

# LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN COSSIO Y BETTI: COINCIDENCIAS Y ACTUALIDAD DE DOS PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

**RESUMEN:** El autor expone una síntesis de la obra de los autores Carlos Cossio y Emilio Betti, relacionando estrechamente los principales aspectos de ambos autores, considerándolos anticipados en el tratamiento que hoy día se da a los temas más importantes de la ciencia jurídica a la luz de las nuevas teorías hermenéuticas, como por ejemplo la actual discusión sobre la interpretación de la ley y el papel principal que cumplen los jueces en el proceso de determinación del derecho a través de la sentencia judicial.

**Palabras clave:** Hermenéutica - Dogmática Jurídica - Teoría del Derecho.

**ABSTRACT:** The author closely exposes a synthesis of Carlos Cossio and Emilio Betti's work, connecting the main characteristics of both authors, considering them in advance in the treatment that is been given nowadays to the most important subjects of legal science as regards to the new hermeneutics theories, as for instance, the current discussion on the interpretation of the law and the main paper that judges are fulfilling in the process of determining the law through the judicial sentence.

**Key word:** Hermeneutics - legal doctrine - legal theory.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Cossio y la teoría “egológica” de la interpretación judicial. 1. El derecho como ciencia “cultural”; la superación del distingo positivista “sujeto-objeto” y su impacto sobre la “neutralidad” científica. 2. El carácter inmanente de las valoraciones en el derecho y su papel central en la resolución de los casos judiciales. 3. De la interpretación judicial “de la ley” a la interpretación judicial de las “conductas por medio de la ley”. 4. De la “incompletitud” de la norma a la “creación” judicial a través de la “experiencia” de la vida. 5. ¿Interpretación “a conciencia” del juez vs. fundamentación científica y fuerza de convicción de las sentencias? III. Betti y su “teoría hermenéutica” de la interpretación judicial. 1. El proceso interpretativo como “teoría hermenéutica” y la superación de la antinomia “sujeto-objeto”. 2. Sobre el papel de la “subjetividad” en la interpretación. 3. La interpretación como proceso de “correspondencia o consonancia hermenéutica”. IV. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, ya no se discute acerca del hecho de que la decisión judicial no sigue el procedimiento postulado por la Dogmática Jurídica en su afán por dotar a la ciencia jurídica de una “previsibilidad” y, por tanto, de una “seguridad” que la asemeje a las ciencias “físico-matemáticas”, paradigma de lo que, a juicio de dicha concepción,

hace honor al “exigente título de ciencia”<sup>1</sup>. Tal procedimiento, fundado, *tout court*, en la claridad y completitud de las normas y la consecuente mera “aplicabilidad” de ellas por parte de los jueces, no tuvo correlato en la práctica jurídica y pronto obligó a adecuaciones y matizaciones al interior mismo del pensamiento positivista tradicional, tal y como sucedió con el advenimiento de los cánones interpretativos prohijados por K. F. v. Savigny<sup>2</sup>.

Desde entonces ha corrido mucha agua bajo el puente y tras de ella parece clara la disolución de la tajante dialéctica “sujeto-objeto” ambicionada por la nombrada postura, en la que el primero era visto como un ente “externo” al segundo y este, a su vez, como compuesto por normas entendidas al modo de “reglas”, conocidas a través de disposiciones que se “aplican” a raíz de su adecuación logico-deductiva al supuesto de hecho que se tiene delante de sí.

Por el contrario, como lo han mostrado de una manera ya abrumadora los estudios metodológicos surgidos al promediar la pasada centuria, la decisión judicial no puede ser entendida al margen de una tarea *valorativa* en la que, obsérvese el giro, el “sujeto” es, fundamentalmente, un “sujeto-intérprete” pues, como expresa J. Esser, “cada aplicación de la ley es ya interpretación, porque la decisión de que el tenor literal es tan claro que hace superflua una interpretación se basa de por sí en una interpretación”<sup>3</sup>. Y, lo que da aún más que pensar, se afirma de modo extendido que tales interpretaciones se formulan desde determinadas cosmovisiones de quien interpreta (que, en última instancia, son generales o sociales) y que, en medida no siempre pequeña, condicionan el entendimiento y hasta la misma solución del asunto.

A su vez, el “objeto” tampoco se concibe, exclusivamente, como un conjunto de “reglas” fácilmente subsumibles bajo el mentado esquema “lógico-deductivo”. Aparte de que esa “facilidad” es algo que aquí dejo entre paréntesis, es claro que, en el ámbito normativo, no pueden ignorarse a los “principios”, sea que se trate de los consagrados en el ámbito constitucional y que resultan operativos por imperio del propio sistema o, en su defecto, por obra de la jurisprudencia; sea que se trate de aquellos que, como dice R. Dworkin, se hallan en la práctica social o en la del “foro” y cuya operatividad es inocultablemente actualizada por los tribunales. Pero hay más: el “objeto” es también “fáctico”, pues las circunstancias de hecho y las conductas intersubjetivas susceptibles de consideración en cada asunto no pueden y, de hecho, jurisprudencialmente *no son*,

<sup>1</sup> Tal la afirmación de VIEHWEG, Theodor, en “Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica”, recopilado en *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991 (del alemán por Jorge M. Seña, con observación preliminar de E. Garzón Valdés), p. 27.

<sup>2</sup> Cfr, al respecto, RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Sobre la fundamentación de las decisiones judiciales: el paradigma de la “Dogmática Jurídica” según la jurisprudencia de la Corte Suprema*, “Jurisprudencia Argentina”, 2001-IV- pp. 1350-1364.

<sup>3</sup> ESSER, Josef, *Grundsatz und norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1956 (trad. cast. de E. Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961). Se toma la cita del trabajo de Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1976 (del alemán por E. Barros Bourie) (primera edición alemana de 1965), p. 83.

ajenas a una valoración en última instancia “teleológica” acerca del sentido del problema que lleva a cabo el intérprete.

Ahora bien: como ha sido bien sintetizado por W. Hassemer, si las cosas parecen ser del modo recién descrito, ello es debido a que la Dogmática Jurídica fracasó en los dos niveles en los que había creído encontrar seguridad: en el de la literalidad de la ley, en tanto el lenguaje de las normas no determina (por completo) su aplicación al caso, y en el de las doctrinas sobre la interpretación y argumentación, pues estas tampoco lograron probar “de forma unívoca cómo tenía que proceder el juez en la interpretación correspondiente”<sup>4</sup>.

En otros lugares me he ocupado de la crítica a las mentadas ideas de la subsunción y de la separación “sujeto-objeto” por considerarlas insuficientes en orden al logro de soluciones “plausiblemente fundadas” y, además, “justas”. Para ello, me serví del examen, en este aspecto complementario, de autores y de puntos de vistas que, en lo esencial, son tributarios, por una parte, de las tradiciones filosóficas de la Razón Práctica (es decir, de las vertientes iusnaturalistas que hunden sus raíces en las reflexiones aristotélicas), que postulan para el derecho el método “empírico-dialéctico”, en tanto ciencia perteneciente al ámbito de los saberes retóricos y, por la otra, de la Hermenéutica Filosófica (esto es, de los estudios desarrollados a partir de M. Heidegger y de su discípulo, H. G. Gadamer), los cuales hacen pie sobre el giro decisivo en favor de la admisión de la centralidad del “sujeto” (un sujeto dotado de “precomprensiones”, esto es, de una determinada “formación” desde la cual valora la realidad del fenómeno jurídico), en la elucidación del derecho concreto<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> HASSEMER, Winfried, “Hermenéutica y Derecho”, *Anales de la Cátedra Franciso Suárez*, Granada, 25, 1985 (del alemán por A. Ollero), p. 72. Sobre el fracaso de lo primero, cfr. v. gr. , el trabajo citado en la nota 2. En cuanto al fracaso del segundo, quizá el primer autor que lo pone de relieve haya sido G. Radbruch quien, ya en 1913, en su *Einführung in die Rechtswissenschaft*, expresa que “la interpretación es, en resumen, el resultado de su resultado: los medios de interpretación recién son escogidos cuando el resultado ya está asegurado” (cfr. al respecto, Kaufmann, “Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho”, en *Persona y Derecho*, 29, Pamplona, 1993, del alemán por R. Rabbi-Baldi Cabanillas y E. González Dorta). Bastante tiempo después, el nombrado Esser dedicó a este asunto parte de su ya clásico, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1970 (sobre el particular, el capítulo que aquí interesa ha sido traducido al castellano por M. Rodríguez Molinero bajo el título “La interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, Madrid, 1986 por el que en lo sucesivo se cita). A parejas conclusiones arribó el “judicialismo americano”, como lo ha demostrado entre nosotros y con abundante apoyo bibliográfico, CUETO RÚA, Julio C. , “Factores axiológicos en el proceso de interpretación y de selección de los métodos jurídicos”, en *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 227-314. Cossio arriba, a mi juicio, a idéntica conclusión, entre otros lugares, en las pp. 187-188 de la obra que se cita más abajo, en la nota 6. Más recientemente, ha puesto de relieve este tema: SAGÜES, Néstor P. , “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, *JA*, 2003-IV, fas. 9, esp. pp. 62 y 71-2.

<sup>5</sup> Cfr. al respecto, “El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica” en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord. ), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Abaco, Buenos Aires, 2000, pp. 15-44; “La Hermenéutica filosófica y el dilema de las decisiones ‘objetivamente correctas’”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 143-160; “Precomprensión y Jurisprudencia”, en *Persona y Derecho*, 47\*\*, 2002, pp. 391-416 y el artículo citado en la nota 2.

Sin embargo, con alguna anterioridad temporal a los autores que motivaron tales trabajos, esto es, ya en la década del cuarenta del siglo pasado, otros científicos abordaron esta perspectiva crítica de manera semejante e igualmente enriquecedora. En lo que sigue me ocuparé del examen de algunas notas a mi juicio indicativas de esta “anticipación” y que, más importante aún, mantienen una imperturbable vigencia actual en las teorías interpretativas ensayadas de modo prácticamente contemporáneo, aun cuando no muestran referencias recíprocas, por Carlos Cossio y Emilio Betti.

El primero, antiguo catedrático de Filosofía del Derecho de las universidades de La Plata y de Buenos Aires y fundador de la llamada “Teoría Ecológica del Derecho”, desarrolla su idea de la interpretación judicial de modo especial en la obra *El derecho en el derecho judicial*, la cual es consecuencia de una serie de conferencias dictadas a jueces en 1944 y editada por vez primera al año siguiente<sup>6</sup>. El segundo, catedrático de la Universidad de Roma, famoso, en lo que a este tema interesa, por su polémica con Gadamer respecto de la “paternidad” de la reconducción del derecho a la Hermenéutica, reflexiona sobre este tópico de forma incesante hasta su muerte, ocurrida en 1968. Aquí seguiré su prolucción al curso de Derecho Civil, preparada en 1947 y leída al año siguiente, “Las categorías civilísticas de la interpretación” y, en menor medida, su bastante posterior “De una Teoría General de la Interpretación”, de 1965, ambos recopilados en la obra *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*<sup>7</sup>.

## II. COSSIO Y LA TEORÍA “EGOLÓGICA” DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

### 1. EL DERECHO COMO CIENCIA “CULTURAL”; LA SUPERACIÓN DEL DISTINGO POSITIVISTA “SUJETO-OBJETO” Y SU IMPACTO SOBRE LA “NEUTRALIDAD” CIENTÍFICA

Al tratar del derecho, Cossio se vale, en primer lugar, de la teoría de los objetos perjeñada por Husserl. Así, refiere que los hay ideales; naturales; culturales y metafísicos, integrando la ciencia jurídica la tercer tipología, ya que se trata de un objeto que el hombre realiza “actuando según valoraciones”, tales como la “justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad y orden” (pp. 30 y 32). Cada uno de estos objetos posee un *método* de conocimiento y un *acto de la conciencia científica* o cognocente propios (cfr p. 31). Así, mientras las ciencias que estudian los objetos ideales (matemática o lógica) emplean el método racional-deductivo y el acto de la conciencia es la intelección o intuición intelectual y aquellas que examinan los objetos naturales emplean el método empírico-inductivo y el acto de la conciencia es la explicación, en el

<sup>6</sup> En este trabajo se ha seguido la 3ª edición de 1967, de la casa Abeledo Perrot, Buenos Aires. Sobre el origen del libro, cfr p. 16.

<sup>7</sup> Esta obra, traducida y prologada por José L. de los Mozos, fue editada por EDERSA, Madrid, 1975. Ya en el “Prefacio” el propio Betti, en 1948, anuncia los lineamientos de su fundamental *Teoria Generale de la Interpretazione* que en 1955 publicará Giuffrè, Milano, en dos volúmenes y que el propio autor tradujo al alemán en 1967. Sobre la polémica con Gadamer originada a raíz de la edición en 1960 de su clásica obra, la que se cita en la nota 10, cfr el estudio de Rodríguez Molinero, Marcelino, “Hermenéutica y derecho. Orientaciones preliminares para un adecuado enfoque del tema”, en *Filosofía y Derecho. Homenaje al Prof. José Cortés Grau*, Valencia, 1977, pp. 3-19.

caso de los objetos culturales, el método es el empírico-dialéctico y el acto de la conciencia es el de la vivencia o comprensión (cfr pp. 32-41).

Ahora bien: la relevancia de esta distinción reside en el hecho de que, como explica Cossio, es una nota distintiva de los actos de intelección y de explicación el ser *neutrales*, pues “con ellos el sujeto cognocente, al hacerlos, no se ubica o coloca dentro del objeto, sino que en cierto sentido es un espectador pasivo y externo del mismo” (p. 39. Cfr, asimismo, p. 89). Por el contrario, en el caso de los objetos culturales, estos, además de tener existencia y de estar en la experiencia, “son valiosos” y, como añade el autor, “ahí está el problema” (p. 39).

Es que, para seguir el ejemplo de Cossio, si señalo que la estatua de la Venus de Milo que se halla en el Museo del Louvre es “hermosa”, “estoy afirmando la existencia de un sentido, en este caso particular, la existencia del sentido de la belleza. Pero ocurre que un sentido no puede existir sino como *vivencia psicológica de alguien*” (énfasis añadido). Y completa: “nos encontramos ahora con que un objeto cultural implica la existencia de dos cosas: por un lado, la existencia de un substrato de sentido: ese mármol configurado que está en el Louvre; y por otro, la existencia del sentido, que tiene que darse como realidad, pues el objeto es real, en el seno de la conciencia psicológica de alguien” (p. 40). A juicio del autor, es esto último lo que resulta “sorprendente”, ya que “los juicios de valor no son independientes del sujeto que los enuncia; no son, al parecer, neutrales como lo eran los fundados en la intelección y la explicación; ahora el sujeto que los enuncia está siempre implicado en ellos, pero no como un espectador foráneo, sino de otra manera” (*ibid.*). Porque, en definitiva, expresar que la Venus de Milo “es hermosa” significa que “lo es para alguien, es decir para mí”, de modo que, “*se diga o no se diga*, está involucrado en estos juicios el propio sujeto que hace la enunciación *con un acto de toma de posición*, porque aquí él no es un mero espectador sino un componente de la significación que se enuncia” (p. 41. El destacado no pertenece al original).

En este contexto, enseña Cossio que “esta manera de proceder que tiene nuestra conciencia frente a los objetos culturales implica también un acto típico de la conciencia, un acto gnoseológico que se denomina *comprensión*. Dilthey dice: ‘explicamos la naturaleza, comprendemos la cultura’” (*ibid.*, el énfasis es del original). Para el autor, comprensión “es ver con la inteligencia del espíritu un sentido, pero *poniéndolo* al propio tiempo que se lo ve” (*ibid.*, el destacado se ha añadido).

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, es posible precisar las diferencias y semejanzas del conocimiento comprensivo con el que se produce por intelección y por explicación. En lo tocante al conocimiento intelectual, la comprensión se parece “en cuanto es un ver con la inteligencia”; pero se diferencia en que “en el conocimiento por comprensión, el sujeto está, digamos, *tomando partido en el problema; en cierto sentido está dentro del dato que quiere conocer, ha infiltrado allí dentro su posición y la juega en el papel que le toca realizar*” (p. 42, énfasis añadido. Cfr, también, pp. 168-169). Asimismo, en relación al conocimiento explicativo, la semejanza viene dada porque el objeto se remite “a algo que no es él mismo” pero se distingue porque mientras “la explicación sigue una misma línea sin retroceder”, de modo que “al efecto lo explica por la causa, y si se quiere saber más se refiere a la causa de la causa”; en el conocimiento por comprensión “una vez

pasado de un ingrediente al otro [del sustrato al sentido], *se retrocede al primero y luego de vuelta al segundo y así indefinidamente en forma circular hasta que el espíritu quiera detenerse*” (p. 43, la cursiva no es del original)<sup>8</sup>.

Identificado entonces el acto cognocitivo de las ciencias culturales, Cossio precisa el método que le es propio: “*Este movimiento circular que realiza el espíritu es, como método, lo que en Gnoseología se llama dialéctica; y como el sustrato y el sentido tienen que ser ambos reales, hablaremos aquí de un método empírico-dialéctico. Dialéctico, en este sentido gnoseológico, significa la unión, en síntesis, que hace el espíritu, por una actividad espontánea y propia, de dos cosas heterogéneas a las que pone en función de mutua implicación. La dialéctica gnoseológica no es, pues, deducción ni inducción*” (p. 43. El destacado no pertenece al original).

Sobre tales bases, y recalando en el ámbito de ese objeto cultural que es el derecho, más concretamente y en cuanto aquí interesa, en la sentencia judicial, expresa Cossio que “cuando el juez dicta sentencia, ejercita un conocimiento por comprensión. El juez va a partir de las circunstancias que forman el caso que le traen a resolución; luego vivenciará el sentido del mismo expresado en la ley como si esbozara una sentencia; volverá después a considerar el caso, a ver si el predibujado de la sentencia que se ha hecho se acomoda bien o no a él como su sentido; volverá después al sentido que vivencia a través de las normas, destacando acaso algún detalle de los hechos que no había tenido en cuenta antes; una vez más regresará al caso y sus circunstancias quizá valorando otro precepto legal pero siempre ya con un mayor afinamiento del sentido jurídico del caso; y así, en una forma circular, pasando de los hechos al sentido de conducta de estos hechos, el juez se va formando su idea, por comprensión, de lo que es el sentido del caso” (p. 45).

Como observa el autor, un planteamiento como el recién descrito pone a la interpretación judicial de la ley lejos de la “famosa teoría del silogismo judicial”. A su juicio, aquella “si se quiere buscar un símil, se parece mucho más a la interpretación de una partitura musical, dentro de la cual caben lógicamente diferentes interpretaciones”. Sabemos, añade, “que en una misma partitura existe la posibilidad comprobada a diario de que cada ejecutante la interprete de distinta manera”, aunque, matiza acertadamente, “dentro de ciertos límites” (p. 46).

La anticipación que hay aquí, a partir de ciertos elementos insustituibles del pensamiento de la Razón Práctica, de los más significativos planteamientos de la Hermenéutica filosófica-jurídica, es patente. Por de pronto, empalman con el primero tanto la denominación como la propia característica metódica defendida por el autor: así, la apertura al conocimiento de la realidad de cada caso en un proceso necesariamente “dialéctico”, remite a la más plena tradición grecorromana que, a partir de la década del

---

<sup>8</sup> En razón de lo expuesto, dice Cossio que el conocimiento por comprensión es “abierto”, ya que “puede seguir su movimiento circular en forma indefinida y a medida que sigue va aumentando el conocimiento” (p. 44). Así, explica, “el que oye música, cuanto más la oye, va comprendiendo mejor su partitura, sea para rectificar su juicio o para encontrarse nuevas bellezas. El que lee un gran libro de ciencia o de filosofía y lo relea, encuentra nuevas cosas que no advirtió antes; y en el mundo jurídico pasa otro tanto”. Y es, además, “simple”, ya que “se nos presenta como un todo no descomponible en partes separadas” (p. 45).

cincuenta de la pasada centuria, hicieron suyos tanto los planteamientos retóricos como los hermenéuticos. No otro alcance tienen, entre otros ejemplos convergentes bien conocidos, el recurso a la noción de “acuerdo” sobre los valores que son parte insustituible del derecho postulada por Ch. Perelman en el ámbito de lo que denomina la “nueva retórica”; la acentuación prohijada por T. Viehweg de la ciencia jurídica como “saber problemático” integrado por tópicos o principios a los que acudir en procura de la resolución de los casos concretos; la recreación de la “*quaestio* dialéctica” mentada por M. Villey; el “ir y venir de la mira” entre la premisa mayor y el caso vital a que hace referencia K. Engisch, o la “puesta en correspondencia” del “deber ser” de la norma con el “ser” de las circunstancias del caso concreto referida por A. Kaufmann<sup>9</sup>.

A su vez, el parentesco con la Hermenéutica es nítido, en primer lugar, cuando se puntualiza que el juez conoce el problema desde un determinado bagaje cultural en el que halla sus convicciones más profundas, de modo que su acercamiento a todo caso en modo alguno puede ser “neutral” si se medita que tales convicciones le son inescindibles. Cossio había resumido el asunto, según se transcribió, afirmando que el juez ya ha tomado “partido en el problema”, esto es, “ha infiltrado allí dentro su posición” a partir de la apelación a la “conciencia”, según se verá en el apartado 5 con algún detalle. Por su parte, H. G. Gadamer, acaso el mayor representante de la Hermenéutica Filosófica contemporánea, quince años después, en términos a mi juicio muy parecidos, escribirá que “los prejuicios de un individuo son muchos más que sus juicios, son la realidad histórica de su ser”<sup>10</sup>.

Y, en segundo término, cuando se menciona que el conocimiento comprensivo supone un “círculo” argumentativo lógico y ontológicamente inagotable que, según feliz expresión de Winfried Hassemer, es, en rigor, una “espiral” de puntos de vista que entrañan el progresivo enriquecimiento en la percepción –como dice Larenz–, de la “cosa derecho”<sup>11</sup>. De ahí que si bien la sentencia judicial (concretamente, la sentencia “últi-

<sup>9</sup> Sobre CHAIM PERELMAN, cfr: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979 (del francés por L. Díez Picazo). Para un estudio de este autor, cfr MANACERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman y su repercusión en el Derecho*, Pamplona, 1995, tesis doctoral inédita. Sobre Theodor Viehweg, cfr, además del libro citado en la nota 1, su clásica obra *Topik und Jurisprudenz*, Beck, 1952, con permanentes reediciones. Este libro ha sido traducido al castellano por Luis Díez-Picazo bajo el título *Tópica y Jurisprudencia* (Taurus, Madrid, 1964, con Prólogo de E. García de Enterría). A partir de estos estudios, cfr mi trabajo: “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 185, pp. 1270-1282. En relación a Michel Villey, cfr, por todos, su último libro: *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Puf, París, 1987. Sobre este planteo, cfr mi artículo: “Una metodología jurídica realista desde Tomás de Aquino”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, vol. LXVIII, N° 3, 1991, pp. 494-515 (reproducido en *El derecho*, Buenos Aires, t. 144, pp. 771-781). Sobre Karl Engisch, cfr *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 8º, 1989 (primera de 1956. Existe traducción castellana: Introducción al pensamiento jurídico, Comares, Granada, 2001 –del alemán por E. Garzón Valdés. Presentación de L. García San Miguel–) y *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 3º. Sobre Arthur Kaufmann, cfr nota 3.

<sup>10</sup> GADAMER, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 (se cita según la traducción castellana de la 4ª edición –1975– por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977, p. 344).

<sup>11</sup> Hassemer, nota 4, p. 79. Sobre las referencias a la “cosa derecho”, cfr nota 10, pp. 196 ss.

ma”, esto es, aquella insusceptible de ulterior apelación) pone fin a una disputa, ello se debe a exclusivas razones de conveniencia en la organización de la vida social, pues esta no toleraría la indefinida discusión de los asuntos controvertidos. Empero, de ahí no cabe inferir el agotamiento del sentido de un problema, ya que este siempre podrá ser iluminado desde nuevas perspectivas; a partir de otros argumentos los que, en no pocas circunstancias, pueden alterar la comprensión que hasta un momento anterior se tenía de aquel. De ahí, entonces, el acierto de Cossio en la medida en que postula el carácter necesariamente “abierto” del método del conocimiento por comprensión<sup>12</sup>.

## 2. EL CARÁCTER INMANENTE DE LAS VALORACIONES EN EL DERECHO Y SU PAPEL CENTRAL EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS JUDICIALES

Se dijo al principio, y conviene reiterarlo, que la idea de valoración es ínsita al concepto mismo de derecho. Como explica Cossio, los ordenamientos jurídicos pueden legislar o no determinados institutos, y pueden precisarlos de una u otra manera pero “lo que no pudo ni puede dejar de haber, porque en ese momento desaparecería el derecho mismo, es la valoración jurídica: cualquiera sea la institución que se realice, siempre esa institución es alguna justicia, algún orden, alguna seguridad, etc.”. Las valoraciones constituyen, pues, “el sentido del derecho” de modo que, “de la misma manera que la belleza puede ser el sentido del arte, o la verdad el sentido de la ciencia, este complejo de valores jurídicos es el sentido del derecho” (p. 90). Y enfatiza que esta idea es cabalmente admitida en el lenguaje popular, en el que, por ejemplo, jamás se señala a un juez como “símbolo de la hipoteca” o de la “prescripción”, sino, al contrario, como “el símbolo de la justicia” o del “orden” (*ibid.*).

La referencia al juez no es accidental ya que, para Cossio, según se había expresado, la ciencia del derecho es “una ciencia de realidades” en la que, al contrario del intelectualismo racionalista, “*el centro de gravedad de la experiencia jurídica está en la sentencia*” (p. 154, énfasis añadido). Y la sentencia es, interpretando a este autor, antes que nada, una “valoración”; después una “argumentación” y solo en último término, una “deducción”. Como explica el autor, “para que el razonamiento vaya ya pleno de sentido, quiero hacer notar que si bien en una sentencia que aplica una ley, el caso está referido a la ley por subsunción y deducción, ello es *después* que la ley ha sido referida al caso por *valoración*”, de modo que “recién después de aceptada para el caso viene el procedimiento deductivo a sacar consecuencias” (p. 101, énfasis añadido).

<sup>12</sup> Un ejemplo, entre tantos que pueden mencionarse, del razonamiento “circular” y, por tanto, como si se tratara de una “espiral”, necesariamente “abierto” que campea en el ámbito del derecho, lo constituye un reciente fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional del Trabajo, del 3/4/04 “Andrada, Roberto H.”, LL, 21/5/04, p. 3. En este se lee, en primer lugar, y haciéndose eco de una aquilatada doctrina de la Corte Suprema respecto de la no obligatoriedad de sus pronunciamientos si se dan razones que justifiquen tal conducta, que “los tribunales inferiores deben apartarse de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación si la tesis expresada no se compadece con la realidad, los valores y el contenido de las normas en juego”, de modo que, y este es el punto que aquí interesa, “el citado *tribunal pueda rever su postura y hacer avanzar el derecho*” (énfasis añadido).



Cossio ilustra su tesis a partir, entre otros ejemplos, de la emblemática interpretación dada por la jurisprudencia (y aceptada unánimemente por la doctrina) al viejo art. 1113 del Código Civil, el cual, si bien de modo literal establecía, antes de su reforma en 1968, la responsabilidad del patrón por el hecho ilícito cometido por su empleado, sin añadir nada más, tal alcance fue precisado al supuesto en que el empleado obre en ejercicio de sus funciones y no con ocasión del ejercicio de sus funciones. Como expresa el autor, “este vocablo no está en la ley, ni surge de nuestro Código por mucho que se lo exprema”, sino que “está mentando circunstancias generales que pueden repetirse en otros casos” y que, en el fondo, y merced a una tarea de valoración del caso histórico presentado, exoneró de responsabilidad al patrón si la muerte de su dependiente fue consecuencia de una pelea personal con otro compañero de trabajo en un alto en las tareas laborales, pero no como consecuencia de estas (cfr pp. 95-96).

Se observa entonces que “la valoración jurídica es inmanente al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, quieran que no, ella aparece siempre en la experiencia jurídica en algún momento y en su momento. *No hay que creer que a las valoraciones jurídicas ha de buscarselas fuera del Derecho; las valoraciones jurídicas aparecen siempre en la experiencia jurídica, y en particular en los jueces, porque son inmanentes al Derecho*”. Y al respecto, observa que esa inmanencia se da en un doble sentido. “En primer lugar, inmanente al substrato de conducta. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1113 del Código Civil habla del hecho ilícito cometido por el empleado, y la jurisprudencia agrega ‘siempre que sea en el ejercicio de sus funciones’, esta segunda parte tiene que darse dentro de la primera, dentro del hecho ilícito cometido por el empleado. En segundo lugar, la valoración jurídica es inmanente porque *el juez (...) no es un extraño al Derecho, no es un simple espectador, sino que integra el ordenamiento jurídico*, de tal manera que el hecho del juez es, en parte, el Derecho mismo” (106-107, énfasis añadido).

El sabor combinado tanto de la tradición de la Razón Práctica como de la Hermenéutica en los textos glosados es tan perceptible como su distancia con la “doctrina tradicional”, cuyo “*racionalismo es un sacrificio constante de la experiencia al pensamiento, un constante reducir los hechos al pensamiento*” (pp. 94-95, énfasis mío).

Estas ideas, en efecto, se leen en textos posteriores de notable repercusión histórica. Así, Gustav Radbruch, en un trabajo escrito en 1966, al referirse a esa difícil asimilación entre la vida y las normas, expresa de manera breve aunque sumamente expresiva, que “hay que introducirse, más allá del mundo de la realidad, en el de los *valores*, para encontrar aquí la idea que llena de sentido la apariencia empírica”<sup>13</sup>.

De igual modo, Kaufmann, afirma, sugestivamente, que “las normas deben ser puestas en relación con la situación de la vida” de modo que “deben ser hechas *justas para el caso*” (el subrayado es del original). Y agrega, “lo que se denomina ‘interpretación’ es la indagación acerca del sentido jurídico de la norma” y este “no radica, como cree la teoría del método tradicional, solo en la ley, en los conceptos legales abstractos y, por ello, vaciados de sentido. Para indagar tras este sentido se debe más bien *recurrir a*

<sup>13</sup> RADBRUCH, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960, p. 33.

*algo comprensible, a las pertinentes situaciones concretas de la vida.* El ‘sentido de la ley’ nunca se deja descubrir sin el sentido, sin la ‘naturaleza’ de la situación vital que se juzga. De ahí que el ‘sentido de la ley’ no sea nada firme, que cambie –a pesar de que el tenor literal permanezca igual– con las situaciones vitales, *precisamente con la vida misma*” (el énfasis no corresponde al original)<sup>14</sup>. Desde esta perspectiva, la determinación de la correspondencia norma-caso siempre constituye una decisión “teleológica” en un concreto contexto de sentido. Como gráficamente explica este autor, “que algo sea un ‘arma’ en el sentido del Código Penal depende de lo que sea utilizado *hic et nunc* para dar muerte o para lesionar a una persona. Consecuentemente, hoy puede ser ‘arma’ algo que al tiempo de la promulgación del código no existía o que no corresponda al ‘concepto’ que usualmente se tiene de ella. Cuando se designa como ‘arma’ en el sentido del artículo 223 del Código Penal (lesiones corporales peligrosas) a un nuevo producto químico corrosivo, ello no se concluye a partir de un concepto abstractamente definido, sino muchísimo más a partir del sentido, a partir de la ‘naturaleza’ de la situación vital que regula ley”<sup>15</sup>.

Por su parte, uno de los autores de cuño hermenéutico más representativos, el ya citado J. Esser, considera, sin medias tintas, que “la interpretación normativa se guía necesariamente por juicios de valor”, pero estos, aclara, no pueden extraerse “plenamente de la norma” porque esta “ni siquiera puede establecer anticipadamente todos los criterios de juicio necesario para aplicar el derecho”. Por ello, “la resolución nunca es simplemente ofrecida por la ley”: esta contiene “algunos elementos de valoración” a los que debe añadirse, entre otros, y no es el menor en importancia, “el plano del enjuiciamiento personal” en buena medida gobernado por lo que Esser denomina “precomprensiones”, esto es, los “prejuicios” ha que hacía referencia Gadamer más arriba. Para el autor, el papel de “los juicios de valor anticipados” resultan relevantes para la decisión judicial ya que estos “guían la elección y la preparación de la posibilidad de subsunción jurídico-material” e influyen en la “manera de conducir el debate y de preparar el proceso”. Por ello, y sin omitir que estos criterios no pueden ser sinónimos de “libre subjetividad”, sino que, por el contrario, requieren “la previa vinculación” al “consenso actual” y, “en casos de duda, a que se argumente su racionalidad”, concluye el autor que “se tiene que conceder de buen grado que *el conocimiento del derecho no es pensable sin la correspondiente anticipación controlada de los posibles y adecuados resultados de solución*” (énfasis añadido), es decir, sin una previa valoración sobre el sentido del caso. Y esto, como dirá más adelante el autor, de modo casi literal a lo expuesto por Cossio más arriba (confr. p. 101), “no es algo que se añada *posteriormente* al acto de hallar el derecho aplicable, sino que más bien es algo que *determina* su dirección y su curso atendiendo al consenso social para una resolución ‘razonable’” (destacado mío)<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> KAUFMANN, nota 3, p. 84.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 84-85. Cfr en un sentido muy semejante la sentencia del Tribunal Oral Criminal N° 14 de la Ciudad de Buenos Aires, del 24/2/94 (LL, 1995-C-516), por la que se consideró que la jeringa que contiene sangre infectada de sida tiene carácter de arma.

<sup>16</sup> Esser, nota 4, pp. 62; 65 y 71. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1979 (del alemán por M. Rodríguez Molinero), pp. 198-199, lo ha sintetizado estupendamente cuando, luego de señalar que, para Esser, “la precomprensión” posibilita al juez no solo una determinada ‘conjetura

Ahora bien: a Cossio no se le escapa que sus precedentes reflexiones han “ocasionado un sobresalto: el del sentimiento de la inseguridad y asilamiento en que el hombre viene a quedar en el mundo jurídico, cuando resulta que el juez está armado de poderes tan inmensos como para que, en última instancia, la experiencia jurídica se constituya con un elemento del cual es inalienable titular (...). Respondo a esto que yo no he hablado de darle más poderes al juez de los que tiene, sino que he tratado de exponer en forma descriptiva y neutral el fenómeno de la experiencia jurídica llamada sentencia. Sin embargo, reconozco que este estado de ánimo (...) obliga (...) a plantearnos una pregunta, si es que queremos recuperar esa seguridad que el Derecho promete a los hombres (...): ¿cómo ha de interpretarse la ley para que este poder del juez no resulte una cosa arbitraria? (pp. 112-113). Y este aspecto conduce al examen de otro singular aporte del autor.

### 3. DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL “DE LA LEY” A LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS “CONDUCTAS POR MEDIO DE LA LEY”

En relación con este tópico, Cossio refiere críticamente la opción de la “doctrina tradicional”. Señala, en efecto, que tanto en el siglo XIX como en buena parte del XX se consideró que la interpretación de la ley es una “*cuestión de método*. Vale decir, que se trataría de entroncar el camino, la técnica o el instrumento que llevara al jurista a un resultado seguro e incontrovertible”. Y añade que el método (el autor menciona los siguientes: “gramatical”; “exegético”; “dogmático”; “fenomenológico” y de la “investigación científica”), “sería un procedimiento o modo de tratar la ley, de manera que teniendo una ley y tratándola de ese modo, la ley quedaba aclarada e interpretada y lista para ser aplicada unívocamente a los casos” (p. 117. Cfr, asimismo, pp. 118-124. El énfasis corresponde al original).

Empero, para el autor, esta metodología ignoraba o desatendía cómo en verdad las cosas acontecen en la realidad de la interpretación. Por de pronto, Cossio anota que dicha doctrina, según se ha anticipado ya, supone que el juez es, curiosamente, el gran ausente de la labor interpretativa, la que queda ceñida al mero examen lingüístico de la ley. El juez, en efecto, no puede, al contrario de lo que rezaba el viejo aforismo, interpretar las normas según “su ciencia y conciencia” ya que esta última queda excluida de aquella tarea.

Ahora bien, como enseña el autor, “esta rara pretensión de querer suprimir la conciencia del juez, podría abrigarse en un mundo de ideas jurídicas donde se dieran estos dos presupuestos: en primer lugar, *creer que la ley es el Derecho*, es decir, de que la ley fuera el objeto de conocimiento; y, en segundo lugar, *creer que el juez sea un ente*

---

de sentido’, sino que el juez se forma una ‘convicción de rectitud’ merced a sus precomprensiones conseguidas mediante la prolongada experiencia profesional y por medio de una actuación eficaz sobre las posibilidades de evidencia en la valoración predogmática”, añade que todo esto acontece “todavía *antes* que comience con la ‘obligada’ interpretación de la ley o con consideraciones ‘dogmáticas’. Estas *únicamente* le sirven para un *ulterior* ‘control de concordancia’ que se propone la comprobación de la compatibilidad de la resolución ya encontrada con el sistema de Derecho positivo” (el énfasis en ningún caso pertenece al original).

*externo al Derecho*, al cual lo contempla desde afuera, donde lo encuentra concluso y ya hecho”<sup>17</sup>. Sin embargo, afirma Cossio, ambas cosas no son exactas: “*la ley es un concepto*, no es el Derecho; y además, *el juez es inmanente al ordenamiento jurídico*, al punto de ser indudable que el derecho, en parte, es el propio hecho del juez” (pp. 133-134, énfasis añadido).

Lo hasta aquí referido pone de relieve dos conclusiones de la mayor importancia: una, ya analizada en los puntos anteriores y sobre la que se volverá más abajo, es la relativa al papel central que desempeña el juez en la tarea de discernimiento del derecho; otra, a la que se dedicará atención ahora, es la de la naturaleza de la ley que será examinada por aquél.

Cossio había dicho que se trata de un “concepto” por lo que, al preguntarse a qué objeto este concepto se refiere, responde —a tenor de su definición de derecho—, que es “la conducta humana en interferencia intersubjetiva”. En este contexto, entonces, si la ley tiene por objeto a las conductas humanas, es claro que su objeto de análisis es “cultural”, de donde la interpretación implica, necesariamente y según se había anticipado, “un conocimiento por comprensión” (p. 136).

Con lo expuesto el autor completa las diferencias que, en relación a esta materia, mantiene con la tesis tradicional. “Mientras el intelectualismo (...) prescindió de la conducta humana, porque creyó que la ley es el objeto de conocimiento, había que hablar de *interpretar la ley*. Así se acuñó la expresión; y así se afanó por buscar un método de interpretación *de la ley*. Si se prescinde de la conducta en el binomio de ley y conducta, fuerza es ya substantivar la ley y tener que hablar solo de ella”. Por el contrario, “para la teoría egológica el problema es muy distinto. No se interpreta la ley; aquí se trata de interpretar la conducta humana por medio de o mediante la ley (...). Desde nuestro punto de vista, *si el objeto de conocimiento es la conducta humana en interferencia intersubjetiva (...) no puede sorprender (...) que no se interpreta la ley, sino la conducta mediante la ley*” (p. 137, las cursivas son del original. El destacado me pertenece).

Ante lo dicho, Cossio profundiza aún más la cuestión cuando se pregunta si podría interpretarse primero la ley y después la conducta. La respuesta es, obviamente, negativa ya que lo contrario supondría, una vez más, caer en la tajante distinción “sujeto-objeto” que entraña que la ley tiene ya un significado en sí mismo, concluido y autónomo de las circunstancias del problema concreto; que estas últimas no cuentan sino como mera subsunción dentro del marco legal, y que el juez es, en definitiva, por completo ajeno al discernimiento del mentado problema.

El autor procura explicar el punto, en primer término, con un ejemplo de la vida. “Suponed que me cuentan por carta lo que ha hecho un amigo. Al leerla, yo interpreto directamente su conducta solo si los signos gramaticales son significaciones, es decir, si son palabras para mí conocidas que mientan aquel comportamiento. Paso, como la luz cuando atraviesa un cristal, a través de sus palabras y juzgo si aquella conducta fue

<sup>17</sup> Como expresa bien recientemente y de modo gráfico el profesor italiano ZAGREBELSKI, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995 (trad. del italiano por M. Gascón Abellán), en el supuesto que describe Cossio “no sería insensato pensar en la maquinización de su aplicación [del derecho entendido como ley] por medio de autómatas pensantes a los que se le proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta”.

amistosa o malvada, riesgosa o vulgar...”. Y precisa: “*no hago del relato un examen aparte y previo, como quien lo profundizara estableciendo el marco de posibilidades significativas que contendría, y luego pensar recién, como cosa diferente y separada, en la conducta que me narra. La verdad es que directamente pienso en esta conducta mediante el relato...*” (pp. 140-141, énfasis añadido).

A su juicio, otro tanto acontece en el ámbito jurídico, en el que “ninguna ‘significación jurídica’ de un vocablo emerge como el resultado científico de una investigación que la descubre en el vocablo legal mismo”, sino que dicha significación surge al cabo de un proceso de “coimplicación” con la conducta considerada, todo lo cual supone una inevitable apertura a la “experiencia” de la vida en general (consideración de los aspectos fácticos relevantes; de las conclusiones científicas procedentes de otros saberes; etc.) y a la propia “experiencia” de quien conduce tal indagación.

El autor ilustra este asunto con la voz “demente” empleada por el Código Civil. Al respecto, señala que “para aplicar la ley, tenemos que saber, por lo menos, que la palabra alude a la persona que tiene su mente trastornada”. Sin embargo, agrega, “aunque el juez tenga un acabado conocimiento del Código como lenguaje legislativo, no habrá aplicación del mismo si la sentencia que lo invoca no es conocimiento jurídico, vale decir, si la persona de marras no es un trastornado mental, porque el conocimiento [la sentencia es conocimiento del caso singular] se produce cuando la intuición [del juez] confirma el concepto....” (p. 143).

Pero todavía cabe decir más. Cossio advierte que en la actualidad y merced a los progresos de la psicología y de la psiquiatría es posible distinguir entre cuatro o cinco especies diferentes de dementes dentro de aquél alcance lato dado por el Código. Como es obvio, tales “diversas significaciones no han surgido de la palabra ‘demencia’” (del lenguaje de la norma), sino, por el contrario, “de la *experiencia* sobre la base de una interpretación diferenciada” de “otras tantas especies de conducta de un enfermo mental” (p. 144, énfasis añadido). De lo dicho, se infiere el yerro de considerar que “primero corresponde interpretar la ley profundizando su sentido, como quien conoce el marco antes de conocer la tela que encuadra”. Como explica Cossio, con tal postura se sugiere que las diversas significaciones, por ejemplo, de la palabra “demencia”, “emergen del conjunto de significaciones que nuestro Código emplea y, además, que así se puede establecer cuál es la significación correcta”. Pero esto, como completa el autor, “es una impostura racionalista” ya que es obvio que “un concepto empírico como el de de ‘demencia’ solo puede provenir de la experiencia” (*ibid.*).

Finalmente, Cossio formula una nueva precisión que, en cierto sentido, supone un “retorno” al punto de partida, aunque (y dicho esto hermenéuticamente), se trata de un regreso *al cabo* de un desarrollo “circular” que, en consecuencia, ha profundizado la comprensión del asunto sometido a estudio. Así, expresa que si tales nuevas significaciones hubieran penetrado al Código, “aún así habría de tenerse en cuenta que es, con todo, una significación, es decir, una mención *de algo*” (énfasis añadido) y que, por tanto, “su valor de conocimiento depende del cumplimiento impletivo que le suministra este algo. La eliminada experiencia reaparece reclamando su posición de fundamento y con ello se hace patente la inútil bipartición racionalista del problema” (p. 145). Dicho

en términos más generales, para Cossio “la necesidad de recurrir al lenguaje normativo para referirse a la conducta, obliga al jurista a afinar su lenguaje técnico; pero esto no significa que el lenguaje contenga por anticipado los matices que contiene la conducta y que *son matices de ella y solo de ella*” (énfasis añadido). De ahí que “la precisión de un lenguaje es un acto convencional *que va guiado por el objeto al cual queremos referirnos con ese lenguaje*”. Por ello, el autor señala que “*se interpreta la conducta y luego por convención, no por interpretación, se adapta a ella el lenguaje normativo existente para mentar esa conducta y no otra distinta*” (pp. 145-146, el subrayado no pertenece al original).

No puede, pues, si se me permite el término, y en línea con las ideas liminares de la Razón Práctica y de la Hermenéutica Filosófico-Jurídica, “disecarse” la interpretación en dos tiempos: primero, el examen lingüístico de la ley; luego, el de las conductas que se dan cita en toda situación de la vida, sino que se trata de un proceso único en el que normas y hechos convergen paralelamente en un proceso que requiere, como se había adelantado ya, de esa “ida y vuelta” (Engisch); de esa “puesta en correspondencia” (Kaufmann); de esa, en fin, “coimplicación” (Cossio) de hechos y normas que perfila y matiza de modo simultáneo el conocimiento de unos y otras, hasta arribar al derecho del caso concreto.

Hassemmer ha resumido esta idea cuando expresa que “norma y caso (que según la metodología tradicional solo se unirían tras la subsunción deductiva de la norma en el caso) tienen que relacionarse paulatinamente en el acto de la obtención del derecho (...). Con ello se dinamiza la relación entre norma y caso real. La aplicación de la norma se convierte en concreción de la norma (en presencia del caso real); la decisión del caso llegar a ser constitución del mismo (con ayuda de la norma)”<sup>18</sup>. En términos semejantes, Esser ha podido muy gráficamente expresar que “toda interpretación representa un enlace entre *lex* y *ius non scriptum*, enlace que solo él crea la norma positiva auténtica” (*sic*)<sup>19</sup>. De ahí que, y en conexión con lo expuesto en el precedente apartado 2, el citado Kaufmann, en su trabajo de 1965 al criticar la pretensión de la denominada “teoría objetiva de la interpretación” que no se orienta a discernir la voluntad del legislador histórico, sino “el cambiante ‘sentido de la ley’”, se plantea cómo es posible que “cambie el ‘sentido’ si el tenor literal permanece idéntico”. A su juicio, y de consuno con las ideas de Cossio, expresa que “la explicación es solo una: porque este sentido de la ley no radica, de ningún modo, solo en la ley, sino también en la situación de la vida que ella regla. Por esto, la interpretación objetiva jamás es solo interpretación de la ley, sino aquel complejo proceso ‘deductivo-inductivo’, esto es, analógico, es dirigir la mirada hacia aquí y hacia allá, entre la ley y el hecho concreto, de que hablábamos más arriba”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> HASSEMER, nota 4, p. 71.

<sup>19</sup> Cfr, al respecto, ESSER, n. 4, p. 65, n. 57.

<sup>20</sup> KAUFMANN, nota 3, p. 88. Recuérdese, en sintonía casi literal con esta idea, lo expuesto por Cossio en la p. 101.

#### 4. DE LA “INCOMPLETITUD” DE LA NORMA A LA “CREACIÓN” JUDICIAL A TRAVÉS DE LA “EXPERIENCIA” DE LA VIDA

A esta altura del desarrollo, Cossio se halla en condiciones de precisar la genuina naturaleza de la interpretación judicial, la cual, a mi ver, trasunta una notable síntesis de los aportes de las tradiciones de la Razón Práctica; de la Hermenéutica Filosófico-Jurídica y del “Realismo Americano” (quizá convendría mejor aludir al “judicialismo americano”), tal y como se pone de relieve, en una página emblemática, en la que acude a la compañía de un destacado representante de esta última corriente y de la máxima figura histórica de la primera.

Dice el autor, en efecto, que la interpretación judicial no se ciñe a escoger “una entre las varias posibilidades que la ley ofrece, como si en esto se cumpliera un exclusivo proceso de esclarecimiento intelectual del concepto legal”. Por el contrario, cuando tal interpretación “avanza hacia lo individual, se completa y concluye con un proceso de creación jurídica concretando, *por opción*, algo que la ley tiene por fuerza que dejar inconcluso; por eso Oliver Wendell Holmes, con fina exactitud, se ha referido a la *creación jurídica del juez* como una *creación intersticial*. La ley, en cuanto que norma general, se integra con significados universales y ninguna significación universal puede mentar totalmente la individualidad de lo concreto; esta es la razón de la permanente insuficiencia de la ley, o sea, de que la experiencia siempre le ofrezca casos anormales por aquí y por allá. Esto ya fue señalado por Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* en parecidos términos y aun por Platón en *Las Leyes*. Sin duda *que la sentencia y la jurisprudencia precisan el sentido de las leyes*. Pero esa precisión jurisprudencial no significa que se ha conseguido un mayor conocimiento respecto de lo que los textos legales contienen (...). Semejante precisión significa, al revés, que por razones valorativas y mediante un acto de voluntad, o sea, que por ser más justo y adecuado el uso restringido de un concepto, se ha modificado su extensión lógica y que, como consecuencia de esto, el jurista ha de enriquecer *a posteriori* su connotación si desea manejar conceptos que sean la representación de la realidad”. Pero, aprecia, “es esta realidad, que impone los distingos como el resultado de una comprensión más justa de la conducta, la que determina a optar y, con ello, a restringir la extensión lógica de los conceptos generales en la sentencia” (pp. 146-147, las cursivas pertenecen al original; el subrayado se ha añadido).

Los párrafos que se han subrayado son suficientemente indicativos de la fatal incompletitud de la norma; de la incontenible riqueza implicada en las múltiples conductas humanas, y de la dimensión creadora que acompaña a toda decisión judicial al procurar “coimplicar” esas realidades heterogéneas de suerte de crear aquel *tertium* que normas y hechos apenas anticipan pero que, conjuntamente, confluyen en la determinación del derecho concreto<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Ciertamente, no sucedería así si, por ejemplo, las partes arriban a un acuerdo extrajudicial o si alguna de ellas desiste de la acción; o deja pasar los plazos de la apelación; o, en fin, lo hace de una manera tan infundada que el órgano judicial se ve compelido a declarar desierto el recurso. Con todo, se trata de casos excepcionales que, al entrañar el abandono de las partes del proceso, no traslucen la misión típica del juez de desentrañar, en aquel ámbito, el derecho de cada quien.

Sería erróneo no ver en esta dimensión “creadora” por parte del intérprete judicial un dato de la mayor importancia, no tanto porque aleja al razonamiento judicial del modo diseñado por la Dogmática Jurídica, sino, y esto es lo decisivo, porque provoca la necesidad de asegurar su consistencia y seguridad internas y su plausibilidad y aceptación externas.

Cossio no se plantea la cuestión en estos términos por lo que, consecuentemente, no esboza una respuesta integral al respecto, la cual, como pretensión (dudo, empero, que como resultado) es más propio de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica (pienso especial, pero no únicamente, en la de R. Alexy<sup>22</sup>). No obstante ello, hay ya en el profesor tucumano una embrionaria presentación de esta necesidad de dotar a la decisión judicial de una firme base argumentativa que garantice tanto su “fundamento científico” de cara al interior mismo del sistema jurídico, como su “fuerza de convicción” con relación al exterior de aquél, es decir, entre sus operadores y destinatarios. De este aspecto, y ya a guisa de conclusión, me ocuparé en el próximo punto.

##### 5. ¿INTERPRETACIÓN “A CONCIENCIA” DEL JUEZ VS. FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA Y FUERZA DE CONVICCIÓN DE LAS SENTENCIAS?

El antedicho esbozo de una teoría argumentativa hace pie en el papel central que desempeña el juez en el proceso interpretativo en la medida en que, como se había adelantado ya, este es portador (y no puede, ni aunque se quiera, privársele de esa dimensión) de una “conciencia” o de una “vivencia” desde la cual, por una parte, indefectible e inevitablemente “valora” los hechos y las conductas que se le someten a análisis y, por la otra, ajusta o “coimplica” tales hechos y conductas al sentido de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

Para Cossio, “interpretar la conducta humana es conocerla en su sentido: conocerla por comprensión. El ‘factum’ de conducta es el sustrato del objeto egológico y la ley es, a este respecto, *parte del sentido que dialécticamente lo integra y que tiene que ser vivenciado por el juez*”. De ahí que, agrega, “con ello, volvemos al aforismo antes citado, de que el juez interpreta la ley de acuerdo a su ciencia y conciencia. De manera que *nos aproximamos, ahora, a un método de interpretación o conocimiento que está integrado por la propia conciencia del juez, cosa que no le podemos quitar ni extirpársela sin quedarnos sin intérprete*; estamos cayendo a un punto de vista en el cual *la propia conciencia del juez integra el objeto a conocer*. Para el intelectualismo, que separó método y conciencia como cosas heterogéneas *porque el juez era un ente ajeno al objeto*, su unión era una incompatibilidad” (pp. 147-148)<sup>23</sup>.

Como se advierte sin esfuerzo, el parentesco entre las ideas cossianas y los ulteriores desarrollos de la Hermenéutica filosófica son notables, toda vez que, a mi juicio, la apelación a la “conciencia” o a las “vivencias” realizada por el profesor argentino es

<sup>22</sup> Cfr ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimpr. 1977 (del alemán por M. Atienza e I. Espejo).

<sup>23</sup> Como añade más adelante el autor, la conciencia “es algo empíricamente dado; no algo construido ni inferido; y mucho menos algo que pudiera prescindirse” (p. 168).



paralela a los ya mencionados “prejuicios” o “precomprensiones” a que hacían referencia Gadamer y Esser, esto es, a ese conjunto de “expectativas de sentido” que caracterizan el acercamiento del sujeto-intérprete a la lectura de todo problema y que se hallan precedidas y gobernadas por la “la propia experiencia social, técnica, histórica, en una palabra, actual del intérprete”<sup>24</sup>. Sin embargo, conviene precisar (y Cossio tampoco ha sido ajeno a esta observación, como se verá enseguida) que estas “expectativas” no ostentan una dimensión exclusivamente individual toda vez que la persona no es ajena a la vida comunitaria, por lo que tales criterios, cuanto menos, nacen y se desarrollan en el ámbito de un determinado contexto social y, en gran medida, son el producto o la consecuencia de tal contexto. Como señala Esser, “este horizonte de expectativa no es subjetivo, sino general, representa la comprensión del Derecho de enteros grupos sociales, con la que el juez ha de enfrentarse en su interpretación”<sup>25</sup>.

Ahora bien: más allá de esta, a mi ver, notable “anticipación” de Cossio a los posteriores estudios de los autores hermenéuticos, es indudable que la presencia de este dato (se le llame como se prefiera –“conciencia”; “vivencia”; “prejuicio”; “precomprensión”–) es de la mayor relevancia, pues silenciarlo o infravalorarlo echaría por tierra cualquier intento serio no solo de entendimiento del fenómeno de la decisión judicial sino, y en cuanto es aquí motivo de análisis, de su “racionalización”.

A mi juicio, Cossio se ocupa de este asunto (bien que del modo embrionario ya mencionado) cuando, sobre la base de las consideraciones precedentes, se reafirma en la conclusión de que la pregunta acerca de cómo ha de interpretarse la ley ha sido mal planteada, pues lo que en rigor se interpreta son las conductas humanas mediante la ley. Con todo, el autor rescata la *ratio* última de esa pregunta, a saber, el deseo de los juristas de “hacer ciencia, es decir, de aplicar la ley con una fuerza de convicción intrínseca que se impusiera a los demás objetivamente como verdad”. A juicio de Cossio, este loable interés bien puede conducir a reformular la cuestión en estos términos: “¿cuándo tiene fundamento científico o fuerza de convicción una interpretación judicial?”. O, planteado de otro modo: “¿cuándo tiene fundamento y por qué puede convencer la aplicación de una ley?” (p. 148).

Como parece obvio, esta pregunta suscita perplejidad en una mente todavía dependiente de la “doctrina tradicional” si, al mismo tiempo que se la formula, se responde que la interpretación judicial no solo se integra con la “ciencia”, sino también, con la “conciencia” del intérprete. De ahí que resulte menester examinar con cuidado el papel que aquella desempeña en este asunto y, sobre todo, “cómo cabe hablar en esto de una

<sup>24</sup> Esser, nota 4, p. 52. Como señala ROBLES, Gregorio, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 144, los prejuicios resultan una dimensión a la que el intérprete no puede sustraerse porque son el producto “consciente o inconsciente de nuestro horizonte vital e histórico”, por lo que “constituyen un patrimonio de *creencias* –en el sentido de Ortega– con el cual contamos como algo natural”. De igual modo, LARENZ, nota 16, p. 196, escribe que se trata del “resultado de un largo proceso de aprendizaje, en que se incluyen tanto los conocimientos adquiridos de su profesión o posteriormente como las múltiples experiencias profesionales y extraprofesionales, sobre todo las que versan sobre hechos y contextos sociales”.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 71.

verdad estimativa, es decir, cómo cabe hablar de la fuerza de convicción de una sentencia en el sentido de la verdad, cosa ineludible para la existencia de una Ciencia Dogmática egológica” (p. 165).

Este tópico parece relevante porque, según se anticipó, si bien “el conocimiento científico pretende tomar su objeto sin deformarlo, presentándolo tal cual es”, se ha señalado, asimismo, “que en materia de conocimiento cultural, como es el jurídico, donde hay valores de por medio, quien conoce no es neutral en el sentido de que sería ajeno al objeto, pues no es un mero espectador que solo pone el ver, sino que *pone la vivencia de un sentido que integra el objeto*” (el énfasis no pertenece al original). De ahí que, completa Cossio, “parece imposible, o por lo menos difícil de comprender, que haya un conocimiento científico en la interpretación judicial (...) desde que resulta que el juez no es espectador sino protagonista de este acto” (pp. 165-166).

Sin embargo: lo recién dicho no puede –o, mejor, no debe– arrojarnos a las fauces de la inseguridad o de la arbitrariedad judicial como si la decisión del juez fuera el producto “del azar, como quien tira los dados”. Al igual que la Hermenéutica Filosófico-Jurídica, la cual ha señalado que sería asumir una idea precipitada del “círculo hermenéutico” considerar que la sentencia judicial es el resultado acrítico de las “precomprensiones”<sup>26</sup>, Cossio postula la necesidad *de explicitar* tales “precomprensiones”, es decir, esa “conciencia” del juez para, de esta forma, evaluar la consistencia interna de la argumentación y su resultado.

En este contexto, para el autor glosado, el camino hacia el develamiento de la verdad de la interpretación judicial reconocería las siguientes etapas. En primer término, que el juez obre “a conciencia” (o, como también ha discurrido el autor, acaso un tanto confusamente, “sin vivencia de contradicción”<sup>27</sup>) de modo que “acept[e] la ley que comprende como sentido de su caso”. Y, en segundo lugar, que el “desarrollo ulterior hacia la individuación” de la sentencia (que supone los análisis, por vía dialéctica, de las circunstancias del caso y, por vía deductiva, de los contenidos dogmáticos) “se integre con neutralidad por el juez” (p. 168. Cfr, también, p. 168).

Como lo reconoce el propio autor, el *iter* recién descrito no pareciera ser de gran ayuda, en tanto resulta dificultoso hablar de neutralidad científica del juez en la sentencia si, al mismo tiempo, y como se ha dicho ya, “la conciencia del juez es algo constituyente del hecho mismo mentado en la sentencia al integrarse este con ella...” (p. 168). Sin embargo, como precisa con agudeza, cabe efectivamente hablar de “neutralidad” en el juez a condición de precisar que esta “no consiste en ser ajeno o extraño

<sup>26</sup> Cfr, en este sentido, KAUFMANN, nota 4, esp. pp. 29-31.

<sup>27</sup> Para Cossio “hay vivencia de contradicción cuando mi arbitrio pone en el substrato, un sentido diferente de aquel que mi conciencia comprende como el sentido propio del substrato” (p. 161). A su juicio, la “vivencia de la contradicción” dependerá en todos los objetos culturales no solamente del “sentido” sino, también, del “substrato”. Este último consiste en lo dado como hecho (por ejemplo, la *Reverie* de Schumann), en tanto que el primero es lo creado o recreado como vivencia (por ejemplo, por el intérprete de dicha obra musical). En el ámbito jurídico, explica el autor, el “substrato” es, por ejemplo, la muerte de una persona y el “sentido” es determinar, por parte del juez, si se trató de un homicidio; de un acto en defensa propia; etc. (cfr. esp. pp. 158-166).

al juicio que va a vivir, como es el caso en Matemática o en Física”, en el que la ajenidad es insoslayable pues “de lo contrario, se deforman los objetos a aprehender con el pensamiento”. En el ámbito del derecho, por el contrario, la neutralidad no reside en esa extrañeza “porque ontológicamente *el juez está dentro del dato al poner el sentido*, por lo cual la *comprensión, gnoseológicamente, es una acto de toma de posesión*” (pp. 168-169, el énfasis se ha añadido).

¿En qué consiste, entonces, la neutralidad del juez? Cossio responde que “en materia jurídica el juez es neutral si es justo tal como él entienda esto a conciencia” (p. 169). Y desarrolla este último concepto nuevamente en sintonía con las ideas de la Hermenéutica Filosófico-Jurídica, cuando señala que la conciencia real del juez alude al “*modo concreto e histórico como entiende los valores jurídicos*, desde la justicia al orden. Es desde este contenido real de su espíritu, tal como él lo vivencia a conciencia, que el juez ha de partir al hacer su desarrollo de la interpretación del caso que considera, expresando aquel contenido, sin vivencia de contradicción, con la expresión jurídica suministrada por esta o aquella ley” (p. 173). La neutralidad, por tanto, no ocurre “por el anonadamiento del juez respecto de las valoraciones jurídicas, sino cuando, por vivir a conciencia, la justicia que el juez va a realizar traduce su vivencia de justicia y no otro motivo, o cuando el orden que impondrá el juez resonde a su vivencia de orden y no otra cosa, etc.” (*ibid.* Cfr también: pp. 168 y 170).

Tal es, a juicio de Cossio, el “punto de partida que nos ofrecen los hechos” (p. 169), punto este, que al contrario de lo que podría suponerse, “es de la mayor importancia” para la cuestión de la verdad jurídica de una sentencia. “Pues, por un lado, si no hubiera en el juez esta actitud neutral consistente en su propia conciencia, no podría hablarse de la vivencia de la contradicción, ni decirse que aplica mal una ley, ni encontrar nada mediante lo cual la ley lo obligara; es decir, que toda la teoría dogmática de la ley caería en el vacío o quedaría suspensa en el aire como ocurre en el racionalismo...” (p. 169). Y, por otro, “con esta *guía vivencial o realidad motora* es con lo que el juez, al desplegar su interpretación del caso mediante la ley, escoge, dentro de las distintas posibilidades de la ley, la especie dentro del género normativo; o decide, también con esa guía que él vivencia, sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de una ley según que traduzca o no el sentido vivenciado del caso de cuya comprensión se trata” (pp. 173-174) (énfasis añadido).

### III. BETTI Y SU “TEORÍA HERMENÉUTICA” DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

#### 1. EL PROCESO INTERPRETATIVO COMO “TEORÍA HERMENÉUTICA” Y LA SUPERACIÓN DE LA ANTINOMIA “SUJETO-OBJETO”

Para Betti “el proceso interpretativo, en general, responde al *problema epistemológico del entender*” (énfasis propio y en el que, a mi juicio, “entender” es sinónimo de “comprender”), motivo por el cual la interpretación puede caracterizarse como “la acción en la cual el resultado o evento útil es entender”.

Ahora bien: a partir de lo expuesto por G. de Humboldt y en línea con lo que más tarde dirá Gadamer<sup>28</sup>, considera que “para comprender la unidad del proceso interpretativo, es preciso acudir al fenómeno elemental del entender que se opera a través del lenguaje”, fenómeno este que muestra que “el lenguaje adoptado por los demás no puede ser recibido por nosotros, sin más, como algo corporal, sino acogido como una llamada o una incitación a nuestra inteligencia, como una exigencia a traducir, recrear por dentro y volver a expresar en nosotros, con nuestras categorías mentales, la idea que suscita y representa” (p. 29. Cfr. , asimismo, p. 39).

Como surge de lo dicho, tanto en Cossio como en Betti la interpretación reboza un contenido netamente Hermenéutico en tanto supone un develamiento “comprensivo” del sentido último de las cosas y no meramente “aplicativo” lo cual, en el caso del derecho, tiene en el juez a un actor fundamental. Para Cossio, como se recordará, “en materia de conocimiento cultural, como es el jurídico, donde hay valores de por medio, quien conoce no es neutral en el sentido de que sería ajeno al objeto, pues no es un mero espectador que solo pone el ver, sino que *pone la vivencia de un sentido que integra el objeto*”. Betti, por su parte y en términos semejantes, afirma que el oficio del intérprete no es “únicamente el de buscar y entender el sentido de las otras manifestaciones (pretéritas) del pensamiento”, de modo que le sean trasvasadas como si se tratara de un “inanimado recipiente”, sino, por el contrario, tales manifestaciones son las que “*el intérprete debe reconstruir y reproducir en su interior mismo con su sensibilidad e inteligencia, con las categorías de su mente, con su intuición y con la fuerza inventiva de su educación*” (p. 39, énfasis añadido).

Con lo dicho, el profesor italiano prepara el camino para la, a mi ver, insustituible integración del par “sujeto-objeto” en el proceso interpretativo. “Se trata, afirma, siempre de una exigencia que solicita la espontaneidad del que es llamado a entender y que no puede ser satisfecha sin su activa *colaboración*. Exigencia que parte de un *objeto*, constituido de forma representativa y que se dirige a un *sujeto*, que es espíritu actual, viviente y pensante, dispuesto a entender según los intereses de la vida presente que pueden ser orientados en sentidos distintos (...). De este modo, tiene lugar una *inversión* del proceso creativo en el proceso interpretativo; una inversión por la cual, en el *iter* hermenéutico el intérprete debe volver a recorrer en sentido retrospectivo el *iter* genético (...). Ahora bien: el punto delicado de semejante inversión está en la indicada *transposición* en una subjetividad diversa de la originaria. De aquí, en verdad, nace la antinomia de dos exigencias a las que el intérprete debe obedecer por igual. De un lado se le impone al intérprete una exigencia de *objetividad* en cuanto la reproducción, el repensamiento debe ser lo más adaptado y fiel que sea posible al valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender: una exigencia, por tanto, de subordinación. Pero como tal objetividad no es actuable sino a través de la subjetividad del intérprete, depende de su sensibilidad (...). Es decir: el intérprete es llamado a renovar y a reproducir el pensamiento ajeno en su interior, como algo que se vuelve propio, pero si bien se ha tornado propio debe al mismo tiempo enfrentarse con ello, como con algo que es objetivo y

<sup>28</sup> GADAMER, nota 10, pp. 461 ss.

ajeno. En la antinomia están, de un lado, la subjetividad insuperable de la *espontaneidad* del entender; del otro, la objetividad, por así decir, la alteridad del sentido que se trata de obtener” (pp. 29-30. Cfr: también: pp. 32 y 72-73. La cursivas pertenecen al original; el subrayado se ha añadido).

A juicio de Betti, de esa “antinomia nace toda la dialéctica del proceso interpretativo”, de modo que, sobre ella, “puede construirse una teoría general de la interpretación” (pp. 30-31), que “reflejando críticamente este proceso trate de rendir cuenta de sus fines y de sus métodos” (p. 73). Es, concluye, “lo que se denomina con el nombre de ‘teoría hermenéutica’” (*ibid.*).

## 2. SOBRE EL PAPEL DE LA “SUBJETIVIDAD” EN LA INTERPRETACIÓN

Como se adelantó al principio, no es el propósito de este papel efectuar un examen exhaustivo de la referida teoría bettiana, sino un mero recordatorio —en armonía con el pensamiento de Cossio, más allá de que las coincidencias no son obviamente constantes—, de algunas notas de gran impacto posterior. Entre ellas, en lo que sigue destacaré la consideración de lo que podría denominarse como el carácter “dialéctico-circular” de la metodología jurídica, cuestión esta que supone abrir de par en par las puertas a una mirada personal, social, histórica y actual del intérprete en un proceso que, ciertamente, supone la disolución del vínculo “sujeto-objeto” del modo como, cuanto menos, fuera considerado por la Dogmática jurídica.

Por de pronto, y a título general, para este autor su “teoría hermenéutica” requiere, como elementos inexcusables a fin de controlar “los resultados de la interpretación” y, de este modo, garantizar “una relativa objetividad en el entender”, de la presencia de ciertos “*cánones hermenéuticos fundamentales*” clasificados según resulten atinentes al “objeto” o al “sujeto” de la interpretación (pp. 31 y 32, el subrayado pertenece al original).

Ahora bien: más allá de que este recurso a los “cánones”, como se recordará, es resistido por Cossio al considerarlo, si se me permite la expresión, una “concesión” a la teoría tradicional, en lo que sigue repasaré, bien que de modo asistemático, algunas notas concernientes a la dimensión “subjetiva” de aquel canon y, de tal modo, observar con algún detalle, como expresa Betti, “la subjetividad inseparable de la espontaneidad del entender” (p. 38).

A mi ver, esta “subjetividad” bettiana no es otra que la inevitable presencia de la “conciencia” en Cossio y, como se ha visto ya, de los “prejuicios” o las “precomprensiones” de los autores hermenéuticos. Para Betti, con palabras incluso semejantes a las de Cossio, resulta “*absurda (. . .) la aspiración de algún historiador a presentarse como despojado de su propia subjetividad*, pues privado de esta el intérprete perdería los ojos para ver...”. Y de ahí que exprese, de modo aún más categórico y que recuerda la ya citada frase de Gadamer, que la subjetividad, “lejos de ser un obstáculo a la interpretación”, reproduce “la *indispensable condición de su posibilidad...*” (p. 39, énfasis añadido)<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Cfr, al respecto, nota 10.

Ahora bien: reconocida la insoslayable presencia de la subjetividad en todo proceso interpretativo, este necesita para concretarse, tal y como se había anticipado, de un compromiso, esto es, de un interés espontáneo de colaboración del sujeto a fin de ponerse en marcha. Como expresa el autor, “la actividad interpretativa tiene su origen y toma su impulso en un específico interés por entender, por un vínculo que une las otras manifestaciones del pensamiento –aunque se trate de una realidad acaecida hace largo tiempo– con un *interés actual de nuestra vida presente*, que hace vibrar en nuestro ánimo de intérpretes una cuerda que le corresponde” (p. 39, el énfasis es del original).

Considero que esta última afirmación es de la mayor importancia ya que se proyecta sobre diversos aspectos que han sido examinados por Cossio y, acaso con un mayor desarrollo, por los autores hermenéuticos posteriores. Me detendré, en lo que sigue, en el análisis de, al menos, tres de esos aspectos.

a) En primer lugar, debe insistirse en que el sujeto se halla inmerso en un contexto espacio-temporal que está, por obra de las necesidades y exigencias de la vida, necesariamente condicionando su comprensión, en cuanto aquí interesa, de los textos jurídicos que integran el “corpus” de su universo conceptual. De modo que la lectura de la historia no es solo la lectura del pasado, sino que es un acto de participación en el presente: es el ayer visto desde el hoy para ser “comprendido” y “aplicado” aquí y ahora.

Gadamer lo ha referido con agudeza cuando, luego de puntualizar que “bajo la forma de lo escrito, lo transmitido se torna simultáneo para cualquier presente”<sup>30</sup>, expresa que cuando se trata de desentrañar el sentido de un texto, “la reconstrucción de lo que el autor pensaba [acerca de él] realmente es una tarea reducida” ya que su comprensión solo es genuina “cuando se incluye en el pensamiento el hecho de que el progreso de las cosas *continúa determinándole a uno...*”, es decir, cuando “lo transmitido muestra nuevos aspectos significativos en virtud de la continuación del acontecer”. De ahí que “la reconstrucción de la pregunta a la que da respuesta un determinado texto no puede tomarse evidentemente como un producto puro de la metodología histórica. Lo que hay al principio es más bien *la pregunta que el texto nos plantea a nosotros*, nuestra propia afección por la palabra de la tradición, de modo que su comprensión implica siempre la tarea de autome-diación histórica del presente con la tradición” (el énfasis se ha añadido)<sup>31</sup>.

De modo parecido, Betti señala que “cuanto más vivo es el interés actual por entender, tanto más será, en igualdad de condiciones, el grado de comprensión”, de modo que, si bien “no se quiere desconocer la propia autonomía del objeto a interpretar, su historicidad, su alteridad respecto del sujeto”, sí se trata “de *reconocer la espontaneidad del sujeto que interpreta su historicidad (...)* estando bien conscientes de la esencial *contribución* que aporta (...) al proceso interpretativo”. Y concluye, en expresión que recuerda, a la letra, lo expuesto por Kaufmann, más arriba, que “*solo así se explican las mudables vicisitudes históricas de las concepciones interpretativas de un mismo objeto*” (p.

<sup>30</sup> GADAMER, nota 10, p. 367.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 451-452. A mi juicio, esta idea guarda semejanza con lo que la doctrina constitucionalista conoce como interpretación “dinámica” o “mutativa” de las normas, es decir, la comprensión actual (contextual) de las normas históricas. Cfr, a este último respecto, entre otros, SAGÜES, Néstor P., *Recurso Extraordinario*, Astrea, 3º, Buenos Aires, esp. pp. 110-113.

40, énfasis añadido y en la que “objeto” es sinónimo, como se verá más abajo, de “norma”, cuya literalidad permanece inmodificable).

La verdad de esta idea se refleja en numerosos ejemplos. De modo general, Betti reclama que se observe “cómo en el traspaso histórico de una legislación precedente a una posterior en siglos, orientada (. . .) conforme a un ambiente social distinto y a un distinto clima cultural, textos de leyes conservados sin variación en cuanto a la letra, adquieren una *duplex interpretatio*, un *significado* distinto del primitivo” (p. 48, énfasis del original). Cossio, de forma más particular (pues tiene presente un asunto concreto) ya había llegado a una conclusión parecida cuando, teniendo en cuenta que la interpretación supone “partir necesariamente de la conciencia real del juez; es decir del modo concreto e histórico como el juez entiende todos los valores jurídicos” (p. 173), mostró, entre otros ejemplos, la “lectura” jurisprudencial realizada al art. 1113 del Código Civil. El texto en cuestión, en efecto, permaneció inalterado al extremo que ni siquiera se hizo uso del recurso a la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Empero, sí se produjo una evidente mutación en cuanto a su alcance a raíz de una situación de hecho que suscitó una valoración preñada del contexto histórico en el que aquella tuvo lugar y, ciertamente, guiada por una idea (teleológica) de justicia del asunto tratado<sup>32</sup>.

b) En segundo término, y como también ha sido resaltado por la Hermenéutica Filosófico-Jurídica, si la interpretación es posible y, en especial, la interpretación histórica, es decir, ese sumergirse en textos distantes del tiempo actual del exégeta, ello es debido a que existe una tradición común que comprende y contiene al intérprete y que, de tal modo, permite que dicha interpretación se desenvuelva en el marco de afines líneas de ideas en las que, si bien tanto las rupturas como los retornos conceptuales (el famoso *corsi e ricorsi* a que hacía mención el siempre vigente Giambattista Vico) son realidades constitutivas del decurso de la historia, unas y otros son posibles porque se dan cita en el contexto de una cierta tradición cultural la que, como toda tradición, revela y trasmite un determinado *ethos* en el que el intérprete abreva. Larenz, en efecto, a partir de la autoridad de Gadamer, alude a la existencia de una “conexión traditiva” que, “trasladada a la jurisprudencia” es “aquella en que se encuentran las normas vigentes hoy –y las formas jurídicas de pensar reconocidas– con el trabajo precedente de muchas generaciones de juristas merced al cual han conseguido su configuración actual, o de las

<sup>32</sup> La interpretación constitucional cuenta con numerosos ejemplos de mutación del sentido de una norma cuyo contenido literal, empero, permanece idéntico. En el ámbito de los Estados Unidos, un supuesto emblemático es la exégesis dada por la Corte Suprema a la cláusula de la igualdad a través de tres momentos históricos diversos: cuando se negó la personalidad a los negros (caso “Dred Scott v. Sandford”); cuando se la reconoció pero se sentó el principio “separados pero iguales” (caso “Plessy v. Ferguson” –117 US 537, 1886-) y cuando, finalmente, se declaró la inconstitucionalidad de este último (caso “Brown v. Board of Education” –347 US 483, 1954-). Un ejemplo de la Corte Suprema de nuestro país lo constituye la diversa lectura dispensada al art. 31 de la Constitución Nacional en lo atinente a la prelación de los tratados internacionales respecto de las normas internas, la cual se altera a través de un proceso que se inicia en 1992 y que concluye en 1994 aunque, curiosamente, mediante una lectura “histórica” de los fundamentos mismos de aquel texto, “no leída” (o “leída” de modo distinto) por una secular tradición. Cfr. a este respecto, por todos: Fallos: 315:1492 y 317:1282 (esp. interesante en cuanto a esa lectura “histórica” es el voto del juez Boggiano, consids. 21/23).

que la Jurisprudencia actual se ha liberado”. Y agrega que “esta conexión traditiva, en la que no solo están las leyes, sino sobre todo las resoluciones judiciales y los conocimientos (o errores) dogmáticos, constituye el trasfondo de la interpretación jurídica –ya proceda ‘histórica’, ‘sistemática’ o ‘teleológicamente’–. Ella es indispensable, sobre todo, para la comprensión de las resoluciones de los tribunales”<sup>33</sup>.

Pues bien: este aspecto es desenvuelto por Betti a partir de las siguientes tres consideraciones. Como primer paso, estima inaceptable que la exégesis de las normas pueda quedar circunscrita a un análisis de índole meramente “dogmático” (en el sentido de solo lingüístico), prescindiendo, de tal modo, de la referencia a su sentido histórico, ya que, afirma, el conocimiento de aquellas nunca es “directo”, es decir, no puede entenderse sin la “mediación de anillos intermedios” (p. 77). Por ello añade –importante lección sobre la que nunca se insistirá lo bastante–, “teniendo en cuenta que las instituciones y la forma de expresarse jurídicamente tienen el estilo de un lenguaje técnico, es más necesaria una preparación histórica en el que es llamado a entenderlas” (*ibid.*).

A su vez, como segundo paso –y esto resulta muy revelador en tanto aquí intuyo el nexo bettiano con el judicialismo de Cossio–, para el jurista italiano el elemento vinculante entre tradición (historia) y norma (Dogmática) es la jurisprudencia, ya que “viviendo en la tradición de la jurisprudencia pueden los juristas realizar la continuidad de la vida del Derecho, *fundir en armónica coherencia los datos de la tradición con las nuevas adquisiciones*, advertir los nexos que ligan la letra de la ley al pensamiento que traducen” (*ibid.*, énfasis añadido)<sup>34</sup>.

Finalmente, como tercer momento cabe ponderar que todo esto no resultaría posible si no existiera un entendimiento básico entre las generaciones, lo cual es el resultado de comunes preocupaciones y de parejas exigencias. Y aquí ingresa un aspecto no presente, al menos de modo explícito, en Cossio y que juzgo de la mayor relevancia, pues dichas exigencias (esos sufrimientos a que hiciera referencia Gabriel Marcel), no parecen sino trasuntar una común naturaleza humana. El iusnaturalismo de Betti (que, por lo demás llamara la atención, quizá negativamente, a T. Viehweg<sup>35</sup>), es aquí, a mi

<sup>33</sup> LARENZ, nota 16, p. 197.

<sup>34</sup> De modo análogo, y trabajando igualmente sobre las fuentes hermenéuticas, SERNA, Pedro, “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann” (p. 17 del manuscrito cedido gentilmente por el autor y publicado recientemente en él mismo (coord. ), *De la argumentación a la hermenéutica*, Comares, Granada, 2003, ha expresado a propósito de las decisiones jurisprudenciales (ubicándose desde el costado de la historia, de la tradición), que si a pesar de ser lógicamente posible, no se advierte, empero, una gran heterogeneidad de interpretaciones judiciales en el seno de una comunidad, ello es debido, básicamente, a “la unidad relativa del contexto social, cultural, histórico en definitiva, en el que tiene lugar la interpretación (. . .) y el sentido común del intérprete, que sabe pasar por encima de las diferencias, alternativas y posibilidades que se abren desde una consideración puramente lógico-formal del texto, encaminando sus pasos dentro de la senda trazada por los referentes que proporciona la propia comunidad jurídica”. Ahora bien: como completa el autor (esta vez desde el lado del sujeto), lo recién expuesto no impide que esa tradición “se vea enriquecida permanentemente por la comprensión de cada sujeto, orientada también por su horizonte vital personal y por el problema concreto que tiene delante. La tradición condiciona, pues, la comprensión, pero no es un factor de determinismo en ella porque el sujeto puede trascenderla modificándola, recreándola, enriqueciéndola”.

<sup>35</sup> Cfr, al respecto, VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, nota 9, p. 149.



ver, muy palpable, tal y como se pone de relieve cuando se lee que “si para llegar a entender el intérprete debe penetrar y transferirse en el espíritu que le habla, es evidente cuánta intuición de verdad inspira el viejo dicitario de que solo el semejante conoce a su semejante (. . .) o dicho de otro modo, que el intérprete ve lo que tiene en el corazón y que no puede encontrar en el objeto lo que no tenga ya virtualmente en sí mismo” (p. 41)<sup>36</sup>.

c) Por último, el tercer aspecto al que quería referirme reside en que, como afirma Betti “no basta un interés actual para entender, por muy intenso que pueda ser, hace falta también una *apertura mental* que permita al intérprete colocarse en la perspectiva justa, más favorable para descubrir y entender” (pp. 40-41, énfasis del original y subrayado mío).

Ya bien tempranamente, Heidegger señaló, a propósito del “círculo hermenéutico” que “lo determinante no es salir del círculo, sino *entrar en él de la manera correcta*”<sup>37</sup>. No se trata, entonces, de lanzarse, “a tontas y a locas”, al oficio de interpretar un caso, sino que, en ese proceso de “correspondencia hermenéutica”, como lo llama Betti según se referirá en seguida, el juez debe saber dónde “colocarse” para “descubrir y entender” el problema de que se trata y, por tanto, deberá “ir y venir” en ese proceso ascendente de “coimplicación” (Cossio), entre hechos y normas en el que desechará “precomprensiones”; reafirmará otras; incorporará elementos inicialmente silenciados; eliminará otros; confirmará determinadas soluciones jurisprudenciales; mostrará la inaplicabilidad de otras; etc.

El sabor Hermenéutico (incluso en el empleo de algunos términos relevantes, como la voz “prejuicios”) es muy perceptible cuando Betti profundiza en esta noción de “apertura mental”. A su juicio, “se trata de una adaptación, ética y teórica a la vez, que en su aspecto negativo se puede caracterizar como negación de uno mismo y *aceptación decidida a prescindir de los propios prejuicios* y de los hábitos mentales que sirvan de obstáculo; mientras que del aspecto positivo se puede caracterizar como amplitud y capacidad de horizonte, que genera una disposición congenial y fraterna hacia lo que es objeto de interpretación” (p. 41, énfasis añadido). Cossio, según se vio, no es ajeno a este empeño cuando, por su parte, exige del juez esa “neutralidad” que implica “partir necesariamente de [su] conciencia real”, que es tanto como “ser justo, es decir, vivir a conciencia la valoración jurídica tal como él la entienda”, de modo que “cualquier otro motivo determinante significa la pérdida de su neutralidad frente al dato” (p. 179).

Precisada, pues, la relevancia y los diversos matices de la subjetividad en el proceso interpretativo, corresponde ahora —de modo conclusivo— abocarse al examen del proceso de develamiento del derecho. Cossio, se había dicho ya, postula el método “empírico-dialéctico”. Betti, por su parte, en un afín orden de ideas, lo denomina de la “correspondencia o consonancia hermenéutica”.

<sup>36</sup> BETTI cita en ese lugar el *dictum* de J. W. Goethe escrito en *Wahrheit und Dichtung* “was einer nicht schon mitbringt, kann er nicht erhalten” y que podría traducirse como “lo que uno ya no lleva consigo, no lo puede encontrar”.

<sup>37</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 11º, 1967, p. 153, n. 38, *cit.* por Kaufmann, nota 4, p. 31.

### 3. LA INTERPRETACIÓN COMO PROCESO DE “CORRESPONDENCIA O CONSONANCIA HERMENÉUTICA”

Una vez más inspirado en el citado Humboldt y, también, en Nicolai Hartmann, Betti, a los efectos dar cuenta integral del proceso de comprensión fáctico-normativo al que se enfrenta todo intérprete, habla del “canon de la *adecuación del entender*” o, en términos semejantes a lo que después escribirá Kaufmann, según se ha visto, del “canon de la *correspondencia o consonancia hermenéutica*” (p. 41). (subrayado original). A su juicio, “la adecuación del entender consiste, según la formulación propuesta, en poner en juego, simultáneamente, en íntima adhesión y armonía los dos términos del proceso interpretativo, es decir, el objeto que en nuestro campo es la norma jurídica y la actualidad del sujeto, actualidad en la que confluyen las palpitantes, múltiples y mudables exigencias de la vida social a cuya disciplina el Derecho va destinado” (p. 43).

Pues bien: a propósito de este asunto, Betti distingue entre las denominadas interpretaciones “histórica” y “judicial”, en términos muy parecidos a los que Cossio formula, según se ha expuesto más arriba, cuando alude a la interpretación “de la ley”, sin más, y a la de las conductas que se dan cita en un caso, interpretadas con el apoyo, entre otros elementos, de las leyes. Pues, mientras en los primeros supuestos (interpretación “histórica”/interpretación “de la ley”) se está frente a una realidad de sentido ya concluida a la que solo se busca conocer y precisar; en los segundos (interpretación “judicial”/interpretación de las conductas “por medio de la ley”), se está ante realidades “por hacer” y en cuyo proceso de elaboración el juez desempeña un papel no meramente reproductor, como en el primer supuesto, sino directamente creador.

Como dice Betti a propósito del segundo supuesto, “en la interpretación jurídica de un ordenamiento vigente no podemos quedarnos en evocar el sentido originario de la norma, se debe ir un paso más allá porque la norma, lejos de agostarse en su primera formulación, tiene *vigor actual* en relación con el ordenamiento del que forma parte integrante y se halla destinada a permanecer y a transformarse en la vida social, a cuya disciplina debe servir. Aquí, por tanto, el intérprete no ha acabado todavía de cumplir su objetivo cuando ha reconstruido la idea originaria de la fórmula legislativa –cosa que ante todo debe hacer– sino que debe, después de esto, *poner de acuerdo* aquella idea con la presente actualidad, infundiéndole la vida de esta, porque es precisamente a la que la valoración normativa deber ser referida” (43) (la cursiva pertenece al original. El destacado se ha añadido).

Si bien algunos términos de la anterior cita parecen alejarse del pensamiento de Cossio (como la afirmación que manda reconstituir, “ante todo”, el significado de las normas), estimo que la presencia de otras referencias y, en especial, el tono general de la obra de Betti, impedirían ver diferencias de sustancia entre ambos autores<sup>38</sup>. A mi juicio, el corazón del pensamiento bettiano se trasunta en la idea de que las normas son un

<sup>38</sup> Recuérdese la oposición del profesor argentino a esta separación, ya que, al dejar el examen de los hechos para un segundo momento, se incurriría en el error de tornar en meramente “aplicativa” una interpretación que es “comprensiva”, lo cual reflejaría que es posible interpretar la ley, sin más, cuando lo que en verdad sucede es la interpretación de las conductas a través de aquella.

proyecto inacabado en tanto se hallan destinadas a “transformarse en la vida social, a cuya disciplina debe servir”, por lo que —y esta cita es decisiva— han de ponerse de acuerdo “con la presente actualidad, infundiéndole la vida de esta”. Las normas, pues, si bien pueden ser reconstruidas en abstracto y con ello, cossianamente, se puede obtener la “verdad” de la ley (confr. pp. 166/168 —esp. p. 167— y 187/188, entre otras), sin embargo, tal es apenas un factor de entre el conjunto de factores que tiene en cuenta el juez para arribar a ese *tertium* que no es ni la ley ni los hechos (las conductas, para decirlo con Cossio), sino el derecho concreto. Y en este contexto, las normas solo obtienen su real y definitivo sentido al cabo de esa plural “correspondencia hermenéutica” no solamente entre ellas y las circunstancias de cada caso, sino, además, entre ellas, el resto del ordenamiento jurídico y la génesis histórica de cada de uno de sus componentes. Es que, como expresa Betti, “la letra de la ley no es más que un entramado, destinado a reanimarse y a iluminarse, de un lado, al contacto de la vida social; de otro, con la luz de la tradición” (p. 77).

En efecto; en cuanto concierne a este último aspecto, Betti, según fuera anticipado en el punto anterior, es especialmente incisivo cuando afirma, en una página remarkable, que “la exégesis de toda la fórmula legislativa no puede nunca prescindir del elemento histórico, ya que el encuentro del intérprete con el texto legal no es nunca un contacto ‘directo’ que prescinda de la mediación de anillos intermedios. El encuentro presupone en el intérprete, como en los miembros de las comunidad, una educación adecuada y se opera a través de la tradición de la jurisprudencia que contribuye a promover en los juristas la necesaria formación mental (...) Precisamente, viviendo en la tradición de la jurisprudencia pueden los juristas realizar la continuidad de la vida del Derecho, fundir en armónica coherencia los datos de la tradición con las nuevas adquisiciones (...). Por eso el lenguaje de una ley en vigor no puede ser rectamente entendido, cuando se separa de sus precedentes históricos, por considerarla en cualquier modo autosuficiente, en función de la materia disciplinada” (*ibid.*).

A su vez, y en lo relativo al contacto de la ley con la vida social, afirma Betti “que se trata no solo y no tanto de hacer mover el sujeto contra el objeto (...) sino sobre todo de hacer mover el objeto hacia el sujeto, haciéndole partícipe de la viva actualidad de este y vinculado a la *perenne dinámica de la vida histórica del Derecho*” (p. 43, énfasis añadido). De ahí que más adelante observe, en coincidencia con los autores posteriores ya citados, que “el texto literal del código funciona como una urdimbre o armazón, que *no se reanima si no es en contacto con la vida de la sociedad a la que es destinado*, y se reanima solo en la medida en que responda a las formas interiores del viviente sentido jurídico” (p. 48). Por ello, medita, no debe sorprender la dispar suerte que suelen seguir institutos o normas que se aplican a sociedades diversas de aquellas para las que fueron inicialmente destinadas. Así, ejemplifica, no es anormal que sucedan “fenómenos de asimilación positiva y de refractariedad, por los cuales en el trasplante de las instituciones allí disciplinadas, algunas toman raíces y se revelan vitales, mientras que otras, al contrario, no se desarrollan y se vuelven inoperantes” (p. 48).

#### IV. CONCLUSIONES

Las páginas precedentes procuraron mostrar algunas coincidencias respecto de aspectos que estimo de la mayor relevancia en las teorías de la interpretación judicial de Cossio y Betti. Como se señaló al inicio, dicho examen se efectuó a partir de dos textos contemporáneos (escritos uno en 1944 y el otro en 1947), lo que revela las parejas preocupaciones de ambos autores más allá de no mencionarse recíprocamente, inequívoco reflejo de un interés más amplio, ya presente desde antes del fin de la Segunda Gran Guerra, por dejar atrás una visión dogmática del derecho y, por ende, de su interpretación.

A mi ver, la primera y fundamental de esas semejanzas la constituye el abandono de la tajante (aunque inexistente en la práctica) distinción entre el sujeto que interpreta y el objeto interpretado y en el que las normas lo son todo.

La segunda, rigurosa consecuencia de la anterior, es el reencuentro con la tradición grecorromana-tardo medieval de extender ese “objeto” de conocimiento a la “realidad”, esto es, a la “experiencia” (Cossio), a la “vida presente” (Betti); a lo que, en fin, que Gadamer gráficamente denominó el “saber de la calle”<sup>39</sup>.

Las normas, pues, ya no son *lo único* sino una *parte* (importante, sin duda, más parte al fin) de ese conjunto de elementos o materiales que constituyen lo jurídico y que, a través de ese proceso de “puesta en correspondencia” de aquellos por medio sus operadores, culmina en la elucidación del derecho. He aquí, entonces, un tercer punto de contacto que entronca con esa finisecular tradición recién nombrada y que la Hermenéutica Filosófica hará enteramente suya: la apelación al “circular” método “empírico-dialéctico” (Cossio), también llamado de la “correspondencia hermenéutica” (Betti).

Ahora bien: entre los operadores jurídicos que contribuyen de modo colectivo al develamiento de la verdad del derecho, hay uno que juega un papel relevante. Se trata del juez y, por extensión, de la jurisprudencia que genera. Es que el juez es quien, de un lado, se ubica “entre medio” y “por encima” de las partes a las que en cierta forma “une” en el diálogo racional que supone el proceso con el objeto de obtener, como ya lo dijera Aristóteles y, de modo contemporáneo y en forma muy sugerente lo recreara Salvatore Amato<sup>40</sup>, “la justicia del caso”, esto es, la “norma del caso”. Y, de otro, quien a través de un examen lo más completo posible de cada asunto y del saber jurídico histórico y actual, carga, nada menos, con la gloria y la responsabilidad de “decir” finalmente el derecho de cada quien. De ahí, entonces, una cuarta común conclusión: para Cossio el “centro de gravedad de la experiencia jurídica está en la sentencia”, en tanto que, para Betti, la jurisprudencia permite “fundir en armónica convivencia los datos de la tradición con las nuevas adquisiciones” y, de este modo, “realizar la continuidad de la vida del Derecho”.

Esta “reinstalación” científica del juez como factor determinante en la determinación del derecho suscita, a su vez, nuevos puntos de contacto entre los autores estudia-

<sup>39</sup> GADAMER, nota 10, p. 452.

<sup>40</sup> AMATO, Salvatore, “Del derecho al derecho natural”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Las razones del derecho natural*, nota 5, pp. 111-36.

dos. Conviene, en efecto, precisar que la “reentré” del juez al centro de la escena luego del ocaso padecido durante el apogeo del positivismo no es una mera reproducción del papel del *iurisprudente* romano, sino que, por el contrario, pone el acento en remarcar el “contexto situacional” (para seguir la terminología de Viehweg) en el que aquel concretamente se encuentra de una manera distinta. En efecto; no se trata únicamente de aludir al “aquí y ahora”, tal y como fuera la percepción clásica grecorromana-tardo medieval sino, como es resaltado por la Hermenéutica, asumir que ese “aquí y ahora” es consecuencia de un pasado que lo “explica” y lo “contiene”: brevemente, no hay presente sin tradición porque el hoy es el resultado de un encadenamiento (quizá imperceptible pero en cualquier caso real) de actos y de silencios que hunden sus raíces en un lejanísimo ayer. Y el juez, como parece claro, no es ajeno a esa historia sino que es “parte” irremediable de ella al menos en una doble dimensión: porque vive, como todos, esta historia concreta y porque la vive desde un determinado lugar filosófico y cultural que puede no ser coincidente (o ser parcialmente coincidente) con el de los demás o, dicho con mayor certeza, con el de ciertos grupos que integran el todo social en el que habita.

Tanto Cossio como Betti, con inevitables y obvios matices y diversos desarrollos, participan en mayor o menor medida de las ideas recién referidas. Así, una sexta coincidencia estribaría en el hecho de que es inútil querer soslayar el saber “a conciencia” del juez o, incluso, pretender “quitar[la]” o “extirpar[la] sin quedarnos sin intérprete” (Cossio), ya que resulta absurda la aspiración de todo intérprete de “presentarse como despojado de su propia subjetividad, pues privado de esta (. . .) perdería los ojos para ver” (Betti).

De ahí que (séptima conclusión común) inevitablemente todos los operadores del derecho (también todo juez) “valoren” las conductas sometidas a consideración y, de esta manera, “se diga o no se diga” aquel queda “involucrado (. . .) con un acto de toma de posición, porque aquí él no es un mero espectador sino un componente de la significación que enuncia” (Cossio). En términos semejantes, “si bien no se quiere desconocer la propia autonomía del objeto a interpretar”, sí se trata de “reconocer la espontaneidad del sujeto” que lo interpreta y “la esencial contribución que aporta al proceso interpretativo” (Betti).

Y en este contexto (octava coincidencia), el conocimiento de un objeto cultural como el derecho es un acto de “comprensión”, pues, siguiendo a Dilthey, “explicamos la naturaleza, comprendemos la cultura” (Cossio). En definitiva, “el proceso interpretativo, en general, responde al problema epistemológico del entender” (Betti).

Desde luego, esta comprensión no se asume como una tarea solipsista (novena conclusión). El procedimiento antes descrito (ver conclusión tercera) es el ámbito en el que se deben presentar y debatir críticamente tales entendimientos. De ahí que se trate de un procedimiento “abierto”, que “parte” de esa comprensión “a conciencia” y, por tanto, “neutral” del fenómeno jurídico aunque ello no significa que la conclusión a la que se arriba resulte necesariamente idéntica de las ideas desde las que se partió (Cossio). Se trata, pues, de una “apertura mental” que permite al intérprete ubicarse en la perspectiva adecuada para “descubrir y entender” y, por tanto, que le permite “prescindir de los propios prejuicios y de los hábitos mentales que sirvan de obstáculo” (Betti).

Ahora bien: esa comprensión, se ha dicho ya, es actual e histórica a la vez. Es actual, en tanto “las valoraciones jurídicas aparecen siempre en la experiencia jurídica” y esta no puede ser entendida únicamente del lenguaje de la norma sino de la “experiencia” de la vida misma que suministra cada situación, como se vio al tratar el supuesto de la voz demente o la exégesis del art. 1113 del Código Civil (Cossio). Es que, “la actividad interpretativa (. . .) toma su impulso (. . .) con un interés actual de nuestra vida presente”, el cual “hace vibrar una cuerda que le corresponde” (Betti). Y es histórica en tanto esa interpretación parte del dato insustituible que consiste en el “modo concreto e histórico cómo entiende los valores jurídicos” todo intérprete (Cossio), ya que “la letra de la ley no es más que un entramado destinado a reanimarse e iluminarse”, además de al “contacto de la vida social”, “con la luz de la tradición”: la exégesis de toda norma “no puede nunca prescindir del elemento histórico, es decir, de esos “anillos intermedios” insustituibles de toda interpretación que se precie de ser tal (Betti).

---

Fecha de recepción: 25 de agosto de 2004  
Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2004

---