

Hermenéutica Jurídica: Carlos Cossio - Hans G. Gadamer

Ramón Antonio Reyes

Universidad Católica de Santiago del Estero

I. Introducción

Naturalmente, una explicación no debe limitarse a extraer el asunto del texto sino que también debe aportar algo suyo al asunto, aunque sea de manera imperceptible y sin forzar las cosas. Es precisamente esta aportación lo que el profano siempre siente como una interpretación exterior cuando la mide por el rasero de lo que él considera el contenido del texto y que, con el derecho que se autoatribuye, critica, tachándola de arbitraria. Sin embargo, una adecuada explicación nunca comprende mejor el texto de lo que lo entendió su autor sino, simplemente, de otro modo. Lo que pasa es que ese otro modo debe ser de tal naturaleza que acabe tocando lo mismo que piensa el texto explicado.

Nada mejor que este fragmento de *Caminos del bosque* de Martin Heidegger como prolegómeno para presentar y confrontar a dos filósofos que emergieron a la vida biográfica, uno en Marburgo en 1900, y otro en San Miguel de Tucumán (Argentina) en 1903, cuyos derroteros filosóficos marcaron sus rumbos desde la distancia geográfica, pero no el intelectual, ya que en sus investigaciones abrevaron en las mismas fuentes “fusionando horizontes” desde un *locus ubi* socio-cultural *dado*.

En la cuestión de la interpretación jurídica ha sido desde la vertiente fenomenológico-existencial el tucumano Carlos Cossio, en la década del cuarenta del siglo pasado, quien no sólo se planteó este tema, sino que también resolvió el problema dejando un extraordinario legado a las generaciones.

En lo que sigue se procederá a señalar la “anticipación” de lo que Cossio dice en *El derecho judicial* de 1945, y Hans George Gadamer llevará a su plenitud en 1960 con *Verdad y Método*, aún cuando no muestren referencias recíprocas.

El presente trabajo se vertebra en cinco ejes. En el primero se describe en forma sucinta de qué modo se resolvió en la historia del derecho la cuestión de la interpretación de las normas, donde en el segundo, se pondrá una especial énfasis en la teoría “egológica” de la interpretación judicial fundada por Carlos Cossio. En el tercer eje, se expondrán brevemente las ideas fundamentales de Hans George Gadamer, que servirán de base para entender la contemporaneidad de ambos autores. El cuarto, es la elaboración de una síntesis que obra en forma dialógica, por oposición, antagonismo y complementariedad en las posiciones de estos filósofos. Finalmente, en la conclusión se presenta un balance del significado y la importancia que debería tener la Hermenéutica en el Derecho actual

II. Breve reseña de los métodos de interpretación

La cuestión de los métodos para la interpretación judicial no es pacífica. A lo largo de la historia del derecho fueron zigzagueando de un método a otro, al azar de su conveniencia circunstancial, sin acertar taxativamente en uno que se privilegie por encima de los otros.

Si se sigue el magisterio de Cossio, encontraremos que los métodos de interpretación pueden clasificarse en dos grandes categorías¹:

- a) Aquellos que pretenden extraer de la Ley la solución correcta a través de un proceso estrictamente intelectual: el método gramatical, el método exegético, el método dogmático, el método teleológico y aquel que acentúa la libre interpretación científica.
- b) Aquellos que admiten una actividad del sujeto interpretante: teoría de la producción graduada del orden jurídico de Hans Kelsen y la teoría de la interpretación judicial de Carlos Cossio.

El método gramatical. Posiblemente éste sea el método más antiguo, dado que la primera actitud que debió asumir el intérprete cuando el derecho dejó de ser consuetudinario fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley. Tal fue el método por excelencia de los glosadores y de los jurisconsultos romanos, quienes al interpretar los textos jurídicos no iban

¹Carlos Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, 97-140.

más allá del valor de los términos empleados. De ahí la máxima de Ulpiano: “lo primero es el sentido de las palabras”.

El método exegetico. Tenía como rasgos distintivos el *culto del texto de la ley* y, en caso de que los textos lo hicieran necesario, la investigación de la *intención del legislador*. A juicio de esta escuela frente a un caso concreto, el intérprete podría encontrarse en tres situaciones distintas: a. existencia de una ley clara y expresa, en tal caso no hay inconvenientes, debe aplicarse estrictamente: *dura lex, sed lex*; b. existencia de una ley oscura y/o dudosa, en tal situación el intérprete debe recurrir a la interpretación *gramatical* y a la interpretación *lógica* para establecer su sentido y alcance; c. no existencia de una ley sobre el punto; la escuela recurrió a dos expedientes para resolver este punto, la aplicación de leyes análogas y apelar a los llamados principios generales del derecho.

La escuela dogmática. Corresponde a Federico Carlos de Savigny el haber puesto las bases de esta escuela al mostrar que, para el jurista, las leyes no son hechos sino significaciones lógicas, que en su coordinación y subordinación sistemáticas con otras integran un ordenamiento total en el sentido que el despliegue de sus virtualidades lógicas alcanza todos los casos jurídicos posibles. Según Savigny deben distinguirse cuatro elementos, los cuales deben cooperar todos en una única interpretación: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

Método teleológico. Rudolf Ihering, en su afán de acercar el derecho a la vida, introdujo en éste la noción de fin, finalidad o télesis; cuando el juez juzga, dice este autor, no se limita a un ejercicio de lógica formal, sino que examina el valor de la norma o del principio constitucional. El juez que juzga mirando el fin, la constitucionalidad de una ley o de un acto administrativo, puede apreciar lo político, pero no en el sentido con que lo haría un legislador, sino con referencia a la Constitución².

Método de la libre investigación científica. La tesis que tiene como punto de partida Francisco Gény es que la ley *no es la única fuente del derecho*. Sostiene que al lado del derecho legal estatal existe un mundo de producción jurídica que se adapta a las transformaciones de la vida social y que debe ser estudiado por una libre investigación científica. Por tanto, el intérprete

²Cfr. Rudolf Von Ihering, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

debe recurrir en primer lugar a la ley, para determinar su sentido y campo de aplicación e indagar la voluntad del legislador en el momento de su sanción. Admite, al mismo tiempo, dos procedimientos complementarios: la interpretación por la fórmula del texto (la costumbre, la autoridad y la tradición) y la interpretación con ayuda de elementos exteriores a la fórmula (antecedentes históricos, de legislación comparada, etc.)³.

Teoría de la producción graduada del orden jurídico. Kelsen enseñó que el proceso por el que se pasa de una norma superior a otra inferior por ella determinada implica siempre, a la vez que una aplicación de derecho, un momento de creación, de interpretación. Del mismo modo que cuando un legislador dicta leyes aplica la constitución, interpretándola, también el juez, al dictar la sentencia, aplica e interpreta las leyes en un *acto de voluntad* por el que elige una de las varias posibilidades que siempre le brindan aquellas⁴.

III. La teoría “egológica” de la interpretación judicial

III.1. La teoría egológica

La Teoría Egológica encuentra su fundamento para el desarrollo de la Filosofía de la Ciencia del Derecho en la *fenomenología* de Husserl y la *filosofía existencial* de Heidegger, especialmente el concepto de *libertad metafísica* como rasgo esencial del hombre; además de la constante preocupación epistemológica que heredó del pensamiento kantiano, y, en el plano estrictamente filosófico-jurídico, la teoría pura de Hans Kelsen que asimiló en su totalidad y redujo a pura lógica jurídica formal⁵.

La fenomenología y la filosofía existencial aplicadas al Derecho –en virtud de la asimilación de la teoría pura de Hans Kelsen– desembocaron

³ Cfr. Francisco Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899. Citado por Enrique Aftalión, F. Olano García, Vilanova, J., *Introducción al Derecho*, (3º ed. Nueva versión), Buenos Aires: El Ateneo, 1999, nota 32, 428.

⁴ Cfr. Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1941, 163.

⁵ El propio creador de la Teoría Egológica reconoce esas influencias en el prefacio de la 2ª edic. de *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 14 con las siguientes expresiones: “Sin embargo, corresponde a mi lealtad declarar que para llegar a la total inteligencia de la concepción egológica del Derecho creo necesario un adecuado conocimiento de Kant, Husserl y Heidegger –además de Kelsen– que desgraciadamente por razones de espacio no puedo poner en este libro al alcance de los juristas, pero que ha de encabezar el Tratado que alguna vez he de escribir.”

en una filosofía culturalista del Derecho que ostentó un procedimiento nítidamente kantiano, en tanto no aceptó una Filosofía del Derecho a secas, sino únicamente una *Filosofía de la Ciencia del Derecho*⁶.

Para la Egología, el Derecho es la conducta de los hombres, es en definitiva, aquella misma libertad con la que unos interfieren o pueden interferir en la conducta de los otros. Esta tarea ha sido mostrada como la que media entre el *ser* propio de la naturaleza y el *deber* –o *deber ser*– característico del Derecho y de la Moral. Hasta la aparición de Cossio en la escena histórica, esta diferencia aparece como categoría mental (tal como lo podemos encontrar en Kant y en Kelsen). Desde las categorías inauguradas por la filosofía existencial, la Egología señaló una diferencia en el objeto y no de orden meramente conceptual entre las ciencias jurídicas y las ciencias naturales, siendo la vida humana en su libertad, para las primeras, y la vida biológica, para las segundas. Para Cossio, *el deber ser* no es una *mera categoría mental* sino que la conducta existe como un *deber ser existencial*, puesto que el hacer del hombre es siempre un *proyecto que ha anticipado su futuro*⁷.

III.2. La interpretación judicial

En materia hermenéutica jurídica, la posición egológica implica una verdadera revolución copernicana. La tradición jurídica enseñó que el objeto de interpretación del jurista es la norma, la cual está ahí como una “entidad superior”, lista para ser interpretada. Coherente con su ontología jurídica⁸,

⁶ Carlos Cossio, “Panorama de la teoría egológica del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (UBA), Buenos Aires, año IV, número 13, 1949, 12.

⁷ E. Aftalión, F. Olano García, J. Vilanova, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires: El Ateneo, 1999, 854.

⁸ La Teoría Egológica parte de una fenomenología existencial de la cultura. Entendiendo por cultura a todo lo que hace el hombre actuando según valoraciones; no sólo los productos que deja fabricados, como una mesa, una chacarera, etc. sino también, con frase de Francisco Romero, “la actividad misma del hombre en cuanto no es puramente animal”, como el cosechar, el correr, el rezar o el abigeo. Ésta dualidad (hacer y obrar) se unifica como vida humana plenaria en oposición a la vida biológica no bien se proyecta el problema de la cultura en el plano existencial. Vida plenaria, pues, en oposición a vida biológica. Cossio, que denota en esto la impronta de Dilthey y Freyer, sostiene que la cultura comprende, en su íntima unificación, dos aspectos, el que como vida plenaria objetivada consta de los productos del hacer humano que quedan subsistiendo con autonomía óptica respecto

el profesor Cossio postula la interpretación jurídica de la conducta y no de la norma⁹.

La Teoría Ecológica acerca de la identidad entre juicio y concepto destaca que se parte de la comprensión pre-ontológica del ser:

el concepto tiene dos caras, según se mire hacia dentro o hacia fuera de la significación en que él consiste: el concepto como pensamiento y el mismo concepto como estructura del pensamiento mismo, es un juicio; por lo segundo, esto es como mención intelectual de algo, es una significación. El juicio para el conocimiento (Gnoseología) es un concepto. El concepto para el pensamiento (Lógica formal) es un juicio¹⁰.

En definitiva, se advierte que Cossio muestra que si la norma es el concepto del deber ser, su papel como mención esquemática de la conducta cae del lado instrumental del conocimiento científico; pero del otro lado, ese *acto* lógico-formal que se llama juicio, aparte de su intrínseca estructura, como norma involucra ese valor impletivo funcional que describe (siempre) fuerzas históricas y que la hace integrar el sentido de la conducta por ella misma mentada.

de su hacedor (*objetos mundanales*); y el que como vida plenaria viviente consta de los quehaceres actualizados inseparables ónticamente de su hacedor (*objetos ecológicos*). El Doctor Cossio argumenta que para comprender la peculiar realidad de los *objetos culturales*, que incuestionablemente son reales, a diferencia de los *objetos ideales* que en su intemporalidad son irreales, constan de un *sustrato* perceptible y de un *sentido* espiritual indisolublemente compenetrados en una unidad dialéctica, es decir, que comprendemos el sustrato por su sentido y comprendemos el sentido en su sustrato: se pasa en la *interpretación* desde la exteriorización perceptible del sustrato al sentido inmanente que lo vivifica con vida plenaria.

⁹ Cossio defendió esta posición a lo largo de un artículo titulado "Reflexiones sobre la ley como saber y la conducta como el objeto interpretado al dictarse una sentencia", Revista *La Ley*, T. 104, pp. 1015-1020, 15/08/1963, en el cual sostiene que la interpretación jurídica no es de la norma sino de la conducta mediante la norma, postulando la diversidad fenomenológica entre saber y conocer, por recaer el primero sobre la vivencia y el segundo sobre el objeto. En el caso jurídico de una sentencia, ejemplifica el maestro argentino, la intencionalidad de la sentencia no está dirigida al conocimiento de la ley sino al de la conducta, que es necesario calificar jurídicamente como lícita o ilícita, donde la ley se manifiesta como el lenguaje técnico mediante el cual se expresa dicho conocimiento de la conducta.

¹⁰ Cossio, op. cit., 140.

Esto no significa que se fuera a menospreciar o expulsar de la actividad jurídica a la norma, puesto que es mediante ella que habrá de practicar la interpretación de la conducta. Solamente la norma podrá transformar la interpretación jurídica de la conducta en tanto que valoración jurídica, en una valoración conceptualmente emocional. En el supuesto que el juez procediera en dicha valoración a realizarlo en forma libremente emocional, sin atender a las fuentes del Derecho, caería bajo el imperio de la subjetividad, esto es, de la inseguridad. Existe un adagio jurídico según el cual el juez debe juzgar según su *ciencia y conciencia*. El término conciencia está aludiendo al imprescindible elemento emocional o valorativo en tanto que la *ciencia* referida es el conocimiento de las fuentes del Derecho (conceptual), es decir, de aquellas instancias de la intersubjetividad (la objetividad comunitariamente posible dentro de nuestra materia estimativa) mediante la interpretación jurídica de la conducta alcanza fuerza de convicción.

Sobre esta base, Cossio encuadra la ciencia jurídica como ciencia de la conducta en el seno de la epistemología culturalista, fundada en el descubrimiento de Dilthey de la *comprensión* como acto gnoseológico propio del conocimiento cultural, concibiendo la interpretación como un conocimiento por *comprensión*. Por otra parte, se conoce sobre el particular la contribución egológica a la epistemología de la comprensión, consistente en su encuadramiento del correspondiente acto gnoseológico en un método peculiar denominado empírico-dialéctico.

Para la concepción egológica, los cambios que se producen en la *jurisprudencia*, cuando se mantiene igual la fuente formal, están dados porque han cambiado las valoraciones de la conducta dentro de las distintas posibilidades que el cuadro legal permite. Sucede entonces como si, por ejemplo, la ley exigiera la entrega de un perro, y la jurisprudencia aceptara, primero, que tal exigencia quedara satisfecha con la entrega de un ejemplar de cualquier raza, pero después, al pasar los juicios, la necesidad de justicia dé otra solución, y resolviera que se debe entregar un "basset" o un galgo¹¹. Por el contrario, la concepción tradicional, sustentando la idea de que es la ley la que debe ser interpretada, tendría que admitir el caso de que antes o después se vivió en un error y que la verdad jurídica sólo se dio antes o después. En la explicación egológica, sin

¹¹ Carlos Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires: Losada, 1954, 252.

embargo, los cambios de la jurisprudencia equivalen, en menor escala, al hecho de la sustitución de una ley anterior por obra de nuevas circunstancias sociales. Ambas pueden haber sido excelentes, representando cada una en su momento las expresiones formales de las valoraciones vigentes¹².

El racionalismo, en su coherencia con la tesis de que el Derecho *son* las leyes, da la espalda al hecho real y concreto de que en algunos casos tales o cuales normas no tienen aplicación endonormativa ni perinormativa, y sostiene la validez ideal de tales normas simplemente por el hecho de haber perdido su vigencia en los términos de un procedimiento igualmente estatuido normativamente.

La Teoría Ecológica explica la *desuetudo* como existencia de una fuente formal sin la adecuada existencia de fuente material correspondiente. Lo que se vio, que ocurría con la jurisprudencia vigente se da aquí con la propia ley, lo cual sólo es posible y explicable en la medida en que el Derecho está en la conducta de los hombres y aparece y desaparece, se conserva o cambia, con una gran independencia en relación con la existencia meramente vivencial de las leyes. Se puede decir “existencia meramente vivencial de las leyes” porque una ley en desuso ecológicamente es simplemente un pensamiento normativo que carece de la intuición real correspondiente, puesto que sólo una norma verdadera es una verdadera norma; como afirmó Husserl respecto del juicio, es sólo aquella que recibe su cumplimiento intuitivo de la experiencia. La ley en desuso no lo recibe y por lo tanto no es norma. Es un mero pensamiento normativo desconectado de la experiencia jurídica.

La Teoría Ecológica dice que las sentencias *contra legem* no son tales; sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella. Tanto en los cambios de jurisprudencia, en la *desuetudo* como en las sentencias *contra legem*, se trata de casos en los que la norma se había transformado en un concepto que no coincidía con la intuición.¹³

En síntesis, es en el plano de la Lógica jurídica trascendental donde se analiza el conocimiento jurídico que proporciona los *modos de ser* del

¹² *Ibíd.* 253.

¹³ Acorde a lo desarrollado no se debe extraer la rápida conclusión de que la Teoría Ecológica es una nueva manifestación de la Escuela del Derecho libre. Cfr. Cossio, “Impugnación ecológica de la escuela del Derecho libre”, *Revista La Ley*, T. 36, 868-892, 10/07/1964.

Derecho. Si la Ontología jurídica pudo garantizar que toda interferencia de conductas es Derecho, sólo el conocimiento de la conducta (mediante la norma) dice si, además de ser una interferencia de conductas, tal interferencia se da como *facultad, prestación, entuerto o sanción*. Cossio sostiene que “La teoría egológica resulta ser, con esto, la única concepción jurídica que sabe qué hacer con las normas y qué hacer con la conducta, sin hacer perder su normatividad a las primeras ni hacer perder su efectividad a la segunda”¹⁴.

IV. Aproximación a la hermenéutica de Hans G. Gadamer

Para tener acceso a la historia, el arte y el derecho, la hermenéutica de Gadamer amplía y enriquece la noción de “experiencia”, con aspectos ajenos a las ciencias naturales, presentes en la experiencia vital cotidiana. El modelo que orienta su estudio es la *conversación*, es decir, el diálogo, por lo que su desarrollo adopta la forma de la *dialéctica*. En ella tienen relevancia la *negación* y la *pregunta*, a diferencia de la afirmación o respuesta.

Gadamer dirige sus esfuerzos intelectuales al estudio de las condiciones de posibilidad de la interpretación y la comprensión (*Verstehung*) frente a las ciencias de la naturaleza, cuya misión es la explicación (*Erklärung*), y entiende dicha *comprensión* como rasgo constitutivo del *Dasein*. Su teoría hermenéutica establece los rasgos básicos de una teoría general de la comprensión -de raigambre heideggeriana-, y efectúa un giro ontológico hacia el ser que es el objeto de la comprensión: el lenguaje.

Nuestra reflexión ha estado guiada por la idea de que el lenguaje es un centro en el que se reúnen el yo y el mundo, o mejor, en el que ambos aparecen en su unidad originaria. Hemos elaborado también el modo como se representa este centro especulativo del lenguaje como un acontecer finito frente a la mediación dialéctica del concepto. En todos los casos que hemos analizado, tanto en el lenguaje de la conversación como en el de la poesía y en el de la interpretación, se ha hecho patente la estructura especulativa del lenguaje, que consiste no en ser copia de algo que está dado con firmeza, sino en un acceder al lenguaje en el que se anuncia un todo de sentido.

¹⁴ Cossio, 1954, 139.

(...). El ser que puede ser comprendido es lenguaje. El fenómeno hermenéutico devuelve aquí su propia universalidad a la constitución óptica de lo comprendido cuando determina ésta en un sentido universal como lenguaje, y cuando entiende su propia referencia a lo que es como interpretación (...)¹⁵

Más allá del criterio de objetividad ofrecido por las ciencias de la naturaleza, sometida a las condiciones de una abstracción metódica, la hermenéutica -que supera los límites de dicha abstracción que no puede monopolizar la garantía de la experiencia de la verdad- parte del estudio de las estructuras previas de toda comprensión. Ello permite fundamentar las diversas formas de experiencia humana: no sólo la experiencia científica, sino también la experiencia religiosa, ética, histórica o estética y (en lo que aquí respecta) la jurídica.

IV. 1. Importancia de la experiencia

Y, es la distancia con el modelo de "experiencia" de las ciencias naturales lo que lo lleva a postular un *aspecto negativo* consistente en la novedad no anticipada que ésta tiene, encierra un "particular sentido productivo" -dice Gadamer- que obliga a quien la realiza a elevarse a un punto de vista más general, que pueda incluir lo ya conocido con lo nuevo. En tanto se valore este aspecto negativo de la experiencia, hay que otorgarle el calificativo de "dialéctica" en el sentido hegeliano. Es decir, por imperio del carácter dialéctico de la experiencia, se produce, como consecuencia de la transformación, no sólo del objeto, sino también del sujeto cognoscente, pues éste se modifica y enriquece su nuevo modo de ver, admitiéndose así el componente histórico, sin el cual no es posible ninguna forma de conocimiento más allá de la ciencia natural¹⁶.

Con lo dicho queda claro que todo acto de comprensión implica un *evento* o *suceso* irrepetible y, como tal, *histórico*, pues en cada investigación quien la realiza *participa* de un significado que se ha transformado irremisiblemente ante sus ojos. Gadamer, al reconocer que el saber es limitado y finito, se aleja de la filosofía de Hegel, para quien el desarrollo dialéctico del conocimiento tiene su conclusión definitiva en el saber absoluto.

¹⁵ Hans G. Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca: Sígueme, 1977, 567-568.

¹⁶ *Ibíd* 429.

IV.2. Superación de los prejuicios

Pero la interpretación (hermenéutica) que es requerida para la comprensión la realiza un sujeto histórico, que parte de unas condiciones dadas espacio-temporales, y que parte, también, de unas estructuras previas de *pre-comprensión*. Es decir, en todo proceso de comprensión se parte de presupuestos o prejuicios -en el sentido etimológico de juicios previos-, que son los que hacen posible todo juicio y constituyen una memoria cultural que abarca teorías, mitos, tradiciones, etc. El sujeto de la comprensión no parte, pues, de cero, ni se enfrenta al proceso de comprensión a partir de una *tabula rasa*, sino que tiene detrás suya toda la historia. Esto debe ser asumido y esta tradición debe jugar un papel activo ayudando a adoptar una actitud de apertura total hacia lo que se interpreta, ya que solamente a partir de la tradición pueden abrirse caminos nuevos. Así, Gadamer denuncia el prejuicio de todo antiprejuicio.

Sólo este reconocimiento del carácter esencialmente prejuicioso de toda comprensión confiere al problema hermenéutico toda la agudeza de su dimensión. Medido por este patrón se vuelve claro que el historicismo, pese a toda crítica al racionalismo y al pensamiento iusnaturalista, se encuentra él mismo sobre el suelo de la moderna Ilustración y comparte impensadamente sus prejuicios (...) En sí mismo "prejuicio" quiere decir un juicio que se forma antes de la convalidación definitiva de todos los momentos que son objetivamente determinantes. (...) "Prejuicio" no significa pues en modo alguno juicio falso, sino que está en su concepto el que pueda ser valorado positivamente o negativamente. (...) ¹⁷

IV.3. La distancia temporal y el círculo hermenéutico

Los prejuicios o presupuestos son constitutivos de la realidad histórica del ser humano, son condiciones *a priori* de la comprensión, y la pretensión historicista y cientificista de eliminar todo prejuicio es, a su vez, un prejuicio, pero en el sentido de un falso prejuicio. Este afán por desembarazarse de todo prejuicio pretendía una comprensión libre de presupuestos. Pero tal pretensión no es posible, y revela una concepción psicologista que pretende

¹⁷ *Ibíd.* 336-337.

la posibilidad de una comprensión basada en una coexistencia atemporal entre el intérprete y lo interpretado. Ante este psicologismo, Gadamer defiende una concepción ontológica basada en la temporalidad del ser de ambos polos: autor e intérprete. Por ello postula la necesidad de una *distancia temporal* en el proceso de la comprensión. Dicha distancia temporal es productora de sentido y es la que permite desembarazarse de los falsos prejuicios para permitir destacar aquellos otros prejuicios que ofrecen el camino de la comprensión. Así, huyendo de una concepción atemporalista, Gadamer, que parte de la temporalidad y de la finitud constitutiva del hombre, considera que la historia no nos pertenece, sino que *somos nosotros los que pertenecemos a la historia*. La precomprensión, o los prejuicios, se inician en esta estructura de la finitud histórica del ser humano. En este sentido, Gadamer no sólo rehabilita la noción de prejuicio, sino también las nociones de *autoridad y tradición*, ya que la estructura de la precomprensión o de los prejuicios se remite a la tradición, que es la que les confiere sentido.

Lo que bajo la idea de una autoconstrucción absoluta de la razón se presenta como un prejuicio limitador, forma parte en verdad de la realidad histórica misma. Si se quiere hacer justicia al modo de ser finito e histórico del hombre es necesario llevar a cabo una drástica rehabilitación del concepto del prejuicio y reconocer que existen prejuicios legítimos. Con ello se vuelve formulable la pregunta central de una hermenéutica que quiera ser verdaderamente histórica, su problema epistemológico clave: ¿en qué puede basarse la legitimidad de los prejuicios? ¿En qué se distinguen los prejuicios legítimos de todos los innumerables prejuicios cuya superación representa la incuestionable tarea de toda razón crítica?¹⁸

Por ello, los prejuicios no desaparecen en el proceso hermenéutico, sino que se mantienen en la estructura circular del proceso de la comprensión, originando el *círculo hermenéutico*¹⁹. Dicho círculo hermenéutico parte de la aparente paradoja de que toda interpretación que haya de acarrear comprensión ha de partir ya de la comprensión previa de lo que ha de interpretar:

¹⁸ *Ibíd.* 344.

¹⁹ *Ibíd.* 362-363.

la interpretación ha de moverse dentro de lo comprendido y alimentarse de ello. Pero dicho círculo no es un círculo vicioso, sino que, como ya había señalado Heidegger, permanece abierto²⁰. En el proceso hermenéutico, el intérprete, que parte de una situación temporal distinta y distante del texto, ha de reconocer lo distinto de la situación. Si la interpretación se efectúa desde una situación presente junto con el horizonte que la define, la comprensión determina también un horizonte de esta comprensión que, de esta manera, es una *fusión de horizontes*²¹. Desde ahí se obtiene una experiencia de la verdad, que sobrepasa el ámbito de la distanciaci3n alienante del criterio de objetividad del conocimiento científcico, y se muestra y expresa bajo otras formas, a la vez que muestra el carácter difuso de la noci3n misma de experiencia.

Comprender lo que alguien dice es, como ya hemos visto, ponerse de acuerdo en la cosa, no ponerse en el lugar del otro y reproducir sus vivencias. Ya hemos destacado también cómo la experiencia de sentido que tiene lugar en la comprensi3n encierra siempre un momento de aplicaci3n. Ahora consideraremos que todo este proceso es lingüístico. No en vano la verdadera problemática de la comprensi3n y el intento de dominarla por arte -el tema de la hermenéutica- pertenece tradicionalmente al ámbito de la gramática y de la retórica. El lenguaje es el medio en el que se realiza el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa.

El medio de toda comprensi3n es el lenguaje, y toda comprensi3n es necesariamente un proceso lingüístico. El lenguaje no es un mero instrumento del pensamiento, sino que es constitutivo del mundo del hombre y dimensi3n fundamental de su experiencia. *Lenguaje, comprensi3n y experiencia* del mundo mantienen una estrecha relaci3n, y es en el lenguaje donde se revela la significaci3n del mundo. De esta manera, Gadamer puede decir que el lenguaje es el que permite que los hombres tengan mundo, o que la existencia del mundo humano está constituida de forma lingüística. De ahí, en la línea de las investigaciones iniciadas por Heidegger, Gadamer concluye la identificaci3n de ser y lenguaje, dando lugar a su giro ontológico de la hermenéutica: “el ser que puede llegar a ser comprendido es el lenguaje”.

²⁰ Martin Heidegger, *El ser y el tiempo*, México: FCE, 1974, 170-172. Trad. de José Gaos.

²¹ Gadamer, op. cit, 466-468.

V. Cossio – Gadamer en confrontación

La propuesta gadameriana como la del maestro ególogo constituyen en sí mismas un llamado de atención al pensamiento moderno para prestar oídos a la realidad constitutiva de la cultura desde su singularidad histórica²². En ambos autores se pone en evidencia el abandono de la tajante distinción entre el sujeto que interpreta y el objeto interpretado, y en el que las normas lo son todo. Esto tiene como consecuencia el esfuerzo de extender el “objeto” de conocimiento a la “realidad”, esto es a la “experiencia” (Cossio) y que Gadamer gráficamente denominó el “saber de la calle”²³.

Gadamer confiesa que su trabajo es una empresa filosófica: “mi verdadera intención era y sigue siendo filosófica”²⁴, su pretensión ha sido investigar “cómo es posible la comprensión”²⁵, y por tanto, no puede ser interpretada como una contribución a la ciencia histórica, ni a la lingüística ni a la jurídica. Paralelamente, el propósito egológico de Cossio fue dar habida cuenta de la necesidad imperiosa de una racionalidad práctica, de una Filosofía del Derecho cuyo objeto no sea distinto de la que tiene el jurista en su ciencia positiva del Derecho. No concibe una Filosofía Jurídica aislada, separada de lo que esencialmente es el Derecho como ciencia. Una filosofía con tal característica se encontraría ante la disyuntiva “de repetir lo que las ciencias dicen (...) o de negar las conclusiones de aquéllas, sellando con esto su propia muerte”. Por ello está convencido de que la Teoría Egológica constituye una “Filosofía de la Ciencia del Derecho (...) de directa utilización para el jurista en cuanto que revista los presupuestos con que el propio jurista trabaja”. En definitiva, “la teoría egológica es un nuevo punto de vista analítico para investigar, para enseñar y para manejarse en el Derecho (...)”²⁶.

En las tesis que sostienen ambos autores dentro del campo de la metodología científica y en su esfuerzo por establecer una diferencia metódica nítida

²² Ha sido sugerente en esta confrontación la ponencia del Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, cuyo título fue “La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas”, durante las Jornadas argentinas de Filosofía Jurídica y Social, en Octubre del año 2004.

²³ Gadamer, op. cit., nota 10, 452.

²⁴ *Ibíd.* 10

²⁵ *Ibíd.* 12

²⁶ Cossio, *Panorama de la teoría egológica del Derecho*, ed. cit., 57-59.

entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, con el afán de rescatar a esta últimas del foso de acientificidad en el que habían sido subsumidas, es clave, por una lado, el concepto de “experiencia” y el concepto de “comprensión”, por el otro, ya que posibilitan la ocupación de un nuevo lugar en el campo del saber y de la cultura a la filosofía (Gadamer) y al derecho (Cossio).

Gadamer urge una idea muy reiterada en sus escritos: la aplicación del derecho es siempre una *obra creativa*²⁷. Cossio, enfatiza la labor creativa del juez en la aplicación de las normas. Cuando se puntualiza que el juez conoce el problema desde un determinado bagaje cultural en el que halla sus convicciones más profundas, de modo que su acercamiento a todo caso de ninguna manera puede ser “neutral” si se concluye que tales convicciones le son inescindibles. Cossio dice que el juez ya ha tomado “partido en el problema”, esto es “ha infiltrado allí dentro su posición” a partir de la apelación a la “conciencia”. Por su parte Gadamer escribe que “los prejuicios de un individuo son muchos más que sus juicios, son la realidad histórica de su ser”²⁸.

Para Cossio es inútil querer soslayar el saber “a conciencia” del juez o querer extirpar y quedarnos sin el intérprete, ya que resulta absurda la aspiración de este último de “presentarse como despojado de su subjetividad, pues privado de ésta (...) perdería los ojos para ver”. Gadamer, por su lado, estudia el proceso del círculo hermenéutico desde una rehabilitación de las nociones de *pre-juicio* y de *tradición*. Pero la comprensión, a diferencia de lo que había sustentado Schleiermacher, no debe pretender que el intérprete ocupe el lugar del autor, sino que debe entenderse como una fusión de horizontes históricos.

Una vez identificado el método de las ciencias naturales, Cossio precisa (recuérdese la dialéctica en Gadamer) en el acto cognoscitivo de las ciencias culturales:

Este movimiento circular que realiza el espíritu es, como método, lo que en Gnoseología se llama dialéctica; y como el substrato y el sentido tienen que ser ambos reales, hablaremos aquí de un método empírico-dialéctico. Dialéctico, en este sentido gnoseológico, significa la unión, en síntesis, que hace el

²⁷ Gadamer, op. cit., 613.

²⁸ Op. cit., 344.

espíritu, por una actividad espontánea y propia, de dos cosas heterogéneas a las que pone en función mutua co-implicación.

La dialéctica gnoseológica no es, pues, deducción ni inducción²⁹.

Sobre tales bases, y profundizando el objeto cultural que es el derecho, en cuanto a la sentencia judicial, como ámbito privilegiado de interpretación y aplicación jurídica, expresa el maestro ególogo:

Cuando el juez dicta sentencia, ejercita un conocimiento por comprensión. El juez va a partir de las circunstancias que forman el caso que le traen a resolución; luego, vivenciará el sentido del mismo expresado en la ley como si esbozara una sentencia; volverá después a considerar el caso, a ver si el predibujado de la sentencia que se ha hecho se acomoda bien o no él como su sentido; volverá después al sentido que vivencia a través de las normas, destacando acaso algún detalle de los hechos que no había tenido en cuenta antes; una vez más regresará al caso y sus circunstancias quizá valorando otro precepto legal pero siempre ya con un mayor afinamiento del sentido jurídico del caso; y así, en una forma circular, pasando de los hechos al sentido de conducta de estos hechos, el juez irá formando su idea, por comprensión, de lo que es el sentido de su caso³⁰.

La anticipación que hay aquí, a partir de ciertos elementos insustituibles con la hermenéutica gadameriana es patente. Empalman ambos autores con la denominación como con las características metódicas defendidas ante el positivismo. Las enseñanzas de Gadamer: "Mal hermeneuta el que crea que puede o debe quedarse con la última palabra", en tanto que Cossio llamó el carácter necesariamente "abierto" del método del conocimiento por comprensión.³¹

²⁹ Cossio, 2002, p. 41.

³⁰ *Ibíd.* 45

³¹ Dice Cossio que el conocimiento por comprensión es "abierto", ya que "puede seguir su movimiento circular en forma indefinida y a medida que sigue va aumentando el conocimiento". Lo que explica de ésta manera: "el que oye música, cuanto más la oye, va comprendiendo mejor su partitura, sea para rectificar su juicio o para encontrarle nuevas bellezas. El que lee un gran libro de ciencia o de filosofía y lo relea, encuentra nuevas cosas que no advirtió antes; y en el mundo jurídico pasa otro tanto".

En ambos filósofos queda claro que la cuestión de la interpretación no puede quedar reducida al examen lingüístico de la ley, luego, al de las conductas, sino que se trata de un proceso único en el que las normas y los hechos convergen paralelamente en un proceso que requiere, del diálogo y la pregunta (Gadamer), es decir, “co-implicación” (Cossio) de hechos, normas e interpretante hasta arribar al derecho del caso concreto.

Esa comprensión es actual e histórica para ambos pensadores. Es actual, en tanto “las valoraciones jurídicas aparecen siempre en la experiencia jurídica”, y ésta no puede ser entendida únicamente del lenguaje de la norma sino de la “experiencia” de la vida misma que suministra cada situación. Y es histórica en tanto esa interpretación parte del dato insustituible que consiste en el “modo concreto e histórico de cómo entiende los valores jurídicos” todo intérprete (Cossio). Gadamer ha rehabilitado el papel de la tradición desde la que nos situamos, desde donde se sitúa el intérprete, incluyendo también los prejuicios, que dan cuenta de nuestro estado contextual y epistémico. El modo de comprender históricamente situado, en relación al cual se niega la indiferencia entre el sujeto y el objeto de la interpretación, es lo que Gadamer ha denominado la “historia efectual”.

La nueva hermenéutica de Gadamer lejos de “superar” (en sentido hegeliano) a la teoría de la interpretación judicial de Cossio viene a reontologizar el derecho y dar fundamentos humanísticos del conocimiento jurídico. Para cerrar este esbozo de articulación, integración y diferencia en dos humanistas de innegable contemporaneidad, caben para ambos las expresiones de Antonio Osuna Fernández Largo:

Toda esta hermenéutica tiene como positivo que deja abiertos los horizontes gnoseológicos y existenciales que definen el intérprete y su inserción en la historia de las realizaciones interpretativas. Y, además, no pretende tener una palabra definitiva en este campo de sus investigaciones, pues sería incongruente con una existencia finita del hermeneuta y con un tipo de conocimiento histórico siempre imperfecto y fluctuante³².

³² Antonio Osuna Fernández Largo, *Hermenéutica Jurídica*. En torno a la hermenéutica de Hans George Gadamer, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1992, 123.

VI. Conclusión

En las páginas precedentes se pretendió mostrar algunos de los aspectos más relevantes en las teorías de la interpretación en Cossio y Gadamer, como se dijo al inicio, a través de sus escritos, uno en 1945 y el otro en 1960, quienes revelan sus preocupaciones por dejar atrás una visión Dogmática del derecho y, por ende, de su interpretación.

Las normas ya no son lo *único* en el Derecho sino una *parte* de ese conjunto de elementos o materiales que constituyen lo jurídico, y que se concretará en la apelación al “circular” método empírico-dialéctico (Cossio) o dialéctico (Gadamer).

Todos los intérpretes de las normas tienen sus raíces en un ambiente social determinado y por lo tanto utilizan inevitablemente presupuestos y prejuicios que interfieren en sus percepciones e interpretaciones de las normas jurídicas. Muchos juristas han utilizado la máscara de la “objetividad” en la interpretación para perseguir sus propias visiones subjetivas. Es un tema del que deberemos hacernos cargo, con toda honestidad de espíritu.

Cualquier teoría sobre el proceso judicial de interpretación del derecho que ignore la realidad del interpretante, la realidad social y la experiencia normativa, es incompleta e insatisfactoria. En definitiva, cualquier teoría del proceso judicial implica, además, una teoría de la comprensión del *sentido* de la justicia.

Para concluir “sin concluir”, recordemos el apólogo con que alguien, alguna vez, se refirió al episodio que habría inaugurado la historia de la justicia en el seno de la sociedad política. Fue allá en los tiempos remotos en que, después de las batallas, los vencidos eran pasados a degüello sin misericordia. En bárbara ceremonia, con los codos ligados por la espalda, en presencia de esposas, madres, amantes, novias y hermanas, los jóvenes vencidos caían en estéril masacre partidos por un mandoble o atravesados por un venablo, pagando con su sangre la suerte de la guerra. Pero ocurrió una vez que un jefe clarividente habría de ofrecerles otra alternativa: la de reducirlos a la más dura esclavitud en beneficio de sus vencedores. Y en presencia del acto inaudito que así les otorgaba el don maravilloso de la vida, los jóvenes guerreros cayeron de rodillas ante el amo, cegadas las pupilas con las más puras lágrimas de agradecimiento que jamás la justicia hizo derramar.