filosófica de Gadamer y la influencia que éstas han tenido en la teoría del derecho actual. La metodología usada es la propia de la teoría jurídica tiene un carácter analítico y normativo.

## 2. RESULTADOS

### 2.1. El nacimiento de las ciencias sociales y la cuestión del estatuto epistemológico

El siglo XIX es la época de cientificismo, actitud que va a nutrir y a influir en el surgimiento de la corriente positivista, que reduce la racionalidad en general a la racionalidad físico-matemática, o lógico-matemática, y el conocimiento en general a conocimiento científico. Para el positivismo sólo aquel enunciado que sea susceptible de verificación racional (verdades de la razón) o empírica (verdades de hecho) puede considerarse válido. Todos aquellos saberes que no pueden reducirse a un esquema matemático o que no pueden verificarse son desterrados al ámbito de lo irracional y subjetivo. Su posición anti-metafísica, conduce a que se excluyan del mundo de la racionalidad cualquier referencia a los valores, pues estos no son susceptibles de matematización, ni de verificación según el método de la ciencia.

Frente a esta primera propuesta, se generó en el ambiente intelectual alemán, una tendencia contraria que distingue entre el *Erklären* (explicar) de la ciencia natural y el *Verstehen* (comprender) de las ciencias históricas. Dilthey, por ejemplo, resalta en el proceso de comprensión (*Verstehen*) la identificación que se da entre el sujeto y el objeto, esto es, entre el investigador y su mundo histórico y social, por ello la comprensión se hace desde dentro de los fenómenos (Dilthey, 1986, 48

y ss.). Rickert, en lugar de distinguir entre naturaleza y espíritu distingue entre naturaleza y cultura (Rickert, 1965, 38 –39); las primeras emplean un método generalizador y tienen como finalidad la formulación de leyes generales, las segundas, ciencias de la cultura, a las que no identifica con las ciencias del espíritu (Rickert, 1965, 41-42), tienen como objeto el estudio de las singularidades y los valores culturales (Rickert, 1965, 46).

Weber, igualmente, admite que las ciencias culturales estudian objetos que representan una relación de valor, esto es, una significatividad que es ajena a los objetos de las ciencias naturales (Weber, 1986, 48); como Ricker, aceptó la distinción entre el método generalizante y el individualizador, pero negó que la individualidad del objeto histórico pertenezca a la sustancia del objeto que se investiga, para él, ello es más bien el resultado de la elección que realiza el investigador, cuando aísla el objeto de los demás que no son considerados significativos (Weber, 1986, 52).

Para Weber, la tarea de la ciencia es describir y explicar, labor que no es ajena a las ciencias histórico-sociales cuyo propósito debe ser entonces la de describir y explicar configuraciones históricas individuales; cuantificar y medir no es un objetivo de la ciencia sino meros instrumentos en la construcción de la verdad. Las ciencias histórico-sociales, al igual que las ciencias naturales, deben producir explicaciones causales que son a su vez, explicaciones fragmentarias y parciales, esto es finitas, de una realidad infinita<sup>2</sup>.

Al finalizar el siglo XIX encontramos por una parte a Durkheim<sup>3</sup> instalado en la tradición galileana, para quien la sociología (en ese entonces paradigma de la investigación social) debía partir de los hechos observables y medibles y por otra parte, Weber en la defensa de la sociología comprensiva.

## 2. 2. Neopositivismo y crisis de la ciencia moderna

El siglo XX se iniciará con el resurgimiento del positivismo bajo la forma del *positivismo lógico*. El primer positivismo persiguió el saber absoluto, el neopositivismo la formalización absoluta, ello es, un sistema de enunciados exactos, precisos y formalizados, en donde no exista ambigüedad, vaguedad y, en donde, cada signo representa unívocamente la realidad. Solo un sistema de enunciados como este puede ser verificado y, por tanto, puede ser portador de conocimiento científico. En ese sentido, la ciencia es esencialmente un conjunto de enunciados significativos y, un enunciado es significativo, si y solo si es verificable. Apoyado en esta tesis el positivismo lógico o empirismo lógico concluye que los enunciados metafísicos no constituyen enunciados significativos y, por tanto, deben excluirse del campo del conocimiento y del discurso racional.

---

<sup>2</sup> En el pensamiento de Weber hallamos huellas del pensamiento kantiano, una de esas huellas hace referencia a los límites de nuestro conocimiento cuya condición primera es su finitud, frente a un universo infinito. (Weber, 1986, 42 y 50).

<sup>3</sup> “Y sin embargo los fenómenos sociales son cosas y deben ser tratados como tales (...) En efecto, es cosa todo lo que está dado, todo lo que se ofrece, o más bien se impone a la observación. Tratar los fenómenos como cosas, es tratarlos en calidad de data que constituyen el punto de partida de la ciencia. (...) es posible que la vida social no sea más que el desarrollo de ciertas ideas; pero aun suponiendo que esto último sea válido, estas ideas no están dadas inmediatamente, sino sólo a través de la realidad fenomenal que las expresa. (...). Por consiguiente debemos considerar los fenómenos sociales en sí mismo, separados de los sujetos conscientes que se los representan; es necesario estudiarlos desde afuera, como a cosas exteriores pues con este carácter se presentan a nosotros. (Durkheim, 1979, 51).

Esta nueva propuesta del positivismo será criticada desde diversos ámbitos. Popper, por ejemplo, sostendrá que una teoría es científica si existen posibles observaciones que permitan, no verificarla como pensaba el neopositivismo sino falsarla, esto es, refutarla. Para Popper, el criterio de demarcación propuesto por la lógica inductiva supone que todos los enunciados de la ciencia empírica deben ser decididos de forma concluyente en su verdad o falsedad, lo que implica que deben tener tal forma que permita verificarlos o falsarlos (Popper, 1996, 39-40); sin embargo, la pretensión de verificar todas las proposiciones conduce a la extinción de la ciencia. El principio de inducción se vuelve innecesario cuando se es consciente de la falibilidad del conocimiento humano; esto es, cuando se acepta el *carácter conjetural* del mismo; cuando se admite que la ciencia no es acumulación de verdades demostradas sino más bien una labor de corrección; de refutación de hipótesis existente a través de la crítica y del método de prueba y eliminación del error (Popper, 1997, 117).

También la revolución que se opera en los supuestos y conceptos básicos de la física en el siglo XX, conducirá a que estas creencias positivistas no puedan ser sostenibles ni siquiera en el mismo ámbito de la física, mostrando de paso, que tal ideal ha hecho crisis y que el paradigma positivista de un saber independiente del sujeto humano (objetivo) no es más que un espejismo.

Las críticas no sólo atacaron el método y los supuestos teóricos del neopositivismo sino también al lenguaje. El neopositivismo se apoyaba en la idea que sólo las proposiciones empíricas y verificables podrían ser consideradas enunciados significativos. En la práctica el neopositivismo consideraba que el lenguaje tenía una sola función, la de transmitir pensamientos o conocimiento. Wittgenstein, sin embargo, mostrará que el lenguaje es siempre un juego de lenguaje (Wittgenstein, 1998, 249 y ss.) y que la verdad y la objetividad sólo son posibles al interior de este juego del lenguaje;<sup>4</sup> en consecuencia, la racionalidad está supeditada a los diversos juegos del lenguaje en los que participaría, y dado que no hay un solo juego sino múltiples y variados juegos del lenguaje, es menester concluir que tampoco hay una única forma de racionalidad sino diversas expresiones de la misma.

La crítica al positivismo también fue evidenciada en el ámbito del pensamiento filosófico alemán. La Escuela de Frankfurt criticará duramente la reducción que el positivismo hizo de la razón a mera racionalidad instrumental. Para ellos lo empírico no puede ser el criterio último y justificador del conocimiento verdadero, pues la percepción de los hechos está mediado por la sociedad en la que el sujeto despliega su cotidianidad; por consiguiente, la percepción, para que sea real y no mera apariencia, no puede renunciar a percibir la totalidad social del momento histórico en que vive (Horkheimer, 1974, 223–272).

Husserl considerará que la crisis del positivismo debe verse como la crisis de la cultura moderna y de la ciencia europea; no es por tanto una crisis referida a los aspectos teóricos, metodológicos o prácticos de la ciencia, es una crisis de sentido de la mismas que se constata en el hecho de que las

---

<sup>4</sup> "...hay *innumerables* géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos 'signos', 'palabras', 'oraciones'. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, nacen y otros se envejecen y se olvidan..." (Wittgenstein, 1998, 39).

ciencias han perdido significado e importancia para la existencia y la subjetividad humana. Husserl considera, por consiguiente, que se hace necesario un regreso a las cosas mismas, un volver al mundo y a la forma como los objetos nos son dados en él; esto es, un retorno al “mundo de la vida” (Husserl, 1991). Este concepto de mundo de la vida va a ser retomado por el pensamiento de Alfred Schutz y desarrollado en sus trabajos en conexión con el concepto de intersubjetividad (Schutz, 1974, 71).

Es en este escenario que aparece hermenéutica filosófica de Gadamer a la que nos referiremos a continuación.

### 2.3. Gadamer y el giró hermenéutico

Esta crisis de la razón científica positivista también ha sido puesta en evidencia por la hermenéutica<sup>5</sup> filosófica de Gadamer<sup>6</sup>, que centra su análisis en el problema de la *comprensión*, no para enunciar una nueva teoría de la interpretación o una nueva preceptiva de la comprensión que permita elaborar un catálogo de reglas que nos permitan *comprender mejor*, sino para formular una nueva filosofía que se interese por el *comprender* como la forma de ser del *estar-ahí*.<sup>7</sup>

No es que la hermenéutica no pueda sugerir opciones metodológicas a las ciencias humanas o comprensivas, sino que, tal y como la entiende Gadamer, ella es primordialmente una filosofía trascendental que reflexiona sobre *las condiciones de posibilidad de comprensión de sentido en general*; ella no prescribe ni califica ningún método,<sup>8</sup> sus preocupaciones filosóficas se orientan a esclarecer los *presupuestos ontológicos* que permiten comprender algo en su sentido.

Gadamer inicialmente problematiza la especificidad de las ciencias del espíritu con respecto de las ciencias de la naturaleza, que hasta ese momento había obtenido respuestas del positivismo y del historicismo<sup>9</sup>; por consiguiente, la hermenéutica de Gadamer surge como alternativa a la

<sup>5</sup> La palabra hermenéutica originariamente esta atada a la actividad de interpretar textos, se dice que esta asociado a Hermes, el dios de las cosas ocultas y a un término derivado de éste, *hermético*, es decir, lo cerrado, oculto o secreto que no se deja fácilmente penetrar. En razón de ello se concibió la Hermenéutica como la disciplina del pensamiento que pretende develar los mensajes ocultos, oscuros y sagrados que lo divino quiso transmitir a los hombres; así la hermenéutica en sus inicios estuvo orientada al estudio de las escrituras sagradas. (Correas, 1998, 172).

<sup>6</sup> Hoy pueden resaltarse igualmente los trabajos de *Paul Ricoeur*, uno de los más importantes filósofos franceses del siglo XX. Ricoeur ha intentado reconciliar en sus trabajos distintas perspectivas, tales como la fenomenología, el existencialismo, la hermenéutica, el psicoanálisis, el estructuralismo, la teoría narrativa y la deconstrucción, lo que le ha permitido ofrecer una visión conciliadora entre las mismas.

<sup>7</sup> “...que Heidegger ha demostrado convincentemente que la comprensión no es una más entre las posibles maneras de comportamiento del sujeto, sino las formas de ser del estar-ahí (Dasein) mismo; y que así hay que entender el concepto de 'Hermenéutica', que indica la movilidad radical del estar-ahí, susceptible de extenderse al todo de su experiencia del mundo” (Gadamer, 1995, XVIII).

<sup>8</sup> “El propósito de Gadamer de retomar el diálogo con las ciencias humanas no tiene la finalidad de desarrollar una *metodología*, como podría sugerir el título después de Dilthey, sino la de demostrar en el ejemplo de estas ciencias entendedoras la insostenibilidad de la idea de un conocimiento de validez general y de sacar de quicio todo el planteamiento del historicismo” (Grondin, 1999, 158.)

<sup>9</sup> Es necesario distinguir entre *historicidad* e *historicismo*. La historicidad, es un término que ha sido usado de diversas maneras, pero que en la filosofía de Heidegger es una noción básica y ha influido en los autores que se han denominado *historicistas*. En Heidegger, la historicidad esta articulada a la *temporalidad* y hace referencia a la *estructura del ser del gestarse del ser ahí* en un sentido ontológico-existencial; por consiguiente, la historicidad en él no se refiere a una característica del pasado simplemente, sino a un rasgo básico que permite la *posibilidad de construir historia*. El historicismo es el nombre que se le ha endilgado a un conjunto de doctrinas y corrientes

mentalidad y a la racionalidad científica positivista en la que pueden incluirse: la racionalidad de la *física clásica* (nacida de la primera revolución científica de Galileo y Descartes y absolutizada por el positivismo), la racionalidad de la física relativista, indeterminista y cuántica, (surgida de la revolución que se opera en los supuestos y los conceptos fundamentales de la física en el siglo XX), y las propuestas del historicismo, (que pretendían hallar un método y una racionalidad propia que les permitiera elevar sus quehaceres y sus producciones cognoscitivas al rango de ciencia). En consecuencia, frente a la razón analítica y técnico-instrumental, el procedimiento axiomático y la búsqueda de la objetividad que reivindican el positivismo y el historicismo, la hermenéutica filosófica propone la rehabilitación de la razón práctica, una lógica de la pregunta y respuesta en él sentido socrático – platónico, que tiene como fundamento el diálogo y el lenguaje (Berti, 1994, 40-48).

Gadamer cuestiona la exigencia de un método propio para las ciencias del espíritu que garantice la validez de su conocimiento y la científicidad de las mismas. En ese sentido, su planteamiento inicial, esta encaminado a demostrar que el carácter científico de las ciencias del espíritu no puede comprenderse desde la idea de ciencia moderna (Gadamer, 1995, 15), ello exige recuperar la tradición humanista, de donde originariamente surgieron los conceptos que pueden dar cuenta de la pretensión de conocimiento en las ciencias del espíritu y que fue desplazada por el predominio del método de las ciencias exactas.

Gadamer afirma que, la decadencia de la tradición humanística, tiene su origen en la *estetización y subjetivación* que Kant lleva a cabo de los conceptos fundamentales del humanismo, específicamente, los relacionados con la *facultad del juicio y del gusto*, a quienes, en la tradición humanista, se les había atribuido *función cognoscitiva*.<sup>10</sup> La subjetivación Kantiana del concepto de gusto conduce a la *estetización y subjetivación* de la facultad del juicio, negándole por consiguiente, validez a cualquier conocimiento que no fuera producido por las ciencias naturales y constriñendo a las ciencias del espíritu a afirmarse en los principios metodológicos que proponen la ciencia moderna (Gadamer, 1995, 38).

De esta manera, la crítica y destrucción de la estetización, será un objetivo necesario en la búsqueda de una concepción adecuada del tipo de conocimiento que opera en las ciencias del espíritu, y del intento de formulación de una *Hermenéutica de las ciencias del espíritu* (Grondin, 1999, 161).

El punto de partida de lo anterior será, el develamiento que Heidegger hizo de la *estructura ontológica de la circularidad hermenéutica* y que afirma la existencia del *prejuicio* (Gadamer, 1995,

---

que resaltan la importancia del carácter histórico del hombre y de la naturaleza, lo que indica que dentro de él se pueden incluir diversas tendencias, que incluso, pueden resultar contrarias. En este caso, Gadamer se refiere al historicismo de Dilthey, Droysen y otros neokantianos. La crítica de Gadamer al historicismo se centra en que estos, a pesar de convenir la historicidad del saber humano, pretenden encontrar una especie de saber absoluto sobre la historia, lo que demuestra que el historicismo también fue hijo del cientificismo de su tiempo. Ésta obsesión epistemológica del historicismo fue duramente crítica además por Husserl y Heidegger. (Ferrater, 2001, 1662–1665).

<sup>10</sup> “Ello se debía al efecto (Gadamer vacila algo en la atribución) de la *Crítica de la Facultad del juicio* de Kant, que Subjetivizó y estetizó el gusto y, por lo mismo, le negó valor cognoscitivo. Aquello que no basta a los criterios de las ciencias naturales objetivas y metódicas se separó como meramente *subjetivo y estético* del reino del conocimiento” (Grondin, 1999, 160).

261) en el acto de entender. A partir de Heidegger la hermenéutica considerará que toda interpretación de un texto,<sup>11</sup> supone la existencia de una base previa de *prejuicios o precomprensiones*, conscientes o inconscientes, que son producto de la *temporalidad del estar ahí*, esto es, de la *historicidad*, y sin la cual no puede operarse la precomprensión, ni puede haber ningún tipo de conocimiento. Ellas valen en ese sentido, como *condiciones trascendentales del entender*.

La relación que se establece entre intérprete y texto es una relación mediada por la precomprensión. El intérprete pregunta al texto desde sus preconceptos tradicionales; en ese sentido, la teoría de la experiencia hermenéutica que propone Gadamer parte de la existencia de precomprensiones en el intérprete sin las cuales es imposible la comprensión.

Gadamer critica la actitud desdeñosa que frente al *prejuicio* tuvo la ilustración, por lo que propone recuperar la *tradicición y la autoridad* como fuentes primigenias de los *prejuicios* y de la verdad. La ilustración concibe la autoridad como sumisión y abdicación de la razón, en Gadamer ella es un acto de *conocimiento y reconocimiento* que se manifiesta de muchas formas, una de las cuales es la tradición (Gadamer, 1995, 263).

Gadamer apoyado en el concepto de *historia de la trasmisión*, tal y como lo elaboró la teoría literaria en el siglo XIX va a afirmar que la *historicidad* no es una limitación tal y como lo entendió el historicismo y el positivismo -que pretendió eliminar nuestros prejuicios en el proceso de conocer, a fin de hacer hablar a todas las cosas liberadas de toda subjetividad-, sino una categoría o *principio hermenéutico*.

Según él, frente a la *historia de la trasmisión* no somos libres de asumirla o no, ello no depende de nosotros sino que más bien estamos sometidos a ella de tal suerte que nuestra conciencia no puede mostrarse como autónoma. Al tratar de entender algo, lo hacemos dentro del horizonte que nos delimita la *conciencia de la historia de la trasmisión*, sin que exista posibilidad de cuestionar los límites que ella establece.

Mientras el historicismo aspiraba a una conciencia histórico-objetiva emancipada de todo condicionamiento, la hermenéutica filosófica argumenta que el poder de la historia no depende de que sea reconocido o no, ella sigue ejerciendo su influencia a pesar de creer que estamos por encima de ella<sup>12</sup>. En el acto de comprender el presente y el pasado se hallan en continua mediación, por lo que la comprensión no puede hacerse por fuera de la tradición; la historia tiene un significado hermenéutico por lo que la comprensión siempre es, en su esencia, un fenómeno histórico (Gadamer, 1995, 274).

---

<sup>11</sup> El concepto de texto en la hermenéutica filosófica debe entenderse en un sentido amplio, de tal suerte que dentro de esa noción debe englobarse lo escrito, pero también lo que el hombre piensa, habla, hace etc.

<sup>12</sup> "La definición del entender como un integrarse en el acontecer de la trasmisión significa que la subjetividad no es plenamente dueña de su aceptación del sentido o sin sentido de las cosas en cada caso (...) La historia de la trasmisión es antes ser que conciencia o, en términos hegelianos: mas sustancia que subjetividad. Por eso el poder que la historia tiene sobre nosotros es mucho mayor que el dominio que el dominio que nosotros podamos tener sobre la historia. (Grondin, 1999, 169.)

La tesis básica de la hermenéutica sitúa como eje central del análisis de la comprensión, al fenómeno lingüístico, pues el lenguaje es la forma primordial de circulación de todo conocimiento. En consecuencia, para la hermenéutica, la experiencia de lo real es primordialmente una experiencia lingüística que permite tratar los fenómenos como textos, textos que a su vez deben ser interpretados, esto es, comprendidos<sup>13</sup>. Sin embargo el entender remite al diálogo.

Entre comprender y preguntar hay, según Gadamer, una conexión insoluble, lo que supone -como ya se dijo-, una dialéctica de preguntas y respuestas en donde la pregunta no se limita sólo a interrogar el texto, además de ello, el intérprete debe hallar las preguntas para las cuales el texto es respuesta. Esta afirmación sugiere que la primera pregunta del intérprete no es por el texto sino por la *pregunta*.

Un texto es objeto de interpretación en la medida en que propone una respuesta a una posible pregunta de un intérprete, por lo que comprender un texto, encontrar el sentido de una frase, implica comprender esa pregunta. (Gadamer, 1995, 351 y ss.) La pregunta, a diferencia de lo que creyó el positivismo, determina por anticipado la perspectiva del comprender, por ello, lo fundamental no es suprimir las expectativas de sentido implícito en nuestras preguntas sino darle preeminencia para que los textos que se pretenden comprender puedan responder a ellas (Grondin, 1999, 169.).

Como ya lo habíamos indicado anteriormente, lo lingüístico aparece como el eje central de la comprensión en la medida en que ella acaece siempre mediada por el lenguaje, que es diálogo. Comprender es interpretar, pero la interpretación tiene lugar en el marco de un diálogo de preguntas y respuestas que remite a un lenguaje, lenguaje que le ha sido legado al intérprete por la tradición. Gadamer afirma que *el ser al que se puede entender es, lenguaje* (Grondin, 1999, 170).

La equivalencia que Gadamer hace entre diálogo y lenguaje constituye un ataque a la lógica proposicional, en la medida en que debe admitirse que el lenguaje no se realiza en proposiciones sino como diálogo. La lógica proposicional concibe la oración como una unidad de sentido autosuficiente, a lo que la hermenéutica responde argumentando que toda proposición esta inscrita dentro de un contexto dialógico del cual obtiene su sentido. Por consiguiente, entender un lenguaje exige mucho más que una operación intelectual de la cual se derive un contenido de pensamiento objetivable, requiere además, tomar en consideración que el mismo es el resultado de una tradición, es decir, de un diálogo en donde se funden el presente y el pasado.<sup>14</sup>

La hermenéutica de Gadamer concibe la actividad cognitiva desligada de las exigencias de neutralidad e imparcialidad prescritas por las tendencias que defienden el concepto objetivo de

---

<sup>13</sup> En Gadamer no hay distinción entre comprender e interpretar. La interpretación no puede verse como un acto complementario o adicional a la comprensión; por el contrario, la comprensión es siempre interpretación.

<sup>14</sup> "Gadamer se dirige, por tanto, contra la lógica proposicional que comprende el entender como un disponer de algo, cuando desarrolla su lógica hermenéutica de pregunta y respuesta que concibe el entender como participación en un sentido, en una tradición y, finalmente, en un diálogo. En este diálogo *no hay* proposiciones, sino preguntas y respuestas que a su vez provocan nuevas preguntas" (Grondin, 1999,172).



conocimiento y el esquema de separación sujeto-objeto, según esta tesis, no puede existir objetividad porque el sujeto está involucrado *tanto como el texto* en el acto mismo de comprender, su papel es activo y creativo en el proceso de interpretación. La existencia del *círculo hermenéutico* apunta precisamente a la disolución de esa separación del objeto y el sujeto, por cuanto enuncia, más bien el constante intercambio y fusión de horizontes entre productor, texto e intérprete.

En el proceso de comprensión, la actitud inicial del intérprete es la de dejarse decir algo del texto, pero esta no es, por decirlo de alguna manera, una actitud ingenua, a su vez, el intérprete lleva una precomprensión que surge de sus pre-juicios y de la tradición, estas como ya se ha sugerido, son anticipaciones de sentido que pueden o no ser confirmadas.

Lo anterior no quiere decir que la comprensión sea algo puramente subjetiva, en ella también hay elementos objetivos, que constituyen los preconceptos de la comprensión, de los que no se puede escapar, y que están limitados por la temporalidad tanto del objeto como del sujeto. Es esta distancia temporal, la que permite que se desechen los preconceptos inadecuados y afloren aquellos que permiten comprender el objeto en su significatividad. En el anterior sentido, la comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva, el intérprete entra en el horizonte de la comprensión, fusiona su horizonte con el texto, no lo reproduce sino que lo conforma, lo rehace desde sus precomprensiones (Kaufmann, 1999, 99).

### **3. CONSIDERACIONES FINALES: LA INFLUENCIA DE LA HERMENÉUTICA EN EL DERECHO**

Señala Kauffmann, que tanto desde la tradición del pensamiento iusnaturalista como desde el positivismo jurídico, se ha defendido la idea de un concepto objetivo de conocimiento, un concepto de Derecho ontológico sustancial, la ideología de la subsunción, contra todas estas tesis reacciona la hermenéutica, que en Kauffmann no es un método sino una filosofía trascendental que fija las condiciones de posibilidad de comprensión de sentido en general<sup>15</sup>.

Bajo el influjo del positivismo y de la teoría de la ciencia del siglo XIX, se consideró que la aplicación del Derecho no sería algo distinto de una subsunción lógica del caso en la ley. El dogma de la subsunción fue posible en el pensamiento deductivo que operaba en sistemas cerrados. Ejemplo de ello fueron las grandes codificaciones que vieron, en estas grandes constricciones racionales, la hechura acabada y cerrada que contenía un sistema coherente y completo de enunciados que no requerían de explicación alguna. Bajo estos presupuestos, el juez debe apegarse a la letra de la ley sin consultar su espíritu, y debe entenderse que la sentencia es una copia exacta de la ley<sup>16</sup>.

Sin embargo, Kauffmann constata que nadie admite que la aplicación del Derecho sea un silogismo, ni que el juez, al decidir un caso, se comporte como un autómata, que sólo necesita conocer la norma para deducir de ella una solución. Ahora bien, si de reconocer la ausencia de plenitud del ordenamiento jurídico y la existencia de lagunas, y concomitante con ellos, la prohibición del juez

---

<sup>15</sup> KAUFFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá. 1999, pp. 98-99.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 114.

de denegar justicia, debe reconocerse entonces, la tarea creadora del juez para llenar esas lagunas<sup>17</sup>.

Kauffmann alude a una resolución del Tribunal Federal de Justicia alemán, en un caso muy sonado, de *huelga pasiva*. Al parecer, se trató de unas mujeres que el tribunal condenó por bloquear una calle, frente a un depósito de armas y municiones, en protesta contra la guerra y para reclamar la paz. El tribunal las condenó, sugiriendo, que dicho veredicto se fundaba en criterios objetivos y se hallaba libre de valoraciones.<sup>18</sup>

La crítica de Kauffmann se orienta a mostrar que del análisis de la fundamentación invocada, puede comprobarse que, en realidad, por lo menos la mayoría de los jueces, tenían una idea preconcebida antes de llegar al proceso, que habría influido en la decisión final. Los jueces del tribunal declararon que a las acusadas (mujeres y ambas notables personalidades) las condenó la letra de la ley y no sus valoraciones personales. Al querer los jueces mostrarse como absolutamente objetivos, querían, según Kauffmann, deliberadamente excluir de sus ponderaciones, aquellas valoraciones y convicciones políticas, que en efecto existían, de su discurso público.<sup>20</sup>

Kauffmann no critica el resultado material de la sentencia sino el método que se usó para fundamentarla, pues al contrario de lo que se dice, lo que es evidente, es que los jueces tuvieron un perjuicio o una precomprensión, y ello tampoco es reprochable, pues toda *comprensión* se inicia con una *precomprensión*; lo cuestionable es que no se evidencie y se introduzca como parte de la argumentación.

Introducir en el curso de la argumentación los motivos y convicciones personales, no afecta, según Kauffmann, la legitimidad de las sentencias, a menos que sigamos sometidos a los postulados positivistas y al esquema defendido por él, que separa el objeto del sujeto de conocimiento,<sup>21</sup> que propugna un juez objetivo.

Además de este ejemplo, Kauffmann cita otros, que desmienten la posibilidad de hallar, en el método jurídico tradicional, un criterio de cientificidad que permita valorar como objetivo una decisión; ello sobre todo cuando la discusión y la argumentación gira en torno a *conceptos jurídicos indeterminados* o *cláusulas generales* en donde la discusión gira en torno de opiniones y no de conocimiento; es el caso que se da cuando se introducen términos como buenas costumbres, recta razón, etc.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>21</sup> La hermenéutica no admite el concepto objetivo de conocimiento y arremete duramente contra el esquema de separación sujeto-objeto en el ámbito de la comprensión o interpretación. La comprensión es siempre y a un mismo tiempo objetiva y subjetiva. Quien comprende no reproduce pasivamente el objeto como lo pensó el positivismo, lo conforma y recrea, y esto vale para todas las disciplinas interpretativas, entre las cuales ubicamos a la jurisprudencia. (*Ibid.*, p. 99-100).

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 121-123.

No sólo la cuestión relativa a los conceptos ambiguos e indeterminados, Kauffmann, advierte los problemas que surgen, como consecuencia de la imposibilidad de certeza respecto del número de argumentos utilizados en la tarea jurídica de interpretación, de la carencia de un orden racional jerárquico y de que, como ya lo indicaba, Karl Englsch, cada método conduce a un resultado diferente y en ocasiones contradictorio.

Esta incertidumbre hace que, con frecuencia, los tribunales y jueces usen el método de interpretación que lleve a resultados satisfactorios. Esta *aplicación jurídica de resultado*, tiene un carácter positivo; según Kauffmann, si la anticipación del resultado se ve como una hipótesis provisional o precomprensión hermenéutica.<sup>23</sup>

La rehabilitación de la razón práctica por la hermenéutica filosófica de Gadamer, replantea las exigencias de neutralidad e imparcialidad prescritas por las tendencias que defienden el concepto objetivo de conocimiento y el esquema de separación sujeto-objeto. Para la hermenéutica no puede existir objetividad porque el sujeto está involucrado *tanto como el texto* en el acto mismo de comprender; su papel es activo y creativo en el proceso de interpretación. La existencia del *círculo hermenéutico* apunta precisamente a la disolución de esa separación del objeto y el sujeto, por cuanto enuncia, más bien el constante intercambio y fusión de horizontes entre productor, texto e intérprete.<sup>24</sup>

En el proceso de comprensión, la actitud inicial del intérprete es la de dejarse decir algo del texto, pero esta no es, por decirlo de alguna manera, una actitud ingenua; a su vez, el intérprete lleva una precomprensión que surge de sus pre-juicios y de la tradición, que en realidad son anticipaciones de sentido que pueden o no ser confirmadas.

Lo anterior no quiere decir que la comprensión sea algo puramente subjetiva; en ella también hay elementos objetivos que son los preconceptos de la comprensión, de los que no se puede escapar, y que están limitados por la temporalidad tanto del objeto como del sujeto; y es esta distancia temporal la que permite que se desechen los preconceptos inadecuados y afloren aquellos que permiten comprender el objeto en su significatividad; por consiguiente, la comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva; el intérprete entra en el horizonte de la comprensión, fusiona su horizonte con el texto, no lo reproduce sino que lo conforma, lo rehace desde sus precomprensiones<sup>25</sup>.

Al decir de Kauffmann, lo que hace la hermenéutica es integrar lo irracional con lo racional, de tratar de esclarecer aquellos procesos que no son del todo racionales, como la idea de *sentimiento del Derecho* que alguna vez propuso G. Radbruch y que él lo entiende como el arte de tener precomprensiones correctas. En el derecho, las precomprensiones introducen el elemento humano y hacen evidentes las razones subyacentes en la aplicación del Derecho<sup>26</sup>. Este hecho

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp.124-125.

<sup>24</sup> KAUFFMANN, Arthur. *Hermenéutica y derecho*. Editorial Comares, Granada, 2007, pp.93-94.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

emparienta a la jurisprudencia con el arte (ars) tal y como la entendieron los romanos, aunque ello no quiera decir que no pueda ser considerado como ciencia.

La perspectiva hermenéutica lo que hace es corroborar lo que algunas corrientes de finales del siglo XIX (Escuela libre del derecho) y principios del XX (Esser) sostuvieron en relación con la tarea creativa y valorativa del juez en la fundamentación y aplicación judicial del derecho, pero a diferencia de aquellas, para la hermenéutica, considera que la tarea creativa no acontece de manera excepcional y atípica en la práctica judicial.<sup>27</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

CORREAS, Oscar. (1998). *Metodología Jurídica, una Introducción Filosófica*. México: Editorial Fontamara.

HANS-GEORG, Gadamer. *Verdad y Método*. Madrid: Editorial Herder, 1995.

HORKHEIMER, Max. (1974) *Teoría crítica*, Buenos Aires: Amorroutu.

GRONDIN, Jean. *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Editorial. Heder, 1999.

KAUFFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá. 1999.

KAUFFMANN, Arthur. *Hermenéutica y derecho*. Editorial Comares, Granada, 2007.

FERRATER MORA. *Diccionario Filosófico*. (1ª reimpresión). Barcelona: Editorial Arielna. (2001).

MILLAR, David. (1997). *Popper escritos Selectos*. México: Fondo de Cultura económica.

POPPER, Karl. (1996). *La Lógica de la investigación científica*. México: Fondo de Cultura Económica.

RICKERT, Enrique. (1965). *Ciencia cultural y ciencias naturales*, Argentina: Ediciones Espasa- Calpe, S.A.

SCHUTZ, Alfred. (1974). *El problema de la realidad social*. Buenos Aires: Amorrortu.

SERNA, Pedro. "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kauffmann", En, SERNA, Pedro (dir.) *De la argumentación a la hermenéutica*. Editorial Colmenares, Granada, 2003.

WEBER, Max. (1986). *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Barcelona: Ediciones Planeta-Agostini.

---

<sup>27</sup> SERNA, Pedro. "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kauffmann", En, SERNA, Pedro (dir.) *De la argumentación a la hermenéutica*. Editorial Colmenares, Granada, 2003, pp. 216-217.