

Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción

1. Positividad del derecho y espacio para los valores: la hermenéutica jurídica más allá de la contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo.

«Entre iusnaturalismo y positivismo. Hacia la hermenéutica jurídica», este es el título de un famoso ensayo de 1975 de Arthur Kaufmann, (Kaufmann 2003, p. 135 y ss.) que delinea, sintética y extraordinariamente, el camino filosófico y jurídico del Autor, destinado a superar el clásico dualismo del *ser* y el *deber ser* sobre el que se centra la filosofía jurídica de los dos últimos siglos, para abrazar una nueva perspectiva que, partiendo desde los fundamentos del pensamiento occidental – desde Aristóteles a Tomás de Aquino –, a través de una trama estructural entre realidad y valor, llega a reconocer la historicidad del derecho desde el punto de vista del derecho real histórico y concreto.

En mi caso específico, el camino – muy diferente y, en cierto sentido, paralelo al de Kaufmann – que me ha llevado a «elegir la hermenéutica» a fin de que el jurista adquiriera la plena intensidad teórica del tema «interpretación», parte de otras bases filosóficas y de una reflexión simultánea que, en el plano filosófico general, aspira a abandonar el dualismo y la separación entre el *ser* y el *deber ser* en nombre de la concreción de la existencia, del mundo práctico de los hombres, en el que no existe ningún límite entre realidad y valor; mientras que, en el plano del método jurídico, halla en la comprensión del derecho una praxis que, materializando las reglas, participa en el proceso más amplio de formación del derecho, atribuible a una pluralidad amplia de sujetos. Esta orientación se incluye en una perspectiva más extensa de «retorno de la filosofía del derecho a la filosofía», de *rehabilitación de la razón práctica* que, en el sector específico filosófico y jurídico, ve el derecho como una praxis social compleja que resulta de unos procesos intersubjetivos de acción en los que las normas, en movimiento continuo, se entrecruzan con actitudes interpretativas.

En pocas palabras, considero que la filosofía y la teoría del derecho deben ser observadas y desarrolladas desde el punto de vista de los sujetos activos que reconocen y practican el derecho en casos de conflicto y de divergencia, que el derecho tiene la tarea de resolver y superar.

Desde esta perspectiva que tiende a considerar, de forma cercana a Capograssi y a Opocher, el derecho a *parte subiecti* en la experiencia observada cada día en el momento de la acción del hombre común, he tratado de acercarme a un amplio horizonte de referencia teórica en el ámbito del pensamiento contemporáneo que, desde la hermenéutica gadameriana y ricoeuriana hasta el *linguistic turn* y Dworkin, desde Hart hasta Raz y Finnis, mantiene la descripción del derecho desde el punto de vista práctico, contemplándolo desde la perspectiva de los ciudadanos, de aquellos para los cuales, al fin y al cabo, se produce el derecho y sin los cuales el derecho no viviría.

Por cierto, hoy la contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo, la cual ha ido mostrando sus límites y, en numerosos casos, su escasa utilidad (Catania 1992, p. 80 y ss.), se presenta en formas mucho más sofisticadas de aquellas características de los años sesentas y setentas del siglo XX (Coleman 2011, p. 11 y ss.) y se juega de forma más implícita que explícita y, de todas maneras, principalmente sobre temas específicos; pero, quizá la perspectiva ideal desde la cual se puede considerar un camino de comprensión del derecho, alternativo tanto al iusnaturalismo como al iuspositivismo, es en verdad el de la hermenéutica jurídica, por la atención estructural y prioritaria asignada al momento interpretativo, y por la conciencia de la lingüisticidad de la experiencia del mundo.

Sin embargo, es sobre todo con la perspectiva del iuspositivismo (y con su evolución) que la teoría hermenéutica puede ser comparada fructuosamente, tanto con referencia a la conceptualización del derecho como con referencia a la teoría de la interpretación.

Entre los puntos fundamentales de divergencia en el debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo se incluye la tesis de la separación entre derecho y moral. Dicha tesis ha ejercido desde un principio un condicionamiento preciso sobre la teoría de la interpretación, a favor del formalismo interpretativo en el iuspositivismo. Analizándolo más detenidamente, dentro de esta última posición, el tema de la relación entre derecho y moral no puede siquiera ser tratado y pareciera excluirse de antemano el contacto entre estas dos dimensiones. De la misma manera, basándose en esta perspectiva, las fuentes del derecho no incluyen los principios, relegados fuera de la esfera jurídica. Es el concepto de derecho aceptado ya como exento de toda «contaminación» con elementos extrajurídicos que se remontan a la esfera de los valores. El formalismo en la concepción del derecho también es transferido automáticamente al terreno de la interpretación. Reconocer un espacio a los juicios de valor en la actividad interpretativa, desde este punto de vista, significa admitir la discrecionalidad de la interpretación judicial y negar objetividad al producto de la interpretación. El juez «boca de la ley» también es un juez que debe confirmar, con su labor, el extrañamiento del derecho respecto de los valores.

Por el contrario, las teorías interpretativas antiformalistas están abiertas a la idea de que el juez puede considerar los valores en su labor. En tales perspectivas, el remitirse a los valores no es, inevitablemente, un ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte o radical, sino que puede constituir un camino obligado para una comprensión genuina del derecho.

Por otra parte, las dificultades asociadas a la perspectiva formalista sobre el tema de la interpretación y de la relación entre derecho y valores en la aplicación, se evidencian gradualmente en el iuspositivismo «post-hartiano». Partiendo desde el amplio debate que surgió alrededor del *Post scriptum* a la segunda edición de *El Concepto del Derecho* de 1994 (Hart 1994. Sobre la figura de Hart, además de la acertada biografía de N. Lacey, *A Life of H. L. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford 2004, cf. ahora A. Brian Simpson, *Reflections on “The concept of Law”*, Oxford University Press, Oxford 2011.) — en el cual se arguye sobre cómo entender el punto de vista interno, la aceptación de las normas por parte del estudioso de derecho, la norma de reconocimiento — el iuspositivismo se ha ido articulando en una doble orientación, la del «iuspositivismo excluyente» y la del «iuspositivismo incluyente» (o *soft positivism*). Mientras que el iuspositivismo excluyente (Raz 1979) se mantiene fiel a la línea más tradicional de la *separación* entre derecho y moral, el iuspositivismo incluyente (Moreso 2003; Waldron 1992; Waluchow 1994) se empeña en la formulación de una concepción del derecho (y de la interpretación jurídica) que *incluya*, precisamente, los valores, en consonancia con la fidelidad al tema de la *distinción* entre derecho y moral (Schiavello, 2004).

En sustancia, el iuspositivismo incluyente propone una reformulación de la regla hartiana de reconocimiento en tal modo que incluye la referencia a elementos morales, con importantes consecuencias desde el punto de vista de la relación entre derecho y moral respecto de la definición del concepto de derecho, de la validez de las normas y de la cuestión de la discrecionalidad judicial. El iuspositivismo incluyente sostiene que los estándares de moralidad política pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, el contenido y el significado del derecho válido (Waluchow 1994, p. 2). Como señalado pertinentemente por Vittorio Villa (2000), para distinguirse de forma neta y realmente fértil del *exclusive positivism*, el positivismo incluyente debería conseguir no solo reconocer la existencia, en el derecho positivo, de referencias a la dimensión moral, sino remarcar la *fluidéz* de la relación entre elementos jurídicos y elementos morales dentro de las normas jurídicas, o al menos de ciertas normas jurídicas, por ejemplo en el ámbito del derecho constitucional.

No es casual que el ámbito en el cual resultaron más obvias las consecuencias de la relación entre derecho y moral sobre el momento interpretativo sea aquel constitucional, lo cual se remonta, fundamentalmente, a la presencia, en las constituciones, de principios, expresos e implícitos

(Zagrebelsky 1992). Si, desde la óptica del iuspositivismo más tradicional, los principios tienen una connotación extrajurídica, ya es patrimonio común de diversas orientaciones teóricas, incluidas las versiones más perspicaces del iuspositivismo, que los principios deben considerarse como normas jurídicas a pleno título, no obstante se trate de normas de carácter peculiar. Es ni más ni menos que sobre la definición de tal carácter, así como sobre el análisis de su incidencia en el momento de la aplicación, que se ha ido desarrollando el debate contemporáneo en la teoría del derecho.

La estructura de los principios y sus consecuencias sobre la fase interpretativa están en el centro del estudio desarrollado por el neoconstitucionalismo (Dworkin 1986; Alexy 1997; Alexy 2000), que se configura como un reto a muchas de las tesis del iuspositivismo tradicional y, en cierto sentido, es una especie de «renacimiento» del iusnaturalismo. La hermenéutica jurídica presenta puntos de convergencia numerosos e importantes con la visión de los principios elaborada por el neoconstitucionalismo y, en particular, con las implicaciones derivadas, en la fase de interpretación, del reconocimiento de su indeterminación. Es esta última que, en caso de conflicto entre varios principios con respecto a un caso en particular, hace que se deba establecer entre ellos una relación de prevalencia y que se deba ponderarlos, a diferencia de lo que ocurre con las normas que no comparten este carácter y que prevén la aplicación, al menos desde un cierto punto de razonamiento jurídico, en clave deductiva (Dworkin 1982). La identificación, interpretación y aplicación de normas dotadas de la estructura de los principios asigna al intérprete un papel central inevitable y necesariamente «creativo». La apertura, la pluralidad de principios y la necesidad de ponderarlos hacen surgir la posibilidad de su interpretación en relación a las circunstancias de hecho y plantean la cuestión de la interpretación como crucial para la comprensión del derecho, para su aplicación e, incluso, para su justificación. En síntesis, emerge del análisis de las características ínsitas en la técnica de ponderación como las estructuras de la interpretación constitucional utilizan más que otras los esquemas del discurso práctico.

Sin embargo, esto no implica en sí mismo la posibilidad de asignar a la interpretación un carácter radicalmente indeterminado. El hecho de que el juez (constitucional) utilice métodos interpretativos y argumentativos característicos del razonamiento práctico, por una parte remarca la relajación del vínculo específico de la argumentación jurídica, pero por otra parte destaca la contigüidad de la intervención jurisdiccional con las vías asociadas a la búsqueda de principios (ético-políticos) compartidos y con las dinámicas de la discusión pública.

Del cuadro que hemos reconstruido hasta aquí, creo que surge claramente que la cuestión de los juicios de valor en la interpretación jurídica ya no se plantea, dentro de la teoría jurídica contemporánea, en términos de admisibilidad o de negación de su presencia. Más bien, las teorías más interesantes – más allá de los «recintos» que corren el riesgo de asumir rasgos inclusive ideológicos – tienden a identificar *cómo*, *cuánto*, y *según qué procedimientos* estos juicios puedan contar legítimamente en la actividad judicial.

La cuestión crucial es, por tanto, aquella de la definición de los criterios que permiten asociar al producto de la interpretación *un cierto grado* o *un cierto tipo de objetividad*.

En este sentido, la teoría hermenéutica, que, en algunos aspectos, si uno piensa a las tesis de uno de sus principales exponentes, como Josef Esser (1983), anticipa algunas de las tesis de Ronald Dworkin, ha proporcionado y puede proporcionar una contribución importante.

Esta se presenta como una teoría del derecho y de la interpretación jurídica y confiere la caracterización de la *positividad* del derecho. Para ser más precisos, se presenta como una teoría del derecho que parte desde la centralidad del momento interpretativo para definir el mismo derecho. La interpretación, en particular la interpretación dada por el juez, concebida en términos antiformalistas se entiende como un momento privilegiado para la *comprensión* del derecho, que no se puede definir *a priori* con respecto a su aplicación, como si se tratara de un *objeto* observable desde el exterior. El derecho se asume como parte de una práctica social y en este sentido la presencia, dentro de los conceptos jurídicos y del razonamiento judicial, de referencias de valor es plausible y aceptable (Viola y Zaccaria 1996). Cuando los valores ético-políticos son parte importante y esencial de los conceptos jurídicos, el juez no puede dejar de considerarlos, dada su

función de intermediario entre la norma y el caso concreto, como también entre la finalidad del derecho como práctica social y los valores compartidos por la comunidad de referencia. El contacto con los valores puede adquirir importancia, dentro de la trayectoria intelectual del juez, en la etapa de precomprensión y retorna en la etapa de control de la racionalidad de la decisión tomada, después de la aplicación del círculo hermenéutico y de la construcción de las premisas del silogismo judicial. De hecho, entre los controles de racionalidad se ha previsto el control de corrección, es decir el control destinado a verificar la compatibilidad de la sentencia con los criterios de justicia material difundidos en la comunidad de referencia del juez.

Por consiguiente, es obvio que en la teoría hermenéutica existe tanto la posibilidad de que el razonamiento judicial tenga contacto con la dimensión axiológica, como la posibilidad de connotar la decisión judicial, que siempre es en cierta medida creativa, en un sentido no puramente arbitrario. La barrera contra la arbitrariedad está representada por la referencia a los parámetros intersubjetivos.

Es obvio que la hermenéutica no entiende con ello agotada la tarea de investigación teórica sobre la relación entre juicios de valor e interpretación jurídica, que a partir de esta referencia a la intersubjetividad debe comenzar a ofrecer elementos para medir la aceptabilidad de la decisión del juez. Respecto de ese objetivo, es necesaria la colaboración de todos los sectores de la filosofía práctica, puesto que deben abordarse temas complejos y parece apropiado proceder de acuerdo con el ideal de la unitariedad de la razón práctica. El paradigma hermenéutico no puede adoptar, desde luego, la perspectiva del objetivismo ético, pero tampoco está condenado a suscribir derivas escépticas. Encontrar los criterios teóricos y filosóficos de la definición de la aceptabilidad intersubjetiva de los juicios de valor en ámbito jurídico es una tarea abierta, sobre todo si tenemos en cuenta el pluralismo ético y cultural que distingue las comunidades políticas contemporáneas. Con lo cual nos movemos desde el terreno de la interpretación hacia aquel de la argumentación.

2. Hermenéutica jurídica y pluralismo

Si vamos en busca de las razones por las que el problema de la interpretación, que siempre ha sido relevante en la experiencia jurídica, adquiere hoy un significado muy especial, las encontraremos, en primer lugar y sobre todo, en la realidad del pluralismo. En este sentido, si el derecho está llamado a construir modelos de convivencia que puedan tener siempre en cuenta las diversas formas de pluralismo, el enfoque hermenéutico es un buen punto de referencia precisamente en la medida en que incluye el derecho como una práctica social interpretativa.

Comencemos con un reconocimiento de carácter general: una cuestión hermenéutica por excelencia es la de la relación entre los diferentes mundos culturales, el de la interacción dialógica y comunicativa entre diferencias, y en este sentido se puede decir que el multiculturalismo, el pluralismo que caracteriza las sociedades contemporáneas representa un terreno y un contexto particularmente propicio para el desarrollo de un enfoque hermenéutico.

A tal respecto, un primer aspecto que merece ser profundizado es la relación que se establece entre la precomprensión y el objeto de la interpretación. La precomprensión representa el escenario anticipatorio de la comprensión como actividad; un escenario desde el cual se preorienta el sentido de nuestro interpretar y conferimos unidad de significado a nuestras prácticas sociales, extrayendo un «sentido» de ellas (Gadamer 1977). La precomprensión puede ser explicada y corregida por medio de un diálogo y de una dialéctica de preguntas y respuestas con otras personas o con otros grupos culturales, y es precisamente en este plano que actúan el encuentro, la confrontación, el mismo desencuentro entre horizontes culturales específicos y diferentes; un encuentro-desencuentro cuyo resultado se ve facilitado por la función normativa asignada al intérprete: es a su prestación hermenéutica y argumentativa que corresponde decidir si esta o aquella interpretación, entre las diferentes posibles, son legítimas y en consonancia con la prácticas sociales afianzadas.

El objetivo de la comprensión de la diferencia, de la apertura en relación con otras determinaciones culturales, se convierte en este ámbito, en la base indispensable sobre la que articular la posibilidad de diferentes soluciones interpretativas y su capacidad de corrección y cambio.

La recuperación de la legitimidad de la tradición se convierte en inseparable – desde el punto de vista de la racionalidad del conocimiento – de la búsqueda de un horizonte común, o mejor aún, de esa «fusión de horizontes» que necesariamente implica un proceso de acercamiento entre los horizontes que en un principio se consideraban independientes entre sí y, a las veces, no comunicantes (Gadamer 1995, p. 356).

El papel y el reto de la interpretación jurídica y, más ampliamente del derecho, yacen en tratar de componer la ocurrencia inevitable e inagotable de las diferencias, para traerlas de vuelta a la coordinación mutua y a la unidad en nombre de una comunalidad que no sólo está en las formas, sino en las cosas mismas. El desafío de la comprensión y, específicamente, de la comprensión jurídica, está precisamente en reconducir los textos, comportamientos y desarrollos de las prácticas sociales, expuestos a los cambios y a los efectos de la historia, a una unidad de sentido y a una cadena ininterrumpida de mediaciones interpretativas incluso antecedentes.

Para ser más preciso, la comprensión es posible si se consigue aferrar un sentido común entre el mundo del intérprete y el que identifica el texto que se ha de interpretar. Gadamer (1960, 356) denomina como «fusión de horizontes» la superación de la posición hermenéutica inicial, entrelazada con la intersubjetividad del acuerdo acerca de algo en el mundo ¹.

La mayor novedad que Charles Taylor (1985; 2003) ha introducido respecto a la hermenéutica de Gadamer es que ha relacionado más clara y estrechamente el tema de la «fusión de horizontes», originalmente referido a las dimensiones temporales de pasado, presente y futuro, con el diálogo entre culturas que tiene lugar dentro de la comunidad, entendida como un contexto de formación y transmisión de valores, significados comunes y tradiciones ². El amplio debate que se ha desarrollado sobre estos temas, en parte como resultado de la propuesta de Taylor, ha aclarado definitivamente que el pluralismo del que estamos hablando aquí es el pluralismo de las culturas ³. Por otra parte, ha sido Michael Walzer (1998, p. 35 y ss.; 2000) quien ha aclarado persuasivamente que cuando hablamos de pluralismo nuestra discusión gira alrededor al polo del individuo, y cuando hablamos de multiculturalismo ésta gira alrededor a los grupos, y son precisamente los grupos los que expresan la identidad y la pertenencia culturales. El multiculturalismo nos enfrenta a conflictos entre identidades y pertenencias culturales distintas y heterogéneas, algunas de ellas típicas de las minorías culturales desfavorecidas; por tanto, nos enfrenta a un «complejo laberinto de diferencias y similitudes culturales que se entrelazan» (Tully 1995, p. 11), de manera que, lo que está en juego no es sólo el reconocimiento de tal identidad, sino también la compatibilidad con las instituciones liberal-democráticas del estado constitucional de derecho.

Este dato irreprimible del pluralismo, elemento estructural de las sociedades occidentales que se caracterizan por la presencia contemporánea de personas y grupos de diferente cultura, religión, ética e ideología, que pretenden ser todos incluidos en el espacio público, representan un problema teórico que no es, en absoluto, sencillo de resolver. Ya por sí mismas, nuestras sociedades nos presentan un panorama casi permanente en el que múltiples concepciones de la vida justa coexisten simultáneamente, se condicionan y se modifican mutuamente. Es decir que nos presenta, para usar las palabras de Michel Rosenfeld (2000, p. 327), una situación de «pluralismo individualista». Las migraciones, por ser migraciones masivas y no ya casos individuales (con el efecto de hacer copresentes y cercanas personas, comunidades y grupos que viven, encarnan y expresan mundos culturales distantes en el pasado – basta con pensar que en los últimos años los musulmanes en Europa se han convertido en veinte millones), a su vez determinan una creciente pluralización y la

¹ Sobre la fusión de horizontes como relación entre el intérprete y su sujeto, cf. el ensayo de Grondin (2005).

² Sobre este aspecto del pensamiento de Taylor, cf. Pariotti (1997, p. 91 y ss.).

³ Sobre el punto, cf. Pariotti (2001a); sobre la distinción entre pluralismo ético y pluralismo cultural, cf. Pariotti (2001b).

desestabilización de los significados y, a menudo, una superposición confusa de referencias culturales; pero también tendencias vigorosas a la reafirmación de cada identidad cultural y pretensiones de reconocimiento público por parte de culturas individuales. En una palabra, el «pluralismo individualista» se suma al «pluralismo comunitario» (Rosenfeld 2000, p. 327).

El desafío estructural que el pluralismo multicultural plantea al derecho es el de lograr la compatibilidad de la satisfacción de las demandas presentadas por mundos y grupos culturales que aspirarían a la autosuficiencia y a la mera preservación de su identidad – y por tanto, en cierta medida a su absolutización, que sin embargo significaría el fin de la normatividad del derecho – con la persistencia simultánea de un conjunto de normas comunes (Pastore 2002; Benhabib 2005), aquellas características de un sistema político-jurídico democrático-constitucional. A estas últimas corresponde la tarea de garantizar un vínculo de cohesión social y la adhesión a algunos principios fundamentales del Estado Constitucional de Derecho considerados justos y equitativos. Es obvio que no es admisible, ni desde el punto de vista político ni desde aquel jurídico, la idea de la autosuficiencia y la inconmensurabilidad de cada mundo cultural: ésta conduciría a una inaceptable absolutización de las diferencias y a las consecuencias, igualmente inaceptables, de una fragmentación del derecho y de la disolución de su potencial normativo. Pero si esto es cierto, y aceptamos este punto de vista, una reflexión y una redefinición del derecho, inclusive del derecho positivo, se vuelven urgentes y no prorrogables, a la vista de la variedad de grupos culturales en dialéctica entre ellos, que ya definen establemente la vida y la estructura de las sociedades occidentales contemporáneas.

Un papel importante en este sentido, para establecer una comunicación y una relación orgánicas entre diferentes culturas y formas de vida, puede ser jugado por la interpretación y la argumentación, que actúan respondiendo a cuestiones concretas y para tomar decisiones concretas, tienen un carácter abierto y no preconstituido y un vínculo necesario con la motivación, e implican una confrontación asidua con valores claramente identificables, con sus aplicaciones y con las identidades en juego, permitiendo, por último, el desarrollo de una dialéctica, incluso conflictiva, sobre la interpretación de los principios.

De hecho, la comprensión tiene el carácter de encuentro constantemente nuevo (Gadamer 1995, p. 392), construcción incesante de bases cognitivas siempre renovadas. Por esta razón, la aportación del caso concreto, el carácter productivo de su novedad, son elementos esenciales en la conquista de una comunión entre los horizontes, una interpretación de las situaciones, en palabras de K. Günther (1992), comúnmente compartida. Al mismo tiempo, el derecho, para tener éxito, requiere que los casos se decidan. La verdadera novedad del derecho contemporáneo es la colocación central del caso, en lugar de la regla, lo que hace de esta última la verdadera razón de ser del fenómeno jurídico (Viola 2007): esta perspectiva permite dar vida a una visión del derecho capaz de incorporar en sí misma los elementos de justificación material y de concebir la interpretación como la búsqueda activa de la solución normativa apropiada para los casos vitales que se deben regular jurídicamente.

En este papel integrativo de la pluralidad, el derecho, con una constante redefinición de los valores expresados por los principios constitucionales afianzados y una reanudación de la vocación «universalista» que ha originado el constitucionalismo contemporáneo, se convierte en herramienta pragmática para incluir más formas posibles de convivencia y para reconocer múltiples identidades culturales, múltiples visiones de la justicia y múltiples interpretaciones de la misma Constitución, en consonancia con los principios constitucionales de la democracia, en primer lugar la dignidad de la persona, la igualdad, el reconocimiento mutuo, el «audiatur altera pars» (Tully 1995, p. 34 y ss., p. 177 y ss.), la protección de la ley, la libertad de expresión y el libre ejercicio de la religión, la prohibición de la discriminación. Todos estos son principios de la civilidad jurídica que poseen un valor intercultural y cuya función es asegurar ese vínculo social que es fundamental para la convivencia civilizada y, sin el cual, la reclamación de pertenencia étnica y cultural podrían tener como efecto el reconocimiento de cada particularismo.

Un punto de salida obvio de este esfuerzo por incluir, legitimar e interactuar dentro de una situación constitucional pluralista que no se uniforme sobre un *ethos* único dominante, es la

renuncia de cada cultura al separatismo, a encerrarse en su carácter absoluto (Zagrebelsky 1992, p. 171), autoguetizándose y excluyendo la posibilidad de establecer relaciones con el otro: es decir, la renuncia a imponer por la fuerza el contenido de su cultura prevaricando sobre las otras.

En particular, es el principio de igualdad ante la ley, entendido de manera no formal pero exigente desde el punto de vista del contenido, el que es puesto bajo presión en el esfuerzo incluyente dentro de los valores constitucionales comunes que la constitución puede producir en una sociedad pluralista y multicultural. El principio de igualdad atañe a la persona así como a los grupos. En este sentido, la «constitución del pluralismo» se redefine como una reformulación continua de la negociación y del compromiso entre las *normas de principio* correspondientes a los valores de cada una de las partes que en este compromiso se reconocen, como mutación del paradigma que identifica la relegitimación propia en la garantía efectiva del pluralismo de principios (Zagrebelsky 2006). La mejor respuesta a los conflictos inevitablemente asociados al «pluralismo de hecho» que caracteriza a nuestra sociedad está constituida – como bien dijo Michel Rosenfeld (2000, p. 324) – por el «pluralismo normativo», es decir, por un enfoque que mantenga y promueva el pluralismo. Puesto que la interpretación jurídica no puede prescindir de ciertos requisitos normativos sustanciales – por lo que sería ilusorio y erróneo considerar su propia neutralidad entre las distintas perspectivas típicas de los diferentes grupos – deberá tomar, indefectiblemente, una posición entre estas últimas, pero sin renunciar a su esfuerzo incluyente y unificador.

Si luego concentramos nuestra atención en uno de los ámbitos más importantes de análisis, el del pluralismo constitucional, entendido como un esfuerzo para cambiar la composición de los desacuerdos desde el plano abstracto de las reglas al concreto de la práctica jurídica, es fundamental la técnica de la ponderación, una técnica obviamente de tipo interpretativo, que se acompaña de un proceso de naturaleza argumentativa, que hace predominar una vez uno y otra vez el otro de los principios en conflicto en el caso concreto (por ejemplo, entre las razones de las libertades económicas y las de los derechos fundamentales). Esto permite que, una vez considerados todos los puntos de vista más significativos, se busque un equilibrio razonable entre los distintos derechos y se decida en favor de los juicios de valor que a su vez permitan una composición razonable. Pero al mismo tiempo, sirve la confrontación de las identidades culturales, individuales y colectivas que obran en el ámbito político-institucional específico; una confrontación desarrollada a través del discurso público y el intercambio de razones recíprocas, en busca de un equilibrio justo entre los intereses en conflicto. Una vez archivado el principio de neutralidad del Estado en lo que respecta a las perspectivas éticas de los ciudadanos y de los grupos, son los mismos valores políticos los que entran en discusión y son objeto de controversia: a la larga, las identidades culturales no se muestran independientes de la identidad política (Viola 2002).

Al concebir la constitución como una búsqueda incansable del punto de encuentro concreto que posibilita la convivencia entre los individuos y los grupos portadores de diversas identidades políticas y culturales, este enfoque resulta estar preparado para afrontar los difíciles problemas que en la actualidad nos presenta el multiculturalismo. Esto también constituye, al mismo tiempo, un fuerte elemento de discontinuidad con respecto a la concepción positivista y kelseniana de la constitución, vista como una súper ley, que ocupa el rango más alto en la construcción del orden jurídico⁴.

El principio hermenéutico que – no lo olvidemos – niega la individualidad de los principios *antes* de la comprensión y la interpretación individual, proporciona la directriz para componer, según las circunstancias, las tensiones y desacuerdos que surgen de un caso a otro, aduciendo los argumentos más orientados a preservar el pluralismo y, conjuntamente, esos principios de cohesión social y de promoción de los intereses comunes que son estructuralmente orgánicos a la vida del derecho. Este último se convierte, por lo tanto, en el lugar de la administración y del gobierno del desacuerdo (Waldron 2007) y delinea un programa de finalidades que se podrá implementar en la

⁴ Sobre el punto, cf. Zagrebelsky (2006, p. 67 y ss.).

mayor medida posible y, de todas maneras, en relación a las características específicas de los casos concretos (Mengoni 1996, p. 102 y ss.).

Hay, pues, otro tipo de pluralismo sin duda relevante para el derecho: es el pluralismo que resulta de la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos, que llega hasta el punto de expresar el fenómeno de la pluralidad de los sujetos productores de derecho que se encuentran en diferentes planos y niveles jurídicos, y que aceptan no proponerse como exclusivos. Bonaventura de Sousa Santos (2002), muy oportunamente, ha desarrollado dentro de su teoría el concepto de *interlegality* para definir, con precisión, el fenómeno actual que consiste en la intersección y, algunas veces, en la competencia (Plaia 2007) entre distintos ordenamientos jurídicos. Un fenómeno caracterizado por un gran dinamismo, inestabilidad y, a veces, conflictividad entre las personas, espacios y materiales jurídicos que se superponen (Surace 2007). También con respecto a este conjunto de fenómenos, la concepción de derecho como una práctica social, así como la noción de normatividad concreta que la inspira, constituyen un importante paso adelante.

3. Texto jurídico y traducción

Asociado al pluralismo, desde la vertiente técnico-jurídica, existe el conjunto, cada vez más actual y complejo, de problemas relacionados con el mundo del texto y con el tema de la traducción en el derecho; la traducción que es asimismo hibridación, no sólo entre lenguajes, sino también entre formas de vida preteóricas de las comunidades que se identifican, diariamente, con determinados valores y comparten determinadas prácticas. Al reflexionar sobre la relación entre el signo y la cosa, podemos captar en el mundo del texto, en el sentido ricoueriano, una doble pulsión: una pulsión fuera del mundo, lo que le da al texto una existencia y un poder de subsistencia autónomos, pero también una pulsión inversa y hacia el mundo, con un movimiento de vuelta del signo hacia la cosa (Ricoeur 2010, p. 40). La creatividad del lenguaje expresa un *superávit referencial*, un poder innovador al abrir el lenguaje hacia el mundo. Sin embargo, en esta capacidad de producir un sentido constantemente nuevo, es importante no separar la comprensión de la explicación: la interpretación consiste precisamente en alternar las diferentes fases de la comprensión y de la explicación, de la interpretación y de la argumentación, a lo largo de un único «arco hermenéutico» (Zaccaria 2003).

Los textos normativos, a diferencia de los narrativos, poéticos, filosóficos o científicos, se caracterizan por su valor autoritativo, por su función prescriptiva, destinada a orientar el comportamiento de terceros, proporcionando una dirección de sentido. Esta función adquiere consistencia concreta en la aplicación del derecho, donde el texto se impone como una medida para resolver una controversia. El lenguaje jurídico implica una dimensión práctica inevitable, que lo convierte en una herramienta de juicio y evaluación, cuyo significado está impregnado de elementos con-textuales e intra-textuales.

Consideremos en primer lugar los elementos *contextuales* que caracterizan el significado de un texto jurídico (Viola y Zaccaria 2009, p. 241 y ss.), y que se convierten en puntos de referencia importantes para el trabajo del traductor. La letra de la norma no es suficiente, por sí sola, para dar cuenta de la dimensión de aplicación del derecho. Esta se asocia, para pasar a la acción, a un conjunto de factores determinantes éticos, sociales y políticos capaces de darle un sentido, una dirección operativa, en relación con los procesos sociales y las situaciones que se deben decidir. Es decir que no existe un texto jurídico si no es como referente empírico de un contexto de valores, un contexto social e institucional, del cual el traductor debe tener un dominio pleno y consciente para interpretar las normas originales en otro idioma, o para recrear su sentido dentro de un contexto diferente. Como escribió, con inimitable eficacia Giacomo Devoto, «la traducción se basa...sobre operaciones vinculadas a un poder intelectual soberano, capaz de síntesis, irreductible a esquemas mecánicos» (Devoto 1969, p. 8).

Pero los textos jurídicos adquieren vida también en relación con una serie de componentes *intra-textuales*. De hecho, el sentido de una norma se determina en relación con el de las otras normas, es decir, que refleja las arquitecturas de un sistema jurídico entero. Giovanni Tarello (1969; 1980) ha observado que la búsqueda de la conexión existente entre las palabras de la ley no puede limitarse a los aspectos meramente semánticos, invistiendo de necesidad la coherencia ordinamental de todo el discurso jurídico y debe hacerse mediante la combinación de diferentes materiales jurídico entre sí. Esta dimensión sistemática del texto jurídico, donde cada dato normativo se refiere a otros, y es precisamente tal en virtud de esta referencia mutua, debe también ser reconstruida por el intérprete. Esta operación no es fácil. De hecho, el traductor debe interpretar una tradición y una cultura jurídica que es diferente a la suya, enunciados jurídicos creados para formar y describir el derecho de un país determinado, acompañados por aparatos científicos y reflexiones doctrinales totalmente peculiares, sin los cuales es probable que el sentido del texto se pierda irremediamente. Esto implica una confrontación continua entre el lenguaje técnico y el lenguaje común, para comprobar si a un caso controvertido se relaciona o no un enunciado normativo específico.

Al igual que el intérprete – parafraseando Gadamer – también el traductor es llamado a colmar una distancia que no es solamente lexical y sintáctica, sino sobre todo cultural y socio-política; por consiguiente, cumple una función de discernimiento y de selección de los fundamentos culturales de formas específicas de vida jurídica⁵. Esta es la distancia, en nuestro caso, que separa la historia y la tradición jurídica italiana de las de otras culturas (pensemos en la alemana o francesa) que, si bien están unidas por innumerables y profundos lazos, desde luego no son intercambiables entre sí inmediatamente. El problema para el traductor, así como para el intérprete, es *descontextualizar* el texto, es decir, liberarlo al menos parcialmente de su contexto inicial, y a continuación, *recontextualizarlo* para recolocararlo en la nueva situación lingüística. El objetivo de la hermenéutica es trascender el particularismo de una cultura, abriéndose al universo lingüístico de otras culturas particulares (Todorov 1991, p. 17). Todo, por supuesto, – lo cual es muy importante al tratarse de textos normativos – manteniendo la más rigurosa fidelidad a las expresiones lingüísticas del texto a traducir, que con su vínculo impiden al traductor que pueda concebir la traducción como algo suyo. No hace falta decir que sería, como mínimo, falso considerar que esta distancia podría ser colmada sin dejar residuos, que un texto normativo es adecuado a ser trasplantado en diferentes contextos sin perturbaciones ni forzamientos. Hablando de traducción de textos jurídicos, no se puede ignorar el carácter constitucionalmente imperfecto de cada operación de transferencia de uno a otro lenguaje jurídico⁶. También para la traducción jurídica, al igual que para la literaria, aunque sin aceptar la tesis extrema de una imposibilidad o ilegitimidad de la traducción, se puede hablar de la inevitabilidad de una «traición», propiciada por la inevitabilidad del acto interpretativo que está implícito.

Sin embargo, la traducción no es solo una inevitable pérdida de significados y de relaciones específicas con el mundo; ella también puede ser una fuente de ganancia⁷, sugiriendo la posibilidad de desarrollar nuevas formas de relación con el mundo. Toda forma de vida particular puede transmitir a otros elementos nuevos y diferentes, y el resultado puede ser el entrelazar formas de vida en común.

Al igual que en el caso de la interpretación, la traducción se puede entender, entonces, como una apertura y un *enriquecimiento de significado* (Fabbri 2003), que no niega la diversidad de los lenguajes ni de los contextos, sino que les proporciona contenidos y oportunidades nuevos. En este sentido, cada traducción es una transformación del sentido del original. Si se lee considerando un ámbito diferente contextual e intratextual, el texto traducido adquiere nuevos significados, y en virtud de la labor del traductor, estos mismos ámbitos contextuales e intratextuales experimentan

⁵ Sobre el punto, cf. Zagrebelsky (2006, p. 11 y ss.).

⁶ Un ejemplo evidente en dicho sentido está representado por las traducciones del Convenio de Ginebra sobre la letra de cambio y el cheque, que originaron regulaciones nacionales muy diferentes.

⁷ Sobre el punto, cf. Illetterati (2005, p. 772).

conformaciones y significados alternativos. De ahí la centralidad, incluso en el campo del derecho, de la figura del traductor, una centralidad que se deriva de la complejidad lingüística – que en ciertos casos, según la observación de Schleiermacher (1985), recuperada por Maurice Blanchot (198), puede rayar en la locura – de la tarea que se le ha encomendado. No sorprende que, para uno de los mejores estudiosos del fenómeno de la traducción como Paul Ricoeur (2001), la traducción sea, con el símbolo y el texto, uno de los tres paradigmas fundamentales de la hermenéutica del discurso, y simboliza, admirablemente, junto a la irresolubilidad de los conflictos que surgen entre los diferentes lenguajes, también la posibilidad de apertura y de encuentro entre ellos, en una palabra, la tensión constitutiva entre la pérdida y la ganancia de significado.

- Alexy, Robert. 1997. *Concetto e validità del diritto* (1992). Turín: Einaudi.
- Alexy, Robert. 2000. "On the Structure of Legal Principles." *Ratio Juris* 3: 294-304.
- Benhabib, Seyla. 2005. *La rivendicazione dell'identità culturale* (2002). Bologna: Il Mulino.
- Blanchot, Maurice. 1982. "Sulla traduzione." *Aut Aut* 189-190: 98-101.
- Catania, Alfonso. 1992. *Analisi del diritto. Studi di teoria generale*. Nápoles: Jovene.
- Coleman, Jules L. 2011, "The Architecture of Jurisprudence." *The Yale Law Journal*, 1-79.
- De Sousa Santos, Boaventura. 2002. *Toward a New Legal Common Sense*. Londres: Butterworths Lexis Nexis.
- Devoto, Giacomo. 1969. *La traduzione*, Vicenza: Neri Pozza.
- Dworkin, Ronald. 1982. *I diritti presi sul serio* (1977). Bologna: Il Mulino.
- Dworkin, Ronald. 1986. *L'impero del diritto* (1986). Milán: Il Saggiatore.
- Esser, Josef. 1983. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972). Nápoles: Esi.
- Fabbri, Paolo. 2003. *Elogio di Babele*. Roma: Meltemi.
- Gadamer, Hans G.. 1977. "Ermeneutica." En *Enciclopedia del Novecento*, vol. II: 731-740. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- Gadamer, Hans G.. 1995. *Verità e metodo* (1960). Milán: Bompiani.
- Grondin, Jean. 2005. "La fusion des horizons. La version gadamérienne de l'adaequatio rei et intellectus?" *Archives de philosophie* 68: 401-418.
- Günther, Klaus. 1992. "Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral." En *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, coord. Maximilian Herberger et al., 36-75. Stuttgart: Steiner, Stuttgart.
- Hart, Herbert. 1994. *The Concept of Law* (1961). Oxford: Clarendon Press.
- Kaufmann Arthur, 2003, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, editado por G. Marino, Milán: Giuffré.
- Illetterati, Luca. 2005. "Finitezza, alterità, traduzione." *Giornale di metafisica* XXVII: 755-776.
- Mengoni, Luigi. 1996. "Il diritto costituzionale come diritto per principi." *Ars Interpretandi* 1: 95-112.
- Moreso, Josep J.. 2003. "El reino de los derechos y la objetividad de la moral." *Analisis Filosofico* 23: 117-150.

- Pariotti, Elena. 1997. *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*. Turín: Giappichelli.
- Pariotti, Elena. 2001a. "Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani." *Ragion pratica* 16: 63-85.
- Pariotti, Elena. 2001b. "Dal pluralismo al multiculturalismo: ragione pubblica e geometria delle appartenenze." En *Etica pubblica e pluralismo*, coord. Gianluigi Brena, 59-102. Padua: Messaggero.
- Pastore, Baldassarre. 2002. "Sfera pubblica e pluralismo comprensivo." En *Multiculturalismo dialogico?*, coord. Paolo Gamberini et al., 112 y ss. Padua: Messaggero.
- Plaia, Armando (coord.). 2007. *La competizione tra ordinamenti giuridici*. Milán: Giuffrè.
- Ranciere, Jacques. 2007. *Il disaccordo* (1995). Roma: Meltemi.
- Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Ricoeur, Paul. 2001. *La traduzione. Una sfida etica*, editado por D. Jervolino. Brescia: Morcelliana.
- Ricoeur, Paul. 2010. *Écrits et conférences 2. Herméneutique*. París: Seuil.
- Rosenfeld, Michel. 2000. *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998). Bologna: Il Mulino.
- Schiavello, A. 2004. *Il positivismo giuridico dopo Herbert H.L.A. Hart: un'indagine critica*. Bologna: Il Mulino.
- Schleiermacher, Friedrich. 1985. "Sui diversi metodi del tradurre". En *Etica ed ermeneutica*, editado por Giovanni Moretto, 83-120. Nápoles: Bibliopolis.
- Serna Bermúdez, Pedro. 2000. "Sobre el "Inclusive legal positivism": una respuesta al Prof. Vittorio Villa". *Persona y derecho*, 43: 99-146.
- Surace, Alida. 2007. "Pluralismo giuridico e discriminazione: il rispetto dell'unità familiare tra Corti europee e Corte di Cassazione." En *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nella società multiculturali*, coord. Thomas Casadei y Lucia Re, vol. II, 157-182. Reggio Emilia: Diabasis.
- Tarello, Giovanni, 1980. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè.
- Tarello, Giovanni. 1969. "La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia." En *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, 239-276. Milán: Giuffrè.
- Taylor, Charles. 1985. *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers*, vol. 2. Cambridge (Mass.): Cambridge U.P.
- Taylor, Charles. 2003. "La politica del riconoscimento." En *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, coord. Jürgen Habermas y Charles Taylor, 9-62. Milán: Feltrinelli.

- Tully, James. 1995. *Strange Multiplicity. Constitutionalism of Diversity*. Cambridge: Cambridge U.P.
- Villa, Vittorio. 2000. "Inclusive legal positivism" e neogiuridismo: lineamenti di una analisi comparativa". *Persona y derecho*, 43: 33-98
- Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe. 2009. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe. 2005. *Le ragioni del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Viola, Francesco. 2002. "Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale." En *Multiculturalismo e identità*, coord. Carmelo Vigna y Stefano Zamagni, 107-143. Milán: Vita e Pensiero.
- Viola, Francesco. 2007. "La legalità del caso." En *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi Fondamentali*, vol. I, 315-327. Nápoles: Esi.
- Waldron, Jeremy. 1992. "The Irrelevance of Moral Objectivity." En *Natural Law Theories*, coord. Robert P. George, 158-187. Oxford: Clarendon Press.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford U. P.
- Waluchow, Wil J. 1994. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- Walzer, Michael. 1998. *Sulla tolleranza* (1997). Roma-Bari: Laterza.
- Walzer, Michael. 2000. "Quali diritti per le comunità culturali?" En *Diritti umani e diritti delle minoranze*, coord. Ermanno Vitale, 21-29. Turín: Rosenberg & Sellier.
- Zaccaria, Giuseppe. 1996. *Questioni di interpretazione*. Padua: Cedam.
- Zaccaria, Giuseppe. 2003. *On Paul Ricoeur's. Philosophy of Law: Reflections on his latest works*. En *Between Suspicion and Sympathy. Paul Ricoeur's unstable Equilibrium*, coord. A. Wiercinski, Toronto: The Hermeneutic Press, 539-550.
- Zagrebelsky, Gustavo. 1992. *Il diritto mite. Leggi diritto giustizia*. Turín: Einaudi.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2006. *Fragilità e forza dello stato costituzionale*. Nápoles: Editoriale Scientifica.