

INTERPRETACION JURIDICA, CONJETURA Y VALIDACION

Fernando Quintana Bravo

En términos generales, se puede presentar el conjunto de temas que atañen a la interpretación agrupados en tres partes. La primera, es la relativa a la interpretación propiamente, que cubre los temas del objeto, sobre qué clase de cosas recae la interpretación, así como también las características del proceso en que consiste la interpretación, los principios que lo determinan. La segunda, concierne a cuestiones metodológicas, entre las cuales hay que considerar la reglamentación de la interpretación, la formulación de hipótesis tentativas o conjeturas. La tercera, dice relación con la justificación, esto es el valor y validez de la argumentación justificatoria. Esta división se apoya en último término en la conjunción de un concepto de interpretación, derivado de posiciones hermenéuticas, y de los desarrollos de los nuevos planteamientos sobre argumentación, asociados muchos de ellos a posiciones vinculadas al pensamiento analítico.

La interpretación, como la concibo, es un proceso, que parte de un signo y concluye en el establecimiento de un significado. Esta noción preliminar se inscribe en una línea de pensamiento que cristalizara en Dilthey y su proyecto epistemológico para las disciplinas culturales (*Geisteswissenschaften*). Se trata de una epistemología que separa en dos grandes ramas el saber humano, el de las ciencias naturales y matemáticas, y el de las ciencias del espíritu o culturales (como las llamó después Cassirer), cada una con sus objetos y métodos propios. Estas últimas recaen sobre un objeto cultural, obra humana, cuyo conocimiento propiamente se llama “comprensión”, que participa del carácter general de proceso de la interpretación; la forma reglada de este proceso toma el nombre de interpretación en sentido estricto y su característica se la proporcionan las reglas de interpretación. En el curso del siglo XX los trabajos de algunos autores hermenéuticos, como Paul Ricoeur, buscan eliminar esa separación de dos ramas del saber.

El intérprete, o sujeto cognoscente, enfrenta su objeto como *signo*, esto es algo material, perceptible por los sentidos, como los sonidos, los caracteres de escritura, los gestos, los vestigios de una civilización pasada, al que asocia un *significado*. Esta dualidad es esencial. El significado es la parte inmaterial, que se asocia a su substrato material. Aquí encuentran su ubicación los conceptos, en cuanto significados de los signos, como son las palabras escritas o habladas.

La dualidad que se ha señalado está en la base de la importante distinción *letra y espíritu*, que desde San Agustín empleamos, aunque sin la dimensión teológica que este autor le introdujo. Está también en la base de la distinción que el mundo jurídico actualmente hace entre enunciado y norma jurídica, que a partir de los trabajos de Engisch ha cobrado enorme importancia para el tema de la interpretación y sobre todo en la argumentación que es requerida para resolver el problema de la aplicación del Derecho. Las reglas jurídicas son los significados de las palabras que emplean los instrumentos en donde se expresa el Derecho. Estos significados no están unidos a las palabras como los rótulos de una mercancía. Se ha venido discutiendo desde hace ya mucho tiempo la forma y naturaleza de esta conexión, dando origen a una extensa gama de posiciones. Por lo mismo, no voy a entrar en ese debate y asumiré, para los efectos de este trabajo, que los significados se asocian a las palabras, no de manera mecánica, y que los distintos usos que se dan a las palabras dan margen para cuestionar el significado que se asocia a una determinada palabra o expresión. Aquí radica una de las fuentes principales de disputas sobre significados. La significación comprende relaciones distintas; de una parte, la relación del signo o expresión a su significado conceptual, de otra, la relación del concepto significado con los objetos referidos o mentados (como acostumbra decir Pfänder en sus estudios de lógica formal). Pero además de esta dimensión, está la polisemia que consiste en la plurivocidad: una palabra posee varios significados conceptuales distintos, lo que ocurre con buen número de palabras de nuestro idioma.

I

La hermenéutica romántica

Se indicó al comenzar que entiendo por interpretación un proceso, que parte de un signo y que busca establecer un sentido. Esto refleja la perspectiva cognoscitiva, que ha sido la constante del pensamiento hermenéutico, desde que asumiera esta posición en el siglo XIX con el romanticismo. La adopción de esta perspectiva de modo explícito y consciente se encuentra, en realidad, en Dilthey, quien a su vez intenta la formulación de una breve historia de la hermenéutica para hacer visible esta dimensión. En múltiples obras busca este autor una formulación del problema que a él le parecía de máxima importancia: la búsqueda de una teoría epistemológica que salvara el vacío de la teoría kantiana de las ciencias, pues bien advertía que entre la *Crítica de la Razón Pura*, que desarrolla una completa teoría del conocimiento mirando hacia las ciencias naturales y las matemáticas, y la *Crítica de la Razón Práctica*, que contiene la teoría ética, no se encontraba nada que tratara el estatuto epistemológico de las disciplinas relativas a la obra humana, tales como la historia, la literatura, el Derecho, etc. Estas disciplinas, que reciben el nombre de ciencias del espíritu o ciencias de la cultura y aún el de ciencias humanas, representan un problema desde el punto de vista de la doctrina del conocimiento. Las ciencias naturales disponen de una estructura, que define los objetos y los métodos. En cambio, las ciencias humanas recaen sobre objetos singulares y su metodología no está establecida de modo uniforme y estable. Al introducir la

perspectiva cognoscitiva se instala la dualidad sujeto-objeto, es decir hay un objeto singular o individual que se presenta a un sujeto cognoscente. El conocimiento en las ciencias naturales recae en las leyes naturales, que son principios universales que regulan todo fenómeno que se ha dado o pueda darse. En cambio en las ciencias humanas el objeto es una obra singular, y lo que se pregunta es ¿cómo es posible un saber científico sobre esta clase de objetos? La pregunta ¿cómo es posible el saber científico en las ciencias naturales? la respondió Kant ampliamente en la *Crítica de la Razón Pura*.

Los autores anteriores, del siglo XIX, como Savigny y Schleiermacher, habían experimentado la perplejidad de tratar con estos objetos individuales. Pues, en efecto, si en toda obra humana hay elementos generales y comunes, pero también el reflejo de la propia individualidad de su autor, que es lo que enfatizaba el romanticismo, sucede que al acentuar lo primero se pierde lo segundo, y viceversa. Esta aporía la trata de resolver Dilthey con su concepto de comprensión y los métodos propios y adecuados a su objeto. El estudioso de una obra literaria, por ejemplo, no estudia en general y abstractamente esa obra, sino concretamente como un objeto específico. Lo mismo cabe decir de un estudioso del Derecho, no lo estudia en general, sino las piezas específicas en que se encuentra, como un Código, una ley determinada, un contrato, y a partir de ahí elabora sus doctrinas. El positivismo enfatizó las dimensiones generales y comunes, en cambio Dilthey se propuso salvar el carácter individual que tiene cada obra humana. Sirve para esto una tradición que se remonta a Aristóteles, quien en su escrito *Perí Hermeneías* exploró el tema del significado mostrando que las palabras y enunciados reflejan el pensamiento de quien los utiliza. No es que las palabras se relacionen directamente con las cosas, sino que ellas se utilizan como intermediarios para expresar lo que un sujeto piensa de las cosas. Si se deja de lado el intento nominalista de acentuar la relación palabra-cosa nombrada, la línea de pensamiento que puso el pensador griego es la que aflora acá. Por eso, para Dilthey, al igual que los románticos, la obra expresa el pensamiento de su creador, y eso le confiere especificidad. No es su creador un autor abstracto, sino uno real, inserto en una determinada situación histórica.

Savigny, preocupado del tema de una ciencia del Derecho, había ya señalado que la interpretación, como proceso, se dirige a capturar el pensamiento de su autor. El *iter hermenéutico* es el camino de reconstrucción del pensamiento del legislador o autoridad de que provino esa pieza de Derecho que se trata de conocer¹. Este autor es el autor real y concreto, determinado por sus circunstancias históricas. Por eso, su obra hay que ponerla en el trasfondo de la situación histórica en que surgió al mundo. Se le hace

¹ La obra de Savigny que se tiene presente aquí es *Traité de Droit Romain*, que es la versión francesa de Guenoux del original alemán, Paris, 1840. El tema de este tratado es el “Derecho Romano *actual*”, esto es el conjunto de instituciones y reglas de Derecho Romano que se conservan y tienen entonces todavía vigencia, al menos intelectual. El Prefacio de esta obra diseña el programa y tarea de una Ciencia del Derecho, incorporando la dimensión histórica, y viendo el conocimiento en una constante evolución, como crítica y revisión del legado de la antigüedad.

justicia así al romanticismo, que acentuaba precisamente esa dimensión de personalización de la obra humana, en cuanto expresión de un espíritu determinado². De todo lo cual se va a seguir que el objeto de conocimiento, el objeto sobre que recae la operación cognoscitiva, es uno complejo, compuesto de varias partes. Una, el lenguaje en que está expresado; (Dilthey lo calificará posteriormente como *signo*), otra su pensamiento que se encuentra animando la obra toda, visto en su intencionalidad o propósito y en la articulación lógica del mismo; la otras partes dicen relación con la dimensión histórica en que la obra surge. Todas estas partes le confieren el carácter de obra humana. La actitud metódica está marcada por esas partes. De ahí la doctrina de los cuatro elementos o vías de aproximación, que configuran la actividad metódica que realiza el intérprete, en que cada elemento se corresponde con una parte.

El teólogo alemán Schleiermacher aportará el tema de los cánones de la interpretación. Muchos de los temas que ahora comienzan a estudiarse estaban en realidad incluidos en los debates y planteamientos de la vieja exégesis, especialmente la exégesis bíblica. Estos debates estaban marcados por el tema de las reglas de interpretación, entendidas como aquellas pautas para conducir la actividad interpretativa y llegar a un determinado resultado. En cambio, el *canon* en que piensa Schleiermacher dicen relación con principios tales como “el todo y la parte”, es decir una parte se entiende a partir del todo, y el todo se entiende a su vez a partir de la parte. Este principio ha sido de enorme importancia en la constitución del conocimiento y empleado por autores de las tendencias más variadas, desde Platón en adelante.

La obra de Dilthey está animada del propósito, tal vez nunca completamente alcanzado, de replantear la doctrina del saber humano, definir sus principios y resolver finalmente, a la manera kantiana, la condición de posibilidad de las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*) o ciencias humanas. Para hacerlo antepone una metafísica de la vida, que pone la “vivencia” (*Erlebnis*) como el centro dinámico de los procesos cognoscitivos. El conocimiento relativo a los objetos de la naturaleza se cumple en la “explicación” causal del fenómeno, en cambio en las ciencias del espíritu el proceso cognoscitivo es la comprensión (*Verstehen*). En la conocida obra *Introducción a las Ciencias del Espíritu*³ plantea que toda ciencia es, en último término, ciencia de experiencia. La teoría kantiana ha podido exponer que la experiencia y el conocimiento giran en torno a hechos que pertenecen al mero *representar*, es decir la sola actividad de la facultad racional de representar. Por eso, en cambio, para las ciencias humanas hay que poner al hombre entero, al hombre que quiere, que tiene sensibilidad y que forma representaciones, como fundamento del conocimiento y de toda la terminología en uso que se emplea para señalar la ciencia y los fenómenos cognoscitivos. Para el mero representar de las ciencias naturales, el mundo exterior es *fenómeno*, en cambio para las

² Véase sobre esto Nicolai Hartmann, *La Filosofía del Idealismo Alemán*, t. I, (Buenos Aires, Editorial Sudamericana), 1960.

³ Dilthey, Wilhelm, *Introducción a las Ciencias del Espíritu*, (México, Fondo de Cultura Económica, 1949, versión castellana de E. Ymaz, de la versión alemana publicada originalmente en 1883).

ciencias humanas el mundo exterior se da al mismo tiempo que el *yo* del sujeto que conoce y lo experimenta. Este darse del *yo*, no es sólo en el sentido trascendental kantiano, sino que la realidad exterior se da como vida, no como mera representación e imagen. Esta vida se hace presente como experiencia del sujeto de sí, el *innewerden*, de que habla Dilthey. Esto quiere decir que la auténtica realidad la poseemos en los hechos de conciencia que se ofrecen en la experiencia interna. Por eso los objetos sobre los que se ejerce la facultad cognoscitiva en este dominio de las ciencias del espíritu son la obra de otro ser humano, como el que accede a su experiencia, y lo ve ya no como imagen o representación, es decir como una cosa exterior, sino como obra de otro humano como él, que trata de decirle algo, que hay que buscar.

En su importante trabajo *El Origen de la Hermenéutica*⁴, de 1900, advierte Dilthey la importancia de la hermenéutica, ya no como esa disciplina útil, pero auxiliar, para entender textos, sino como una doctrina fundamentadora de la formación del conocimiento de obras humanas. Aun cuando aquí el propósito aparente es el de ofrecer un esbozo de la historia del problema hermenéutico, estructura finalmente su pensamiento entorno a un modelo que busca en lo ontológico la solución al problema del saber de las ciencias del espíritu, así como en la filosofía griega una doctrina del ser que sirve de fundamento a la ciencia y a la experiencia del mundo exterior, como es el caso de Aristóteles. Es necesario tener presente este modelo de fundamentación del saber científico, pues después de Dilthey, como lo señala Ricoeur, en Heidegger primero y en Gadamer después el tema de la hermenéutica se va a colocar más allá de lo epistemológico, en la cuestión ontológica misma. Mientras en Dilthey el problema es cómo es posible que comprendamos una obra, acá ahora es cómo es posible que el ser humano sea en el acto de comprender algo⁵. La Hermenéutica en Dilthey es una teoría epistemológica de las ciencias humanas, en cambio en esos otros autores es una filosofía que tiene como tema el ser del hombre.

Tiene una gran importancia el análisis que hace Dilthey para distinguir entre hermenéutica y exégesis. La breve historia que bosqueja en *El Origen de la Hermenéutica* muestra cómo la hermenéutica en la antigüedad y hasta los románticos del XIX se movió en torno a problemas de reglas de interpretación, es decir se concibió como una metodología establecida para alcanzar un resultado cierto. Proliferaron las reglas más variadas, que buscan encauzar la actividad interpretativa por diferentes cauces, pero sin que se planteara con nitidez la razón de ser de cada una de ellas. Pero el método no es ajeno a la naturaleza de los objetos sobre los cuales se aplica, como tampoco a la clase de conocimiento que con él se obtiene. Por eso Dilthey despliega el

⁴ Dilthey, W., *Die Entstehung der Hermeneutik*, en vol. V de *Gesammelte Schriften*, Teubner, 3ª ed., Stuttgart, 1961, págs. 317-338. La versión castellana de E. Ymaz, con el título *Orígenes de la Hermenéutica*, en *Obras de Wilhelm Dilthey, VII, El Mundo Histórico*, (México, Fondo de Cultura Económica, 1978, págs. 321-342).

⁵ Ricoeur, Paul, *La Tarea de la Hermenéutica: desde Schleiermacher y desde Dilthey*, en *Del Texto a la Acción. Ensayos de Hermenéutica II*, 2ª ed., (México, Fondo de Cultura Económica, 2010), págs. 71-94.

tema del conocimiento y ve al intérprete como sujeto cognoscente y la obra que se interpreta como el objeto de conocimiento, cuya estructura nos muestra elementos comunes pero también singulares, y apoyándose en una filosofía de la vida, a pesar de todo el psicologismo que introduce, puede mostrar que lo que hace posible el comprender una obra de otro es la posibilidad de ponerse en el lugar del autor, porque es otro ser humano como él mismo. De ahí ese lenguaje de “reconstrucción” del pensamiento del autor, que se emplea como la tarea del intérprete. Se cierra así el circuito de la comunicación.

Esta hermenéutica, que busca identificar el pensamiento efectivo del autor, tiene otra dimensión, que es la relativa al autoconocimiento que el intérprete gana en el conocimiento de la obra ajena. Como lo dice Dilthey en este trabajo sobre el origen de la hermenéutica, el conocimiento de sí mismo en forma directa no puede resolverse, como ya lo vieron los griegos, pero en forma indirecta el intérprete gana un mejor conocimiento de sí, pues al internarse en el interior de la obra, puede ya saber en qué aspectos coincide o se aparta de lo planteado por la obra que interpreta, lo que antes de la interpretación no sabía.

La Hermenéutica, como teoría epistemológica de las ciencias del espíritu, se diferencia de la Exégesis, a cargo de la formulación de las reglas de interpretación. Esta reglamentación no puede ella misma decir cómo se aplica, qué regla precede a otra, qué aspecto o dimensión hay que abordar, cuál es la estructura del objeto a interpretar, por lo cual se hace necesario establecer un dominio teórico que entregue respuestas a estas cuestiones, que son determinantes. En la Antigüedad, las querellas por las reglas en la interpretación bíblica, como lo reflejan las posiciones de las Escuelas de Antioquia, inclinada por la literalidad, o la de Alejandría, abierta a los sentidos ocultos y metafóricos, son un buen ejemplo de la necesidad de desarrollar una teoría de la interpretación, que aborde el tema del sentido y de la validez de las interpretaciones.

Lo señalado hasta aquí permite hacerse cargo de la idea central de la teoría hermenéutica que es el ver el conocimiento como un proceso, que tiene una gradualidad y una progresividad definibles. En la doctrina del conocimiento del mundo exterior natural, que formuló Kant en su *Critica de la Razón Pura*, el principio posibilitante de la constitución de la experiencia está dado por el conjunto de categorías inherentes en la estructura del sujeto cognoscente. Lo que hace Dilthey es llevar este modelo al terreno del conocimiento de los objetos culturales, cosas individuales, obra de seres humanos, que ingresan en la historia. Hay también categorías, que no son las mismas que las relativas al conocimiento de objetos de la Naturaleza, sino categorías hermenéuticas especiales, como las de igualdad, diferencia, similitud, que permiten establecer diferenciaciones de unos objetos con otros. Esto último porque para conocer una cosa en su individualidad es preciso diferenciarla de otras similares. He aquí la gran diferencia con el conocimiento de la Naturaleza, que se abre a la universalidad de las leyes naturales, y prescinde por lo mismo de las particularidades de los fenómenos y de los

objetos materiales en que esas leyes universales se manifiestan. El proceso del conocimiento hermenéutico quiere decir que hay un primer estrato, que consiste en la elevación de los contenidos de lo dado a la conciencia del sujeto, sin alterar la forma de lo dado. Estos datos primarios son comparados con otros similares, y en cuanto se encuentran cosas iguales, diferentes o similares o parecidas, se va formando paulatinamente una mejor comprensión del objeto en grados sucesivos. Lo fundamental es ver que en el primer nivel de captación las categorías o nociones matrices (igualdad, diferencia, semejanza, grados de diferencia, etc.) no son *propiedades* de las cosas, sino nociones categoriales que permiten al sujeto cognoscente aprehender lo dado de una manera ordenada. En todo este proceso predomina la relación, es decir la individualidad surge por contraste con otras cosas similares o diferentes con que es comparado el objeto. Estas categorías existen como estructuras en el sujeto de conocimiento, componen el complejo de la racionalidad humana.

Un ejemplo servirá para ilustrar el proceso cognoscitivo. El sujeto cognoscente o intérprete enfrenta un objeto como *signo*, esto es algo material perceptible. Su significado, como la parte invisible, no perceptible sensorialmente, queda abierto a la búsqueda. Si se considera el Código Civil, este es visto como un todo, por lo cual su aspecto sígnico es trascendido en pos de una totalidad. Aquí funciona el principio constitutivo del “todo y la parte”, que yo denominaré “principio de la contextualidad”. Este principio y las categorías hermenéuticas permite delimitar este Código en su individualidad frente a otras piezas legales, otros Códigos o leyes o reglamentos, etc. En su composición interna, se irá mostrando sucesivamente sus partes, y por aplicación del mismo principio de contextualidad y las categorías hermenéuticas se podrá relacionar el todo a la parte y viceversa, haciendo posible una comprensión mayor. Queda así establecida la importancia del principio de contextualidad para la constitución del conocimiento.

Para Dilthey el intérprete busca conocer el propósito o pensamiento del autor, que ha quedado expresado en su obra. Esta idea, que viene del romanticismo, la consideró Savigny y por eso al diseñar sus cuatro elementos, especialmente el elemento que él denominó “elemento lógico”, señaló el propósito del autor y la estructura lógica de la totalidad de su pensamiento expresado en la obra toda. Esto se repite en Dilthey, lo que marca la dependencia de la obra de su autor. Es decir, para comprender una obra se requiere de su autor, del conocimiento de su vida, en suma de su biografía. Esta manera de ver las cosas influyó en una cantidad de estudios sobre obras. No debe sorprender que todavía en muchas ocasiones se busque en el pensamiento del autor mismo una fuente para resolver alguna dificultad interpretativa del texto que de él proviene.

A lo largo del siglo XX estas ideas generaron consecuencias de las más variadas. Por ejemplo, el estudio de la historia de las ciencias, del arte, y de otras disciplinas, las biografías, en suma, una cantidad de nuevos estudios de estas disciplinas humanas. La evolución de la hermenéutica como proyecto epistemológico, se dijo más atrás, no se

pierde, sólo que la Hermenéutica en autores como Heidegger, Gadamer y Ricoeur, se ve a sí misma como una ontología, y no sólo como una epistemología. Dilthey pudo convertir la Hermenéutica en una teoría de las ciencias humanas, pero estos otros autores avanzan y la instalan en la cuestión del ser. La comprensión tiene que ver ahora con un entenderse como ser existente. Al convertirse la Hermenéutica en la teoría de las ciencias humanas quedó atrás esa confusión entre la antigua hermenéutica y la exégesis, pues las reglas ya no se mandan solas, requieren de una teoría para justificarse como tales. Por lo cual, si en las reglas de interpretación se recoge la metodología, el método como tal no se absolutiza, sino depende de una teoría del objeto, esto es tiene que adecuarse a la naturaleza particular de su objeto Derecho. Los cuatro elementos de Savigny no son, como él mismo lo dice, vías alternativas de acceso al conocimiento del pensamiento auténtico del legislador, que pueden elegirse arbitrariamente a gusto del intérprete, sino es un conjunto que debe emplearse en su totalidad, sin dar primacía a uno sobre otro. El Derecho como objeto de conocimiento es así un objeto complejo, que no se reduce a la sola letra, como fue la pretensión simplificadora de algunos autores.

La hermenéutica romántica, en cuanto teoría epistemológica, le daba protagonismo al autor, es decir veía la obra como expresión de un ser humano. El objeto cultural es obra humana inserta en el flujo histórico, que como tal hay que conocerla. De ahí que lo que el intérprete busca es conocer el pensamiento de su autor. Esta posición es coincidente en un aspecto con la que sostenían los partidarios de la Escuela de la Exégesis. Para estos últimos la interpretación busca conocer el pensamiento genuino de su autor, es decir del legislador. Voluntad del legislador o pensamiento del legislador son expresiones usuales en esta corriente de pensamiento. Pero el supuesto teórico de esta manera de pensar es una lingüística muy simple: las palabras tienen la virtud de recoger y expresar fielmente el pensamiento y voluntad de quienes las emplean, en este caso los legisladores. Estos, según el símil de la racionalidad, conocen el lenguaje, son entendidos en las materias sobre las que legislan, por lo cual el margen de equivocación es mínimo. El intérprete, abogados y jueces, tiene escaso margen de error en cuanto al pensamiento o voluntad genuinos del legislador. Postulan así la interpretación verdadera, que se reduce a este pensamiento o voluntad auténticos. Pero, como puede advertirse, las posiciones hermenéuticas y las de la Escuela de la Exégesis son por completo diferentes y opuestas en aspectos centrales.

El giro de la hermenéutica de E. Betti.

La evolución de este modelo de la hermenéutica romántica se da en varios y sucesivos pasos. Para no ahondar en detalles, los reduzco a dos. En la primera mitad del siglo XX surge la potente figura de Emilio Betti, que representa un punto de inflexión al modelo anterior. Manteniéndose dentro del pensamiento de una hermenéutica como teoría epistemológica de las ciencias del espíritu, se da a la tarea no realizada por Dilthey de formular principios constitutivos del conocimiento, y esto le da la ocasión para revisar la relación de la obra con su autor. De una dependencia total, al punto que

interpretar es buscar y conocer el pensamiento del autor, se pasa a una posición en la cual la obra empieza a adquirir una relativa autonomía, y además, se ingresa en la situación espiritual del intérprete, pues éste ya no es más un receptor pasivo en cuya mente se inscribe el mensaje de la obra que interpreta. El intérprete comienza a tener un rol activo. Además del principio de la contextualidad incorpora un principio de actualidad del comprender, que quiere decir que el sujeto intérprete conoce desde su situación y tal como él es. Esta misma idea lleva a Gadamer a revisar el concepto de *aplicación*, el cual ya no puede entenderse más como lo quería la Escuela de la Exégesis, asociado solamente a la subsunción.

Aunque sea brevemente, conviene dar algunos rasgos de la atmósfera intelectual en que se forjan estas doctrinas como la de Betti. Entre Dilthey y el autor italiano intervienen de modo decisivo autores como Hartmann y Cassirer, que sirven de antecedente. El primero, en su obra *Das Problem des Geistigen Seins* (“El Problema del Ser Espiritual”)⁶, de 1932. De esta obra me interesa rescatar la noción de *tema* de las ciencias del espíritu, el cual es el espíritu objetivo. Este espíritu objetivo no es el sujeto cognoscente, ni la persona individual o colectiva, ni la conciencia o autoconciencia, sino esa *forma*, afectada por la historia, capaz de realizar actividades. Estas actividades van trazando un dominio, y la diversidad de estos dominios se corresponden con la diversidad de ciencias del espíritu, y así hay un dominio de la Literatura, otro del Arte, de la Historia, del Derecho, e incluso de la Técnica, de la Arquitectura, etc. De aquí se sigue que *tema* de una disciplina significa el amplio campo de examen y estudio de la disciplina. Hartmann evita emplear la palabra *objeto* para señalar en la dirección del tema o dominio de cada disciplina en particular, pues este término lo reserva para su epistemología. Establecido el *tema* de la ciencia del espíritu, se plantea el *problema*, que consiste: el espíritu viviente e histórico que es el ser humano, objetivo, produce una Forma en la que *se objetiva*, que en cuanto diferente de él mismo adquiere autonomía, diferenciabilidad y estabilidad, es decir, adquiere fijeza, de modo que se inserta en el flujo histórico de manera que otro espíritu objetivo, otro ser humano cognoscente, lo tiene enfrente suyo como distinto y objeto de conocimiento. La objetivación no se confunde con objetificación. Esta última consiste en un fenómeno característico del conocimiento en el cual una cosa ya existente es hecha objeto de conocimiento, pero en sí misma no cambia. En la objetivación, en cambio, se objetiva algo que no existía antes, y sólo en ese acto de objetivación adquiere las características y el contenido de la Imagen o Representación que su creador le da. Objeto es lo conocido en el conocimiento. En suma, el ser humano se objetiva en sus palabras, gestos, hechos,

⁶ Hartmann, Nicolai, *Das Problem des Geistigen Seins*, (Berlín, Walter de Gruyter, 1962). Lleva como subtítulo *Untersuchungen der Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften*, y da una idea de su contenido : investigaciones sobre filosofía de la historia y de las ciencias del espíritu, que explicita una amplia terminología que se emplea en estas materias. También es de enorme utilidad su conocida *Metafísica del Conocimiento*, en dos vols, (Buenos Aires, Editorial Losada, 1957), que complementa la anterior, pues desarrolla la doctrina del conocimiento como una relación sujeto-objeto.

producciones, en sus obras, todo lo cual puede ser objeto de conocimiento por parte de otro ser humano.⁷

El otro autor importante es Ernst Cassirer que enfrenta el problema de la doble clase de ciencias, las ciencias naturales y las ciencias de la cultura, como las denomina. Las obras en que se ocupa de esto y que siguen una línea de desarrollo son: *Concepto de Substancia y Concepto de Función*, de 1910, seguida de *Filosofía de las Formas Simbólicas*, de 1923, y *Las Ciencias de la Cultura*, de 1942.⁸ Parte de la admisión que la doctrina tradicional del conocimiento, elaborada en torno a las ciencias naturales, no es suficiente para una fundamentación metódica de las ciencias de la cultura. En vez de investigar los presupuestos generales del conocimiento puramente científico del mundo, en el sentido de las ciencias físico-matemáticas, hay que extender el estudio a las otras formas de *función* del espíritu humano y sus creaciones. Junto a los conceptos y juicio de las ciencias naturales y matemáticas hay también conceptos y juicios para el mundo de la creatividad humana. Las ciencias de la cultura acompañan a las ciencias naturales en la comprensión de la totalidad de la realidad. La doctrina de estas ciencias de la cultura concierne a las expresiones humanas (los lenguajes naturales y simbólicos).

Esta concepción dual del saber humano anima los estudios y debates de gran parte del siglo XX. En el Círculo de Viena provocó el desafío de buscar con ahínco la “unidad de las ciencias”. Fue el programa del fisicalismo de Otto Neurath, entre otros, que buscaba borrar toda posible separación entre “ciencias naturales” y “ciencias de la cultura”, sobre la base de eliminar todo fundamento metafísico y establecer la uniformidad de los lenguajes.

En Betti considero especialmente su *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften (Teoría General de la Interpretación como Metódica de las Ciencias del Espíritu)*⁹. Según se dijo antes, la doctrina de este autor se sitúa en el nivel de la teoría epistemológica, sin ingresar abiertamente en la cuestión ontológica, aunque lo tiene presente. Su interés, como queda de manifiesto con el título de la obra, es desarrollar una teoría general de la interpretación. Lo cumple ofreciendo una clasificación de los distintos tipos de interpretación, según las áreas o disciplinas. La

⁷ La palabra alemana que se traduce por Forma es *Gebilde*, que Jorge Millas, buen conocedor del pensamiento del autor alemán, prefiere entender como *representación* en su *Idea de la Filosofía*, t.II, (*El Conocimiento*), caps. I y II. (Santiago, Editorial Universitaria, 1969).

⁸ Cassirer, Ernst, *Substance and Function*, (New York, Dover Publications, 1953), obra que es una crítica a la teoría de H. Rickert sobre la formación de los conceptos en ciencia de la cultura. *Filosofía de las Formas Simbólicas*, (México, Fondo de Cultura Económica, 1971), y *Las Ciencias de la Cultura*, (México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 1951).

⁹ Betti, Emilio, *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1967). Asimismo, *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, (Madrid, Edit. Revista Derecho Privado, 1975), que reúne los siguientes trabajos: *Las Categorías Civilísticas de la Interpretación*, *De una Teoría General de la Interpretación*, *Actualidad de una Teoría General de la Interpretación*, y por último *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*.

interpretación jurídica y la interpretación teológica pertenecen a la interpretación *en función normativa*, porque aquí lo que la interpretación persigue es establecer una *máxima de decisión*. El modelo de la subsunción no es operante en esta forma de pensar.

Adopta el concepto de objetivación, de Hartmann, que es similar al de “manifestación vital” (*Lebensäußerung*) de Dilthey o de “expresión” que emplea Cassirer, y señala que toda vez que enfrentamos ciertas formas perceptibles (*sinnhaltige Formen*), esto es “formas significativas”, un espíritu se ha objetivado y nos habla, y comienza así el proceso interpretativo. Estas formas perceptibles consisten en palabras habladas, vestigios escritos, signos convencionales, jeroglíficos, símbolos, lenguaje musical, gestos, fisiognómica, incluso el estilo de conducción de vida (vidas ejemplares). Consecuente con la idea temática de estas ciencias culturales, la interpretación como forma del conocer recae sobre esas objetivaciones, y son tales en cuanto un espíritu ha querido en esas formas fijar un contenido, una idea, un propósito, un mensaje. Betti incluye en estas formas significativas o representativas una amplia gama de vehículos comunicativos, palabras, discursos, fórmulas, dibujos, figuras, colores, tonos, imágenes, en suma, todo lo que puede adscribirse a la creación humana. Es de la máxima importancia tener en cuenta que como lo que cae en el foco de atención de la interpretación son esas manifestaciones objetivas, y no la voluntad o la personalidad del autor, más bien como consecuencia de la interpretación puede esclarecerse cuál ha podido ser la voluntad o los motivos del autor.¹⁰

El intérprete enfrenta la obra objeto de interpretación y su actividad se despliega en tres partes: 1) primeramente, está el signo o substrato material de las formas significativas,; 2) la forma significativa o representativa propiamente tal, es decir la figura acústica, las letras del alfabeto, los colores y las formas, etc., y 3) el contenido representado o expresado, de donde surge la noción de “sentido” (*Sinn*), que es más que el mero significado de palabras, por ejemplo, porque al estar sujeta la comprensión al canon hermenéutico de la contextualidad, la comprensión de la parte se sujeta a la del todo.

Ahora bien, el signo visible es tan sólo un medio para conservar o fijar el contenido espiritual de su creador. Sería insuficiente si no hubiese una intención noética de parte de otro espíritu, que lo recogiera y se apropiara de él, convirtiéndolo en algo significativo. Comentando estas páginas de Betti, escribí hace ya un tiempo lo siguiente: “El signo como manifestación fijadora necesita de un espíritu que se relacione con él. Este es el meollo de toda interpretación. Hay, en realidad, dos modos de existencia que es preciso distinguir: el signo y su contenido. Mediante el primero, se produce la fijación de un contenido que está en situación de ser transferible, reproducible, en eso consiste su objetivación, en dejarlo a disposición de otro. Esta fijación permanece en el

¹⁰ Op. Cit., pág. 50.

mundo de la percepción sensible, puede decirse, señala Betti, que ese es su modo de ser en la realidad, en cambio su contenido sólo puede cumplirse en el sujeto que lo aprehende. Son, entonces, dos planos: uno, el visible, otro invisible u oculto. Mientras el primero adquiere existencia autónoma en el mundo perceptible, el otro sólo existe *en relación* con un espíritu que lo re-encuentra, lo re-conoce, y en eso consiste la comprensión.”¹¹

El intérprete tiene que admitir que algo es un signo, algo significante, para iniciar el proceso cognoscitivo. Como el objeto de conocimiento no es la intención real de su autor como tampoco su pensamiento efectivo, hay que añadir a lo ya dicho que los significados o sentidos no son como etiquetas que están ahí adheridas a los substratos materiales o signos, dispuestas y listas para ser recogidas por cualquier observador. Hay aquí un proceso constructivo, que recuerda la doctrina de la construcción de los objetos que se remonta a Kant.

Señala Betti, en la página 114 de su ya citado *Allgemeine Auslegungslehre*: “Comprender (*Verstehen*) es coger rectamente el sentido (*Sinn*) del discurso, esto es no percibir únicamente el sonido del tono y concebir el significado de la palabra individual, sino ante todo tomar parte activa en la comunidad de pensamiento que se ofrece, una participación que se anticipa, en cuanto el interlocutor concibe el curso de pensamiento, es decir, que revive en el entendimiento lo que ha intuido”. El intérprete percibe una materialidad y concibe el significado inmediato, es decir asocia al signo material un significado inmediato, pero este no es lo que aquí se llama *sentido*. En el modelo de algunos autores del XIX, vinculados a la Escuela de la Exégesis, lo querido y pensado por el autor se recoge como concepto o idea en el signo, en su manifestación material, y así lo percibe el intérprete, quien al percibir sensorialmente el signo le asocia como significado precisamente ese concepto o idea pensado por el autor. Se produce así una comunicación casi perfecta entre autor e intérprete. Visto como fenómeno de conocimiento, habría que señalar en esta concepción exegética que objeto de conocimiento, *lo que se conoce*, es esa idea o concepto significado. Este significado, a su vez, es señalado como el sentido, por lo cual hablar del sentido de una expresión es remitirse a esos significados inmediatos que se asocian a las palabras tomadas individualmente. Pero esta visión es la que impugna Betti. Asumiendo el concepto de obra cultural, que es una totalidad orgánica, un fragmento no es apto para ofrecer el sentido, que ya no coincide con esos significados aislados o fraccionarios. El sentido brota del conjunto, porque aquí cabe el principio de la contextualidad, y el acceso a ese sentido no es un solo acto de aprehensión, sino un camino o proceso que se va recorriendo, considerando distintos factores o elementos. Por eso en la cita anterior, Betti habla de que el intérprete participa, pero no como un sujeto estático, que sólo se abre para que la obra inscriba en él el significado, sino como sujeto activo. En el sujeto anidan conocimientos de distinta clase, y la obra se inserta en ese universo de

¹¹ La cita la recojo de la pág 47 de mi libro *Interpretación, Ratio Iuris y Objetividad*, (Valparaíso, Edeval, 1994)

conocimientos que residen en el intérprete y adquiere para éste finalmente un sentido. No es admisible sostener que la sola lectura sería suficiente para constituir la interpretación. . Por eso, en la perspectiva de Betti, la expresión *in claris non fit interpretatio* no puede entenderse como si la claridad fuese un atributo de las palabras mismas, de manera de ser recogida en el acto mismo de leer u oír una palabra. La claridad es el resultado de un proceso interpretativo, y ella es un atributo de los conceptos, que se manifiesta en la actividad de concebir que realiza el sujeto. La doctrina de la claridad fue formulada por Descartes para abrirse camino a la intuición como captación evidente e indubitable de un contenido conceptual y que es su concepción de la verdad. Lo que ha ocurrido después, especialmente en el campo jurídico, en donde se dio la tendencia a asignar claridad a las palabras mismas, constituye una desviación equivocada. Las expresiones que leemos en autores del siglo XVIII o XIX, tales como “ley clara” y otras similares, no pueden entenderse como si la claridad fuese un atributo de las palabras mismas, por lo que en tal caso la tarea del intérprete sería leer bien y entender de la sola lectura el concepto significado.

La doctrina de la claridad, entendida así erróneamente como el atributo de las palabras mismas, fue ampliamente utilizada por los autores ilustrados en nuestro país, teniendo especialmente en vista la necesidad de someter a control a la judicatura, a la cual concebían como vinculada a la letra de la ley. Se corresponde asimismo con la llamada justicia formal y el juez o funcionario imparcial que los formalistas de nuestro tiempo defienden en la medida en que rinde tributo a la seguridad jurídica, tan cara a las ideas de Estado de Derecho del XIX que estos últimos autores prolongan.

La interpretación operativa de Wróblewski.

Para concluir esta sección, deseo relacionar esta doctrina de la claridad con dos conceptos, el de “comprensión instantánea” que ha venido empleando Wróblewski, y el de “atribución de significados” que se encuentra ampliamente recogido por autores vinculados o influidos por el pensamiento analítico. Ambas nociones son excluyentes de la interpretación, tal como se ha venido desarrollando hasta aquí.

La “comprensión instantánea” tiene lugar en las situaciones de comunicación corriente, en que los hablantes entienden de que se habla, y no se suscitan entre ellos dudas o cuestiones de significados de las palabras o expresiones que emplean. Llevado al terreno jurídico, significa que los lenguajes legales, que en gran parte provienen de los lenguajes ordinarios, son entendidos y no plantean dudas a quienes deben aplicar las reglas contenidas en los enunciados. Wróblewski denomina “situación de isomorfía” a aquella en la cual se produce esta comprensión instantánea, porque se entiende de que se habla y no se presentan dudas sobre el significado de las palabras que se emplean. Aquí no hay propiamente interpretación. Este autor clasifica la interpretación en tres grupos. La primera, que denomina *sensu largísimo*, corresponde a la que emplean los autores hermenéuticos, esto es relativa a objetos culturales. Aun cuando este autor

menciona solamente la diversidad de objetos a que se extiende la interpretación, lo característico de las posiciones hermenéuticas es la de concebirla como proceso, por lo mismo siempre necesaria. La contraposición entre la comprensión instantánea y la interpretación como proceso resulta así manifiesta. La segunda clase de interpretación, que llama *sensu largo*, en realidad más que a un grupo determinado de casos de interpretación, nos lleva al concepto de “atribución de significados”, pues para entender un signo de un lenguaje hay que atribuirle un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje. Esta manera de ver la significación, que se remonta a Wittgenstein, se explica porque los lenguajes son convenciones públicas, constituidas por la comunidad hablante, de manera que todo el que quiera darse a entender tiene que recurrir a las formas convencionales a las cuales se le asocia un significado, conforme las reglas de significación de ese lenguaje. Se aparta de los significados etimológicos y originarios, instituidos en el acto de creación de las palabras, que tanto ha servido a los autores que se alimentan de las etimologías para desarrollar sus doctrinas, como es el caso de la metafísica en Heidegger o en Ortega y Gasset. En la atribución de significado no hay tampoco interpretación. Desde un punto de vista conductista, quienes nacen en una comunidad determinada aprenden a utilizar los signos de lenguaje conforme los usos y prácticas de esa comunidad.

El tercer grupo es la llamada interpretación *sensu stricto*, que quiere decir determinación de un significado de una expresión lingüística cuando “existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación”.¹² Cuando la determinación de significado tiene lugar en la forma de atribución de significado, porque no hay dudas sobre los significados de las expresiones que se emplean, ocurre la comprensión instantánea y no hay propiamente interpretación. Pero si se presenta la duda sobre los significados de las expresiones que se emplean, se da comienzo a la “interpretación operativa”, que es aquel proceso cuya finalidad es la determinación de un significado para la expresión cuestionada o dudosa. Esta interpretación puede ponerse al lado de la interpretación tal como se entienden en sentido hermenéutico y advertir el paralelismo, pues ambas rematan en un establecimiento de significado. En ambas puede decirse que la interpretación es el proceso que busca establecer un significado, y en ambas ese significado está sujeto a justificación.

La comprensión instantánea que se presenta aquí no hay que confundirla con la captación inmediata de un significado, que preconizan los defensores de la exégesis del siglo XIX. En los autores que defienden las posiciones exegéticas se da efectivamente una captación inmediata de un significado, en un acto de intuición o aprehensión de un significado, que es lo expresado por el autor. Pero esta inmediatez, asociada al carácter indubitable e infalible, proviene de la doctrina de la claridad cartesiana. En términos generales, la claridad, en la forma que la postuló Descartes, indica que un concepto

¹² Wróbleski, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, (Madrid, Editorial Civitas, 1985), pág. 22.

puede ser aprehendido en su contenido, exhibiendo fuera de toda duda sus notas características. Lo que se excluye es la oscuridad, que tiene lugar cuando el concepto no puede ser reconocido en sus notas características, lo que según este pensador ocurría con algunos conceptos de la ontología medieval. La claridad puede ser gradual, y por eso hay grados de mayor o menor imprecisión, que se denomina vaguedad, pero lo importante es que no ofrezca dudas sobre lo que se percibe a través del concepto.

Esta doctrina de la claridad no es la que adopta Wróblewski y muchos autores que le siguen. La claridad que propone es la que denomina “claridad pragmática”, que tiene lugar en situaciones determinadas y concretas, no de modo general y abstracto. Esto es lo fundamental para separar ambas clases de claridad. En consecuencia, si la duda en el sistema cartesiano es el antídoto de la evidencia, acá la duda es la certificación de un problema en la atribución de significado a una expresión dada. Por esto mismo, los autores que siguen la línea de pensamiento marcada por la atribución de significado se separan y aún oponen a los autores partidarios de la exégesis del siglo XIX, como, por ejemplo, Kelsen, que puede perfectamente criticar con gran fuerza el pensamiento de los autores del siglo XIX en esta parte. Para hacer más visible el contraste, se puede señalar que en los autores partidarios de la exégesis el significado es algo que está ahí, listo para ser “descubierto”, por lo mismo, ellos son partidarios de la única respuesta verdadera. Hay una interpretación o, mejor, una versión, que es la única verdadera, y tarea del juez o funcionario es encontrarla y declararla. En cambio, en estos otros autores, los significados no están ahí, listos para ser descubiertos, sino que se asocian según las reglas de significación del lenguaje, operación que puede ser cuestionada, por lo cual, no puede sostenerse que exista una única respuesta verdadera. En la interpretación operativa el significado se atribuye finalmente, después de varias operaciones dirigidas a ello. “Descubrimiento” tiene, en realidad, dos significados: uno, el que utilizan los autores partidarios de la Exégesis, en donde el significado está ya preparado y previo al acto de captación, y un segundo, en donde el significado hay que “inventarlo” en cierto sentido, es decir hay que establecerlo o construirlo, apoyado en múltiples consideraciones. Este último es el que aflora en la interpretación operativa de Wróblewski. En cambio, los autores nacionales, primeros intérpretes de la reglamentación del Código Civil sobre interpretación, como Enrique Cood, José Clemente Fabres, Paulino Alfonso, se declaran decididos partidarios de la Exégesis, por lo mismo, defensores de la interpretación verdadera. Es el viejo y clásico *verum sensum* del pensamiento medieval, recogido en una doctrina que privilegia las dotes intelectuales del legislador, que es entendido y sabe lo que hace.¹³

II

Cuestiones de Método.

¹³ Cood, Enrique y José Clemente Fabres, *Explicaciones de Código Civil. Destinadas a los Estudiantes del Ramo en la Universidad de Chile*, (Santiago, publicación de la Academia de Leyes y Ciencias Políticas, Imprenta Cervantes), 1882, y Alfonso, Paulino, “De la Interpretación de la Ley”, págs. 9-26, en *Revista Forense Chilena*, t. VIII, Imprenta Cervantes, Santiago, 1892.

Al comenzar este trabajo se señaló que los temas que surgen en el estudio de la interpretación se podían agrupar en tres grandes grupos. Al primero, sobre la interpretación como proceso cognoscitivo, se dedicó la sección anterior. La segunda parte concierne de manera general a la metodología, y a esto dedicaremos esta sección.

Cuando se habla de metodología hay que tener presente el viejo principio de la adecuación del método a su objeto. Con este principio se quiere llamar la atención sobre la necesidad de examinar el método adecuado y apropiado para el estudio del Derecho. Al hacer una historia de la hermenéutica se advierte cómo la conciencia metódica se formó tardíamente, y frente a una situación inconveniente, que era la búsqueda consciente o inconsciente de recursos metódicos forjados en la investigación de las ciencias naturales y exactas para aplicarlos a los problemas de investigación de las disciplinas que conforman las humanidades o ciencias humanas. Al proceder así se han creado una cantidad enorme de dificultades y perplejidades, que subsisten hasta el presente. La contribución de Dilthey fue precisamente no sólo llamar la atención sobre esto, sino plantearse en toda su extensión el problema de la posibilidad de constituir un disciplina científica, esto es un conocimiento, en el área de las humanidades. Empleó para ello la misma estrategia kantiana, preguntarse por las condiciones de posibilidad de la formación del conocimiento (uno de los temas de la filosofía trascendental de Kant). La física newtoniana estaba ahí, las matemáticas (geometría, aritmética y álgebra) estaba también ya desarrollada y constituida, la cuestión es ¿cómo es posible?. Esta misma actitud asume Dilthey y se propone establecer esas condiciones trascendentales de la posibilidad de las ciencias humanas. La cuestión de las condiciones de posibilidad, que caracteriza a toda la hermenéutica, recorre a través de distintos autores y llega hasta Gadamer y Ricoeur, entre otros.

Hay que tener presente que lo que se propone Dilthey es propiamente un modelo epistemológico, es decir una ciencia de las humanidades que reconoce un fundamento ontológico. La vieja ontología, que viene especialmente de Aristóteles, diseña el edificio del conocimiento del mundo natural en tres tramos: experiencia (*empeiria*), ciencia (*episteme*) y ontología. La ciencia organiza y da cuenta de los fenómenos de experiencia en la forma de leyes universales, y la ciencia se apoya en una serie de principios y proposiciones fundamentales, que forman el tema de la ontología. Cuando Dilthey se formula la pregunta trascendental de las condiciones de posibilidad en el campo de las ciencias humanas, adopta el modelo de una ciencia fundamentada en una ontología, que para él es una metafísica del hombre, que no desarrolla totalmente, por lo cual el proyecto diltheyano sigue siendo una empresa epistemológica, y no una filosofía o metafísica del hombre, aunque hay muchos elementos apuntados. Este modelo epistemológico es el que sigue Betti, pero Gadamer y Ricoeur, que lo tienen presente, buscan desarrollar una filosofía o metafísica, por lo cual la hermenéutica es más que un modelo epistemológico y se convierte en una filosofía o metafísica del hombre, como lo había iniciado Heidegger. La comprensión, que es el eje conceptual de la teoría del

conocimiento diltheyano, adquiere en la metafísica una dimensión diferente, pues está dirigida al ser mismo del hombre.

Si se tiene presente lo anterior, se puede entender que la mayor parte de las cuestiones que se plantean en el dominio jurídico se limitan a la dimensión propiamente epistemológica de la hermenéutica, y no acuden a la hermenéutica filosófica o metafísica, bien que puedan considerarla. De esta manera, el Derecho se estudia como objeto cultural, obra humana, es decir como forma signica, en la cual por aplicación de las categorías hermenéuticas se van obteniendo progresivamente y en distintos niveles de comprensión los significados. Desde esta perspectiva, hay dos temas que me interesa examinar brevemente: el de la precomprensión y el de las conjeturas. En ambos se trata de hacerse cargo de la presencia de presupuestos en la formación del conocimiento, y por extensión, del tema de las hipótesis

Los presupuestos del conocimiento.

Conviene recordar aquí, por su gran valor didáctico, la doctrina de la anámnesis, que Platón relata en su Diálogo *Menón*. Esta obra forma parte de aquellas en las cuales la preocupación metodológica es bastante considerable, y se extiende este interés hasta el Diálogo *República*. Se trata, en suma, de la Dialéctica, vista como método. En *Menón* se plantea Platón las aporías fundamentales de la formación del conocimiento. ¿Hay un punto de partida del conocer? Si se ignora algo, ¿es posible identificar lo que se conoce como aquello que se ignoraba, precisamente por ser desconocido? ¿Cómo se valida el conocer? Estas preguntas y otras que se siguen, como las relativas a la verdad, se busca responderlas con la metodología dialéctica y con la doctrina de la anámnesis. El método de preguntas, que emplea Sócrates, busca provocar problemas, una aporía, una dificultad insalvable en la clase de saber que se dice tener sobre algo. En el famoso ejemplo geométrico que sirve de tema en el Diálogo, se pregunta algo que con los conocimientos que se tienen en ese momento no puede resolverse. Surge la dificultad, y con ello la conciencia de que no se sabe. Es la dialéctica refutativa o aporética. El paso siguiente es construir una respuesta, inventando una solución posible que satisfaga la pregunta. Es la dialéctica hipotética. Finalmente se busca acreditar la verdad de la respuesta. Aquí es donde surge la anámnesis. La búsqueda de conocimiento tiene sentido, porque existen las ideas en un mundo que el alma humana ha visitado después de la muerte, que es separación del alma del cuerpo. Al reinstalarse el alma en un cuerpo olvida lo que ha visto en el más allá, pero mediante el método de preguntas refutativas empieza a recordar las ideas que ha visto antes y así se constituye el conocimiento.

Este mito de la reminiscencia nos deja varias lecciones. El comienzo del conocimiento está en el cuestionamiento de las opiniones que se tienen sobre algo. Hay un saber previo, el de las opiniones y creencias, en que se confía, pero carecen de verdad acreditada. Una parte de esta metodología está dirigida a formar en el sujeto

cognoscente conciencia de que el saber previo puede ser problemático, puede esconder errores o no tener un fundamento comprobado. Por eso en la Alegoría de la Caverna, hay que despertar en los prisioneros de las imágenes la necesidad de buscar el origen verdadero, que es la idea. Estos conocimientos previos, no acreditados en su verdad, están anidados en la cultura reinante, formando una tradición, que es la que entrega el pasado. No todo en ella es falso, ni tampoco verdadero. Es necesario someter esa tradición al duro cuestionamiento, para separar lo verdadero de lo falso, como lo va a proponer mucho después Descartes en su célebre *Discurso del Método*.

Este es el trasfondo que se encuentra en la hermenéutica, que tanto Gadamer como Ricoeur hacen suyo. La metodología explicada antes busca producir conocimiento. Compárese esto con lo que propician los defensores de la Exégesis. Ellos asumen una captación de significados en forma inmediata y directa, de la sola experiencia del texto. El texto imprime en el lector su significado. En la hermenéutica, en cambio, como ya se vio en Betti, el sujeto cognoscente no es una mente en blanco, sino por el contrario llena de esas creencias y conocimientos acumulados, que forman la cultura en que ha vivido y formado. Esta cultura opera como una condición que posibilita que se produzca la comprensión. Es decir, la pertenencia a un mismo trasfondo cultural habilita de modo general para comprender de qué se trata el texto. He aquí el rol activo y positivo de este saber previo. El texto ingresa en el sujeto cognoscente y determina una cierta comprensión, que al propio sujeto puede parecerle suficiente. Pero queda dispuesta para ser examinada una y otra vez, ya sea inmediatamente, ya sea en momentos posteriores. Aquí ingresa la metodología escrutadora y cuestionante. En algún momento, se despierta la necesidad de examinar otra vez el significado que se tenía inicialmente, y se da comienzo a un proceso de búsqueda de un significado más satisfactorio o mejor fundamentado.

Precomprensión.

Cuando se compara este estado de cosas con la interpretación operativa de Wróblewski, resulta una cierta similitud. La claridad pragmática, de que habla este autor, significa que en un determinado contexto o situación de comunicación determinada, el sujeto intérprete entiende lo que entiende y se satisface con lo que entiende y como lo entiende, pero no queda en modo alguno ajeno e inmune a la presentación de la duda, que es un fenómeno de conciencia imposible de someter a alguna clase de regulación. Esta duda puede surgir por varias causas, los contextos, alguna observación o relación que no está presente de inmediato, etc. Para la hermenéutica gadameriana, que también hace suya Ricoeur, el sujeto comprende porque su pertenencia a ciertas tradiciones le habilitan de modo general para comprender. Esta sería una de las maneras de entender la precomprensión (*Vorverständnis*). Una persona que no pertenece a una misma tradición tiene que hacer un esfuerzo considerable para comprender lo que se le presenta. La precomprensión, entendida de este modo general, se puede integrar con esta claridad pragmática. Pero hay una dimensión de esta situación que ha dado lugar a varias dificultades. Me refiero al llamado “circulo hermenéutico”. El sujeto al enfrentar

un texto posee ya ciertas expectativas de sentido que proyecta hacia el texto mismo, apropiándose como dice Ricoeur, por lo cual en cierto modo pone en el texto lo que él comprende. No es un círculo vicioso, sino una proyección sobre el todo del texto de un sentido posible. Las expectativas de sentido nos vuelven a los depósitos culturales, conocimientos acumulados, valoraciones, en los que el sujeto reconoce su pertenencia.

Gadamer escribe sobre esto: “El que quiere comprender un texto realiza siempre un proyectar. Tan pronto como aparece en el texto un primer sentido, el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo. Naturalmente que el sentido sólo se manifiesta porque ya uno lee el texto desde determinadas expectativas relacionadas a su vez con algún sentido determinado. La comprensión de lo que pone en el texto consiste precisamente en la elaboración de este proyecto previo, que por supuesto tiene que ir siendo constantemente revisado en base a lo que vaya resultando conforme se avanza en la penetración del sentido”.¹⁴ Esta cita se puede poner en concordancia con el pensamiento de Betti, que recogiendo el tema de Dilthey, se preocupaba de destacar el motivo e interés para identificar algo como *signo*, esto es algo significante. Esto quiere decir que el sujeto intérprete no está pasivamente frente al objeto que imprime en él su significado. Por el contrario, se reconoce en el sujeto una participación en la determinación del significado. La actividad característica es la de formular conjeturas o hipótesis. En el sujeto anidan creencias, conocimientos, valoraciones, y estas son las que determinan las expectativas de sentido, mediante las cuales se van construyendo los significados.

El modelo de conocimiento que se recoge aquí es uno en el cual, como se ve en Platón, no hay un punto cero del saber. Esto quiere decir que el conocimiento se va desarrollando dialécticamente en un proceso, que parte de una problematización de una creencia y desde ahí se va construyendo una solución al problema. Con esto se reconoce asimismo que siempre hay supuestos previos a todo conocer, y desde ellos se va construyendo el saber determinado sobre los distintos objetos. De esta manera, hablar de una precomprensión, en el sentido epistemológico de esta expresión, significa reconocer este modelo de conocimiento y admitir, en consecuencia, que el saber que se tenga de los objetos de las disciplinas culturales está siempre sujeto a revisión. Esto nos crea el problema de la verdad, al cual nos referiremos más adelante.

Un ejemplo judicial.

Un ejemplo podrá servir para ilustrar lo que se viene sosteniendo. Consideraré un caso judicial, que ocurrió hace ya varios años, pero que muestra adecuadamente lo que defiendo en este trabajo. Se discute aquí desde qué momento empieza a correr el plazo para declarar el abandono de la instancia en un procedimiento tendiente a regularizar la

¹⁴ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método*, (Salamanca, Ediciones Sígueme, 1977), pág. 333.

propiedad austral.¹⁵ El enunciado legal cuyo significado se debate es el del artículo 22 del Decreto N° 1.600, de 31 de marzo de 1931, y que es el siguiente: “se considerarán irrevocablemente extinguidos los derechos reclamados por los demandantes que abandonaren la prosecución de los juicios por más de tres meses consecutivos, desde la fecha de la última providencia, legalmente notificada, debiendo el Tribunal de oficio declarar la prescripción”. La expresión que dio lugar a posiciones encontradas es la de que plazo de tres meses se empieza a contar “desde la fecha de la última providencia, legalmente notificada”. En fallo dividido del Tribunal colegiado, un grupo de jueces entiende que el plazo se cuenta desde la última providencia que consta en el proceso, haya sido o no provocada por una gestión de la parte interesada, y otro grupo de jueces entiende que el plazo se cuenta sólo desde la última providencia recaída en lo que se denomina gestión útil, esto es tendiente a dar curso progresivo al proceso hasta su término natural. Aquí sucedió que se tuvo por agregado al proceso la devolución de un exhorto probatorio diligenciado en otro Tribunal, y esa providencia era la última que constaba del proceso. Otra providencia, que podía considerarse útil, era anterior. Cuando se declaró abandonada la instancia, se contó el plazo desde la providencia recaída en gestión útil, y no desde la última cronológica, lo que daba un número de meses suficiente conforme lo exigía ese Decreto-ley.

La experiencia hermenéutica se constituye en torno a un signo, que en este caso es una expresión o frase. En la cotidianidad de la vida puede admitirse como hecho cierto que se produce una especie de “comprensión instantánea” en un sentido similar al que emplea Wróblewski. Pues, en efecto, el lector del enunciado entiende a la sola lectura algo, lo que estará determinado por los supuestos previos desde los cuales se produce esa forma de entendimiento inicial. Pero mientras no se produzca una problematización de ese significado, vale como mera opinión o simple creencia, al modo platónico. Solamente una vez que se hace frente al cuestionamiento, que consiste en presentar dudas, problemas, inconsecuencias, etc., se valida esa opinión inicial, pero después de resolver todas las cuestiones, o bien se deja de lado esa simple opinión y se reemplaza por otra, con mejor fundamento, es decir que hace frente al cuestionamiento y lo soluciona. Estas opiniones iniciales son simples conjeturas, que se apoyan prácticamente en la espontaneidad del intérprete, y que están necesitadas de un fundamento. Basta un cuestionamiento para que se derrumbe la certidumbre inicial y se de paso a la búsqueda de un significado mejor, en el sentido de que cuente con una justificación aceptable.

En la vida cotidiana, y aún en situaciones como la de este juicio, los intérpretes pueden optar por mantener su comprensión inicial y considerarla suficiente, lo cual es índice que no ha habido un cuestionamiento adecuado. La posibilidad de que se produzcan comprensiones diferentes hay que admitirla como inherente al ser humano

¹⁵ La sentencia se publica en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXVII, Corte Suprema, segunda parte, sección primera, págs. 172-175.

mismo. Hay factores de formación y de preferencias propias de cada cual que influyen en estas visiones particulares de muy diferente manera. Pero también hay que considerar que los enunciados, como el que se ha tomado como ejemplo, y sus significados se encuentran en una relación muy especial. Un mismo enunciado *puede* ser entendido distintamente por personas diferentes, como ocurre en el caso que hemos relatado. Sólo el debate permite pasar de un estado de mera creencia u opinión al de una convicción fundamentada y, por lo mismo, defendible más allá de las preferencias y conveniencias. Por esto mismo, hemos indicado más atrás, en el tema de la interpretación, además de las cuestiones de método, hay que incluir lo relativo a la justificación o validación de las interpretaciones.

Una parte de los jueces, se dijo, en un voto de minoría, opta por defender una posición que he denominado literalista. Con esto quiero decir que se adopta esa actitud que surgió en la antigüedad, y que después la renueva el protestantismo, con la doctrina de la “suficiencia de la sola letra”. Esta es propiamente una definición de teoría hermenéutica, pues indica la estrategia general que se tiene frente a los textos. Véase a continuación cómo se manifiesta ésta en el voto de los jueces partidarios de esta posición. Dicen: “Que disponiendo el artículo 22 de la Ley sobre Constitución de la Propiedad Austral que el plazo de tres meses para que se entienda abandonada la acción se contará desde la fecha de la última providencia legalmente notificada a las partes, no es lícito al intérprete apartarse de su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu y hacer distingos que el texto claro y preciso de esa disposición no autoriza, en el sentido de considerar que dicho plazo arranca únicamente de las providencias recaídas en gestiones del interesado para que la causa siga su curso y excluyendo para el cómputo la que el Tribunal pudiera dictar de oficio. De modo que, al acoger el fallo recurrido la prescripción alegada por el Fisco existiendo una providencia posterior dictada por el Tribunal que interrumpió el plazo de prescripción, viola manifiestamente ese precepto, dándose una interpretación que no está conforme con su tenor literal y que ha influido por sí sola en lo dispositivo, puesto que si se hubiera aplicado correctamente, la sentencia debió negar lugar a la referida prescripción, en virtud de no haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de la última providencia legalmente notificada”.

Frente al cuestionamiento que se produce en cuanto al significado inicial de comprender que la expresión “última providencia, legalmente notificada” es la última que cronológicamente se ha dictado y se encuentra registrada en el expediente, este grupo de jueces opta por validar esa interpretación acudiendo a la doctrina de la claridad. Aquí la claridad es entendida como aquella capacidad de captar intuitivamente de manera inmediata el contenido significado, sin dudas. La expresión contiene un concepto que puede ser pensado de manera tal que se puede referir o aplicar al caso sin la menor duda. Pero aquí es donde surge la dificultad, pues hay un grupo de jueces para los cuales esa relación es problemática, y más bien el concepto se refiere a la última providencia recaída en “gestión útil” provocada por el interesado. Como lo expresara Perelman hace ya bastantes tiempo, y lo recoge después Wróblewski, la ausencia de

debate, es decir cuestionamiento, certifica negativamente la creencia en la bondad de una interpretación determinada.

Puede advertirse que en el voto transcrito de la sentencia, se invocan, en realidad, dos razones, en la argumentación justificatoria. La primera, ya se anotó, es la doctrina de la claridad, de corte cartesiano. La otra razón es la fuerza argumentativa del viejo aforismo “donde la ley no distingue, no es lícito al interprete distinguir”.

La claridad, se dijo, es una propiedad de los conceptos, que se manifiesta en que el sujeto al pensar el contenido del concepto puede distinguir separadamente sus partes. (No considero aquí el caso de conceptos simples, o que contienen una sola nota, como parece ser el caso de los conceptos de bueno y ser). Lo que se opone a la claridad, como lo señaló Descartes, doctrina que después retomó Leibniz y la desarrolló metódicamente¹⁶, es la oscuridad. La posibilidad de distinguir en el contenido del concepto sus partes o notas (la connotación, en el lenguaje de Stuart Mill) puede darse en diferentes grados de precisión, porque los conceptos pueden ser en mayor o menor medida imprecisos. Esta imprecisión recibe el nombre de vaguedad, o también indeterminación. A medida que el concepto aumenta en generalidad, se hace más imprecisa su referencia a objetos determinados o grupos de objetos. Este es un problema inherente al concepto mismo, que no puede solucionarse desde el concepto, sino es preciso acudir a otro concepto o criterio que permita salvar la dificultad. Aristóteles fue el autor que planteó correctamente la dificultad en su *Ética Nicomaquea*, Libro V, 1137b 20, al considerar la equidad, y escribe lo siguiente: “Cuando la prescripción legal está dicha en un lenguaje universal y ocurre un caso al que debe aplicarse esa prescripción y que queda fuera de su enunciado universal, es correcto entonces, donde el legislador ha pasado por alto y ha errado al expresarse simplemente en la forma en que lo ha hecho, tomar esa omisión y corregirla del siguiente modo: establecer como prescripción legal la que el propio legislador enunciaría e instituiría si estuviera presente y conociese el caso”. En otra parte este pensador califica la relación de lo general de los significados de las palabras y los casos singulares como problemática, produciéndose este desajuste en que el caso singular pareciera no estar incluido en el enunciado general, y termina afirmando que es inherente a la “cosa práctica misma”. Lo que me interesa recoger de esta posición es que el criterio de solución no emana del propio concepto general, sino es preciso construirlo *fuera* del concepto, en este caso, acudiendo a lo que el autor de la ley diría si estuviera presente.

Este mismo problema es el que se plantea en la sentencia anteriormente citada. La expresión “última providencia...” en su generalidad puede referirse tanto a las últimas providencias cronológicamente últimas, y que se encuentran en la última hoja del proceso, o también puede referirse a la última providencia recaída en “gestión útil”. Es

¹⁶ Leibniz, “Meditaciones sobre el conocimiento, la verdad y las ideas”, en *Tratados Fundamentales*, pp. 149-150, (Losada, Buenos Aires, 1946).

inútil tratar de escrutar dentro de la expresión misma para encontrar un criterio que permita optar por una u otra. Los estudiosos del lenguaje y de la Lógica señalan a este respecto los casos de equivocidad, de anfibología o de ambigüedad. No voy a entrar en el detalle de estas y otras importantes distinciones, así como tampoco en las múltiples teorías sobre el significado o sentido que se han venido formulando. Para los efectos de este trabajo, asumo que los lenguajes ordinarios contienen intrínsecamente esta dificultad de referencia del concepto a un caso determinado o grupo de casos. A esto denominaré genéricamente vaguedad o indeterminación, considerando asimismo la situación de polisemia, esto es la significación conceptual de una expresión, que puede ser una u otra, por ejemplo, palabras como blanco, que puede ser el color, el objeto de un tiro al blanco, una cualidad moral, etc. Son, pues, cosas distintas el significado conceptual, y la relación del concepto con los casos singulares.

Con todas estas aclaraciones podemos volver al caso de la sentencia. Estos jueces enfrentados a la dificultad de relacionar adecuadamente la expresión “última providencia...” al caso que tenía que resolver judicialmente, optan por el criterio de la literalidad, con lo cual quieren decir que la expresión es clara por sí misma para significar la opción de la ultimidad cronológica, y la fundamentan en lo que ellos captan en forma evidente de las palabras mismas. Para ellos el legislador optó por esa versión, que la encuentran manifiesta y evidentemente expresada en las palabras empleadas en la ley, fuera de toda duda. Como acuden a un dato de sus propias conciencias, no es objetivable, por lo cual los demás jueces no pueden discutir la efectividad de ella. Este es el problema de la intuición evidente, de manera que si a alguien parece evidente algo no es posible objetivarlo y hacer que otros participen de lo mismo, pues perfectamente puede ocurrir que discrepen, como sucede en este pleito. La comprensión que se forma de la sola lectura se convierte en una creencia cuyo fundamento viene a ser lo que los propios intérpretes acreditan con sus datos de conciencia.

El otro argumento que esgrime este grupo de jueces dice relación con el viejo aforismo “donde la ley no distingue...”, que aquí cumple una función puramente argumentativa. En sí mismo el aforismo no es una respuesta de contenido o material para el problema de que se trata, el por qué de la prohibición de establecer distinciones, no está expresado. Por esto mismo, pienso que los argumentos que se apoyan en premisas de este carácter, son retóricos en el sentido propio del término. Sólo sirven para construir argumentos, pero no descansan en razones que puedan ponderarse en su verdad.

El otro grupo de jueces, que constituyeron en este ejemplo mayoría, optaron por la otra manera de entender la expresión “ultima providencia...”, y la refirieron a la última providencia recaída en “gestión útil”, que tiene una fecha distinta y anterior a la última cronológica. En el considerando 2º escriben: “Que la prescripción contemplada en el artículo 22 de la Ley sobre Constitución de la Propiedad Austral y que el Juez debe aún declarar de oficio, constituye una sanción establecida por el legislador para el

demandante que abandona la prosecución del juicio por más de tres meses y tiene por objeto concluir con la situación anormal producida por el litigante que está obligado a instar por su terminación y a quien la ley, inspirada en el propósito de constituir regularmente y a breve plazo la propiedad llamada austral, supone falto de interés en la consecución de este fin, obteniendo una decisión judicial acerca de los derechos que reclama”. Aquí aparecen dos razones que se invocan para justificar la opción que se sustenta. La primera tiene que ver con el carácter de sanción del abandono, la cual se hace efectiva frente al incumplimiento del deber de dar curso progresivo a los autos, que pesa sobre quien ha iniciado la gestión de reconocimiento de derechos sobre la propiedad austral. La segunda razón concierne a la *ratio legis* o fin de la Ley. Esta expresión *ratio legis* significa tanto el fin más o menos inmediato de una regla jurídica, como la “razón de ser” de una regla o norma. Ambos significados están relacionados y constituyen dos momentos distintos del principio en que se apoya la regla jurídica. A estas razones se llega por aplicación del principio de contextualidad. Este principio permite salirse del ámbito de literalidad, que como se vio no contiene un criterio para resolver cuál de las interpretaciones posibles era la adecuada. En esta segunda opción, el cuestionamiento de la solución u opción de la claridad brota del contexto mismo, es decir, que los intérpretes teniendo ya conocimiento de las diversas partes, no se satisfacen con la claridad, sino entienden que esa expresión de la Ley hay que ponerla en relación con otras partes del sistema legal, y así establecer entonces qué grupos de resoluciones judiciales están referidas en la expresión “ultima providencia...”. Apela, en consecuencia, a un conjunto de conceptos y principios que forman un sistema. El recurso a la finalidad, en cambio es algo diferente. Lo que corrientemente se llama interpretación teleológica presupone un concepto de Derecho que se forma en torno a los fines, por completo diferente a la literalidad. Históricamente la interpretación finalista ha sido un recurso ampliamente utilizado.

El tema de la conjetura.

Si se considera ahora en conjunto ambas interpretaciones, voy a mostrar en qué sentido hablo de conjeturas para indicar las diferentes interpretaciones posibles. En el caso que se ha presentado, y que es muy frecuente en la aplicación del Derecho, vemos aparecer una versión literal, cuyo fundamento es la evidencia que los propios intérpretes dicen tener, pero esto es insuficiente como justificación objetiva. Aquí el problema que suscita este modo de ver las cosas no puede darse por resuelto. En consecuencia, hay que buscar otra versión que se haga cargo de ese problema de relación referencial. Esta versión se nos muestra como una primera conjetura que ofrece un problema que no puede solucionar. La expresión tomada en toda su amplitud se refiere a cosas distintas, a dos formas de computar el plazo, sin que desde ella misma pueda decidirse cuál es la opción que se establece. Es decir, hay que encontrar un criterio o principio que permita racionalmente limitar el significado a uno solo de los significados posibles. La extensión amplia que se exhibe en la referencia del concepto se limita a una sola de las versiones. La versión dada por el otro grupo de jueces ya muestra que los lenguajes

como tales son incapaces de ofrecer por sí mismos solución a muchos problemas que se plantean. No quiero con esto ir en contra de las etimologías, por la cual tengo el mayor respeto. Tengo presente más bien esa dificultad inherente a los lenguajes, cual es la referencia imprecisa de los objetos, que destacó en su momento Aristóteles. Es necesario acudir a criterios, conceptos o principios fuera del ámbito literal. Al apelar a estos principios extraliterales se abren otros caminos, siendo los más transitados el del “todo y la parte” y el de la finalidad., que operan como principios metodológicos.

Al recorrer la historia de la interpretación llama la atención la doctrina de los cuatro elementos, que se adscribe a Savigny. Lo que este autor hermenéutico quería destacar era que la metodología para conocer el Derecho debía ser adecuada a la naturaleza de éste. Y como veía el Derecho como un compuesto, de manera similar al compuesto substancial de los escolásticos, sus diferentes partes debían ser tratadas de diferente manera. Pero todas esas partes constituyen una unidad, por lo cual los diferentes tratos debían ser considerados en conjunto para mantener la unidad del objeto. Por eso defendía la posición unitaria. Cada elemento, que recoge una parte, debía ser integrado con los otros, para constituir el conjunto. Aquí las dimensiones relativas a los lenguajes, lo sistemático y la finalidad están repartidos entre los elementos. De manera que, en general, la vieja dualidad letra y espíritu se despliega en estas diferentes partes, cuyo estudio nos ofrece el conocimiento del Derecho.

La interpretación puede describirse como un proceso dirigido a establecer un sentido. Ya se ha visto que la posición de los autores de la Exégesis, que veían la interpretación como la actividad descubridora de un sentido verdadero, al modo de la idea platónica, no puede considerarse más que como una conjetura, con un fundamento discutible. En cambio, si se consideran otras dimensiones, como ocurre con la contextualidad, se van abriendo otras relaciones que van aumentando el campo y nuestro conocimiento del Derecho. Corresponde a la dogmática o Ciencia del Derecho hacer visible esas conexiones. Pero, por otro lado, dada la imprecisión de los lenguajes, también la Jurisprudencia contribuye a la formación del conocimiento, en la medida que va definiendo los alcances, es decir la extensión que corresponde dar a los conceptos jurídicos. Todo lo cual va generando este aspecto de construcción de conocimiento, en lo cual el carácter conjetural de cada estadio es determinante. Hay que recordar aquí lo que Karl Popper dice sobre el método de conjeturas y refutaciones, que piensa es aplicable por igual tanto a las ciencias naturales como a las humanidades. Escribe: “La elaboración de las diferencias entre ciencia y humanidades ha sido durante mucho tiempo una moda que ha terminado por convertirse en una pesadez. Ambas practican el método de resolución de problemas, el método de conjeturas y refutaciones que es utilizado tanto para reconstruir un texto deteriorado como para construir una teoría acerca de la radioactividad”¹⁷. Ya se ha indicado atrás, al examinar la precomprensión,

¹⁷ Popper, Karl R., “Sobre la teoría de la mente objetiva”, pág. 175, en *Conocimiento Objetivo*, (Madrid, 3ª edición, 1988) pp. 147-179.

que la metodología de construcción de hipótesis deriva de la dialéctica platónica, que justamente veía la necesidad de instalar dinamismo en la formación de conocimiento a través del cuestionamiento seguido de la formulación de la correspondiente hipótesis, como puede apreciarse en el ejemplo judicial que he considerado sobre abandono de la instancia. Cada interpretación posible es una conjetura cuyos fundamentos son las razones que se dan para validarla, y quedan sujetas al escrutinio público.

El tema de la vaguedad.

La vaguedad de los lenguajes en que se expresa el Derecho es una dificultad que sólo puede enfrentarse acudiendo a principios. En otras palabras, si la interpretación es la actividad dirigida a establecer un sentido, este sentido es posible desde principios, pues son éstos los que permiten definir la extensión que deba darse a los conceptos.¹⁸ Los principios son los que permiten delimitar el campo de la extensión de los objetos a que se refiere el concepto. Si los objetos son variados, pudiendo formar diferentes grupos, como se ha visto en el ejemplo anterior, el principio permite limitar esa extensión inicialmente amplia sólo a un grupo de casos, dejando fuera los otros. Este ejemplo, como lo reconoce Endicott, puede presentarse como ilustrativo de las dificultades en la aplicación del Derecho que dice relación con los lenguajes.

III

La validación de las conjeturas.

En esta parte abordaré muy resumidamente algunas cuestiones relacionadas con la validación de las conjeturas y la argumentación. Antes que nada, debo comenzar haciendo presente que la necesidad de validar tiene su origen en la actividad interpretativa misma. Sigo en esta parte la tesis de Ricoeur que ve un enlace interno entre la interpretación y la argumentación. No son dos cosas distintas. En otras palabras, la argumentación es el complemento y el término natural de la interpretación. De no entenderse así se corre el riesgo de convertir la argumentación en el campo de la retórica. En efecto, la relación de una y otra es dialéctica, pues, como lo sostiene este autor, hay que explicar más para comprender mejor.

Explicar y comprender son dos términos que provienen de la terminología diltheyana y reflejan la oposición entre el mundo natural y el mundo cultural. En el mundo natural, los fenómenos se explican en términos de leyes causales, y en el mundo cultural las obras humanas se comprenden. Esta oposición ha gravitado fuertemente hasta nuestros días, generando intentos de distinta magnitud para acentuarla o borrarla. Más atrás se citó la postura de Popper frente al dualismo metodológico que propicia

¹⁸ Sobre esto mismo, el buen libro de Timothy A. O. Endicott, *La Vaguedad en el Derecho*, (Madrid, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, S.A. 2006).

Dilthey, que en definitiva elimina esa oposición y plantea un solo método, el de las conjeturas y refutaciones, válido tanto en las ciencias naturales como en las ciencias de la cultura. Ricoeur, por su parte, busca la conciliación de ambos términos, mostrando que la interpretación, vista como proceso, genera la necesidad de validar sus resultados. La argumentación se convierte así en el complemento de la interpretación. Por lo mismo, para este autor la argumentación debe hacerse descansar en la interpretación, y no transformarse en un objeto de estudio aislado, como es el caso de dos obras importantes de nuestro tiempo, como son la *Teoría de la Argumentación Jurídica*, de Robert Alexy, y *Las Razones del Derecho (Teorías de la Argumentación Jurídica)*, de Manuel Atienza, aunque hay que reconocer que en su obra más reciente *El Derecho como Argumentación*, hace el intento de incorporar temas interpretativos en el desarrollo de la argumentación. A todo esto habría que añadir las obras de Chaïm Perelman, un poco anteriores, que indican en general el rumbo que va a tomar la preocupación por la argumentación práctica, la razón deliberativa y la universalización.

Al comenzar este trabajo se indicó la importancia de la distinción entre enunciado y regla, de la cual se sigue, entre otras consecuencias, que las reglas son los significados de los enunciados legales. El autor que vio con gran precisión esta distinción fue Engisch, quien en varios trabajos planteó el tema y extrajo valiosas consecuencias para la argumentación¹⁹. En suma, los enunciados legales hay que interpretarlos y establecer un significado de ellos, tarea que es preciso asumirla guiada por una reglamentación de la interpretación, lo que no impide el desarrollo creador de la dogmática. Como los significados de los enunciados legales, que son las normas, hay que establecerlos a partir de las palabras y expresiones que se emplean, será posible encontrar en muchas ocasiones dificultades para establecer este o aquel significado, pues al relacionar un enunciado o palabra con otro enunciado pueden derivar diferentes apreciaciones. Esto es lo que hemos podido constatar en el ejemplo propuesto anteriormente. Este modelo ha recibido un impulso enorme con la distinción que puso en práctica Wróblewski entre justificación externa y justificación interna. De lo que se trata, en suma, es absorber el viejo silogismo de subsunción, que tanto agradó a los autores del siglo XIX, en un modelo deliberativo, que se haga cargo precisamente de otro concepto de aplicación que se ha venido gestando.

La aplicación como subsunción significa pensar en el antiguo silogismo práctico, que formuló Aristóteles en el Libro VI de su *Ética Nicomaquea*, como estructura compuesta de una premisa normativa (la regla moral) y el caso factual, de cuya unión se sigue una consecuencia normativa. Los autores del XIX partidarios de la Escuela de la

¹⁹ Engisch, Kart, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, (Heidelberg, Carl Winter, 3ª edición, 1963). La primera edición data de 1943, publicada igual que la que cito por la Academia de Ciencias de Heidelberg. A este importante trabajo le sigue *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, (Heidelberg, Carl Winter, 2ª edición, 1968), donde el autor completa su plan de desarrollar su idea de la aplicación en forma muy distinta de la conocida aplicación como subsunción de los autores partidarios de la Exégesis del siglo XIX.

Exégesis, no consideraban que las normas fuesen los significados de los enunciados en el mismo sentido que se hace actualmente por estos otros autores. Como su preocupación era la de una judicatura vinculada a la ley, obra de un legislador entendido, que sabe lo que hace, que emplea bien los lenguajes, el tema del establecimiento de los significados quedaba cubierto por este prejuicio del legislador racional y la intuición infalible. Por lo cual el juez debía aplicar el Derecho en el sentido de la subsunción, casi mecánicamente, puesto que las premisas del silogismo están ahí listas para ser utilizadas. Por eso, la actitud negativa frente a la interpretación, que quedaba como recurso último para posibilitar la aplicación. Así hay que entender el *in claris non fit interpretatio*. Con Engisch en adelante se abre un nuevo estadio del tema. Los enunciados legales *hay que interpretarlos* para aplicarlos a las situaciones de la vida.

Cuando los autores hermenéuticos actuales se separan de lo que denominan la hermenéutica romántica, de Dilthey, quieren señalar lo que ya en Betti comienza a surgir, cual es la autonomía del texto. Fue característico de la hermenéutica romántica la dependencia del autor, de su pensamiento, de su voluntad. Pero el autor molesta, dice ahora Ricoeur. El texto tiene que valerse por sí mismo, sin la ayuda de su autor, el cual ha podido ciertamente tener muchos pensamientos y propósitos, pero que como hechos empíricos quedarán siempre sujetos a una comprobación que nunca podrá darse. Las viejas definiciones de interpretación como búsqueda, establecimiento o conocimiento del verdadero pensamiento o propósito del autor se dejan de lado. El énfasis de la interpretación se pone ahora en la relación entre intérprete y texto, reconociendo en aquel una cierta actividad. No existe un intérprete que sea una mente en blanco la cual el texto llena de contenido. Para autores como Eco y Ricoeur la actividad del intérprete se manifiesta precisamente en la formulación de conjeturas o hipótesis, porque el texto admite distintas lecturas. Si es así, entonces la tarea es validar esas conjeturas o hipótesis tentativas.

El concepto de aplicación que se viene abriendo paso es más amplio y complejo que el relativo a la subsunción. Desde luego, se incorpora la situación del intérprete, como lo afirma Betti, y en seguida, el texto gana autonomía respecto del autor. La cuestión del significado hay que verla en el texto mismo. Algunos juristas llaman a esta clase de interpretación “interpretación objetiva”. Pero, más allá de los nombres, se crean condiciones para instalar dos formas de interpretación que van a desempeñar un gran papel, cuales son la interpretación progresiva y la interpretación extensiva, vinculadas ambas al tema de los fines del Derecho y, por lo mismo, a la interpretación teleológica. Si hay voluntad o pensamiento son ahora del texto mismo. El nuevo concepto de aplicación se identifica como la forma en que el Derecho se aplica, y como para aplicar el Derecho se requiere de su interpretación, la cual es siempre necesaria, la aplicación queda vinculada internamente a la interpretación.

Estas consideraciones van indicando un distanciamiento respecto de la literalidad, en la forma que se la describió antes. El concepto de aplicación que elabora Gadamer incorpora la dimensión de la situación en que se encuentra el intérprete. Esto porque desde su filosofía hermenéutica la categoría de la situación es determinante para la fundamentación de la hermenéutica espistemológica. El intérprete con sus prejuicios, su conciencia de la pertenencia a una tradición, se ve a sí mismo inserto en una situación determinada y se pregunta entonces desde ella por lo que se le pide hacer.

El abandono del modelo de la subsunción que se ha utilizado para explicar la aplicación, obliga a buscar otra forma de hacerlo. Puede decirse, en términos generales, que aplicar el Derecho es el establecimiento de una correspondencia entre los significados de los enunciados legales y los hechos relevantes. En el modelo de la subsunción el caso se identifica como perteneciente a la clase de casos descrito en el supuesto de la regla jurídica o norma. Pero aquí se da por resuelto el tema del significado de los enunciados, es decir se asume la regla jurídica ya lista para ser utilizada como premisa mayor del silogismo práctico. En el nuevo concepto de aplicación el establecimiento de la premisa mayor a partir de los significados forma parte de la situación argumental, porque establecer tal o cual significado exige justificación (justificación externa). Tal como lo muestran Alexy y Atienza, la justificación externa se despliega en una serie de argumentos tendientes a justificar la premisa mayor, que es producto de una determinada interpretación. Admitiendo la doble función que cumplen las reglas de interpretación, según Wróblewski, las reglas no son sólo vías para acceder a un significado (función heurística), sino sirven también para justificarlo (función justificatoria). Puede decirse que la misma regla que permite acceder a un significado es la que también permite justificarlo.

Si se considera otra vez el ejemplo anterior sobre el abandono del proceso, puede advertirse que las versiones distintas que se ofrecen de una misma expresión se apoyan en razones diferentes. En un caso, se acude a razones tales como la claridad y el argumento retórico del aforismo “donde la ley no distingue...”, y en el otro caso se invocan como razones la naturaleza del abandono como sanción al litigante moroso y, además, la *ratio legis* o fin de la ley. A estas últimas razones se le añade también el argumento consecuencialista, que consiste en extraer una consecuencia inconveniente o absurda de seguirse una determinada versión. No voy a examinar el detalle de cada argumentación, pero sí tengo presente que hay estructuras argumentales que desde el punto de vista de la lógica formal se constituyen en razonamientos que ofrecen un fundamento lógico a la interpretación que se defiende, mientras otras estructuras argumentales no lo hacen, pero muestran otras dimensiones, como la conveniencia o la infracción de un deber. En aquellos argumentos se mantiene la corrección formal cuando se respetan las reglas lógicas de las inferencias. Pero la validez de las premisas queda abierta, pues el argumento puede validar la conclusión, pero no la premisa de que se parte. En el modelo clásico de ciencia deductiva, se postulan los axiomas como verdades evidentes. Pero esta conexión de la axiomática con la verdad se rompe en los

tiempos modernos, quedando como problema precisamente la validación última de los principios que sirven de base al conocimiento.

Me interesa en todo esto destacar que la búsqueda regresiva, “hacia atrás”, de un fundamento último, que ha sido la estrategia metodológica tradicional del modelo de ciencia que tiene su apoyo en una ontología, permite acceder al dominio de los principios. El modelo clásico evita la aporía del *regressum ad infinitum* proponiendo los axiomas como principios autoevidentes. Este problema puede entenderse mejor si adoptamos la perspectiva de un saber humano que no está todo dado de una sola vez, sino que se va construyendo paso a paso. El modelo de investigación que propone el *Menón* de Platón, que se señaló atrás, corresponde a esta metodología de búsqueda, y por eso un autor como Popper emplea su método de conjeturas y refutaciones de una manera concordante con este tema central, de un saber que se construye paulatinamente. Ahora bien, el filósofo que ha propuesto un modelo diferente para enfrentar el “regreso infinito” ha sido Kant, con su doctrina de las ideas de la Razón. El tema de la Dialéctica, para este pensador, es precisamente el de la fundamentación de las proposiciones que a nivel de entendimiento se formulan en ciencia natural. Cuando se tiene un fundamento determinante de una proposición, de manera que de una proposición, o principio universal, se deriva determinadamente por vía de razonamiento deductivo (silogismo de determinación) esa proposición, estamos en presencia del *uso apodíctico* de la Razón. Pero si no es posible hacer eso, sino que estamos en posesión de ciertos principios que dan una orientación a la forma como se busca el conocimiento, principios tales como el de la homogeneidad de la naturaleza, o el de la simplicidad, y otros, que no determinan de una manera específica tal o cual proposición científica, estamos en presencia del *uso regulativo* de la Razón (uso hipotético).

Para no caer en el trilema de Münchhausen, que conduce a una posición escéptica en materia de conocimiento²⁰, la interpretación del modelo kantiano es la de que frente a un fenómeno hay la posibilidad de explicarlo mediante tal o cual teoría o proposición científica (ley o principio de la naturaleza). Pero esta explicación plausible, que está posibilitada por ciertos principios o ideas, que en su uso regulativo muestran cómo se puede emplear la razón en su uso hipotético. De esta manera, el conocimiento último y final de *la cosa en sí* no se alcanzará jamás, pero eso no nos convierte en escépticos, pues creemos en estos principios o ideas de la razón, que nos muestran cómo formular las hipótesis científicas.

²⁰ El Trilema de Münchhausen ha sido formulado por el popperiano Hans Albert en varias de sus obras, y consiste en plantear que la aporía fundamental del conocimiento, de si hay un conocimiento cierto, tiene tres respuestas, las cuales son inaceptables. La primera es admitir que un conocimiento se apoya en otros y este en otro y así sucesivamente (*regressus ad infinitum*); para salirse de esta aporía, se puede proponer que los medios de justificación se justifiquen en otros, pero estos a su vez se justifican en los primeros, incurriendo en un círculo (*petitio principii*), y finalmente, puede recurrirse para fundamentar un conocimiento a ciertos axiomas o principios, lo que significa incurrir en un corte arbitrario. Como estos principios no se les reconoce el carácter de autoevidentes se forma la aporía. La obra que tengo en cuenta aquí de este autor es *Transzendente Träumereien*, (Hoffmann und Campe Verlag, Hamburg, 1975).

Al llevar estas ideas al campo de la interpretación, lo que se ha tratado de realizar por varios autores es postular un principio o conjunto de principios que tienen una función puramente regulativa, y que no determinan en sentido propio los resultados interpretativos. Aarnio, por ejemplo, señala el siguiente *Principio regulador*: “Cuando se trate de un caso difícil, procura alcanzar una solución y una justificación, de forma tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación”²¹. Aquí se combina la idea reguladora y la universalización, lo cual sirve para el modelo liberal que defiende este autor.

Retomando el tema de la precomprensión que, según se señaló antes, se consideraba en su dimensión epistemológica, interesa recoger ahora esa dimensión que la hace consistir en ciertos presupuestos teóricos que posibilitan la formación de la interpretación, es decir del conocimiento del Derecho. Se señaló que la pertenencia a una misma tradición cultural posibilitaba la comprensión y sobre todo la comunicación. Estas son condiciones de posibilidad, que no determinan por lo mismo contenidos específicos. Gadamer habla de un horizonte común de lingüisticidad, Habermas por su lado destaca las estructuras simbólicas, en que consiste lo que se denomina cultura, de que participan en la comunicación los sujetos de una comunidad de hablantes.²² Josef Esser ha escrito un extenso trabajo sobre la precomprensión, buscando resolver la relación de la teoría y praxis en la aplicación del Derecho²³. Pero mientras Gadamer se mantiene en el terreno kantiano de las condiciones de posibilidad, estos otros autores intentan precisar la relación de determinación de estos presupuestos en los contenidos de la comprensión misma. En realidad, Gadamer está interesado en conducir la hermenéutica por el terreno de la metafísica, por eso su énfasis en la comprensión como acercamiento al ser del hombre. En cambio, un autor como Esser, sin desconocer el modelo de la fundamentación ontológica de la ciencia jurídica, le preocupa más bien la praxis jurídica, el Derecho como se aplica y en cuanto se aplica a la solución de casos particulares.

La interpretación es para este autor, una especie de zona de encuentro, de confrontación y de exhibición de las diferentes “posibilidades y caminos para la racionalización de la búsqueda de la solución jurídica, no en el sentido de opiniones subjetivas o de manifestaciones de voluntad”²⁴. La presencia del intérprete, sea el juez o el jurista práctico, es fundamental, pues en sus manos está la tarea de conferir racionalidad al proceso de aplicación del Derecho. Esa racionalidad se encuentra, por

²¹ Aarnio, Aulis, “¿Una única respuesta correcta?”, en *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, (Madrid, Fundación del Coloquio Jurídico Europeo, 2010).

²² Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, en 2 volúmenes, (Buenos Aires. Taurus, 1989).

²³ Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, (Frankfurt, Fischer Atenäeum, 1972).

²⁴ Esser, op. Cit. En nota 23, pág. 116.

una parte en el “consenso” y , de otra, en la solución justa. El intérprete debe encontrar la solución jurídica sobre la base del sistema legal, no como una orden, sino como “encargo” para la actualización de la finalidad de la regla, lo que implica posesionarse de la valoración ínsita en ella. Aquí se hace presente la *ratio legis*, en el doble sentido de finalidad y razón de ser, que el intérprete entiende no sólo mejor sino que la hace comprensible y le confiere racionalidad al contenido de la norma. Pero en este comprender y hacer comprensible se conecta con el “consenso” de todos los que conforman el grupo social implicado. El intérprete no vive aislado de su mundo, sus expectativas de sentido, se enraízan en ese mundo y en las valoraciones de la cultura a que pertenece.

Un autor, como Enrique Haba, que ha estudiado en Esser la precomprensión y el círculo hermenéutico, que se asocia a aquella, según se señaló anteriormente, destaca dos temas. El primero recoge la “interconexión, dinámica, entre lo que se entiende de cada elemento de un discurso y la idea que uno se hace de éste globalmente, o incluso acerca de la relación de dicho discurso con otros discursos o en general con cierto universo de significados. Eso se procesa, en la mente del intérprete, de modo tal que cada parte y el todo considerado constituyen un “círculo”, donde aquella lo presupone a este y viceversa”. El segundo tema lo describe así: “El hecho de que toda comprensión es encarada mediante ciertas “pre-comprensiones” (preconociones) provenientes de una tradición histórica: conocimientos, prejuicios, etc. Cuando abordamos la comprensión de algo no lo hacemos con la mente como en blanco, sino que hay cosas que creemos de antemano -saberes que pueden ser auténticos o ficticios, o hasta cierto punto lo uno y en cierta medida lo otro-, y esas cosas las proyectamos automáticamente sobre lo que vamos a interpretar, mientras lo estamos interpretando; con base en tales ideas precisamente, es como tratamos de entenderlo”²⁵. El primer tema nos lleva al principio que denominamos principio de contextualidad, que recoge el antiguo principio del todo y la parte, y del que hemos visto su enorme importancia en la hermenéutica clásica. El segundo nos conduce a las consideraciones relativas a los presupuestos cognoscitivos que se reconocen en la formación del conocimiento, que desde la doctrina de la anámnisis de Platón se viene repitiendo hasta nuestros días. Solo que aquí, más que condiciones de posibilidad a la manera kantiana, apunta a los contenidos del conocimiento, que se determinan por esas nociones que se encuentran ya en el sujeto intérprete.

Para Esser el intérprete frente al caso y considerando el orden jurídico existente admite una *expectativa* de solución, que el orden contiene y debiera contener, de donde se sigue que su opción metódica es la que valorativamente cumple mejor esa expectativa. No hay métodos únicos, sino distintas vías metódicas, y por eso el que tiene a su cargo la aplicación del Derecho tiene que hacerse responsable de su decisión -“la

²⁵ Haba, Enrique P., “Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las Resoluciones Judiciales”, en 22 *Doxa*, 1999, pág. 68.

justificación a través del método”, nos dice este autor. Frente al caso, el sistema legal es preguntado y la respuesta que se espera es la que contiene la solución de ese caso, y por eso la laguna vendría a ser una especie de frustración de las expectativas que el grupo social tiene sobre el orden legal. Escribe Esser que “el *círculo hermenéutico* radica en la relación entre planteamiento de cuestiones y respuestas *qua* comprensión de normas, por tanto en el hecho de que sin un juicio previo sobre la necesidad de un orden y la posibilidad de solución, el lenguaje de la norma no puede decir en absoluto lo que se le requiere: la solución justa”²⁶. Con esto se vuelve a lo que ya había indicado, que las distintas soluciones posibles de un caso son tentativas o hipotéticas, y que habrá que optar por aquella que mejor realice la expectativa de la solución justa. Por eso la necesidad y la importancia de la justificación. La creencia en un orden normativo que contiene una solución, la cual hay que buscarla, opera aquí como una idea regulativa.

Por último, Habermas postula la *Lebenswelt*, el mundo de la vida. Al actuar comunicativamente los integrantes de una comunidad se entienden siempre en un horizonte que es el mundo de la vida. Este mundo está integrado de convicciones de fondo, más o menos difusas, pero aproblemáticas, esto es no problematizadas todavía. En tanto trasfondo, se constituye en la fuente de donde se obtienen las definiciones de la situación que los implicados presuponen como no problemáticas, y acumula el trabajo de interpretación de generaciones pasadas, siendo esto el elemento de estabilidad de posturas pre-admitidas. Por eso, dice Habermas, “todo proceso de entendimiento tiene lugar sobre el trasfondo de una precomprensión imbuida culturalmente”²⁷. Si el científico social tiene que tomar parte, al menos virtual, en las interacciones cuyo significado trata de entender, tomando posición frente a las pretensiones de validez, entonces no puede proceder de forma diferente que el lego, y esto significa que se mueve dentro de las mismas estructuras (simbólicas) de entendimiento posible en que lo hacen los directamente implicados. Por eso, nos dice, “las mismas estructuras que posibilitan el entendimiento suministran también la posibilidad de un autocontrol reflexivo del proceso de entendimiento”²⁸. De esta manera es posible revisar las tradiciones, y plantearse nuevas formas. Nadie puede quedar atado para siempre a las tradiciones y formas culturales anteriores.

De todos estos autores puede extraerse la afirmación esencial de que el conocimiento en Derecho, que recibe el nombre de comprensión, siguiendo en eso a Dilthey, sea que nos planteemos o no el tema de la dualidad o unidad del saber humano, reconoce ciertos presupuestos gnoseológicos, que lo hacen posible y que también, en algunos casos, determinan los contenidos de la comprensión misma.

Voy a considerar nuevamente el ejemplo judicial anteriormente examinado, para ver ahora algunos aspectos que merecen destacarse. Una de las interpretaciones que se

²⁶ Esser, op.cit, pág. 137.

²⁷ Habermas, op.cit, pág. 145.

²⁸ Habermas, op.cit. pág. 170.

ofreció fue literalista en el sentido que he dado a esa expresión. Aquí los jueces recogen del enunciado legal el llamado significado literal, que es el que ellos entienden coincide con el pensamiento del legislador. Pero, ya se vio, la expresión “última providencia” tiene dos significados posibles: uno, el cronológico y espacial, el otro, relacionado con la actividad procesal del interesado, la “gestión útil” que es la dirigida a dar curso progresivo al proceso. Los jueces optan por el significado cronológico, porque a ellos *les parece claro* que así debe ser comprendido. Acuden a la doctrina de la claridad, no a los significados habituales, que tienen el respaldo del uso social. Por eso estos jueces se apresuran a dejar constancia de su estado de conciencia. Como les asiste la certeza que el estado de su conciencia es verdadero, enfrentan la duda que provoca el cuestionamiento de los otros jueces, que defienden el otro significado, cancelando todo debate sobre el tema. Estos otros jueces, en cambio, defienden el otro significado, exhibiendo otras razones, no los estados de conciencia evidente, de los primeros, sino dando paso a la duda, se ponen en la búsqueda de justificar el otro significado que oponen. Aquí se hace visible una dimensión de la comprensión que hay que destacar. Para comprender el segundo significado hay que ponerse en el punto de vista que las palabras o expresiones no se pueden comprender a partir de ellas mismas, aisladas de los contextos en que se emplean. En buenas cuentas, el principio de la contextualidad penetra y se hace presente en la comprensión, de manera de guiarla en la búsqueda de un significado. Frente a una comprensión instantánea, apoyada en la doctrina de la claridad cartesiana, acá se abre un proceso de búsqueda y establecimiento de un significado. Se enfrentan así dos significados posibles, que se apoyan respectivamente en doctrinas por completo diferentes. Estas doctrinas, que se hacen visibles en la justificación, en realidad, forman el acervo de conocimientos previos que poseen los intérpretes. Podemos ya hablar aquí de las precomprensiones, que es lo que hemos visto en todos los autores hermenéuticos señalados anteriormente. Betti fue uno de los primeros que mostró a través de sus cánones de la interpretación la necesidad de admitir estos principios previos y posibilitadores de la formación del conocimiento jurídico. Uno de esos principios es el del todo y la parte, que aquí denomino principio de la contextualidad. Este y otros principios necesarios para la formación del conocimiento podrán ser considerados por algunos como idea regulativa, por otros como elemento de la tradición cultural en que se inserta el intérprete. En todo caso se trata de un presupuesto sin el cual no podría formarse el conocimiento.

Un autor como Tomasz Gizbert-Studnicki, que estudia el tema de la precomprensión criticando el que defiende Esser, escribe: “El intérprete no pregunta cuál es la solución del caso que resulta de la ley, sino cómo se puede ajustar la solución ya encontrada al tenor de la ley. Los métodos de interpretación carecen de una función heurística, esto es, no constituyen medios para encontrar el sentido de la ley. La función de los métodos interpretativos consiste en fundamentar dogmáticamente un resultado previo. El verdadero resultado de la interpretación existe con anterioridad a que el

intérprete haya aplicado los métodos interpretativos”²⁹. El reproche es serio, y quiere decir, en último término, que las expectativas de sentido y el sentido de justicia del intérprete no tienen cómo objetivarse y acreditarse como algo común compartido, y no sólo como la personal opinión de aquel. Esto se asemeja a la posición del realismo jurídico que ve la ley como una justificación *ex post* de la solución ya encontrada. Si fuese así, tendría razón el objetante. Pero pienso que hay un error de perspectiva en esto. En el ejemplo que se ha considerado, sobre el abandono del proceso, el paso de una a otra significación se hace sobre la base de un cuestionamiento, es decir se problematiza. Estamos en un mundo en donde los conocimientos se van formando paulatinamente siguiendo ciertas etapas. A un conocimiento inicial, que es en verdad una opinión o creencia, se cree que el enunciado significa tal o cual cosa, porque se le percibe así en un acto de sola lectura, lo que implica toda una posición doctrinaria sobre la claridad. Esa justificación es la que es cuestionada por otros, es decir estos otros acuden a la vieja técnica de problemas para mostrar la insuficiencia de la *sola scriptura* y que es necesario buscar razones objetivas y satisfactorias. Se abre así el proceso de búsqueda de significados. Y la ya conocida aporética platónica viene en nuestra ayuda para indagar esos significados más satisfactorios y objetivos. Al problema le sigue la solución tentativa, o conjetura o hipótesis. En la postura inicial el problema consiste en que la posición de claridad no puede convertirse en una razón objetiva, que salga de la conciencia de quien la invoca y pueda ingresar al mundo público del escrutinio y debate. El mismo subjetivismo que Gizbert-Studnicki reprocha a Esser es el que aparece aquí, bajo la forma de doctrina de la claridad.

Es preciso detenerse aquí y examinar con mayor cuidado algunas implicaciones que tienen estas posiciones. Hay que recordar que la teoría del *signo* es de antigua data, y ya la encontramos formulada en las obras de Platón y Aristóteles. Cuando surge con necesidad el tema interpretativo a propósito de los textos bíblicos, y en menor grado, el de los jurídicos, se plantea en toda su problematicidad la relación del signo, el lenguaje, con el pensamiento o voluntad de quien lo usa. En la época moderna, autores como Grocio y Pufendorf califican el lenguaje como *signo de probabilidad*, es decir, recogiendo una larga tradición de debates, ven en el signo no una manifestación evidente e infalible del verdadero pensamiento o voluntad. Es la doctrina del *verum sensum*. De aquí se sigue que parece natural comenzar con estos signos probables para conocer el pensamiento o voluntad de su autor, pero con la conciencia de que estos son signos probables, y que puede ser necesario acudir a otras dimensiones para conocer ese pensamiento o voluntad. Esto contribuye a delinear un sistema compuesto de dos miembros. Por un lado, hay signos que podrían ser suficientes para acceder a ese pensamiento o voluntad auténticos, y por otro lado, los signos no serían suficientes y habría que acudir a otras dimensiones, como los antecedentes históricos, las relaciones contextuales, la *ratio*, etc. Sobre esto mismo, Pablo de Lora, por ejemplo, toma de

²⁹ Gizbert-Studnicki, Tomasz, “El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica”, en 22 *Revista Chilena de Derecho*, págs. 7-22, 1995, pág. 16.

Blackstone la siguiente cita: “El método más justo y racional para interpretar la voluntad del legislador es explorar sus intenciones en el tiempo en que la ley fue establecida, a través de los *signos* más naturales y probables”³⁰. Ideas similares se pueden encontrar en los autores nacionales del siglo XIX, lo que muestra que esta posición era ampliamente reconocida.

Fue Dilthey, seguido de Husserl y una cantidad de otros autores, los que se dieron a la tarea de elaborar una semiótica del signo. En todo caso, para Dilthey, como se vio al comienzo, la obra humana, que es la que cae bajo el trabajo interpretativo, es un compuesto de signo y significado. Estos autores no aceptan, en realidad, el sistema de dos miembros, sino que ven ese sistema como dos estadios de un mismo camino. Ese sistema de dos partes puede compatibilizarse con la “atribución de significados” y la “comprensión instantánea” de Wróblewski, que suscriben autores como Marmor, entre otros. Incluso el concepto de “textura abierta”, que maneja Waismann, puede relacionarse con ese sistema. En los autores analíticos el paso del primero al segundo se hace vía duda sobre el significado que se atribuye a una determinada palabra o expresión. La duda se opone a la claridad. En los autores hermenéuticos, en cambio, el paso de la primera parte a la segunda, o el paso del signo al significado, se da en un proceso.

Defensa de la literalidad.

Para evitar el cuestionamiento que surge en torno a la primera parte del sistema, podría pensarse que la solución está en sustituir el modelo cartesiano por el de una atribución de significado sin problemas. Se produciría la comprensión instantánea, que reclama Wróblewski, y no sería necesaria justificación alguna. No puede negarse que esta solución históricamente apareció para marcar la separación de las posiciones doctrinarias del siglo XIX, especialmente la doctrina de la claridad. Hay que recordar que este autor defiende lo que llama la claridad pragmática, que indica tan solo que no hay cuestionamiento y, por tanto, no pueden surgir dudas sobre la atribución de significados. La conciencia indubitable la reemplazamos por la atribución de significados, que se mantiene distante de los procesos psicológicos o fenómenos de conciencia. Pero, a mi juicio, con esto no se resuelve el tema de por qué el cuestionamiento. Simplemente sucede. Lo que está detrás de todo esto es la raíz ética de la búsqueda de conocimiento, de nuevas soluciones, de otras formas de considerar las cosas. La necesidad de revisar las creencias está magistralmente recogida en la Alegoría de la Caverna que nos describe Platón. No puede negarse tampoco que muchas veces la comprensión instantánea o atribución de significados no dudosa puede asociarse a una defensa de la literalidad, la cual se puede poner a su vez al servicio de la autoridad.

³⁰ Lora, Pablo de, *La Interpretación Originalista de la Constitución (Una Aproximación desde la Filosofía del Derecho)*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), pág. 35. La cita de Blackstone corresponde a *Commentaries on the Law of England*, 1765, vol. I, p. 59, ed. The University of Chicago Press, Chicago-London, 1979.

Una segunda forma de defensa de la literalidad está en el originalismo, que Pablo de Lora, ya citado, estudia en relación con la Constitución norteamericana. Después del período de la Corte Warren, que practicó la interpretación extensiva y progresiva del texto constitucional, se busca por los sectores más conservadores la vuelta a la intención originaria del constituyente. Este originalismo como concepto tiene una base en una doctrina lingüística, cual es la que asocia el significado de las palabras con la intención del hablante. El autor contemporáneo que ha defendido esa doctrina lingüística es Paul Grice³¹. Se podría oponer a esta lingüística la doctrina de la “atribución de significados”, en cuanto se independiza de las intenciones reales de los hablantes, pues el peso se hace recaer en las convenciones y reglas de significación, de manera de constituir un lenguaje público del cual puedan participar todos. Pero el problema radica en que la intención no puede escapar a la comprobación, y nos encaminamos hacia lo que en otra parte he denominado la “paradoja de Cicerón”. Si se busca comprobar la intención por las palabras que la expresan, éstas a su vez hay que entenderlas por su intención que expresan, con lo cual se produce un círculo (*petitio principii*).

Una tercera forma de defender la literalidad se encuentra en Roberto Vernengo, que solo menciono aquí, y que nos remite en la cuestión del sentido a las estructuras profundas de la gramática generativa, al modo de Chomsky³². La visión de este autor es marcadamente nominalista, frente a lo cual expreso la misma reserva que hizo en su oportunidad Stuart Mill, en el sentido de que quien adopta una definición nominalista se apoya en último término en una convención. Se volvería así a la situación a que conduce el trilema de Münchhausen. Si los principios de la ciencia se establecieran en definiciones nominales, se corre el riesgo, advierte Stuart Mill, de llegar a la situación en que todas las verdades “se deducen de convenciones arbitrarias de la humanidad concernientes a las significaciones de palabras”³³

Dejando de lado estos intentos de salvar la literalidad, por ser insuficiente para determinar la cuestión del sentido, se abre el camino para la exploración del mismo. El camino metodológico está dominado por la problematización. En el ejemplo dado anteriormente, “la última providencia...” es una expresión que se refiere a dos tipos de providencias distintas, pero el problema radica en que ella no contiene elementos para resolver desde ella misma cuál es la referencia. La solución sólo puede obtenerse a partir de un principio que determine, es decir, defina cuál de ambos referentes es el que corresponde asignar a esa expresión. Desde la perspectiva hermenéutica, que he

³¹ Tres artículos de H. Paul Grice se encuentran en la recopilación de Luis Valdés Villanueva, *La búsqueda de Significado*, (Madrid, Tecnos, 3ª edición, 1999. Estos artículos son “Significado”, de 1957, en pp. 485-494; el segundo es “Las Intenciones y el Significado del Hablante”, de 1969, pp. 495-523, y el tercero es “Lógica y conversación”, de 1975, en pp. 524-543.

³² Vernengo, Roberto, *La Interpretación literal de la ley*, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994).

³³ Stuart Mill, John, *A System of Logia*, (London, Longmans, 1961), pág. 94.

asumido, el objeto de interpretación es uno complejo, una de cuyas partes es la literal. Puede ocurrir, y de hecho ocurre, que no se cuestione la comprensión instantánea de las palabras, y se produzca lo que Wrobléwski llama “claridad pragmática”. Nadie cuestiona el significado comprendido y atribuido, y en tal situación no se presenta la necesidad de iniciar el proceso de búsqueda de una determinación de significados vagos o indeterminados. Pero esto nos deja en la condición de los prisioneros de la Caverna platónica. Y basta que se cuestione el significado que se tenía para hacer ver que el estado anterior no era más que una simple creencia u opinión. Nada obsta a que una indagación posterior conduzca finalmente a afirmar que esa opinión es la que posee una mayor justificación. Se puede ilustrar esto con múltiples sentencias y dictámenes en donde ocurre lo que acabo de señalar. En algunos procesos se han acompañado informes sobre gramática o lingüística, para acreditar tal o cual referente significado. Pero esto es completamente distinto a la defensa de la literalidad por ella misma, como se pretende en las posiciones citadas.

En general, puede sostenerse como un postulado metodológico el que nos permite conectar el método con la justificación, y es el siguiente: los mismos procedimientos (reglas) que nos permiten la indagación de sentidos son al mismo tiempo los que nos permiten una justificación. La función heurística no está separada completamente de la función justificatoria.

Búsqueda de sentido y ponderación.

Ya se ha dicho antes que el objeto a interpretar es un compuesto de diferentes partes, una de ellas es la gramatical, las otras conciernen a la *ratio legis* y a la composición sistemática, además de las consideraciones históricas. El comienzo natural es la parte gramatical, y los problemas insolubles que crea fuerzan a buscar las otras partes. En fin, se pueden indicar una infinidad de sentencias, dictámenes y otras piezas jurídicas en que esto ocurre. Puede resumirse todo esto afirmando que la interpretación es un proceso en el cual se comienza en la dimensión literal para avanzar hacia los principios, y son estos los que en definitiva permiten establecer el sentido. Hay que repetir, con Betti, que no hay sentido claro al comenzar. Todo enunciado, toda palabra empleada en los enunciados legales, puede cuestionarse. El sentido surge cuando se establece al final, sostenido por principios, como sentido claro. La claridad aquí no es la “claridad pragmática” de Wróblewski ni la claridad cartesiana que defienden los autores partidarios de la Exégesis.

Al concebir la interpretación como un proceso, es posible plantearse el tema de los presupuestos cognoscitivos, esto es la precomprensión, desde el punto de vista epistemológico, teniendo presente eso sí el trasfondo ontológico de este modelo hermenéutico. Y al hacerlo, se hacen visibles cuestiones tales como la Idea del Derecho y su realidad. Pues, en efecto, cuando se acude al sistema trascendental kantiano de las condiciones de posibilidad, surgen las Ideas de la Razón, por encima de los conceptos

del entendimiento, y el tema de la realidad de estas entidades intelectuales se hace problemática.

La creencia en que el Derecho contiene una respuesta a todo problema posible, como sostiene Esser, es sin duda una idea regulativa, que se apoya en la creencia que en el mundo todo está sometido a reglas, que nada escapa a un cierto orden, aunque la descripción del contenido del mismo sea tarea posterior. Estas creencias son, en realidad, verdaderas convicciones, que evitan el escepticismo gnoseológico. Pero no determinan los contenidos de las interpretaciones que son la base de las decisiones. Para estos contenidos, en la opinión de ese autor, hay que considerar dos principios generales, que se reciben en la forma de expectativas de sentido (de justicia) y consenso como la solución que contaría con la mayor aceptación. Estas puntualizaciones nos abren el camino hacia el tema de la racionalidad práctica, que llena por completo el tema de la aplicación del Derecho.

La racionalidad que busca este autor, así como tantos otros que se han ocupado del tema de la *ratio practica*, se refleja múltiplemente en el tratamiento de los principios, de los razonamientos prácticos, de la justificación en general. Pero, sobre todo, representa un punto de vista que ve el Derecho como un orden que cumple diversas tareas, entre ellas, la de solucionar conflictos. La razón que cuenta aquí es la razón deliberativa, que frente a las situaciones de la vida reflexiona sobre cómo obtener una solución mejor. Mejor en el sentido de que satisface un principio que se considera de un alto valor. Arthur Kaufmann ve en el Derecho la protección de bienes jurídicos, que obliga al juez, principalmente, a evaluar en las situaciones de aplicación el grado de protección al bien jurídico comprometido. Esto significa ver en el Derecho no sólo estructuras normativas, sino un *sentido* que se recoge en principios y valores.³⁴ La adopción del punto de vista de la racionalidad práctica le lleva a explorar no sólo las condiciones de la aplicación del Derecho sino la revisión de la relación entre deber y ser. Para este autor, la plenitud de la comprensión se alcanza en su relación de la norma con el hecho o situación que se trata de enjuiciar. Habría que decir que a medida que ocurren las situaciones se va entendiendo mejor y en forma más completa los “alcances y extensión” de los enunciados legales. En otros términos, la comprensión del enunciado abstractamente, nos entrega una información que nos permite ubicarnos en el dominio de que se trata, pero es un conocimiento general e impreciso. Y esto último es algo que yo también suscribo.

La Razón humana es una sola, y tiene dos usos, como lo estableciera Aristóteles, uno teórico y otro práctico. El uso práctico es el que hay rescatar en estos temas interpretativos, y desde este ángulo, se muestra en toda su complejidad la multiplicidad

³⁴ Kaufmann, Arthur, *Analogía y Naturaleza de la Cosa*, (*Hacia una Teoría de la Comprensión Jurídica*), (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976); “Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho”, en A. Kaufmann y W. Hassemmer, (eds), págs. 47-141, *Editorial Debate*, Madrid, 1992; *Rechtsphilosophie im Wandel*. (München, Carl Heymann Verlag KG, 2ª edición, 1984).

de funciones y fines que cumple el Derecho. Las normas o reglas son, como sostiene Raz, razones para la acción, pero me interesa sobremanera ver el uso práctico en la aplicación de principios. No voy a entrar aquí a un examen detenido de los principios. Estos son polifuncionales, y de estas funciones destaco la esencial función de servir a establecer un sentido. En el ejemplo expuesto más atrás, sobre el abandono del proceso, una comprensión literalista nos entrega una cierta interpretación, que puede relacionarse, en último término, con principios. Estos principios son los relativos al trasfondo característico del pensamiento ilustrado decimonónico sobre el Estado de Derecho y la seguridad jurídica. La otra versión, no literalista, que se abre con el principio de la contextualidad, conjuga diferentes principios y doctrinas, como la de la sanción procesal, la *ratio legis*, entendida tanto como razón de ser y finalidad. Todos estos principios son los que la decisión judicial pone en juego. Por lo mismo, las indagaciones que ha emprendido Alexy sobre la aplicación de principios y la colisión de ellos y su solución es la consecuencia inevitable del punto de vista práctico en el estudio de la aplicación del Derecho. Sin duda, la aplicación puede estudiarse como fenómeno de raciocinio, y surgen los estudios sobre argumentación, pero también se puede destacar este otro aspecto, que conciernen a la aplicación de principios, y surge el tema de la *ponderación* en toda su amplitud. La ética aristotélica había puesto los términos en que se da esta aplicación, que tiene que considerar necesariamente la *situación* en que se aplican las reglas y principios. Nunca puede existir una aplicación mecánica y sin consideración de los detalles de los casos. Por el contrario, sin llevar las cosas al punto de la casuística, la consideración de cada caso muestra los matices y detalles que es preciso tener en cuenta. La generalidad de las reglas hace que siempre sea posible ajustarlas de una manera un poco diferente. Esto todavía sin considerar el otro problema lingüístico, que ya he examinado en detalle. Los enunciados generales son imprecisos, por lo cual siempre quedará abierta la posibilidad de interrogarlos desde variados ángulos, que es lo que hemos presenciado en la aplicación del Derecho dada en las sentencias judiciales que hemos citado.

Por último, la cuestión de la verdad en el dominio práctico se lleva a la aplicación más que al principio mismo. Los principios provienen de múltiples fuentes, que no voy a examinar aquí. Pero los debates se dan sobre todo acerca de la procedencia de aplicar este o aquel principio. Es decir, la aplicación de los principios conducen al tema de la colisión y método para su solución. Alexy ha buscado darle racionalidad a la solución de conflictos entre principios, y ha postulado una serie de reglas o principios, y yo destaco la idea de proporcionalidad, es decir la adecuación. A propósito de esto traigo el recuerdo de los debates clásicos sobre la prudencia, especialmente de los autores escolásticos. Cuando se trata de tomar una decisión moral en situación de incertidumbre, es decir cuando son aplicables igualmente principios o reglas distintas, que colisionan. ¿Cuál es la más adecuada?. No considero aquí la pregunta escéptica de

Peczenik acerca de sobre qué recae el conocimiento jurídico.³⁵ Un idealismo extremo termina dudando de la realidad del mundo exterior, como es el caso. Cuando se habla aquí de incertidumbre es la que rodea al mundo de la acción humana. La aplicación se acerca así al proceso deliberativo, y por eso recojo los viejos conceptos de *phronesis* aristotélica y *prudentia* tomista, no la *Klugheit* que emplea Kant en su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, y que García Morente traduce muy bien como *sagacidad*. Esta sagacidad es una especie de inteligencia práctica orientada a lograr un resultado satisfactorio para el agente, pero no necesariamente bueno en general.

Klaus Günther, en su libro *The Sense of Appropriateness*, examina ampliamente el tema de las decisiones prudentiales, especialmente la *phronesis* aristotélica, y termina sosteniendo que ella borra toda distinción entre justificación y aplicación, con lo cual una decisión imparcial se hace imposible.³⁶ Pero lo que he buscado al acoger la clásica prudencia es exhibir que los casos se resuelven en último término por aplicación de un principio a una situación caracterizada como contingente, por tanto incierta. El hombre prudente es el que cavila sobre qué principio aplicar, qué aspectos considerar como relevantes, en suma sobre cómo obtener una mejor decisión, teniendo a la vista el conjunto de razones y hechos. La prudencia mira hacia un mejor mundo posible, y la mejor decisión, la más adecuada, es la que puede insertarse mejor en ese mundo. Por eso he sostenido antes que la verdad práctica aquí se da como aproximación asintótica. Como lo señaló Pierre Aubenque en su estudio sobre la prudencia aristotélica, ella “invita al hombre a querer todo lo posible, pero solamente lo posible, y a dejar el resto a los dioses”.³⁷

³⁵ Pecezenik, Alexander y Hage, Jaap, “Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?”, en 22 *Doxa*, (1999), p. 25-48.

³⁶ Günther, Klaus, *The Sense of Appropriateness*, (New York, State University of New York, 1993). En páginas 171 a 201 examina la *phronesis* aristotélica, las versiones de Ritter y Tugendhat, para criticar finalmente a Gadamer.

³⁷ Aubenque, Pierre, *La Prudente chez Aristote*, (Paris, Presses Universitaires de France, 1963), p. 177.