

INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA VS. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA CRÍTICA Y PROPUESTA A TRAVÉS DE LA HERMENÉUTICA DE GADAMER*

*ORIGINALIST INTERPRETATION VS. EVOLUTIONARY
INTERPRETATION*

*CRITICISM AND PROPOSAL THROUGH GADAMER'S
HERMENEUTICS*

*Francisco Matías Gordillo Saravia***

Resumen: La interpretación de textos jurídicos en general, y de textos constitucionales en particular, caracterizados por una cierta antigüedad con relación al intérprete actual, ponen de manifiesto una situación problemática provocada por la discontinuidad objeto-sujeto, mediada por la distancia en el tiempo, donde la dificultad radica en el distinto significado, sentido y alcance, que dichos textos puedan tener en uno y otro momento histórico. Corrientes doctrinarias en general antagónicas, que pueden agruparse en Originalistas y Evolutivistas, pretenden dar solución al problema y arribar a la interpretación adecuada o correcta. El pensamiento hermenéutico de Hans Georg Gadamer permite demostrar la insuficiencia de tales corrientes, al mismo tiempo que aporta herramientas para observar, describir, y entender las condiciones en que resulta posible arribar a la comprensión de los textos normativos.

Palabras-clave: Interpretación jurídica - Originalismo y Evolutivismo - Hermenéutica.

Abstract: The law interpretation in general, and of constitutional texts in particular, when there is a certain time distance with the contemporary interpreter, reveal a problematic situation that arises caused by the

*Trabajo recibido el 10 de febrero de 2016 y aprobado para su publicación el 18 de marzo del mismo año.

**Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba - FDCE UNC). Maestría en Derecho y Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (FDCE UNC) en cursado. Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (FDCE UNC).

object-subject discontinuity, where the obstacle consists in the different meaning, sense and scope, that those texts can have at one particular historical time. There are two antagonical theoretical positions, which can be identified as Originalism vs. Living Constitution that hope to provide for valid solutions to the issues, in order to acquire the adequate or correct interpretation. The hermeneutic method of Hans Georg Gadamer enables to demonstrate the deficiency of such positions, providing at the same time tools in order to observe, describe and comprehend the conditions in which is possible to achieve the understanding of the law.

Keywords: Legal interpretation - Originalism and Living Constitution - Hermeneutic.

Sumario: I. Introducción.- II. Originalismo - Evolutivismo. II.1. La función jurisdiccional y la interpretación jurídica. II.2. La situación problemática - dos ejemplos. II.3. Interpretación originalista vs. interpretación progresiva o evolutiva.- III. Crítica al originalismo y evolutivismo bajo una óptica gadameriana.- IV. Una propuesta de acercamiento a la comprensión. IV.1. Gadamer, la fusión de horizontes y el círculo hermenéutico. IV.2. La aplicación de los círculos hermenéuticos.- V. Reflexión final.

I. Introducción

En la actividad de interpretación jurídica en general, y en la interpretación de textos constitucionales en particular, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, solemos encontrar el enfrentamiento antagónico de dos corrientes ideológicas o doctrinarias a las que llamaremos “Originalista” (o subjetivista) por un lado y “Evolutiva” (u objetivista) por el otro.

En el presente trabajo, luego de brindar una explicación sobre dichas posturas interpretativas, formularemos una crítica a las mismas bajo el prisma de la hermenéutica de Hans Georg Gadamer, y posteriormente llevaremos dicho pensamiento filosófico a un intento de superar tal antagonismo, como precondition de comprensión.

II. Originalismo - Evolutivismo

II.1. La función jurisdiccional y la interpretación jurídica

A fin de contextualizar el presente trabajo, esbozaremos una serie de conceptos a modo de presupuestos que por cuestiones de extensión no discutiremos aquí.

Bajo el paradigma clásico de la función judicial, el razonamiento del juez debe adoptar la forma de un silogismo, en el cual la premisa mayor está constituida por la norma legal válida y vigente, y la premisa menor por los hechos de la causa, debiendo establecerse si estos últimos coinciden o no con las reglas a aplicar. De tal confrontación surgirá, entonces, la conclusión o resolución de la litis. Las decisiones judiciales, tienen que resultar -también según una versión comúnmente aceptada- de aplicaciones del derecho objetivo, entendido como un sistema de normas generales, previamente existente a cada decisión. Dicho de otra manera: las normas que constituyen las sentencias tienen

que “derivarse, del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (una fórmula usual utilizada en la práctica judicial, por ejemplo, de la Corte Suprema de Justicia de Argentina) (1). Cuando el juez debe resolver aplicando normas constitucionales o convencionales que mayormente enuncian principios, se tornan frecuentes los llamados “casos difíciles”, en los que el juez habrá de resolver el conflicto por medio de la argumentación, como medio de garantizar la razonabilidad de la decisión.

En el caso argentino, dirigiendo nuestra mirada en materia constitucional a los Tribunales Superiores de provincias, o a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, observamos en dicha función jurisdiccional una permanente (y necesaria) actividad de interpretación.

En este sentido, de las tres grandes familias de teorías de la interpretación que se confrontan en la literatura jurídica moderna adscribiremos, a los fines del presente, a la denominada por Riccardo Guastini “teoría intermedia” (entre la teoría “cognitiva” y la teoría “escéptica”), que sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y a veces una actividad de decisión discrecional a causa de la irreductible “textura abierta” (es decir la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, de lo que se sigue que para toda norma, existen casos “fáciles”, que seguramente recaen en su campo de aplicación, como también casos marginales “difíciles”, respecto de los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que estos casos se sitúan en una “zona de penumbra”. Por ello los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos de “penumbra”, ya que en esos supuestos la decisión de la controversia requiere de una elección entre al menos dos soluciones alternativas. De ello se desprende que la interpretación que realizan estos operadores implica la atribución de significado en situaciones de duda. Hay una decisión del intérprete sobre el significado de un texto -adscribe un significado a ese texto- cuando se mueve en el área de penumbra; es decir cuando se resuelve un caso dudoso, y por el contrario, el intérprete se limita a describir, o descubrir, el significado de un texto siempre que resuelve un caso claro (2).

II. 2. La situación problemática - dos ejemplos

Ahora bien, ante la referida necesidad de interpretar, los operadores recurren a diversas herramientas que brindan las distintas doctrinas de interpretación.

Pondremos la atención en un problema que enfrenta a algunas de estas doctrinas, cual es -adelantando conceptos de la hermenéutica de Gadamer- “la distancia en el tiempo” existente entre los textos normativos y la actualidad del intérprete, lo que se da especialmente en los textos constitucionales sobre los que tenemos particular interés en este trabajo.

(1) CARACCILO, Ricardo. “Paradigmas de decisión judicial”, *Revista Brasileira de Filosofia*, año 61, Vol. 238, 2012, pp. 91-116.

(2) GUASTINNI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, Ciudad de México, 1999, pp. 16-17.

¿Qué significado tiene el texto normativo? ¿El que tenía al momento de su entrada en vigor? ¿El que tiene en el momento en que es interpretado y eventualmente aplicado?

Dos ejemplos facilitarán la comprensión de la exposición.

La discusión sobre estas posturas ha resurgido en los Estados Unidos de América, con motivo de que en algunos Estados aún se aplica la pena de muerte. Al respecto Guastini relata que la octava enmienda (1791) de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe que se inflijan penas “cruels e inusuales”. Es obvio que hoy en día son “inusuales” y son sentidas como “cruels” sanciones penales que en 1791 no eran tales: por ejemplo, la pena de muerte. Por lo que la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte, si se la interpreta de manera “evolutiva”; la consiente, si se la interpreta de manera “originalista” (3).

Como ejemplo a nivel local, nuestra Constitución argentina (1853/1860) habla de “libertad de prensa”. Ahora bien, siendo que en aquella época el único medio de comunicar masivamente las ideas era mediante la imprenta, cabe preguntarse si tal libertad, expresada a través de los posteriores medios de comunicación que trajo la modernidad, como la radio, el cine, la televisión, el video, la internet, etc. merecen idéntica protección constitucional.

II.3. Interpretación originalista vs. interpretación progresiva o evolutiva

En el contexto expuesto en el punto 1 (la función jurisdiccional) y frente a la situación señalada en el punto 2 (la situación problemática), señala Nino que la tarea de asignar significado a actos lingüísticos, textos y prácticas es un paso valorativo sumamente complejo y controvertido. Hay generalmente dos grandes criterios que compiten para asignar tal sentido: el *subjetivista*, que toma en cuenta la intención del agente del acto lingüístico, del autor del texto o de los participantes en la práctica, y el *objetivista*, que toma en consideración el uso común y regular de las expresiones empleadas en aquéllos, independientemente que coincidan o no con esas intenciones. Esta competencia entre diferentes criterios se exterioriza especialmente, como es sabido, en materia constitucional, manifestándose en la controversia entre los *originalistas*, que pretenden tomar en cuenta las creencias y actitudes de los padres fundadores, y los partidarios de una interpretación *progresiva*, que toman en cuenta el significado objetivo de los términos empleados en la Constitución en el momento de su aplicación (4).

La doctrina *originalista* se apoya en la denominada intención del legislador. Siguiendo a Nino en este punto, para esta posición el significado de toda pieza de lenguaje depende de la intención de quien lo emplea, ya que el lenguaje es un medio de comunicación y la comunicación se da en la medida en que la intención del emisor sea captada por el receptor; ¿por qué debería ser distinto el caso de los textos jurídicos o constitucionales? Si no nos dejamos perturbar por la trascendencia de la cuestión y por las especulaciones

(3) GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, Centro de estudios políticos y constitucionales, colección El Derecho y la Justicia, Madrid, 2014, p. 114.

(4) NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 82/83.

filosóficas que la rodean, un texto constitucional o legislativo es una pieza del lenguaje que ha sido empleada con el fin de comunicarse, ¿por qué deberíamos convertirla en otra cosa, mediante el recurso de presupuestos extraños al proceso de comunicación? Si las necesidades en función de las cuales está el derecho se satisficieran por otros medios que eximieran del empleo del lenguaje, se usarían tales medios (5).

Esta doctrina de interpretación se apoya en el significado “subjetivo” del texto normativo, por lo que a tales textos se les debe atribuir el significado conforme la intención (o voluntad) de la autoridad normativa (legislador, los padres constituyentes, etc.) sin importar que se trate de textos muy antiguos.

Se fundamenta en la tesis, genéricamente intencionalista, según la cual los textos normativos no incorporan otro significado que aquel querido por su autor, combinada, sin embargo, con la tesis -típicamente política- según la cual los intérpretes no tienen las credenciales para remediar la inercia de las autoridades normativas, cambiando ellos mismos el derecho, por vía interpretativa, cuando no cambien los textos normativos. Si -por ejemplo- les fuese consentido a los intérpretes atribuir a una cláusula constitucional un sentido distinto del querido por los constituyentes, ellos se arrogarían el poder constituyente (o poder de reforma constitucional), usurpándolo (6).

Conviene aclarar aquí, que esta postura es objeto de múltiples críticas en cuanto a la posibilidad de recuperar la intención de la autoridad normativa (7). Sin embargo no trataremos aquí esta cuestión, si no que, por el contrario, a los fines del análisis que se efectúa, se partirá del presupuesto de que efectivamente sería posible determinar dicha “intención del legislador”.

Conforme reflexiona Gargarella sobre la cuestión en materia de textos fundacionales, una forma de “anclar” la interpretación constitucional, impidiendo al intérprete que ponga, en lugar del texto de la Constitución, sus propias opiniones, parece ser la de “fijar” el contenido de la misma al sentido original que le dieron sus creadores. En su presentación más habitual, esta postura “originalista” se muestra como opuesta a la de interpretar la Constitución como un “texto vivo”. Los “originalistas” objetan esta visión, en particular, y proponen dejar el texto constitucional “anclado” en su sentido primero.

La idea es que la ciudadanía ha dado forma y firma a una Constitución, y que se ha comprometido entonces a respetar dicho texto mientras esté vigente. La propia ciudadanía, como dijéramos, conserva en sus manos las llaves del cambio: ella puede modificar la Constitución cuantas veces quiera. Mientras no lo haga, los intérpretes de la misma

(5) NINO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 85.

(6) GUASTINI, Riccardo. Ob. cit., p. 375.

(7) Las principales críticas se centran en la dificultad de seleccionar los hechos que constituyen manifestaciones de la intención (exposiciones de motivos, discursos parlamentarios, etc.); luego sobre la posibilidad de construir una intención a partir de la intervención de una pluralidad de órganos o de órganos colectivos que intervienen en la sanción de las constituciones y de las leyes. En este sentido se señala que las presuntas intenciones no son más que una metáfora que antropomorfiza el proceso legislativo o constituyente tomado como un todo.

-digamos, los jueces- tienen que someterse a dicho texto, y atarse al significado que le atribuyeron sus creadores. Y cuando estos últimos se decidan a modificar la Constitución, sus intérpretes -digamos, los jueces- deberán, obedientemente, tomar nota de estas nuevas pautas y asegurar el respeto de las mismas. Como subordinados de la voluntad pública que son, no tienen otra opción más que ésa (8).

La doctrina *Evolutiva* por su parte es aquella que trabaja con una interpretación que atribuye a un texto su significado actual. Rechazando o, en todo caso, apartándose de anteriores interpretaciones consolidadas, atribuye a un texto normativo un significado nuevo, distinto del que históricamente había asumido. En general, este tipo de interpretación se basa en la idea de que, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales, etc.) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (“evolucionar”) asimismo el modo de interpretarla. En suma, la interpretación evolutiva tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico (9).

Con relación a esta postura expresa Gargarella que la decisión de ponernos a pensar “aquí y ahora” sobre qué es lo que significa la Constitución podría sostenerse al menos a partir de dos argumentos. Por un lado, ella se basaría en el reconocimiento de que vivimos en una sociedad democrática, y en la convicción de que en una sociedad de este tipo no puede haber otra fuente de autoridad más alta que la de la propia comunidad. ¿Quién, sino la propia comunidad, puede darle sentido al compromiso colectivo con ciertos ideales de justicia o igualdad? ¿Un filósofo? ¿Algún sacerdote? ¿Algún iluminado? Por otro lado, dicha alternativa promete convertir a la Constitución en un texto más cercano a nosotros y a nuestras necesidades y problemas de todos los días.

La idea de tener una Constitución “viva” resulta, a primera vista al menos, muy atractiva, porque ella viene a descalificar una alternativa que parece claramente desagradable, cual es la de estar “sujetos por la mano muerta del pasado”. Quienes postulan la “actualización” permanente de la Constitución nos prometen, entonces, una vida jurídica “moderna”, acorde a los tiempos. Ellos no quieren que la sociedad se vea impedida de “avanzar” de acuerdo con las ideas más evolucionadas de nuestros tiempos, ni veneran como “intocable” la obra realizada por sus antecesores. Quieren que la Constitución sea un instrumento para la libertad y no un freno a ella (10).

III. Crítica al originalismo y evolutivismo bajo una óptica gadameriana

Nos ha interesado la obra “Verdad y Método” de Gadamer como forma de estudiar y enfrentar las condiciones de posibilidad de la comprensión del sentido de los textos jurídico-normativos, en particular de los constitucionales. Bajo la luz que irradia tal obra creemos poder realizar una crítica a las doctrinas interpretativas antes descriptas, utilizando el propio texto del autor.

(8) GARGARELLA, Roberto. *La dificultosa tarea de la interpretación constitucional*, Manuscrito, UBA/CONICET, 2013.

(9) GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, ob. cit., pp. 50/51.

(10) GARGARELLA, Roberto. Ob. cit.

Con relación al *originalismo*, entendemos que se puede formular el mismo cuestionamiento que Gadamer realiza al ideal de objetividad propio de las ciencias naturales, y a la Ilustración, que renuncia a un acuerdo sobre la comprensión, cuando postula que el “entendimiento completo” de un texto sólo debe alcanzarse por el camino de la interpretación histórica (11). Creemos que el originalismo no afronta debidamente un problema esencial cual es la distancia existente entre el sujeto (intérprete) y su objeto de interpretación (textos legales o constitucionales de antigüedad en el sentido que nos interesa).

Gadamer señala que la distancia en el tiempo no es en consecuencia algo que tenga que ser superado. Este era más bien el presupuesto ingenuo del historicismo: que había que desplazarse al espíritu de la época, pensar en sus conceptos y representaciones en vez de en las propias, y que sólo así podría avanzarse en el sentido de una objetividad histórica. Por el contrario, de lo que se trata es de reconocer la distancia en el tiempo como una posibilidad positiva y productiva del comprender. No es un abismo devorador, sino que está cubierto por la continuidad de la procedencia y de la tradición, a cuya luz se nos muestra lo transmitido (12).

Los prejuicios y opiniones previos que ocupan la conciencia del intérprete no están a su disposición; éste no está en condiciones de distinguir por sí mismo los perjuicios productivos que hacen posible la comprensión de aquellos otros que la obstaculizan y producen los malentendidos (13). Con dureza expresa Gadamer que esta es la ingenuidad del objetivismo histórico, la pretensión de que uno puede hacer caso omiso de sí mismo; el intérprete no puede olvidar su historicidad con su confianza en la metodología de su procedimiento. En este punto -señala- conviene dejar de lado este pensamiento histórico mal entendido y apelar a uno mejor entendido. Un pensamiento verdaderamente histórico tiene que ser capaz de pensar al mismo tiempo su propia historicidad. Sólo entonces dejará de perseguir el fantasma de un objeto histórico que lo sea de una investigación progresiva, aprenderá a conocer en el objeto lo diferente de lo propio, y conocerá así tanto lo uno como lo otro (14).

También encontramos en “Verdad y Método” una posibilidad de cuestionar a las doctrinas *evolutivistas* en el sentido que hemos descrito.

En primer lugar, en cuanto que la condición hermenéutica suprema y -agregamos- necesaria, es poner en suspenso por completo los propios prejuicios (15).

Lo que a nuestro modo de ver no contempla el evolutivismo, es que, como afirma Gadamer, la anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con

(11) GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1997, p. 362.

(12) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 367.

(13) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 365.

(14) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., pp. 369, 370.

(15) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 369.

la tradición (16). Y todo encuentro con la tradición realizado con conciencia histórica experimenta por sí mismo la relación de tensión entre texto y presente. La tarea hermenéutica consiste en no ocultar esa tensión en una asimilación ingenua, sino en desarrollarla conscientemente (17).

El filósofo alemán, enseña que cuando intentamos entender un texto no nos desplazamos hasta la constitución psíquica del autor, sino que, ya que hablamos de desplazarse, lo hacemos hacia la perspectiva bajo la cual el otro ha ganado su propia opinión. Y esto no quiere decir sino que intentamos que se haga valer el derecho de lo que el otro dice (18).

El que omita este desplazarse al horizonte histórico desde el que habla la tradición estará abocado a malentendidos respecto al significado de los contenidos de aquella. En este sentido parece una exigencia hermenéutica justificada el que uno se ponga en el lugar del otro para poder entenderle (19).

IV. Una propuesta de acercamiento a la comprensión

IV.1. Gadamer, la fusión de horizontes y el círculo hermenéutico

Como se señalara en el punto II del presente trabajo, el Juez necesita realizar en no pocas ocasiones interpretación de textos jurídicos-normativos para su aplicación al caso concreto. Por ello nos ha interesado la tarea hermenéutica entendida como arte de la interpretación de textos, como esfuerzo intelectual que intenta fijar su sentido (20).

Más particularmente, y en relación a textos de este tipo, pero de cierta antigüedad, especialmente constitucionales (piénsese en la Constitución norteamericana de 1787 o la Constitución argentina de 1853) atrae nuestra atención la hermenéutica como un intento de encontrar una respuesta a la pregunta de cómo sea posible la comprensión allí donde el objeto de ésta no está inmediatamente dado y existe así una tendencia a esa discontinuidad sujeto-objeto cuyo nombre habitual es el malentendido (21).

En este sentido es que nos ha resultado luminosa la obra de Gadamer frente a las posturas doctrinarias de interpretación descriptas (originalismo y evolutivismo).

Pero -y este es un presupuesto importante del trabajo- no pretendemos encontrar en dicha obra un "método" científico para arribar a la decisión sobre si determinada interpretación de un texto es verdadera o falsa, correcta o incorrecta, o para validar los criterios de confirmación o rechazo de las hipótesis de interpretación. De hecho conside-

(16) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 363.

(17) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 377.

(18) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 361.

(19) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 373.

(20) HERNÁNDEZ-PACHECO, Javier. *Corrientes actuales de filosofía*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, Vol. 1, p. 230.

(21) HERNÁNDEZ-PACHECO, Javier. Ob. cit., p. 230.

ramos, utilizando las propias palabras de Gadamer, que el verdadero sentido contenido en un texto no se agota al llegar a un determinado punto final, sino que es un proceso infinito (22), por lo que difícilmente pueda arribarse a una “verdadera” o “correcta” interpretación (23).

Lo que sí creemos puede aportar la filosofía gadameriana, son las condiciones bajo las cuales es posible acercarnos a una comprensión del objeto en cuestión.

Como se dijera, nos ha interesado puntualmente la interpretación de textos constitucionales, los cuales por lo general ostentan una cierta antigüedad con relación al intérprete actual. En esta tarea interpretativa encontramos una discontinuidad objeto-sujeto, mediada por la distancia en el tiempo, donde el problema radica en el distinto significado, sentido y alcance, que dichos textos puedan tener en uno y otro momento histórico, como quedara patentizado en los ejemplos propuestos en el punto II.2. del presente trabajo.

Así tenemos, por un lado un texto en que se expresan las normas constitucionales; texto que tiene un autor y un contexto histórico en el que ha surgido, y por otro lado el intérprete “actual”, sea el dogmático o el juez que requiere resolver un caso concreto. De lo que se trata es de ponernos de acuerdo para arribar a una comunidad de sentido, puesto que como Gadamer enseña, el objetivo de toda comprensión y de todo consenso montado sobre ella es el acuerdo en la cosa misma (24).

El texto constitucional y el referido contexto histórico constituyen un horizonte de sentido, y el que quiera entender tendría que estar dispuesto a dejarse enseñar por el él, es decir ser sensible a la alteridad del texto. Pero como reflexiona Hernández-Pacheco, tampoco este reconocimiento de la alteridad del texto y de la necesidad de adoptar respecto de él una actitud receptiva, supone neutralidad por parte del sujeto hermenéutico y mucho menos su autodisolución (25).

Cuando el intérprete jurídico ingresa en ese ámbito, lo hace con una conciencia históricamente moldeada, producto de la tradición a la que pertenece, en un tiempo y lugar determinados, y con un cúmulo de prejuicios que le son inescindibles en principio, lo cual también constituye el horizonte de sentido del que pretende comprender.

Debemos aceptar entonces que la comprensión de un texto de este tipo implica una fusión de horizontes entre el autor y contexto histórico en el cual dicho texto surgió, y el contexto histórico y cultural en el que el sujeto intérprete se desenvuelve.

Señala el filósofo alemán que cada época entiende un texto transmitido de una manera peculiar, pues el texto forma parte del conjunto de una tradición por la que cada época

(22) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 38.

(23) Lo cual no quita -por supuesto- que consideremos necesario arribar a la interpretación “más adecuada” para resolver el “caso concreto”, cuando éste lo requiera. Pero, se insiste, “más adecuada” no significa para nosotros “verdadera” o “correcta”.

(24) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 362.

(25) HERNÁNDEZ-PACHECO, Javier. Ob. cit., p. 236.

tiene un interés objetivo y en la que intenta comprenderse a sí misma. El verdadero sentido de un texto como tal, como éste se presenta a su intérprete, no depende del aspecto puramente ocasional que representan su autor y su público originario. O por lo menos no se agota en esto. Pues este sentido está siempre determinado también por la situación histórica del intérprete, y en consecuencia por el todo del proceso histórico (26).

Es aquí donde adquiere relevancia como forma de comprensión el denominado “círculo hermenéutico”, donde el intérprete debe anticipar el sentido del todo, pero también debe tener la capacidad de ampliar, corregir, reconstituir dicho sentido total, en la medida en que los contenidos o momentos parciales no encajan en el modelo.

Dice Gadamer que este proceso de construcción está sin embargo dirigido por una expectativa de sentido procedente del contexto de lo que le precedía. Por supuesto que esta expectativa habrá de corregirse si el texto lo exige. Esto significa entonces que la expectativa cambia y que el texto se recoge en la unidad de una referencia bajo una expectativa de sentido distinta. El movimiento de la comprensión va constantemente del todo a la parte y de ésta al todo. La tarea de ampliar la unidad de sentido comprendido en círculos concéntricos. El criterio para la corrección de la comprensión es siempre la congruencia de cada detalle con el todo (27).

Expone Hernández-Pacheco que esto nos obliga también en cada corrección a anticipar una nueva totalidad, de tal forma que en todo proceso hermenéutico funciona lo que Gadamer denomina el prejuicio de la perfección, según el cual el sentido de la totalidad se anticipa sobre la base de que todo texto ha de tener un sentido, todo acontecimiento ha de ser racional. Sin embargo, no podemos olvidar que estamos haciendo aquí una anticipación que tiene un sentido formal, no material, pues el proceso en el que se hace esta presuposición se pone en marcha precisamente allí donde el texto no tiene sentido o el acontecimiento carece de explicación, es decir en la medida que la interpretación se hace necesaria porque inmediatamente no se presenta sentido alguno (28).

IV.2. La aplicación de los círculos hermenéuticos

En el sentido específico de este trabajo, nos ha parecido valioso reseñar parte del trabajo de Beatriz Quintero (29), con relación al modelo hermenéutico aplicado a un momento especial referido al inicio, cual es el de la tarea del juez intérprete al aplicar la ley, aclarando que cuando dicha catedrática se refiere a “ley” nosotros la entenderemos también como ley suprema o constitucional (30).

(26) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., p. 366.

(27) GADAMER, Hans Georg. Ob. cit., pp. 360-361.

(28) HERNÁNDEZ-PACHECO, Javier. Ob. cit., p. 239.

(29) QUINTERO, Beatriz. “La permanente tensión entre la ley y la sentencia como *applicatio* de la hermenéutica gadameriana”, *Estudios de Derecho*, Medellín. Universidad de Antioquia, marzo-septiembre 1996.

(30) Quintero ha tomado los “círculos hermenéuticos” identificados por Robert Alexy en su obra “El concepto y validez del derecho”.

Señala Quintero con relación al *círculo gadameriano de la precomprensión y el texto*, que la hermenéutica jurídica en la presentación gadameriana establece un vínculo entre pasado y presente cuando el juez se apresta a aplicar una ley, una norma que recibido de la historia, de los códigos, y que tiene que comprender desde las exigencias de un conflicto que vive en el presente. El juez confrontando con esa tensión, acomete la tarea interpretativa en un ambiente de libertad histórico efectual, que como tal “no significa que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria. También en su caso comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente”. Es la descripción de los polos tensionantes: la ley y la condición histórica del juez; el movimiento de la libertad del juez que busca comprender el sentido de la ley a partir de su estado histórico efectual, del que le es imposible liberarse, pero que tiene que depurar, desde su precomprensión. Con sus prejuicios, con su precomprensiones, busca en el texto el sentido, la calidad de comprensible que la ley pueda proyectarle y así, como en una experiencia orientada sobre el texto de la ley, lo recrea, lo reproduce con características de concreción, especialidad, imaginación, actualidad y por qué no, arte.

El juez intenta responder a la idea jurídica de la ley mediándola con el presente. Es la circularidad hermenéutica como tensión entre lo familiar y lo extraño. Lo que el juez busca reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación o de su aparición fosilizada en unos cuantos casos cualesquiera de su aplicación. Su proyecto de sentido no se cierra, se abre incesantemente con preguntas y respuestas y nuevas preguntas: el juez entra y sale del círculo y así tiene que ser porque lo que importa es siempre entrar en él de modo justo, con acierto.

No es un penetrar estéril y frío en el texto de la ley, sino contar con lo que se tiene como ser humano juez, con lo que se sabe, con lo que es, y hacerlo útil en la tarea productora de su milagro, de su acontecimiento, de la sentencia. Es la reivindicación del prejuicio como precomprensión. El prejuicio es el juicio que el juez tiene que mantener mientras no se invalide.

Luego, la citada catedrática, se introduce en el *círculo entre el todo y la parte*, exponiendo que la decantación del sentido de una ley es un proceso siempre abierto. El juez tiene que pasar de un pensamiento histórico que recibe a otro que aspira a que sea cada vez mejor; y en este trabajo hermenéutico también tiene que moverse con agilidad desde la norma asilada hasta el desarrollo jurídico institucional y hasta los principios que como directrices políticas se plasman en las cartas constitucionales de los países. Algunas concepciones jurídicas van más allá en la consideración de la política jurisdiccional cuando entienden que el derecho internacional también integra ese todo sistémico orientador en la constitución. Este círculo, así descrito es especialmente productivo cuando la tensión se plantea entre la ley y el filósofo del derecho que busca la perfección del concepto jurídico, aún cuando claramente responde también a la decantación de sentido, para una decisión acerca de si un comportamiento concreto es correcto. Siempre en derecho existe un sistema jurídico como un todo orientador de la corrección que indica hacia donde debe dirigirse una decisión insular.

El todo es el que suministra la guía, el que orienta la pregunta que le dirige la parte; él proyecta la respuesta. El todo es también un asunto del prejuicio de la perfección. El intérprete elabora siempre un proyecto: anticipa un sentido del conjunto, dice Gadamer,

y ese sentido es precisamente de completad, de completación, de totalidad; y es que la plenitud tiene que precaver los peligros del asilamiento: si la norma se aísla, se extraña de su ambiente que es el sistema jurídico, el anticipo ya no será un verdadero anticipo de compleción. El sentido real del círculo entre el todo y la parte subyace en cualquier comprensión, pero en un modo muy especial cobra relevancia en la precomprensión del derecho que va a ser recreado, interpretado por el juez, en el acontecimiento de la sentencia.

El último es el ***círculo de la norma y el hecho conflictivo***, donde el juez al juzgar subsume el hecho conflictivo en la norma jurídica. Aplica la norma jurídica a hechos de la vida. El resultado de su aplicación es la sentencia. La sentencia es ella misma un acontecimiento en la vida del juez y en la vida del derecho. La tarea del juez es mediar entre la ley y el caso conflictivo. No existen reglas lógicas que auxilien al juez en esa búsqueda del juicio correcto para que logre una fusión de horizontes entre la generalidad y abstracción de la ley y la especialidad, concreción y muy peculiares aristas circunstanciales del caso conflictivo; es entonces, cuando el juez, como el artista, se le exigen sensibilidades parangonables, ambos tienen que entregar la mejor creación.

La acción interpretadora es una y la misma, creando en la *aplicatio*, pero siempre atada al sentido del texto de la ley en el que tiene que mantenerse en una distancia histórica efectual, es decir, existencial viviente, no fosilizada y con atisbo al sistema que incorpora principios de justicia, de equidad, de seguridad jurídica y de debido proceso.

V. Reflexión final

En la actividad jurisdiccional moderna la interpretación de textos normativos se ha convertido en una necesidad, principalmente allí donde existen casos difíciles a resolver, e incluso en los casos claros y de rutina. Esta tarea adquiere especial relevancia cuando la norma proviene de textos constitucionales sancionados en tiempos de considerable antigüedad en relación al presente, por cuanto dicha distancia importa un problema en la asignación de significados al texto.

Tal situación problemática enfrenta en no pocas ocasiones frente a un mismo texto jurídico constitucional dos grandes familias de doctrinas interpretativas, a las que hemos denominado *originalistas* (interpretación subjetiva), que pregonan básicamente la atribución de significado normativo de acuerdo a la intención o voluntad de la autoridad normativa, y *evolutivistas* (interpretación objetiva), que trabajan con una interpretación que atribuye a un texto su significado actual y distinto del sentido y alcance originario del texto.

Como afirma Ross, citado por Nino, en última instancia, la diferencia entre una interpretación objetiva y subjetiva se reduce a dar mayor relevancia a las circunstancias del contexto en que la norma fue dictada, o a la del contexto en que ella es aplicada (31).

A través de la hermenéutica de Gadamer podemos encontrar en estas doctrinas ciertas falencias, como métodos científicos que postulan ser, que impiden que las mismas puedan dar acabada cuenta de la comprensión del objeto que someten a interpretación.

(31) NINO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 89.

También la hermenéutica gadameriana aporta a nuestro criterio herramientas para observar, describir, y entender las condiciones en que resulta posible arribar a la referida comprensión de los textos normativos, especialmente a partir del denominado círculo hermenéutico.

Hemos aclarado que no estamos ante un “método” de interpretación, sino ante una explicación de las condiciones para acercarnos a una comprensión del objeto en cuestión.

Consideramos que la aceptación por parte del intérprete de tales condiciones lo pondrá, sin lugar a dudas, en una mejor posición, de entendimiento, apertura y amplitud de horizonte, que le permitirá *luego* aplicar herramientas o métodos científicos del derecho para lograr la interpretación más adecuada al caso, considerando las expectativas de equidad dominante en la comunidad jurídica.

