

# Hermenéutica jurídica y justicia

**Autor:** Miguel Grande Yáñez

Profesor de Filosofía del Derecho

Universidad Pontificia Comillas-ICADE

## Resumen

En la Hermenéutica jurídica la justicia se convierte en una clave comprensiva de carácter práctico, intersubjetivo y experiencial. De este modo el Derecho y la justicia se interrelacionan en una perspectiva distinta de la idealidad racional metafísica del iusnaturalismo o de la separación que procuraba el iuspositivismo. La reflexión de la operatividad de la justicia como sentido de justicia en la Hermenéutica jurídica desliga esta dimensión de la justicia como aplicativa de otras donde lo más sustancial es la política fundamentalmente como distributiva o la virtud moral. La aplicación de la justicia en el caso conflictivo como aspiración de la Hermenéutica jurídica se canalizará desde el juicio en un proceso interpretador de discernimiento reflexivo y discursivo, en que también el ingenio colabora, y en el que el horizonte de la praxis será el final del recorrido.

*Palabras clave:* justicia, aplicación, sentido de justicia, Hermenéutica, Hermenéutica jurídica, juicio, comprensión-interpretación, conflicto, práctica, praxis.

### Abstract

In the practice of juridical hermeneutics, justice becomes a comprehensive key of practical, intersubjective and experimental nature. This way, law and justice interact from a point of view which differs from the jusnaturalism rational and metaphysical identity or the distinctness defined by legal positivism. The analysis focused on the operability of the concept of justice as concept of the sense of justice in juridical hermeneutics splits this dimension of the applicative justice from other concepts more focused in the concept of politics -mainly distributive- or the moral virtues. The application of the justice to the legal dispute -as juridical hermeneutics ambition- will follow the path starting from the judgement as part of an interpreting procedure where reflexive and discursive discerning as wit of the person cooperate, and ending with praxis horizons.

*Key words:* justice, application, sense of justice, hermeneutics, juridical hermeneutics, judgement, comprehension-interpretation, dispute, practice, praxis.

Recibido: 01.09.2010

Aceptado: 01.10.2010

---

## I

En nuestro estudio sobre la justicia vamos a reflexionar prioritariamente sobre cómo podemos comprender la justicia que qué es la justicia. El problema de qué es la justicia, la esencia de la justicia, nos puede conducir a un estado ideal en el que la objetivación cerrada de la justicia como entidad metafísica nos sirva para establecerla como incuestionable y apodíctica, o por el contrario guiados por un escepticismo moral preferamos prescindir de ella. La comprensión de la justicia no puede apuntar a la idealidad metafísica, sino a la instalación de la justicia en la vida y en lo contingente. Pero el que la justicia pueda variar no significa desestabilizar la lucha por la justicia en cuanto aspiración humana.

En la comprensión de la justicia el Derecho aparece de inmediato, casi como una necesidad conceptual y emotiva, pues una tendencia humana perfilada es la búsqueda de un Derecho justo. Es difícil pensar que practicar la justicia tenga que entenderse como una práctica o un fenómeno exento de juridicidad. Así como, pese a los intentos científicos del iuspositivismo, puede continuar siendo un sin sentido desarrollar un Derecho al margen o sin preocupación por la justicia. Las más arraigadas fundamentaciones o sistemáticas filosóficas en torno al Derecho, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, no han trabajado directamente la comprensión de la justicia en la vida y en el tiempo. Los acercamientos a la justicia del iuspositivismo y el iusnaturalismo han sido muy diversos, pero también ambos difieren de la propuesta que vamos aquí a abordar.

El iusnaturalismo, sobre todo en su vertiente ideal ontológica, muestra una preocupación fundamental por una justicia<sup>1</sup> (estática). En el iusnaturalismo el concepto subliminal no es tanto el de justicia como el de ley, sobre todo el de ley natural, de la que hasta el propio Locke con carácter previo a sus derechos subjetivos naturales habla al comienzo de su *Segundo Tratado sobre el Gobierno* (1690) en su capítulo ii. En el iusnaturalismo la justicia hay que encontrarla en la idealidad de la ley natural. La ley natural es fija, y también fundante del derecho positivo. La ley natural contiene la justicia que es “en sí”. De este modo la justicia es también una región metafísica y no tanto una práctica de la realidad, sea política o judicial. La justicia se presupone, y la justicia se busca en la idea de ley natural, y no tanto se establece en el conflicto interhumano práctico. La ley natural y con ella la justicia, presenta un carácter de objetividad filosófica férrea, pues, además de ser justa la ley natural es irrefutablemente verdad y racional. La ley natural es razón moral, ético-jurídica, adherida a la naturaleza humana, y que el hombre con menos esfuerzo (sindéresis) o con más (desvíos egoístas) tiene que ascender intelectivamente para primero encontrar y luego poder practicar.

El carácter de fijeza de la justicia entendida más deontológicamente como ley (o norma) es el que más dificulta para la lectura hermenéutica de la justicia iusnaturalista, pues la Hermenéutica sólo puede comprender una justicia que es, se manifiesta y se proyecta en la práctica y en la praxis.

Aun sin perder su carácter ontológico objetivo, y sin poder hablar de justicia operativa, la versión iusnaturalista que más apunta, todavía como estática, a la praxis es la de Luis de Molina en su idea de la *natura rei* (que es también en estos sentidos *natura obiecti*) pues la propia ley natural y con ella su justeza se desenvuelve en los propios actos interhumanos de la convivencia sea para rechazarlos o para aceptarlos como correctos; la justicia (o la injusticia) está en los actos y en las actuaciones, si bien “en sí misma y por sí sola”, hasta el punto que dada su rotundidad objetiva esta ley natural justa es indisponible para la propia Ley eterna.

El tratamiento que la justicia tiene en el iuspositivismo es contrapuesto al del iusnaturalismo<sup>2</sup>, pues éste la asume como esencializadora (aunque diluida en la idealidad de la ley como natural), y sin embargo el iuspositivismo convierte a la justicia en un concepto y aspiración jurídicamente irrelevante hasta prescindible. Este alcance obedece sobre todo a la transposición de pureza “a priori” que neokantianamente opera Kelsen: un Derecho puro es un Derecho sin justicia, pues el Derecho puede ser formal (“a priori”), pero la justicia es un derivado de apreciación moral empírica que resta cientifismo al campo jurídico.

<sup>1</sup> No podríamos afirmar lo mismo, ese carácter fundamental y cuasi fundante de la justicia, en el iusnaturalismo empírico en línea hobbesiana-hartiana.

<sup>2</sup> Kelsen no va a negar cualquier justicia sino la potencialidad jurídica de dicho concepto. Para él la justicia es ante todo una clave política (no jurídica, insistimos), pero en esta línea tiende a diluirla en conceptos como democracia, libertad o tolerancia.

En el iuspositivismo la preocupación está en la utilidad del Derecho y en su funcionamiento como sistema (conforme a una lógica formal) y no en su justicia (siquiera deontológica). Así el Derecho esencialmente no tiene que presentarse como justo, sino como válido. Precisamente donde la Hermenéutica jurídica va a distanciarse del iuspositivismo va a ser en recuperar el discurso y el ansia jurídica por la justicia<sup>3</sup>. La Hermenéutica no ofrece obstáculos, todo lo contrario, para hablar de un Derecho adecuado, correcto, justo.

La región de la razón pura del iuspositivismo no va a ser la de la fenomenología y la de la praxis de la Hermenéutica, en la que el Derecho se puede enriquecer y no contaminar con su aspiración de justicia. El Derecho válido es precisamente el Derecho justo, pues la validez no está en una estructura formal o procedimental, como tampoco la validez justa está en una metafísica objetiva, sino discurrendo, diremos por el momento, en un convencimiento equitativo de la praxis. Así pues, la Hermenéutica jurídica tiene un encuentro con la justicia diferente al del iusnaturalismo que la había absorbido en la idealidad de la ley natural, y distinto también del iuspositivismo, que al deslindar la Ética y el Derecho había arrinconado la justicia a la órbita de una moral que transitaba por un medio diferente del cientifismo jurídico.

En la recuperación, bajo nueva versión, de la justicia en la Hermenéutica, dada esa aspiración de solución de la praxis, la justicia jurídica se acercará a la filosofía judicial y se distanciará de la del legislador. Tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo hacen prevalecer al legislador frente al juez; en el iusnaturalismo es el legislador divino o la razón natural legisladora<sup>4</sup>, y en el iuspositivismo el legislador político que gracias a la norma fundamental (Kelsen) aprovecha el normativismo jurídico.

Otra distancia que la Hermenéutica jurídica lleva a cabo respecto del iuspositivismo y el iusnaturalismo es el carácter altamente interpretativo que aquélla ofrece para la centralidad del fenómeno jurídico. En esa interpretación hermenéutica jurídica la guía y búsqueda de la justicia se convierte en determinante. La observación de José Carlos Muínelo, desarrollando ideas de Ricouer, resulta especialmente pertinente: si la hermenéutica trabaja desde la plurivocidad del texto jurídico, el positivismo remite, sin embargo al carácter unívoco de las disposiciones jurídicas, y esto, añade, es consecuencia de la fijación<sup>5</sup> (en un sentido similar, no idéntico, podríamos sostener que también la fijación de la justicia en la ley natural distancia al iusnaturalismo de la Hermenéutica donde la justicia tiene una dimensión más elástica y experiencial).

<sup>3</sup> Tampoco el realismo jurídico va a aspirar al discurso del Derecho justo. En el realismo la propuesta va a ser la del Derecho como eficaz. Para el realismo el Derecho no es una idea natural ni tampoco una lógica formal, sino una pluralidad de hechos, de realidades (en las que no hay una esencia de justicia) que son denominables como Derecho (cf. Olivecrona, *El Derecho como hecho*, Barcelona, Labor, 1980).

<sup>4</sup> Esta idea clave del iusnaturalismo no es la autolegislación kantiana moral y con determinación de la voluntad, con la que Kant quiere precisamente alejarse de la predeterminación de la naturaleza.

<sup>5</sup> Cf. Muínelo, "Del principio a la regla: una interpretación hermenéutica de los modos de aplicación judicial", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2000, nº 15, p. 80.

## II

“Parece que la justicia tiene varios sentidos, pero por encontrarse cercanos pasa desapercibida su equivocidad”<sup>6</sup>.

La iluminación aristotélica es una ayuda decisiva en nuestro estudio: diferentes y cercanas son las perspectivas de la justicia. No obstante aun admitiendo una cercanía entre las formas de justicia, vamos a acerar en nuestro planteamiento también singularidades propias en cada una de esas perspectivas. Así el problema de la Hermenéutica jurídica lo encontramos en la satisfacción de la justicia jurídica aplicativa, y ésta se deslinda de la justicia como virtud moral y de la justicia distributiva política. Aun con las distancias, mantenemos el núcleo de la clásica Filosofía práctica entre moral, derecho y política.

La distancia de otras formas de justicia con la dimensión hermenéutica de la justicia se establece en cuanto que ésta es una concreta justicia de reacción, que viene desencadenada por una previa práctica injusta. Se trata de una justicia que tiene que dar respuesta a un desencuentro ético; una justicia que restablece tras una previa vulneración injusta. Esta justicia jurídica aplicativa desarrolla especialmente la dimensión del tiempo y de la praxis, pues es una justicia en la que urge la solución de un conflicto. Es pues una justicia donde esa solución tiene que ser conforme a Derecho (justicia jurídica), y una justicia en la que la vertiente hermenéutica brilla con fuerza: precisa de momento aplicativo.

Como Gadamer sostiene la aplicación constituye el momento hermenéutico por excelencia. Aun la misma comprensión de sentido tras el proceso de interpretación constituye una aplicación. En esta justicia jurídica la interpretación del conflicto previo no es suficiente con su conclusión psicológica en un sentido aplicativo. La misma justicia está urgiendo una penetración en la praxis, una aplicación práctica interhumana. La justicia jurídica aplicativa remueve a partir de la Hermenéutica la misma vida de los sujetos afectados por el previo conflicto injusto.

La aplicación práctica también obedece a una decisión reflexiva y argumentativa de un operador cualificado: el juez, que decide e impulsa la aplicación de la decisión en la praxis. La cualificación del juez, su profesionalidad independiente e imparcial,

---

Sobre la distancia entre el iusnaturalismo, el iuspositivismo y la Hermenéutica jurídica son también valiosas las aportaciones de Kaufmann y Osuna. Según Kaufmann la Hermenéutica jurídica se apartaría tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo en apreciar que no puede haber nunca decisiones jurídicas incuestionablemente correctas; la corrección del derecho no puede ser una entidad o un estado acabado pues el Derecho “acaecé históricamente en un proceso que nunca llega a su fin” (cf. Kaufmann, *Hermenéutica y Derecho*, Granada, Comares, 2007, p. 66). Por su parte Antonio Osuna ha escrito: “El positivismo jurídico no da razón suficiente del salto operado desde la generalidad de la norma a su concreta aplicación, ya que tal paso ni es de percepción inmediata ni tampoco sigue un método empírico, sino que es un proceso de comprensión y de captación de sentido encerrado en la norma, en el cual en nada se parece a la comprobación de las leyes físicas” (Osuna, *Hermenéutica jurídica. En torno a la Hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, 1992, p. 120).

<sup>6</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, (Madrid, Alianza, 2001, p. 153).

También sostiene Aristóteles en este mismo pasaje que *injusto se dice en muchos sentidos*.

también legitima el propio consecuencialismo decisorio. Más adelante incidiremos en esta figura con más detalle reflexivo.

Es relevante significar en nuestra meditación que el fenómeno jurídico no se agota en la justicia jurídica aplicativa, pues, en el mismo tiene también un papel fundamental la elaboración legal propia de una justicia política. Estamos de este modo aduciendo que la perspectiva jurídico-política cristaliza con el establecimiento de la normatividad, y que esta perspectiva jurídico-política, aunque relacionada, permite una comprensión diferente de la justicia jurídica aplicativa. La diferencia no es sólo de creación de ley y de aplicación de ley (esto sería más intelectualiva); también es diferencia sustancial la praxis: mientras la perspectiva jurídico-política establece la norma con carácter genérico y abstracto sin que la misma tenga igual necesidad de hacerse presente-ya-en la praxis, la justicia jurídica aplicativa sólo puede entenderse operando en la praxis, solucionando con consecuencias prácticas.

De otra parte, esta perspectiva jurídico-política también se postula con una marcada presencia de la justicia, aunque no observamos tanto un hacer justicia, una justicia para la acción, sino más bien una consideración de justicia que éticamente legitima la norma; la justicia actúa más como un deseo general que como una concreta respuesta. En esta justicia del fenómeno jurídico-político se ha venido significando su carácter distributivo: la justicia distributiva de la justicia jurídico-política. El origen de la cuestión es la distinción clásica aristotélica de la *Ética a Nicómaco* entre la justicia distributiva y la justicia correctiva, si bien desarrollada por la actual Filosofía política y la Hermenéutica. También, y en relación con conceptos hermenéuticos en los que luego nos adentraremos, en ese libro V de la *Ética a Nicómaco* late la facultad humana de un sentido de justicia como aspiración emotiva para la interrelación.

Aristóteles hace de la justicia distributiva el problema central de la Filosofía política, y esta justicia es diversa de la justicia correctiva de los ataques, la cual atañe al juez. Aristóteles a la hora de conceptualizar la justicia distributiva establece el alcance de la idea de mérito para que la misma se mantenga en un marcado sentido ético. El asunto es pues, buscar y alcanzar un mérito de justicia para repartir lo que en origen es común, de la comunidad (nos mantenemos con la generalidad que escapa a la Hermenéutica jurídica aplicativa). Y ese mérito como nos traslada en la *Política* se concreta en la *paideia kai arete*, frente a los intereses arbitrarios que muestran otros planteamientos donde la solución no está en el cultivo ético sino en la codicia o en el linaje. El criterio distributivo llega como asunto de la Filosofía política a nuestro tiempo, singularizando el planteamiento de John Rawls en *A theory of justice* (1971).

Con Rawls la justicia distributiva se va a mantener en el plano más de la generalidad abstracta que de la praxis, pues no en vano su punto de partida contractual procedimental cristaliza en dos «principios». Estamos ante dos principios generales, no ante un conflicto intersubjetivo práctico que con inmediatez precisa solución. En la justicia de estos dos principios está presente la consideración ética de la ayuda al necesitado, o como dice Rawls al más desfavorecido. El esfuerzo de Rawls sobre todo

con motivo de su segundo principio, es legitimar y posibilitar la ayuda al desfavorecido dentro de un sistema que también se mantenga conforme con la concepción liberal jurídico-política<sup>7</sup>.

Nos restaría por resaltar en estas dimensiones de la justicia el plano más moral; hablar de una virtud de la justicia en la dimensión moral, y como significábamos una justicia distributiva para el plano político (legal) y una justicia aplicativa para el jurídico (judicial). Vemos también aquí como la justicia es la auténtica raíz conformadora de la Filosofía práctica, y que la dificultad seguirá siendo especificar la «cercanía de sus sentidos» que predicaba Aristóteles.

La justicia moral, también con el Estagirita, se comprende como virtud humana, y como la más excelente de las virtudes pues el hombre, como se significa en la *Ética a Nicómaco*, frente al resto de virtudes, no la ejerce meramente para sí, sino para el otro, hacia el otro; se es justo sobre todo con el otro. Desde esta justicia como virtud moral se puede hablar de la justicia como un medio para ayudar al otro (sin necesidad de llegar a la caridad santa), y ayudar al otro antes de beneficiarlo es reconocerlo y respetarlo. Esta ayuda al otro estaba también presente en la justicia distributiva político-legal y en la justicia jurídica aplicativa (y en ella la ayuda al injustamente tratado tiene carácter de urgencia). Entiendo que la ayuda al otro desde la base del reconocimiento y del respeto puede ser algo común a la justicia y a sus formas<sup>8</sup>. En la justicia como virtud moral volvemos a encontrar la dimensión práctica. La virtud de la justicia nos tiene que conducir a la actuación (con el otro). No estamos ante la generalidad de la comunidad propia de la justicia distributiva, aunque tampoco con la entraña de urgencia de la justicia jurídica aplicativa, urgencia que acentuaba la repercusión a la praxis.

El seguimiento entre la justicia como virtud moral y la justicia jurídica aplicativa se establece en cuanto que ésta reacciona después de un no cumplimiento del mínimo de reconocimiento y respeto del otro que la virtud de la justicia establece. Si bien en la justicia jurídica aplicativa, menos espontánea, necesitamos del cualificado imparcial, de, cómo significaba Aristóteles, la justicia viviente que es el juez. En cualquier caso, la dimensión hermenéutica de la justicia como virtud es también apreciable. Pensemos, pues, como las vulneraciones contra una mínima justicia de virtud moral (con refrendo normativo-político) desencadenan el proceso hermenéutico de la justicia jurídica aplicativa.

<sup>7</sup> Pienso, pues, que Rawls tendría que manifestarse más conforme con una tradición iusnaturalista de derechos subjetivos que se remonta a Locke, y no tanto con el empirismo del iusnaturalismo hartiano. Rawls en *Liberalismo político* (1993) confiesa que su planteamiento admite un Derecho natural mínimo como el que Hart propone. Es cierto que el problema de las necesidades late con fuerza en esta imbricación, pero Rawls no es tan consecuente con una tradición iusnaturalista liberal que había sublimado la idea también en él tan potente del derecho y libertad. Además la justicia no es una preocupación esencial del iusnaturalismo hartiano.

<sup>8</sup> También la justicia como virtud moral se ha tratado de recuperar en nuestros días desde la línea aristotélica, siendo en esto significativa la conocida obra de McIntyre, *Tras la virtud* (1981).

De otra parte, el alcance del hombre justo también participaría del judaísmo bíblico donde el aspecto humano brilla con más fuerza que la dimensión *más allá de lo simple humano* propia de lo neotestamentario.

Desde aquí quisiera concluir este apartado señalando la relevancia hermenéutica que en la justicia jurídica aplicativa tiene la idea del conflicto de la praxis, pues la misma es la supuesta injusticia previa que requiere del juez, que llama también a la norma sustantiva y al proceso para su solución. La justicia jurídica aplicativa concede eticidad al conflicto pues precisa de la solución justa del mismo, y ésta no va a ser ni solución privada ni de venganza; en definitiva, el conflicto no se va a alimentar con sucesivas injusticias y violencias. El binomio existencial injusticia-justicia es propio de la hermenéutica justicia jurídica aplicativa<sup>9</sup>.

La queja y la sensibilización por la injusticia constituye el modo de entrada del hombre en la justicia según Ricoeur, para quien “el sentido de la injusticia no solamente es más punzante, sino también más perspicaz que el sentido de la justicia; pues es con más frecuencia la justicia la que falta y la injusticia la que abunda”<sup>10</sup>. Esto también tiene que ser objeto de reflexión: hay en el hombre mayor clarividencia para detectar lo injusto que para acordar y decidir la justicia y lo justo.

Precisamente en el próximo apartado determinaremos una entraña antropológica que posibilita el discurso sobre la justicia y que está presente en las tres formas significadas (virtud moral, distributiva político-legal y jurídica aplicativa). Se trata del sentido de justicia como innato, sin el cual sería difícilmente imaginable un discurso general sobre la política distributiva, una posibilidad de la práctica de la justicia o una comprensión de las cosas injustas y cómo las mismas urgen la reacción reparadora de justicia.

### III

En la Hermenéutica alcanzar un sentido filosófico es determinante; supone la abierta culminación de búsqueda humana del proceso hermenéutico. La operación filosófica comprensión-interpretación se lanza preferentemente desde los textos hacia el logro de un «sentido». Llegar al sentido y convencerse que *hic et nunc* tal es el sentido del texto, implica cristalizar el proceso de esfuerzos hermenéuticos en el que nos lanzamos desde una primera comprensión del texto hasta una comprensión interpretadora.

Alcanzar un sentido con motivo de una interpretación no puede implicar una frialdad cognitiva o una indiferencia afectiva para el hombre, pues el sentido posibilita un estado espiritual-emocional. Llegar al sentido supone una realización humana tras el proceso emprendido de búsqueda y descubrimiento. El sentido se asume como experiencia filosófica. Y el sentido alcanzado enriquece al ser humano, y también lo determina, pues su carácter *hic et nunc* es ineludible. El sentido va a afectar al cami-

---

<sup>9</sup> Ya en los comienzos filosóficos la injusticia y su reflexión se torna prioritaria en diálogos de Platón, sobre todo los que abordan la injusticia de la que es víctima el maestro Sócrates. Así como no podemos olvidar la actualidad (hermenéutica) de la máxima de Heráclito de que en el hombre el conocimiento de las cosas justas sólo es posible porque previamente existen las injustas.

<sup>10</sup> Ricoeur, *Amor y justicia*, Madrid, Caparrós, 1993, p. 37.

no experiencial de sentidos anteriores, así como va a ofrecer nuevos cauces en futuros procesos hermenéuticos. Con tal fuerza se vive el sentido en el tiempo que ante un mismo motivo o referente hermenéutico en diverso ámbito experiencial, el sentido será sucesivo (o incluso alternativo) pero no repetitivo.

También en cierto modo el sentido es la esperanza del proceso hermenéutico. Este anhelo de sentido nos distancia de otras epistemologías en las que no hay iter reflexivo y la respuesta filosófica es ya el deseo o el arbitrio volitivo. Del mismo modo, la experiencia del sentido como emocional nos distancia de cogniciones filosóficas donde la razón desafectiva opera en la idea metafísica. El sentido filosófico es también ontológico, y ello ha supuesto un giro hacia lo humano respecto de la lógica analítica en la que la construcción del lenguaje era explicación de rigor con suficiencia filosófica; pero sin embargo, el sentido supone conducir el lenguaje a partir del proceso hermenéutico a esa otra dimensión emocional-espiritual.

¿Qué somos mientras no hay sentido? Porque se puede seguir siendo sin sentido, aunque el sentido otorga más ser. Podemos caminar ausentes de sentido o incluso quedar instalados en un sin sentido. Aquí me detengo para recoger el testimonio de Gadamer, quien humanamente propone una perseverancia incansable en la búsqueda del sentido: “quizás habría que decir que la fuerza suprema del hombre consiste en esto: resistir a todos los desafíos que la realidad nos impone mediante el sin sentido (*unsinn*)”<sup>11</sup>. El sentido, de este modo, es liberador para el hombre, pues no solamente habitamos en un no-recuerdo del sentido sino en un sin sentido, o incluso -como Gadamer puntualiza- en una insensatez, en una demencia o en una absurdidad<sup>12</sup>.

El sentido es también la misma culminación como aplicación del proceso hermenéutico. La primera y tal vez esencial aplicación de la Hermenéutica es el estado del sentido, culminación humana de la propia interpretación. Esta aplicación como sentido no contraría sino que facilita aplicaciones ulteriores a la praxis desde el mismo proceso hermenéutico, en donde por ejemplo la Hermenéutica jurídica continúa operando y enriqueciéndose.

El sentido no puede detenerse en una experiencia hermenéutica sino que conforma al ser que en su trayecto va absorbiendo y vivificando sentidos; por eso el sentido más allá del ahora construye en la historia, como en los procesos hermenéuticos judiciales donde no es sólo la específica solución del caso también específico, sino el itinerario de soluciones con sentidos del operador y las analogías de sentidos en un iter con otros casos. El sentido vive las dimensiones de lo humano, y en su camino de vida es esperanza y expectativa de descubrimiento, de desciframiento, de desvelamiento, atrevimiento filosófico, anhelo de sabiduría.

Alcanzar el sentido es experiencia vital irrepitable; alcanzar un sentido (hermenéutico) sólo es posible cuando previamente ha habido camino hermenéutico,

<sup>11</sup> Gadamer, *Histórica y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 87.

<sup>12</sup> Cf. *ibidem*.

esfuerzo y valentía comprensiva; y el momento de la llegada y de la conquista es plenitud, convencimiento del ser. El sentido aunque es innegable y destacable en la hermenéutica textual no se limita a ella, pues las actividades humanas creativas están penetradas de un sentido. La Hermenéutica contemporánea faculta ese salto del ser comprensivo más allá del texto.

La Hermenéutica aspira a que el propio alcance de sentido del hombre se incluya en el acervo del sentido común, del sentido de la comunidad, pues no olvidemos la mirada hermenéutica hacia el otro en proyecto de vida. Para una Hermenéutica jurídica este sentido de lo común es fundamental porque el Derecho es experiencia convivencial. Y la Hermenéutica jurídica aplicativa tampoco vive aislada de la justicia político-jurídica (distributiva). Debe jugar un común sentido entre el intérprete, entre el mundo al que pertenece el texto y entre los afectados por el texto. El sentido hermenéutico no es una dimensión individual sino convivencial.

En el proceso hermenéutico hay también un pre-sentido como precomprensión. Esta categoría de la precomprensión no puede limitarse a los prejuicios y las pasiones que nublan. En el pre-sentido como precomprensión hallamos a la expectativa de sentido, que marca camino aunque el mismo pueda desorientar o tenga que ser abandonado. Pero también la expectativa de sentido determina, y ésta se ha alimentado y conformado de sentidos previos o incluso de sentidos innatos con los que la Hermenéutica opera y perfecciona. La Hermenéutica va a concederle estructura de comprensión experiencial a una expectativa de sentido, pero en cierto modo el sentido estaba latente como posibilidad humana. El sentido habita como potencialidad hermenéutica.

En este momento crucial de nuestra reflexión hemos de preguntarnos sobre la posibilidad de sentido, y con ella transitar de la Hermenéutica general a la Hermenéutica jurídica. El alcance del sentido hermenéutico tiene que verse posibilitado (y también determinado) por una expectativa y potencialidad de sentido que habita en el ser. Sentidos (potenciales) innatos que la Hermenéutica desarrolla y colma son la belleza, la trascendencia y también la justicia. El proceso de la Hermenéutica jurídica se lanza hacia la búsqueda y convencimiento de un sentido de justicia; repensamos ahora la justicia jurídica aplicativa, justicia en que en el proceso hermenéutico jurídico lo aplicativo jurídico es el camino final del sentido de justicia. Pero en el comienzo del proceso, y antes del proceso, existía ya un sentido de justicia como potencialidad pre-hermenéutica que ha sido abonado en procesos previos. No podría haber justicia jurídica aplicativa sino contáramos con una posibilidad de desarrollar un sentido de justicia, un sentido de justicia potencial innato<sup>13</sup>.

También esta capacidad innata del sentido de justicia en el proceso hermenéutico jurídico aplicativo conforma un sentido de justicia experiencial, que más constante y

---

<sup>13</sup> No se trata de una ley natural con contenidos objetivos ideales inexorables, sino una capacidad de posibilidad de comprensión abierta que no trasciende metafísicamente sino que transita hacia la praxis.

reflexivo que en la dimensión común del camino de la vida es acerado por el juez. El sentido de justicia hermenéutico aplicativo aunque necesita y parte de la capacidad innata, se ve más (pre)comprendido por un itinerario experiencial-profesional de sentido de justicia. En el operador aplicativo judicial hay también una dimensión reflexiva de gran fuerza dada por el rol profesional.

Esta imbricación entre el sentido de justicia innato y el sentido de justicia jurídica aplicativo, se halla amparada por meditaciones de insignes pensadores. El propio Ortega y Gasset se refiere a este innato sentido de justicia como «sentimiento de justicia», el cual nace con el hombre y está presente en sus acciones; aunque también Ortega en el desarrollo de su reflexión apunta a cierto carácter hermenéutico, pues nos dice que tal sentimiento concluye con un valor extravital, más allá del individuo, de lo «justo»<sup>14</sup>.

El sentimiento de justicia como capacidad innata tiene repercusión fortísima en la obra de John Rawls, repercusión no suficientemente abordada por sus comentaristas. Rawls invocando el pensamiento de Rousseau en su *Emilio* se refiere a un sentimiento de justicia, como sentimiento del corazón iluminado por la razón, resultado natural de afectos primitivos<sup>15</sup>. La construcción de la Filosofía política de la justicia de Rawls en su dimensión apriorística marcada por el velo de la ignorancia, sólo es posible si está facultada por este previo sentido de justicia innato. Es también éste el germen ineludible para la existencia posterior de sus dos principios de justicia con sus contenidos de libertades y derechos y de comprensión de los desfavorecidos.

También en la propia praxis sostiene Rawls que hasta el mismo pluralismo social viene posibilitado por ese sentido de justicia; o incluso, en una perspectiva de Filosofía moral, que el sentido de justicia es la condición necesaria para merecer ser feliz<sup>16</sup>. Rawls es nítido sobre el alcance y papel determinante que la potencialidad innata del sentido de justicia tiene para toda reflexión filosófica ulterior: “La consecuencia natural de esta construcción es que la capacidad para el sentido de la justicia es el aspecto fundamental de la personalidad moral en la teoría de la justicia”<sup>17</sup>.

El sentido de la justicia innato y hermenéutico legitima las actuaciones, decisiones y argumentaciones judiciales. Repele al sentido de la justicia que el juez dictamine una sentencia y manifieste que la misma no es justa o es injusta. Del mismo modo, las decisiones judiciales tienen que resultar o posibilitar ser asumibles para las

<sup>14</sup> Ortega y Gasset, “Las valoraciones de la vida” en *El tema de nuestro tiempo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 65.

<sup>15</sup> Cf. Rawls, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 40. Esta obra rawlsiana constituye un pilar fundamental para la construcción de su obra cumbre que es *Teoría de la justicia*.

<sup>16</sup> Cf. *Ibidem*, p. 56.

Sostiene también Rawls en esta obra que el sentido de justicia podría surgir a partir de nuestras actitudes naturales primitivas (cf. p. 43); y que gozar de un sentido de justicia implica de inmediato un salto hacia el deber de justicia, en cuanto que tener el sentido de justicia implica aceptar principios de justicia que vinculan a la actuación conforme a ellos para ser satisfechos (cf. p. 52).

<sup>17</sup> Cf. *Ibid.*, p. 57.

partes, o para alguna de las partes, y sobre todo para la comunidad. Las sociedades mantienen reservas y recelos con sus jueces cuando sus aspiraciones de justicia no son satisfechas. Así el sentido de la justicia innato y hermenéutico es una condición para la convivencia pacífica. Sostener un primigenio sentido de la justicia (con Rawls) hace superar versiones más agresivas del liberalismo occidental que, con algún pesimismo no exento de motivos, predicaban con Hobbes un sentido de amenaza latente que limitaba cualquier altruismo. En esta línea el sentido de la justicia es motivo de cooperación.

El sentido de justicia posibilita igualmente que los hombres convivan jurídicamente y que sus actuaciones y su lenguaje compartido estén plenos de enlaces convencionales jurídicos. Los hombres manifiestan su sentido de justicia (como una prehermenéutica comprensiva abierta) cuando opinan sobre la eticidad de las normas, el alcance de injusticia de los actos humanos (sobre todo de otros) o la mesura de las decisiones judiciales. Los jueces tienen que adentrarse en la psicología de la justicia de los justiciables midiendo el alcance de la intencionalidad injusta de sus acciones. El sentido hermenéutico en un proceso jurídico tiene que transitar por el difícil camino de los hechos y sobre todo de sus motivaciones, y esto lo posibilita el sentido de justicia.

Problema arduo es el del alcance jurídico del sentido de justicia. Si no caemos en la limitación iuspositivista del mecanicismo lógico, justicia y Derecho no pueden aislarse (sin que esto implique la necesidad de intersección en contenidos cuasidogmáticos propia del iusnaturalismo). Si el Derecho, fundamentalmente su praxis, afectando a los hombres y a su convivencia, tiene un sentido, si así podemos hablar de un sentido jurídico o del Derecho, ¿cómo podremos determinar que tal sentido filosófico no está anudado al sentido de justicia?; ¿cómo va a colmar la aplicación normativa mecanicista el sentido jurídico?

El sentido de la justicia es esencial para el sentido jurídico; el alcance y técnica normativa convive con el sentido de justicia en el sentido jurídico; pero también el propio sentido de justicia afecta a la normatividad desde su texto a priori, a su encadenamiento con lo fáctico o a su transposición en argumentación jurisprudencial. De este modo podemos justificar lo propuesto por Zaccaria y Viola: “a esta justicia es a la que se dirige el sentido del derecho”<sup>18</sup>. Estos argumentos, la necesidad de un sentido de justicia en lo jurídico, refuerzan la vía estructural ontológica del sentido de justicia que es la Hermenéutica jurídica: el Derecho tiene que operar bajo un proceso de comprensión-interpretación<sup>19</sup> para que el mismo pueda ser objeto de aplicaciones justas. Esta tendencia del Derecho hacia una justicia como praxis

---

<sup>18</sup> Zaccaria y Viola, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 433.

<sup>19</sup> Utilizo nuevamente la expresión “comprensión-interpretación”, por entender la similitud y cercanía de estos momentos hermenéuticos que operan de consuno. Zaccaria y Viola sostienen que la comprensión es previa a la interpretación. Entiendo, bajo inspiración gadameriana, que la comprensión plena requiere de interpretación y que interpretar es comprender más.

desvincula la justificación del Derecho en desviaciones ideológicas de lo político, así como también evidencia la dificultad para la praxis de las esencias metafísicas iusnaturalistas.

El texto jurídico de la norma es expuesto a interpretación para facilitar la búsqueda y alcance de un sentido en cuanto sentido de justicia, que resulta colmado hermenéuticamente cuando es objeto de argumentación jurisprudencial enlazando lo fáctico y lo normativo para alcanzar una nueva dimensión jurídica: la resolución judicial con discurso argumentativo que soluciona, persuade y se hace realidad en la vida convivencial; la argumentación jurisprudencial deviene en experiencial. Cuando esta argumentación jurisprudencial apunta a un sentido de justicia jurídico desde la conciencia juzgadora a la conciencia de la comunidad el Derecho goza de alcance ético, y el mismo en cuanto resolución de determinación precisa adquiere justificación.

En el desarrollo de esta argumentación jurisprudencial ha resultado determinante la reflexión del sentido de justicia como hermenéutico, sobre todo con la operación de la analogía jurisprudencial que ha posibilitado detenerse en la cercanía de sentidos de justicia de casos no idénticos aunque similares y también distanciados en el tiempo. La analogía jurisprudencial es una actividad hermenéutica interpretativa con alcance ético-jurídico de primer orden, como por ejemplo en la convicción de la cercanía de la justicia para hechos no idénticos de contextos espacio-temporales diversos. La búsqueda de la similitud de las situaciones es espacio de justicia.

El fundamento en el proceso hermenéutico no está, pues, en la voluntad política o en la sustancia metafísica. No olvidemos lo ya aducido: en cuanto el sentido de justicia jurídico es *hic et nunc* queda abierto a matices o incluso a la exploración hermenéutica de nuevos caminos. Las normas cambian, incluso las fundamentales, como también cambian las argumentaciones jurisprudenciales de las más altas instancias o la aprobación ética de la comunidad de su convivencia jurídica o de su juicio jurídico ante el fenómeno jurisprudencial. Aristóteles, como nos ayuda la exégesis de Gadamer, no se alarmaba por observar un Derecho natural con entidad variable.

En este punto puede ayudarnos la apreciación de Ricoeur sobre la influencia del sentido de justicia respecto de otros sentimientos humanos. Con Hobbes el sentido de justicia sólo surgiría a posteriori racional táctico, para que los egoísmos naturales devinieran en posibles y en pacíficos. Locke, aunque se resiste, sigue esta estela hobbesiana en cuanto que la ley natural per se fracasa, y se torna necesaria la reconstrucción a posteriori de la justicia, si bien en una senda liberal más moderada sí hablaríamos en Locke de un egoísmo más limitado. La puerta del utilitarismo desde un sentido de justicia o mejor desde una reacción de justicia a posteriori, queda abierta. Ricoeur con perspicacia lo denuncia: un sentido de justicia como variedad sutilmente sublimada del utilitarismo; la inclinación espontánea de este sentido de

justicia, sostiene el francés, sólo puede resistir esta caída utilitaria cuando se halla tocado y secretamente guardado por la poética del amor<sup>20</sup>.

El sentido de justicia tiene que convivir con otras realidades sentimentales como egoísmo, amor o amistad. No obstante entiendo que el proceso iusfilosófico hermenéutico (en poder comprensivo del imparcial juzgador) tiene que ser un proceso de depuración, estrictamente, del sentido de justicia. Precisamente en este iter hermenéutico-jurídico el sentido de justicia se purifica y se resiste (en cierto modo nuevamente bajo la imagen del justo medio) del egoísmo violento, vengativo o aprovechado, pero también de la clemencia o del perdón. No obstante la misma Hermenéutica nos enseñará que la purificación del proceso hermenéutico no puede liberarse de cualquier humana astilla de emotividad.

Para Gadamer el sentido de la Hermenéutica alcanza su plenitud como sentido de la comunidad; el sentido común es sentido de la comunidad, y ésta aspira a lo bueno, lo mejor y lo justo. Pero tal vez aquí Gadamer por la equivocidad de sentidos de la justicia penetra en la dimensión política. Sigue sosteniendo que la mirada comprensiva tiende hacia lo que todos tenemos en común y reconocemos en el otro mejor que en nosotros mismos<sup>21</sup>. Sin perjuicio de la confianza social que la resolución judicial ha de generar, y sin perjuicio también de los otros afluentes sentimentales comentados, el itinerario aquí recorrido ha sido el de labrar y perfilar una justicia jurídica en sede judicial, purificando sesgos políticos, trascendencias morales o volubildades sociales. Un camino hermenéutico jurídico (judicial) con meta en la justicia. Igualmente nos hemos distanciado de un positivismo que aspira a purezas impropias del fenómeno humano, y que en esa aspiración separa contra toda comprensión hermenéutica la entraña común de lo jurídico y la justicia.

Este camino hermenéutico de justicia jurídica no debemos tampoco olvidar que surgía del alud de la injusticia, discordia o conflicto. Tal camino se recorre en el tiempo de lo humano, susceptible de movimientos comprensivos-interpretativos, motivo también que nos ha distanciado de transitar otras regiones como la lógica iuspositivista o la esencia ideal iusnaturalista en las que no anida ni madura el abierto sentido de justicia descrito. En nuestro tiempo incidir sobre un sentido de justicia tanto como punto de partida y como destino de lo humano mediante la reflexión de la Hermenéutica jurídica, constituye una alternativa a metodologías relativistas y deshumanizadas.

#### IV

Hemos deslindando la justicia jurídica aplicativa como justicia hermenéutica de otras posibilidades o formas de justicia (distributiva política y virtud moral) y del

<sup>20</sup> Cf. Ricoeur, *Amor y justicia*, Madrid, Caparrós, 1993, p. 32.

También para Rawls el sentido de justicia está enlazado a nociones como dignidad o humanidad, aunque el norteamericano no llega a relacionarlo como el francés con el amor.

<sup>21</sup> Cf. Gadamer, *Histórica y hermenéutica*, op.cit., p. 106.

Tampoco Ricoeur apuntaría a la depuración que hemos pretendido de justicia jurídica cuando sitúa lo justo entre lo legal y lo bueno.

innato (y bruto) sentido de justicia. Tratemos ahora de observar y reflexionar esa justicia jurídica aplicativa. Un primer elemento crucial jurídico es que propiamente la aplicación es clave de justicia y no tanto (esencialmente) de la compañera normativa. Lo que la Hermenéutica pone de manifiesto como proceso comprensivo en busca de sentido humano, es que en el Derecho se trata ante todo de hacer justicia y por tanto de aplicar justicia<sup>22</sup>. Es cierto que la norma también se aplica, pero se hace como un elemento más de la aplicación de la justicia, junto al relato fáctico tras el proceso (también hermenéutico) de convicción probatoria, junto a las aseveraciones jurisprudenciales y junto a la argumentación en la que todo ello se ensambla. La norma coopera y se aplica, pero en todo el proceso hermenéutico jurídico lo que constituye «sentido» es la aplicación de la justicia.

De este modo también en la Hermenéutica jurídica la justicia no se conforma como valor objetivo abstracto, ni siquiera como un principio general jurídico, sino como un sentido que discurre desde el ser comprensivo-interpretativo del juez a la argumentación decisoria y finalmente al fallo específico (y ejecutable y coactivo). Este es el sentido jurídico de la justicia aplicativa, el sentido de la justicia en la resolución del conflicto (con ayuda normativa). Esta justicia que no es genérica, sino que se concretiza en el proceso hermenéutico jurídico es, precisamente, la clásica equidad, la justicia del caso (sometida a comprensión interpretativa hermenéutica). La práctica del Derecho supone esta justicia hermenéutica, cuyo momento fundamental es conjuntamente el decisorio-argumentativo. También veremos y entendemos que la justicia jurídica aplicativa tiene que traspasarse a la praxis (como igualmente tiene su origen en la praxis del conflicto de las acciones intersubjetivas). Este traslado a la praxis es un segundo momento aplicativo también determinante, pero en él estamos más ante la coacción derivada de la justicia (y en cierto modo ante la política); la aplicación esencial de la justicia ha tenido lugar en el momento hermenéutico decisorio-argumentativo (que es también comprensivo-interpretativo).

No en vano Gadamer rescata hermenéuticamente la equidad aristotélica, la *epieikeia*. Esta *epieikeia* en cuanto justicia del caso no está ligada sustancialmente a un valor objetivo o a un principio normativo, sino a la figura profesional imparcial (y hermenéutico-reflexiva) del juez. En este sentido hablaremos también del juicio del juez ante el conflicto intersubjetivo, que es juicio de justicia, un juicio en el que se hace justicia (posteriormente ejecutable en la praxis). Tal juicio en indagación de sentido de justicia del caso (equidad) es en sí práctico. Algo así nos quiere trasladar Aristóteles cuando sostiene que el juez es la justicia dotada de vida (no es la justicia metafísica, ni tampoco un derivado de lo normativo “a priori”), justicia mediadora. El juez media porque interviene en el conflicto, porque es equitativo en la práctica,

<sup>22</sup> “La Hermenéutica descubre diversas formas de aplicación, más allá de su habitual sentido técnico, en el deliberacionismo pragmático, el juicio reflexionante, la prudencia, la nueva casuística y el círculo hermenéutico-crítico, que se requieren en las diversas éticas aplicadas” (Conill, *Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 283).

porque equilibra la justicia, porque restaura la desproporción injusta y deja a cada parte en el punto justo, correcto<sup>23</sup>. La justicia jurídico-aplicativa es más mediar que dar (a cada uno lo suyo, máxima del *ius romanorum*, y que posiblemente en nuestro tiempo entronque en cierta forma con la justicia distributiva política, que distribuye, otorga, da).

Con la recuperación gadameriana de la *epieikeia*<sup>24</sup>, tenemos que comprender el alcance de aplicación jurídica de la justicia y no esenciamente de la norma. La equidad no es contra Derecho, ni siquiera estrictamente tampoco contra ley, pues propiamente es corrección de la ley. La ley es jurídicamente deficiente pues su universo general abstracto es muy insuficiente para la comprensión del sentido de justicia del caso conflictivo. La equidad relaja éticamente la tensión epistemológica entre norma y caso hasta acertar con una solución decisoria. La equidad es también posible porque el inicial e innato sentido de justicia es sometido a desarrollo comprensivo y metódico hermenéutico en la profesionalidad e imparcialidad del juez. La equidad aporta sentido a lo que ha sido y es lenguaje de la ley, de la jurisprudencia, del relato de hechos con el convencimiento de la prueba, y su ensamblaje en la argumentación judicial con criterio propio. La argumentación judicial de la solución equitativa va también (hermenéuticamente) más allá de la norma y de los hechos, y de su mero ensamblaje<sup>25</sup>; tenemos en ella los principios o criterios de justicia del caso. En ellos está presente el corazón hermenéutico interpretativo-aplicador del caso, y es éste un corazón de justicia pues al igual que aplicamos justicia en el proceso hermenéutico-jurídico, la interpretación es tanto o más de la justicia que de la norma.

La justicia jurídica aplicativa de la Hermenéutica jurídica desencadena un pensamiento práctico, y un pensamiento para la praxis, en cuanto que la realidad intersubjetiva es su destino definitivo. De este modo podemos caracterizar la justicia de la Hermenéutica jurídica como elástica, tanto por traer causa de la praxis y posteriormente proyectarse hacia la praxis desde el juicio judicial, como por no ser portadora de unos contenidos ferreos, fijos, blindados, sino ante todo facilitar la interpretación de principios ético-jurídicos y conducir ésta comprensión interpretativa al juicio

<sup>23</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V (Madrid, Alianza, 2001, p. 161).

Transcribo este texto que es el que hemos sometido a exégesis hermenéutica: “cuando disputan los hombres recurren al juez: y dirigirse al juez es dirigirse a lo justo, pues el juez pretende ser como la justicia dotada de vida. Y buscan que el juez sea medio y algunos los llaman «mediadores», como si alcanzaran el medio cuando obtienen justicia”.

<sup>24</sup> Cf. Gadamer, *Verdad y método*, I, Salamanca, Sígueme, 2005, pp. 389-390.

Aprovechamos también para plasmar el pasaje aristotélico en el que se relacionan justicia y equidad. Aristóteles parte de la idea, al examinar justicia y equidad, de que “no parece que sean lo mismo sin más, pero tampoco distintos genéricamente” (...) “Luego justo y equitativo son lo mismo y, siendo bueno los dos, resulta superior lo equitativo. La dificultad la produce el que lo equitativo es justo, pero no es la justicia legal, sino una rectificación de la justicia legal. La razón es que la ley es toda general, y en algunos casos no es posible hablar correctamente en general” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, *ed.cit.*, p. 177).

<sup>25</sup> Ricoeur incide sobre este extremo: la interpretación de la norma y la interpretación de los hechos se entrelazan. Los hechos además de apreciados, disputados y descritos, están cargados de sentido, esto es, interpretados (cf. Ricoeur, *Lo justo*, Madrid, Caparrós, 1999, p. 172).

decisorio solucionador. La justicia hermenéutica se desplaza ondulante de la praxis a la práctica del juicio a lo largo del recorrido del proceso hermenéutico abocado a la equidad, y finalmente de nuevo hacia la praxis.

No obstante aunque la Hermenéutica jurídica nazca de la praxis, de un conflicto intersubjetivo, y su última meta sea la praxis, hacer realidad la decisión justa para solucionar tal conflicto, su carácter de Filosofía práctica se debe al propósito de su decisión-argumentación. Pero esta aplicación en cuanto desvelamiento del sentido de justicia es su centro hermenéutico (práctico). El juez decide porque la realidad lo reclama éticamente (para evitar decisiones de violenta venganza privada), y el juez decide para remover (coactivamente) la realidad de la praxis. Pero el centro hermenéutico es esa decisión (práctica) argumentativa donde la comprensión-interpretación alcanza sentido de justicia mediante el ingenio y el juicio. Alcanzar en el juicio del juez ese sentido de justicia que se proyectará en la realidad es el carácter eminentemente práctico de este pensamiento hermenéutico.

La Hermenéutica es para la praxis de la realidad pero su carácter práctico está en el sentido del juicio decisorio. No obstante la Hermenéutica no sería un pensamiento ontológico sin la realidad práctica, y la Hermenéutica jurídica acerca esta observación. La determinación lingüística de la realidad está siempre presente en la Hermenéutica jurídica. No se trata sólo como se ha advertido que el proceso hermenéutico jurídico nazca para resolver en justicia un conflicto real intersubjetivo, sino también que dicho conflicto es la razón de ser del proceso jurídico hermenéutico. En el mismo se trata de cristalizar un relato fáctico descriptor del conflicto. Configurar ese relato, la persuasión de su enunciado, resulta básica pues está condicionando la solución final en justicia equitativa.

El relato fáctico del conflicto sólo puede elaborarse tras la práctica de la prueba y tras la convicción (o no) que dicha prueba ha originado en el juez. Además cómo sea tal convicción, su alcance, preconfigura la decisión resolutoria. Dicha convicción es ya un ejercicio juicioso de justicia imparcial respecto la atención y la objetividad que deben estar presentes en el mismo. Además el alcance (sentido hermenéutico) de dicha decisión determinará la persuasión del relato fáctico. Establecido éste, determinando su certeza, carácter y participación de intencionalidad, se abre el proceso selectivo de la norma, la cual observamos una vez más como cooperadora del juicio determinante que es un juicio de sentido de justicia (más que de sentido normativo).

El relato de los hechos tendrá que estar nuevamente presente en las argumentaciones de la resolución judicial coordinado y yuxtapuesto con el texto de la norma y con los criterios de sentido de justicia del juez. También habrá que reflexionar cómo el juicio (y el pre-juicio) del juez ante el conocimiento y convicción de los hechos está determinando el sentido de su resolución. La práctica del pensamiento está en origen en la realidad, en el relato fáctico de la realidad, en el alcance de la central decisión hermenéutica respecto de la realidad, y en la proyección eficiente de dicha

decisión a la propia realidad, removiéndola y restaurándola, afectando gravemente a la propia vida de los sujetos que fueron engarzados por el conflicto.

En el pensamiento de Gadamer, con la evocación a Heidegger, se manifiesta cómo la resolución de la justicia tiene que realizarse en una *situación*<sup>26</sup>, y ésta es una realidad y también un tiempo (en otro tiempo el sentido, las consecuencias y afectación, no podrían repetirse del mismo modo). La resolución justa hermenéutica se toma y se proyecta en una momentaneidad y en una instantaneidad. El sentido de justicia presente en esa resolución se ve también afectado y determinado por el tiempo.

En sus estudios sobre Hermenéutica jurídica Zaccaria y Viola prestan gran atención a la acción y a la justeza de la misma acción. Hasta cierto punto nosotros observaríamos la misma como un hecho o fruto de la virtud de la justicia, entendiendo en mayor medida la Hermenéutica jurídica como la argumentada decisión judicial aplicativa en justicia que repara la injusticia. El pensamiento jurídico sobre los actos (como en sí mismos esencialmente justos o injustos) ya fue objeto de reflexión iusnaturalista por autores de la escuela española de Derecho natural como Luis de Molina y Gabriel Vázquez. Valiosa es la apreciación de Zaccaria y Viola de que en el Derecho el problema no es (como en la política) la sociedad justa sino la acción justa. Y también estamos en sintonía con ellos cuando sostienen que la justicia de la norma y del ordenamiento son analogados jurídicos secundarios (frente a la relevancia de la acción)<sup>27</sup>.

La justicia hermenéutica tiene que ser alcanzada mediante el juicio humano del juez. El juez con su vocación profesional imparcial, con su conocimiento de la técnica jurídica y con su sensibilidad ética es el llamado a descubrir el sentido de justicia de un conflicto y a formalizarlo jurídicamente. El juez se debe al conflicto, a su solución de justicia ético-jurídica; no podemos nunca olvidar como la justicia responde al conflicto que surgía de una disputa o agresión en la realidad interhumana, y al que también los abogados<sup>28</sup> habían colaborado a formalizar jurídicamente.

El juicio del juez para alcanzar la justicia hermenéutica se desarrolla en el juicio del proceso. El juicio intelectual-comprensivo y el juicio jurídico procesal se dan la mano para decretar la justicia. Los juristas no pueden olvidar que tras las fases y tramitaciones del proceso judicial (juicio formal) está actuando interpretativamente el juzgador con su juicio ético. Uno de los cometidos hermenéuticos del juicio del juez

<sup>26</sup> Cf. Gadamer, *Verdad y método*, I, *op. cit.*, p. 389.

<sup>27</sup> Cf. Zaccaria y Viola, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, *op. cit.*, p. 433.

Estos autores en la línea de lo que manteníamos con Ricoeur de que el juez no puede dejar constancia de que la aplicación de su Derecho es injusto, sostienen que las soluciones de los conflictos sólo pueden ser aceptables cuando en su afectación a la práctica jurídica sean justas (cf. p. 430). Estamos nuevamente ante un sentido de justicia que en la dimensión esencialmente textual se va a proyectar a la praxis.

<sup>28</sup> Sobre cómo la figura del abogado tiene que realizar un equilibrio hermenéutico entre la interpretación de los intereses del cliente y la verdad de los hechos y su compromiso con la justicia (como también le exige el Código Deontológico de la Abogacía) ya me he manifestado en otros trabajos como *Ética de las profesiones jurídicas*, Desclée de Brouwer, 2006, y *Justicia y Ética de la abogacía*, Dykinson, 2007.

es el discernimiento que constantemente tiene que realizar a lo largo del juicio procesal. Ese discernir es separar y vertebrar razones, motivos y argumentos, para ir seleccionando y escogiendo los más convincentes y justos. El discernimiento opera sobre los hechos (sometidos al convencimiento probatorio), sobre la selección normativa y la ulterior concreción de la consecuencia jurídica, sobre la selección y ponderación jurisprudencial, y también sobre el modo de relatar y entrelazar hechos y derecho con principios y criterios propios. Todo ello se ve sometido a la selección ponderada del discernimiento del juicio que trabaja sobre las alternativas incalculables que los elementos textuales del proceso, los dados y los que hay que elaborar, ofrecen a la comprensión del juzgador.

En el fondo de ese proceso de juicio de discernimiento de textos y relatos tiene que estar presente el sentido de justicia. La precisión y el desciframiento hermenéutico cultiva y madura la inicial experiencia jurídica aplicativa del juez y su ya muy reflexionado sentido de justicia innato (que en el juez ya no es bruto). En la búsqueda de este sentido de justicia es importante el convencimiento del acierto decisivo justo. El juez tiene que estar convencido de que ha encontrado la solución del caso, su sentido de justicia equitativo, y que con su fallo acierta ético-jurídicamente. Es la convicción de que la solución a otorgar es la acertada<sup>29</sup>, que es la mejor de las soluciones posibles (o incluso, cuando no hay alternativa, la menos injusta o más cercana a la justicia). El juez tiene que estar convencido de que acierta en su fallo, y acertar un juez no significa sólo ser impecable en la subsunción legal como lógica racional, sino el convencimiento hermenéutico fundado y pormenorizado discursivamente que hemos sostenido<sup>30</sup>. De no ser así, llegamos una vez más al absurdo ético del juez que pueda manifestar que aplicando (mecánico-lógicamente) la ley exigida por el caso ha hecho injusticia. Es esto lo más contrario a la equidad.

El elemento textual (hermenéutico) de este juicio de discernimiento y de justicia resulta esencial. La decisión que soluciona el conflicto tiene que presentarse como un discurso argumentativo en el cual estén presentes todos los elementos jurídicos y jurídico-fácticos del caso, pero no meramente relacionados o yuxtapuestos, sino ensamblados en una creación discursiva original con su propio criterio y plena de sentido jurídico de justicia. Por eso, la sentencia en donde fluye este discurso argumentativo tiene que presentarse como una creación juiciosa original y con criterio propio del juzgador. El juicio es aquí filosóficamente crucial pues con tal capacidad comprensiva-interpretativa<sup>31</sup> evitamos objetivismos abstractos lejanos a la realidad y que no permiten ser penetrados de criterio propio humano, así como

<sup>29</sup> Explica Gadamer: "La tarea de la decisión moral es acertar con lo adecuado en una situación concreta, esto es, ver lo que en ella es correcto y hacerlo" (*Verdad y método*, I, *op. cit.*, p. 388).

<sup>30</sup> Afirma Kaufmann: "El punto de partida es la constatación, hoy apenas discutible, de que los juicios sobre la justicia no pueden obtenerse de un modo racional puro, sino que más bien están sujetos también a elementos emocionales" (cf. Kaufmann, *op. cit.*, p. 168).

<sup>31</sup> Explica Ricoeur, como él mismo reconoce en términos kantianos, que "la interpretación es el camino que sigue la imaginación productora en la operación del juicio reflexivo" (*Lo justo*, *op. cit.*, pp. 170-171).

también evitamos subjetivismos arbitrarios que carezcan de referentes consolidados e ineludibles. La solución casuística necesaria para todo conflicto va a implicar una concreción<sup>32</sup> ético-jurídica que, en cuanto especificación de la realidad, supone en tantos casos temblores de fundamentos ideales objetivos insuflados por la Hermenéutica.

El juicio en su hermenéutica discursiva argumentativa consolida un criterio propio que el lenguaje del texto de la sentencia evidencia, se refuerza con las razones esgrimidas y trata también de persuadir a las partes y a la comunidad, todo ello de su sentido de justicia equitativa. En la conformación textual de este criterio de juicio, el juez debe armonizar el sentido ético-jurídico de su conciencia con la presencia iluminadora de principios supremos del ordenamiento jurídico e incluso principios ético-jurídicos de la realidad de su entorno cultural como puede ser el Derecho natural, o por ejemplo su vertiente subjetiva de los Derechos humanos. La síntesis equilibrada de conciencia y principios ético-jurídicos deben fundar la decisión del caso. La conciencia judicial no tiene que ser un elemento a eliminar siempre que no sea libérrima arbitraria, y consiga llegar al juicio con el tamiz del referente de los principios ético-jurídicos. Éstos también tienen que legitimar y sustanciar a la puntual norma que en el caso se considere para la aplicación de la justicia equitativa.

Pero no podemos ignorar cómo la decisión jurídica surge en un momento dado como un *chispazo* intelectual; esta instantaneidad intelectual supone también un momento hermenéutico que el discurso del juicio tendrá que refrendar y legitimar. Este surgimiento vital experiencial de la decisión se lo debemos al ingenio, el cual también opera en la interpretación del caso por el juez. Tras el progresivo acercamiento al caso y su reflexión, *en un momento dado*, el juez responde con la agudeza del ingenio que como un rayo se lanza a la solución del caso. Con el tratamiento hermenéutico el ingenio iluminador tiene también que solventar con sentido de justicia.

Este ingenio judicial estaría sometido a riesgos ético-jurídicos si de inmediato no fuera objeto de juicio discursivo con discernimiento, argumentación y persuasión. El juicio verbaliza la sutil e inicial decisión del ingenio. El juicio discursivo tiene que ratificar y convencer, y también autoconvencer al propio juez, que la decisión es acertada y correcta. La seguridad de la decisión la otorga la hermenéutica del juicio en su ultimación textual argumentativa. Las iniciales reflexiones provocaron la respuesta del ingenio. El juez no debería perseverar en que su primera reacción ingeniosa sea la única acertada que permite el sentido de justicia. El ingenio tiene que ser objeto de reflexión textual por parte del juicio, en la cual pueden surgir reafirmaciones, matices, e incluso cambios y discrepancias en la convicción del acierto. La Hermenéutica como existencial nos vuelve a mostrar que la exploración del juicio en

---

<sup>32</sup> Aprecia Gadamer que sólo por la concreción lo general adquiere determinado contenido (cf. Dutt, *En conversación con Hans-Georg Gadamer*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 101-102).

una nueva situación y momento ofrecería oportunidad de cambios (en las más de las veces en detalles, pero en alguna ocasión también en alguna sustancialidad).

El iuspositivismo ha tendido a resaltar el carácter coactivo de las resoluciones judiciales, frente al discursivo y argumentativo que aquí hemos enaltecido. La coacción de la resolución es el apéndice judicial en cuanto poder profesional, en cuanto poder judicial. Pero la propia coacción y ejecución necesita de la razón comprensiva que el anterior juicio y proceso hermenéutico le ha otorgado. La ejecución es necesaria para llevar la justicia reparadora del conflicto a la realidad, a la praxis; pero seguimos insistiendo en la esencialidad hermenéutica argumentativa de la decisión interpretativa práctica. La justicia obligada y forzada en la realidad no sería tal sin la mediación reflexiva y textual en la que surge y convence dicha justicia. Ricoeur nos advierte de que no nos podemos quedar con el empleo de la ejecución de la fuerza pública de los procesos judiciales; con plasticidad ética nos enseña que la espada de la justicia no puede eclipsar la balanza, que el monopolio de la violencia no puede resumir el ejercicio de la justicia<sup>33</sup>.

Esta hermenéutica jurídica del caso y momento de justicia con su fijación discursiva ayuda a canalizar y resolver el punto de partida interpretativo abierto que el Derecho permite, y que precisamente en esta operación hermenéutica permite la justicia. El Derecho fuera del caso conflictivo como texto normativo no objeto de comprensión-intepretación aplicativa práctica, presenta esa textura abierta con zonas de penumbra de las que Hart avisó. De lo que se trata es de encender la Hermenéutica jurídica para que la justicia ilumine. El Derecho en penumbra comprensiva en la norma jurídica es ingeniosa y juiciosamente especificado en la dimensión hermenéutica de la aplicación justa.

### Conclusiones

1ª. La Hermenéutica jurídica relaciona a la justicia y al Derecho de modo distinto (más práctico y vivencial) al de la integración ideal metafísica del iusnaturalismo, y al de la separación que de ambos conceptos realiza el iuspositivismo.

2ª. En la esencialidad de su concepción jurídica el iusnaturalismo y el iuspositivismo hacen prevalecer al legislador sobre el juez, mientras la Hermenéutica jurídica se decanta por la centralidad jurídica del juzgador.

3ª. La Hermenéutica jurídica considera que el problema de lo jurídico es la justicia aplicativa, frente a otras dimensiones de justicia como son la distributiva política y la virtud moral.

4ª. La justicia jurídica aplicativa de la Hermenéutica jurídica se comprende como una justicia de reacción en una situación ante un previo conflicto injusto.

<sup>33</sup> Cf. Ricoeur, *Amor y justicia*, *op. cit.*, p. 54.

5ª. La ayuda al otro desde la base del reconocimiento y respeto a los demás se convierte en algo común a las diferentes formas de justicia desde perspectivas diversas.

6ª. La búsqueda del «sentido» filosófico es horizonte del proceso hermenéutico de comprensión-interpretación. El sentido posibilita un estado espiritual-emocional de realización y culminación de lo humano.

7ª. La Hermenéutica jurídica se lanza hacia la búsqueda del sentido de justicia como culminación aplicativa-interpretativa del Derecho. En la raíz del proceso hermenéutico reside también el sentido de justicia como afecto innato. En la Hermenéutica jurídica el juzgador depura y formaliza el sentido de justicia.

8ª. La aplicación jurídica de la Hermenéutica jurídica no es tanto de la norma como de la propia justicia al caso (equidad). La norma coopera en esa aplicación que es también búsqueda fundada y argumentada del sentido de justicia.

9ª. La práctica de la Hermenéutica jurídica está en la asunción del convencimiento del sentido de justicia como aplicación en una argumentación, sin perjuicio y refuerzo de ese carácter práctico dado su nacimiento en un conflicto en la praxis y su culminación en la consecuente repercusión justa en la praxis.

10ª. El juicio humano del juzgador desarrolla y alcanza la justicia hermenéutica en una labor interpretativa y decisoria de meticoloso discernimiento de principios y conciencia que culmina en la convicción del acierto del sentido de justicia del caso.

11ª. La decisión en justicia viene facilitada por el nacimiento espontáneo de una iluminación del ingenio, que posteriormente el juicio tiene que refrendar en una reflexión discursiva y persuasiva.

### **Bibliografía**

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (ed. de J.L. Calvo: Madrid, Alianza, 2001, 315 pp.).
- CONILL, Jesús, *Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad*, Madrid, Tecnos, 2006, 285 pp.
- DUQUE, Félix, *En torno al Humanismo. Heidegger, Gadamer, Sloterdijk*, Madrid, Tecnos, 2002, 184 pp.
- DUTT, Carsten, *En conversación con Hans-Georg Gadamer*, Madrid, Tecnos, 1993, 112 pp., (tr: T. Rocha).
- GADAMER, Hans Georg, *Verdad y Método*, I y II, Salamanca, Sígueme, 2005 (11ª ed.) + 2004 (6ª ed.), 697 pp. + 429 pp.
- , y KOSELLECK, Reinhart, *Histórica y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1997, 125 pp.
- GRANDE, Miguel, “Filosofía del Derecho, Filosofía del lenguaje y actividad judicial” en VVAA, *Jueces y ciudadanos: elementos del discurso judicial*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 160-205.

- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, 332 pp., (tr: G.R. Carrió).
- KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, Granada, Comares, 2007, 207 pp. , (ed. de A. Ollero y J.A. Santos).
- MOTA, Arturo, *Hermenéutica analógica, ontología, ética y cultura*, México, Analogía Filosófica (Número especial 21), 2007, 100 pp.
- MUINELO, José Carlos, “La analogía de lo justo: fundamentos de una hermenéutica de lo jurídico”, en *Hermenéutica analógica en España*, Joaquín Esteban Ortega (ed.), Valladolid, Universidad Europea Miguel de Cervantes, 2008, pp. 101-108.
- , “Del principio a la regla: una interpretación hermenéutica de los modos de aplicación judicial”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2000, nº 15, pp. 67-105.
- OSUNA, Antonio, *Hermenéutica jurídica. En torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, 1992, 138 pp.
- , *El debate filosófico sobre Hermenéutica jurídica*, Universidad de Valladolid, 1995, 130 pp.
- PICONTÓ, Teresa, *Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur*, Madrid, Dykinson, 2005, 355 pp.
- RAWLS, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986, 217 pp., (tr: M.A. Rodilla).
- RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós, 1999, 208 pp. , (tr: A. Domingo Moratalla).
- , *Amor y justicia*, Madrid, Caparrós, 1993, 125 pp. , (tr: T. Domingo Moratalla).
- SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica de la Hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1978, 212 pp.
- VVAA, *Hermenéutica y responsabilidad. Homenaje a Paul Ricoeur*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, 503 pp.
- ZACCARIA, Giuseppe, “Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993), pp. 291-323.
- , y VIOLA, Francesco, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, 452 pp.

