

EL SUBSTRATO FILOSOFICO DE LOS METODOS INTERPRETATIVOS

SUMARIO. — 1. Clasificación de las concepciones interpretativas de acuerdo a su posición gnoseológica. — 2. El criterio de verdad en este problema. — 3. El método de interpretación como laguna específica en el derecho positivo. — 4. La cientificidad de los diversos métodos interpretativos.

I: CLASIFICACIÓN DE LAS CONCEPCIONES INTERPRETATIVAS DE ACUERDO A SU POSICIÓN GNOSEOLÓGICA

La interpretación judicial de la ley es uno de los problemas más apasionantes de la ciencia jurídica no sólo por su carácter constante e ineludible en cada caso judicial, sino también porque es uno de los pocos que, de hecho, coloca al jurista que lo investiga librado a sus solas fuerzas en la orientación que imprima a esta investigación. En efecto, el jurista que investiga el derecho positivo tiene siempre ante sí las normas escritas o consuetudinarias que regulan la conducta de los sujetos del Derecho, y estas normas, en su calidad de datos de la experiencia jurídica, son un punto de partida objetivo para la investigación que vaya a realizar; por ejemplo, si la ley dice que el término de la prescripción es de diez años, el jurista tiene que atenerse a este dato en la elaboración cons-

tructiva y sistemática que realiza para correlacionarlo en el orden jurídico en su aplicabilidad, en sus excepciones, en su alcance, etc. Pero en materia de interpretación sucede una cosa harto diferente; el jurista por lo común carece de un dato semejante; ordinariamente la ley no dice cómo se ha de interpretar ni prescribe como legítimo algún método interpretativo; y si algún código trae referencias normativas sobre el método que haya de usarse para interpretar la ley, cabe observar que no sólo estas referencias son muy generales y elásticas, sino que además los casos de obscuridad, de insuficiencia o de ausencia de precepto legal recolocan la cuestión en sus primitivos términos, pues, por ejemplo, frente a la ausencia de un precepto legal no cabe prescribir cómo se lo ha de manejar o entender: el Legislador puede sólo indicar los contenidos supletorios que se han de tener en cuenta (tales, las leyes análogas o los principios generales del Derecho), pero no el procedimiento para manipular algo cuya inexistencia se reconoce (1).

Agregaremos acá que el modo como se cumple la interpretación de la ley no es, ni puede ser, motivo de una norma consuetudinaria que estableciera la regulación de este acto; un juez no interpreta de acuerdo a un determinado método por costumbre, sino por convicción. La costumbre es un modo directo de la conciencia jurídica, en tanto que las actividades legislativa y judicial son ya un modo reflexivo de la misma; y esta diferencia filosófica bien conocida entre el pensamiento directo y el pensamiento reflexivo, es suficiente para fundamentar la imposibilidad de que el método de interpretación que usa un juez pueda ser impuesto por una norma consuetudinaria (2).

(1) Para una bibliografía del tema de este trabajo y, en particular de las lagunas del Derecho en la plenitud del orden jurídico, nos remitimos a nuestro libro *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, Bs. As., 1939.

(2) Tratamos a fondo esta diferencia en nuestro trabajo, próximo a publicarse, *La Génesis del Derecho*, cap. VI. Se comprueba la diferencia filosófica anotada, advirtiendo cómo ella condiciona la experien-

Destacaremos más adelante la verdadera naturaleza del problema que queda señalado al hacer notar que, en el derecho positivo, no hay por lo común una norma expresa para regular la interpretación en tanto método; en especial volveremos sobre el hecho de que esto es una laguna de la legislación de tipo específico, cuya especificidad la hace plausible como laguna, dentro de una órbita bien definida. Por ahora nos limitamos a señalar, con objeto de destacar la singularidad de nuestro problema, la circunstancia de que el derecho positivo no regula con una norma escrita el modo cómo ha de cumplirse la interpretación. Es así que en la historia de las ideas jurídicas han surgido varios métodos de interpretación de la ley, siendo esto uno de los aportes más preciosos con que la doctrina ha contribuido a la vida efectiva del Derecho. Estos diversos métodos nos suministran un material suficiente como para ensayar una clasificación filosófica de los mismos. Después veremos qué se puede decir sobre el panorama sistemático que hayamos obtenido.

Radbruch sostiene ⁽³⁾ que, frente a un objeto cultural (una ley por ejemplo), caben dos clases de interpretación. Una es la interpretación filológica que trata de extraer de un producto espiritual el pensamiento que su autor introdujo o depositó en él; consiste, pues, en repensar lo pensado ya por otro; se investiga, por lo tanto, un hecho histórico y se trata de asirlo tal como se dió en la experiencia sin trascender para nada el fenómeno espiritual efectivamente acaecido. Frente a esto existe la interpretación lógica que desconecta el produc-

cia de la costumbre y la de la interpretación: la costumbre cursa históricamente en la conciencia colectiva y así, a través de ella, llega a ser en el pueblo (o en cualquier otra colectividad); en cambio la interpretación cursa históricamente en las conciencias individuales de los jueces y a través de cada una de ellas llega a ser en una sentencia. Los jueces, en cuanto órganos del Derecho, no tienen costumbre; si se quiere buscar costumbres entre los jueces hay que pensar en las costumbres de su gremio u otra colectividad similar, pero esto es cosa diferente de lo que venimos tratando.

(³) G. RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cap. XII, Madrid, 1930; y *Filosofía del Derecho*, cap. XV, Madrid, 1933.

to espiritual del acto en que fué creado, en el instante mismo en que la creación terminó; el producto espiritual (la ley en nuestro ejemplo) es considerado como una significación independiente en la que se puede seguir la lógica de las ideas en ella contenidas; ideas sin duda insospechadas en el acto de su creación por el espíritu que creó el producto, pues es innegable que toda idea está repleta de conexiones con sus ideas afines, y de exclusiones respecto de las ideas que no permitieran una integración sistemática con ella. Con esta segunda clase de interpretación indudablemente se trasciende el momento histórico de origen, cada vez que en el porvenir surge una nueva idea sistemáticamente conexas, la que es rechazada por la primera interpretación y, en cambio, admitida por ésta. Mientras para la primera interpretación el producto cultural está totalmente en el tiempo y por su tiempo, para la segunda está fuera del tiempo aunque regresa constantemente al tiempo para actualizar sus diversas posibilidades.

En el horizonte de tan importante distinción late la concepción hegeliana del espíritu subjetivo y objetivo; y está también, lo que es más importante, el fundamento empirista y racionalista de los conocimientos adquiridos de aquellas dos maneras. La referida distinción ha sido llevada al campo de la doctrina jurídica cuando se contraponen el método histórico al método lógico-gramatical de interpretación de la ley. Sin embargo a nosotros nos parece que esta contraposición, dentro de la metodología jurídica, es suficiente sólo para fijar un punto de vista en contra del empirismo histórico; pero no para fundamentar con la oposición método histórico versus método lógico-gramatical, una clasificación metódica dentro de una teoría jurídica consciente de todos sus problemas porque también las palabras (elementos gramaticales en la contraposición) pueden ser consideradas como hechos y como significaciones (*); y precisamente, dentro de la ley, las pa-

(*) Así recordamos que si bien en la filosofía contemporánea se considera generalmente al lenguaje como espíritu objetivo y sobre esta base

labras son primero hechos que allí están y luego significaciones autónomas en el sentido más arriba señalado. La contraposición que usan los juristas no sirve, en consecuencia, para una clasificación gnoseológica porque en ambos términos de la distinción aparece el elemento empírico. Así nosotros distinguimos como tres cosas diversas la significación objetiva de la palabra, el hecho de estar la palabra en la ley y el hecho del Legislador al incluir la palabra. Es cierto que las palabras son significaciones, de modo que no se puede considerar el mero hecho de estar las palabras incluídas en la ley sin pasar a la órbita de las significaciones, pero esto nos servirá justamente para hacer ver la posición del empirismo ingenuo en nuestro problema.

Porque si ahora proyectamos estas ideas sobre los diversos métodos de interpretación de la ley que han propuesto los juristas, notamos de inmediato los fundamentos gnoseológicos de cada uno y la consiguiente actitud que presuponen.

Así el método gramatical, al que recurrió Shakespeare para operar el desenlace de *El Mercader de Venecia*, es empirista porque se funda en el hecho de las palabras que contiene la ley, las cuales son tomadas en consideración porque son datos de la experiencia jurídica y, en rigor, los únicos datos para este método interpretativo. Cuando hablamos acá de método gramatical *stricto sensu* nos referimos a la elaboración que puede sufrir el vocabulario de la ley para ser entendido, en base a la autonomía que gramaticalmente pueden tener cada palabra o frase de la ley, prescindiendo de las conexiones lógicas que existen entre las diversas leyes y aún entre las diversas partes de una misma ley. Ejemplo de esta elaboración gramatical lo tenemos en los glosadores y post-glosadores con su técnica de sinónimos, etimologías, ejemplos y textos paralelos, con lo cual prescindimos de aquellos aspectos lógico-sistemáticos que se insinúan rudimentariamente en aquellas es-

la investigación ha alcanzado significativos triunfos, Hegel en cambio lo considera como espíritu subjetivo (HEGEL, *Enciclopedia delle Scienze filosofiche*, pág. 404, Bari, 1923).

cuelas y que lentamente ganan importancia con el curso del tiempo (continuaciones titulorum, brocardas, sùmulas, apparatus, etc.). Pero este empirismo del método gramatical es un empirismo ingenuo: Las palabras, en el Derecho, no pueden desconectarse de toda significación, de manera que es imposible quedarse en el hecho de las palabras sin trascender a la esfera de las significaciones; y esta esfera, cuando no nos referimos a los hechos de conciencia de quien las pronunció, no es de naturaleza fáctica como acertadamente hace notar Radbruch. Una palabra puede ser considerada subjetivamente como la intención de un hombre en una determinada situación; pero además, objetivamente, una palabra es una significación; sólo la Gramática considera las palabras como palabras. Alude elegantemente a estas cosas el conocido pensamiento de Goethe de que cada palabra que se pronuncia es una fuerza que se incorpora a la Naturaleza por la plenitud de las virtualidades contenidas en ella; y es sabido cómo confirma esta autonomía significativa de las palabras, la sociología de los pueblos primitivos donde las palabras mágicas parecen llevar una vida despersonalizada ⁽⁵⁾. No obstante todo esto el método gramatical no tiene plena conciencia de la diferencia que hay entre el hecho de la palabra contenida en la ley y su significación, de modo que al fluctuar constantemente entre estos dos términos impregna de ingredientes racionales lo que considera un dato puramente empírico, como es característico en toda posición filosóficamente ingenua. Pero lo decisivo en esta fluctuación para perfilar la gnoseología del método gramatical es que el hecho de las palabras regula a los contenidos significativos; es decir que el hecho de las palabras contenidas en la ley señala sin más y limita las significaciones jurídicamente valederas; por eso la elaboración gramatical se reduce a los textos oscuros o incompletos, como si el hecho de las palabras agotara lo que es la experiencia jurídica y sin advertir que las significaciones de ellas están es-

(5) LUCIEN LEVY-BRUHL, *La mentalité primitive*, París, 1922.

estructuradas por otras significaciones que no son las de las propias palabras. Por ejemplo, la palabra "Derecho" tiene una significación, de modo que cuando la ley contiene la palabra "padre", la significación de ésta está subordinada a la significación "Derecho" que gramaticalmente no está enunciada. Así el método gramatical deja de lado, entre otras cosas, las significaciones puramente lógicas de coordinación, de subordinación, de clasificación, etc. (que no tienen su base de sustentación en las palabras, sino en la significación de las palabras), porque el método gramatical toma por fundamento el hecho de las palabras contenidas en la ley. Por eso el método gramatical no puede elevarse hasta una sistemática del derecho positivo; ofrece sólo una pluralidad dispersa de contenidos significativos autónomos que están en la ley. Pues si bien los hechos — y en tal caso las palabras en cuanto hechos — nos dan conceptos reales, no nos dan en cambio sus relaciones; para esto necesitamos otra clase de conceptos; y sólo con esto se puede superar la mera pluralidad de los simples hechos.

También es empirista el método exegético de interpretación, pero su actitud dista mucho de ser ingenua. Ahora se tiene plena conciencia de lo que es, para una palabra, su sentido; sólo que el método exegético se vuelve hacia la significación que efectivamente correspondió a la palabra en la conciencia del Legislador en el momento de creación de la ley y trata de revivirla para darle una vigencia que desplace a las otras significaciones autónomas que en la palabra pueden caber; por esta razón y a diferencia de la interpretación gramatical, un texto puede ser extendido o restringido en su aplicación "cuando su redacción, aunque presente un sentido netamente determinado, no expresa exactamente el pensamiento del legislador" (6). Las palabras no están tomadas objetivamente en su significación potencial, sino subjetivamente en aquella significación efectiva que, como hecho, correspondió a

(6) AUBREY et RAU, *Cours de Droit Civil français*, N° 40, Paris 1856.

ella en la conciencia del Legislador al emplearla. Esta actitud se ejercita en forma reflexiva, de modo que alcanza no solamente a las palabras aisladas, sino a todas las unidades de contenido empírico que se pueden concebir como preceptos positivos del orden jurídico que están sistemáticamente entrelazados. En este ensamblamiento o sistematización, por fuerza lógico, los elementos lógicos carecen de autonomía teórica porque también están subordinados al hecho que fundamenta la posición metódica, es decir al hecho de la intención del Legislador; así la coherencia sistemática a que se llega sólo es la coherencia inherente al hombre psico-físico cuando piensa; en cierto sentido es el hecho de una coherencia subjetiva, no la coherencia objetiva del pensamiento desprendido del individuo que lo produce. Por eso el método exegético no alcanza a formular principios o concepciones teóricas del derecho positivo o de sus instituciones (cosas que ya no son leyes sino teorías de los contenidos legales); la lógica aparece aquí a la zaga de los preceptos, sólo en cuanto hay un precepto que coordinar con los demás. La intención del Legislador que, como vemos, preside incluso la construcción lógica de este método interpretativo, es a todas luces un fundamento empirista para el conocimiento y lleva a aprehender una verdad en la ley, tal como a la verdad empíricamente se la puede entender, porque al hecho de los datos jurídicos que encuentra el intérprete se lo hace equivalente de otro hecho, a saber, del hecho de una significación efectivamente tenida por alguien en el momento de la creación del dato. Es así conocida la importancia que cobran, desde este punto de vista metódico, las notas de los codificadores, las discusiones parlamentarias y en general los trabajos preparatorios de la sanción de la ley (7), en-

(7) Tras el auge que alcanzó esta escuela interpretativa, nada denota mejor su actual crisis — crisis que en realidad se funda en la crisis del positivismo filosófico, aunque los juristas no advirtieran tal circunstancia — que las siguientes autorizadas palabras salidas de la esfera de los especialistas: “En resumen, la interpretación de las leyes ganaría en certidumbre, en autoridad si se hiciera completa abstracción de

tre los cuales el informe prevalente en la comisión de estudio del parlamento ha tenido el peregrino destino de ser llamado, reiteradamente, interpretación auténtica por algunos tribunales argentinos (8).

Sin embargo esta intención del Legislador, como fundamento metódico, ha de ser entendida como una intención histórica y no como una mera intención personal o individual porque se trata de un empirismo histórico y no de un empirismo psicológico; es decir, se busca la significación que efectivamente correspondió a la ley en su origen en base de las circunstancias históricas que determinaron la intención como fenómeno de conciencia (9). Naturalmente que nosotros, al clasificar las concepciones interpretativas, no nos atenemos a la posición que un método cree tener en el problema del conocimiento, sino a la que efectivamente tiene en cuanto de hecho realiza una posición gnoseológica posible, a pesar de los errores teóricos con que el jurista la conciba. Esto tiene extraordinaria importancia en nuestro asunto porque el empirismo interpretativo está frecuentemente viciado de psicologismo por los autores que lo exponen teóricamente, lo que, por cierto, no afecta para nada la interpretación empirista que efectivamente ha tenido lugar cuando tal método es usado por el jurista. Y se ha presentado una teoría psicologista cuando se ha tratado de conceptualizar la interpretación histórica, porque el propio empirismo se ha concebido a sí mismo bajo el supuesto de que el Legislador está respecto de la ley como está el indi-

los trabajos preparatorios'. (HENRI CAPITANT, *Los trabajos preparatorios y la Interpretación de las leyes*, en revista "La Ley", tomo IV, pág. 73, sección doctrinaria, Buenos Aires, 1936).

(8) La expresión "interpretación auténtica" está acuñada en la doctrina para señalar una nueva ley que aclara el sentido de otra ley precedente; se trata pues de un acto legislativo que tiene por contenido la ley que es motivo de la interpretación. En consecuencia la interpretación auténtica es un nuevo dato jurídico y no una teoría para aprehender este dato.

(9) KELSEN, *Legal Technique in International Law*, pág. 12, Geneva, 1939: "en base de las intenciones del autor de la ley, de las circunstancias exteriores dentro de las que ha creado su obra, de su personal posición, del clima espiritual de todo aquel trabajo".

viduo respecto de los contratos (10), y así como en éstos la intención personal es decisiva para su inteligencia, así también la intención personal del Legislador es decisiva para fijar el alcance de la ley. En esto sólo hay un error de concepción que hemos de despejar y que no modifica el hecho de la interpretación histórica cuando ella tiene lugar, por ejemplo, en el método exegético; pero además hemos de aclarar que para el método se trata de la intención histórica y no de la intención individual del Legislador, con objeto de denunciar cómo el empirismo incurriría en psicologismo al amparo de aquel error teorético.

La afirmación de que la ley es producto de la voluntad del Legislador en el mismo sentido en que se dice que un contrato es producto de la voluntad de los contratantes, olvida una diferencia fundamental entre ambas situaciones. En los contratos la voluntad de las partes figura en los dos hechos que conecta la norma contractual: como existencia de una voluntad en el hecho-antecedente y como intención de los contratantes en el hecho-consecuente. En cambio, en la ley la voluntad del Legislador sólo figura como existencia de una voluntad en el hecho-antecedente al cual se imputa la ley como hecho-consecuente. Pero este consecuente no contiene porque sí la intención del Legislador; la contendrá únicamente en el caso específico de que la propia norma así lo disponga. Esto es lo que ocurre en los contratos, en las instrucciones administrativas y en los derechos de libertad cuya particularidad jurídica consiste precisamente en que la norma legal que los fundamenta dispone esa referencia a la intención de las partes en lo que concierne al hecho-consecuente del acto. Pero mientras la ley no contenga una disposición semejante acerca de sí misma, falta la razón de ser para que la intención del Legislador integre el hecho-consecuente que ahora sería la

(10) AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil français*, ed. cit., tomo I, pág. 120, nota 1: "Las leyes, en efecto, son la expresión de la voluntad del Legislador, como las convenciones son la expresión de la voluntad de las partes contratantes".

propia ley en cuanto norma así creada: Faltaría la razón de ser normativa, pues el principio de razón suficiente se mueve acá en la esfera del deber ser y, por lo tanto, no cabe que la intención personal del Legislador (que es un ser) integre la consecuencia (que es otro ser) de una norma en razón de la conexión genética entre uno y otro hecho (conexión de ser); ha de integrarla en razón de una conexión imputativa, y esto únicamente la misma u otra norma lo puede disponer. En resumen: la intención de los contratantes es objeto de la norma contractual, y ello porque una norma así lo establece; mientras que la intención del Legislador no es objeto de la norma, y ontológicamente no puede serlo hasta que una norma así lo establezca. Queda claro, entonces, que la afirmación de que la intención del Legislador integra la ley que él sanciona, ordinariamente no es un dato jurídico, sino una teoría empirista para aprehender estos datos.

Pero dentro de este empirismo interpretativo, la intención del Legislador puede entenderse de modo histórico o de modo estrictamente psicológico como mera intención personal. Corresponde aclarar el punto porque nosotros creemos que la intención psicológica separada de su situación histórica carece de sentido metódico para la interpretación, precisamente porque en dos casos puede perderlo: cuando la intención es psicológicamente inaprehensible y cuando la intención es el universal lógico. Es decir que el empirismo psicológico es propiamente un vicio de la interpretación empirista, pero no una posición metódica posible como método porque sus propias condiciones metódicas pueden colocar el objeto a conocer (la intención personal del Legislador), fuera de las fronteras metódicas. Ahora, como es claro, ya no se trata de la concepción teórica del empirismo interpretativo, sino de la efectiva interpretación empirista incurrida de psicologismo realizando lo que afirma aquella concepción teórica.

En efecto, el empirismo psicológico entiende que la intención del Legislador es su vivencia psicológica personal abstraída de las circunstancias históricas que la determinaron

como fenómeno de conciencia, de tal manera que la intención personal en su aislamiento es un valor absoluto para el intérprete que le dice directa y totalmente cual es el sentido que busca en la ley. En cambio, el empirismo histórico advierte que la intención personal del Legislador está en función de una situación histórica concreta, de modo que aquélla es un índice o variable de esa situación objetiva si nos atenemos a la historia y no a la biografía del Legislador; la intención personal es ahora una variable muy importante (pero no más que una entre varias variables) dentro del complejo histórico que, a modo de índice relativo puesto en función con otros índices históricos (circunstancias exteriores del momento histórico, posición personal del Legislador, clima espiritual de la época, etc.) sirve para objetivar la situación histórica total con su sentido históricamente real, de tal manera que la intención histórica del Legislador está revelada en verdad por esta situación, pudiendo así corregirse las impropiedades de su intención psicológica y pudiendo ser desentrañada, por medio de los otros índices o variables, aún en la hipótesis de que la intención personal no haya sido expresada de ninguna manera. Buscando una contraposición conceptual diríamos que el psicologismo substituye, en el fondo, la historia por la biografía del Legislador.

Pero se ha objetado, con razón, a este psicologismo que cuando varias personas intervienen, disintiendo, en la creación de una ley, ya no se puede hablar de la voluntad o intención del Legislador en sentido psicológico absoluto. Lo mismo cabe decir cuando el Legislador no ha manifestado su intención, habiéndose limitado a decir lo que dice la ley. En todos estos casos la intención personal del Legislador es psicológicamente inaprehensible.

También el psicologismo pierde su sentido metódico en la interpretación de la ley cuando la intención del Legislador es pensar un universal lógico, y no una situación histórica concreta. En este caso no cabe la interpretación histórica porque el contenido de la significación real es lógico y no histórico;

es decir que no puede ser un índice ni relativo ni absoluto de una realidad porque es una significación puramente ideal; como índice es un índice inadecuado porque expresaría con demasía absoluta una determinada realidad y, por eso, sería un índice de todas las realidades por igual. Con todo, conviene ver más de cerca el problema que esto plantea a la interpretación histórica, especialmente cómo ésta está obligada a rectificar el dato intencional para no destruirse a sí misma y permanecer como interpretación histórica. Veamos: de ordinario pensamos genéricamente, es decir usando universales lógicos; las palabras — y por lo tanto las leyes — enuncian géneros. Pero un género si bien lógicamente es un universal, empíricamente — y por lo tanto históricamente — un género solo es una colección de individuos; de ahí que por más que un legislador haya manifestado que se refiere a un género en toda su universalidad, desde el punto de vista histórico su intención personal queda restringida al conjunto de individuos que condicionaron de hecho su fenómeno de conciencia. En este punto la teoría del método de interpretación no puede perder de vista que las leyes siempre se individualizan en sentencias, negocios jurídicos y resoluciones administrativas, de modo que el conjunto de estas individualizaciones históricamente posibles en el momento de la creación de la ley, contiene inequívocamente la intención realmente histórica del Legislador de origen, para determinar la cual la expresión personal del fenómeno psicológico del autor o autores de la ley colabora, no como instancia única, sino como uno entre varios elementos. Sin duda la intención psicológica del autor de la ley pudo consistir en referirse a la situación histórica de su época, y, entonces, esa intención tiene también valor histórico y, precisamente, el mismo valor histórico que la situación objetiva a la cual contribuye a aclarar porque la expresa adecuadamente. Pero también puede ocurrir que la intención psicológica del autor de la ley haya sido referirse al concepto genérico en su universal validez, en cuyo caso esta intención personal no tiene valor histórico para el jurista

porque su contenido es lógico, según dijimos más arriba. Por ejemplo si treinta años atrás una ley estableció que las enfermedades profesionales son indemnizables, y en esa fecha sólo se conocían cinco enfermedades profesionales, de nada vale para la interpretación propiamente histórica que el autor de la ley expresara en el curso del debate parlamentario, que él no se restringía a esas cinco enfermedades sino que se refería a todas las posibles, porque con esto él enunció una significación lógica que, por su contenido, no es un hecho histórico. Para la historia el género así enunciado sólo era la colección de enfermedades profesionales que, de hecho, lo integraban entonces; pues la aclaración personal de que el Legislador se refirió al concepto universal, nada añade a la enunciación general escueta de la ley que también lógicamente es universal. De la misma manera, en sentido inverso, si en el curso del tiempo se establece que una de aquellas cinco enfermedades no es profesional, de acuerdo a una interpretación propiamente histórica corresponde proseguir indemnizándola a pesar del error científico elucidado, porque esa enfermedad integraba la colección de individuos que determinaron al autor de la ley a enunciar el concepto genérico.

Entre los métodos racionalistas debemos nombrar, en primer término, al método dogmático que, a diferencia del método exegético, se funda en la ley misma considerada como una significación objetiva y autónoma, capaz de revelar soluciones inéditas al contacto de las situaciones de hecho más imprevistas y donde, a diferencia del método gramatical, no son las palabras, en cuanto hechos de la ley, los datos que retienen y sostienen la labor interpretativa, sino, al revés, los datos de la experiencia jurídica son las significaciones objetivas de las palabras y las palabras sólo su representación verbal. La relación gnoseológica entre palabra y significación está, pues, invertida respecto de la interpretación gramatical porque ahora es la significación objetiva el sustentáculo de la interpretación.

Esta inversión gnoseológica primaria pone de relieve el

carácter lógico del aporte específico traído por la interpretación dogmática. En su virtud los conceptos lógicos de “todo” y “parte” (11) resultan ser las primeras condiciones de la interpretación jurídica, pues, en efecto, cada significación en cuanto tal se subordina a otra más extensa o se coordina a otra de similar extensión; y lo mismo ocurre con cada nueva significación así lograda, hasta llegar a una noción sistemática del orden jurídico que las comprende a todas y en donde la base de la unidad y de la universalidad (12) reposa en ciertas significaciones meramente lógicas y supremas como el postulado de la plenitud hermética del Derecho, como el juicio de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, como la evidencia de que el Juez no puede dejar de juzgar, etc. La ciencia jurídica nunca analizó debidamente el verdadero alcance de estos postulados, pero llegó a ellos con seguro sentimiento científico (13). De todo esto resulta que cada significación expresada verbalmente en la ley está en conexión con otras significaciones no expresadas y, en rigor, en conexión con la totalidad del orden jurídico positivo. Y si bien las significaciones expresadas en la ley, son las que primero se perciben ellas no son las más importantes porque están condicionadas por otras.

A esta altura de nuestra exposición se advierte ya que estas significaciones no enunciadas en la ley, sobre las que pone su impronta el método dogmático, son de dos clases: Unas, conceptos materiales de menor, igual o mayor extensión que los enunciados en la ley, como por ejemplo “familia” respecto de “padre” y que están enunciados en otras partes del sistema legal o que, sin estar enunciados, pueden ser infe-

(11) HUSSELR, *Investigaciones Lógicas*, Investigación III, Madrid, 1929.

(12) SAVIGNY, *Traité de Droit romain*, París, 1855, N° 42: “Si las fuentes son insuficientes para la solución de una cuestión de derecho, debemos subsanar esta laguna, pues la universalidad del Derecho es una condición no menos esencial que su unidad”.

(13) Sobre la naturaleza apriorística de estos postulados, ver CARLOS COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cap. II, Buenos Aires, 1939.

ridos con igual positividad; y otras, conceptos formales que hacen posible establecer relaciones entre los primeros, como por ejemplo los postulados que antes mencionamos. Los conceptos de la primera especie, que como veremos más adelante, son juicios estimativos empíricos y efectivos en razón de la valoración jurídica que los recibe, están así dogmáticamente fundamentados por los de la segunda especie.

Ahora bien, el método dogmático encuentra una zona de conflicto con el método gramatical sólo en los conceptos de la segunda especie (conceptos formales) porque el método gramatical se atiene al hecho a-sistemático de las palabras de la ley como fundamento, mientras el método dogmático se atiene a los fundamentos lógico-sistemáticos. En cambio ambos métodos no tienen zonas de conflicto en los conceptos materiales porque éstos, si bien desde un punto de vista ideal son ciertamente algunas de las significaciones posibles de las palabras, en realidad sólo son aquellas significaciones que corresponden a las circunstancias efectivas del momento en que se las considera, significaciones variables que la dogmática determina por la finalidad de la ley (método teleológico, que Seileres llamó de la evolución histórica quizá para destacar la distancia que media entre la significación de origen y la significación actual). Desde este punto de vista el método dogmático coincide con el método gramatical en lo que concierne a las significaciones enunciadas en la ley hasta el punto de que la interpretación dogmática podría ser simplemente gramatical si sólo a ellas pudiera referirse; pero lo complementa por su mayor riqueza de conceptos materiales, pues las significaciones enunciadas en la ley no llenan todo el marco trazado por los conceptos formales; por el contrario ellas dejan entre sí amplios intersticios que se llenan con los conceptos materiales no enunciados y cuyo fundamento para la dogmática es el mismo en uno y otro caso (14).

(14) Respecto siempre de los conceptos enunciados, es claro que si la interpretación gramatical recurre a la etimología y la dogmática usa el procedimiento teleológico, se puede llegar a un conflicto interpretativo.

A su vez, respecto de los conceptos formales, el método exegético no entra en una zona de conflicto patente con el método dogmático, pues toda posición metódica que haga una sistemática y no una casuística recurre, para ello, a conceptos formales; pero como son diversos los fundamentos de estos conceptos formales comunes en la lógica psicologista y en la lógica pura, ocurre que el aporte lógico puede extenderse en el segundo caso hasta regiones que el empirismo tiene por inexistentes en la sistemática jurídica; tal así, por ejemplo, exegéticamente no se puede dar la noción de orden jurídico, que es la de una totalidad, porque se aludiría sólo a una pluralidad de partes yuxtapuestas. Pero en cambio dichos métodos entran en una zona de conflicto en lo que concierne a los conceptos materiales (expresados o no en la ley), porque acá se puede tratar de dos diversas significaciones diferentes: una, la que efectivamente fué tenida en cuenta en el momento de creación de la ley; y otra, aquella de las significaciones idealmente posibles que aprese los hechos del momento, en perfecta coherencia sistemática con la totalidad del orden jurídico.

Una cristalización particular del método dogmático es el llamado sistema inglés de interpretación ⁽¹⁵⁾, que se opone a la interpretación histórica en la forma de oposición que venimos perfilando, pero tal como semejante oposición puede exteriorizarse en un régimen de derecho consuetudinario y no codificado; por ejemplo, en el caso extremo de que las normas confieran valor normativo a la intención de los súbditos (como sucede en los contratos), el método exegético busca la intención efectiva de las partes aún a costa de la expresión

Pero esto no se debe al método gramatical, sino al histórico porque en realidad se contraponen una significación pasada a una actual. La significación actual de una palabra es la misma para los métodos gramatical y dogmático; éste únicamente adjunta otras significaciones conexas a la situación jurídica representada por la primera, en mérito de lo que hemos expuesto; así por ejemplo en el contrato de Shylock, gramaticalmente sólo decía carne, pero dogmáticamente decía carne y sangre.

⁽¹⁵⁾ HENRI CAPITANT, ob. y lug. citados.

escrita usada para traducir tal intención, en tanto que el sistema inglés busca la intención de las partes tal como ha sido expresada o como pueda ser deducida de los términos usados.

También es racionalista el método fenomenológico con el que Reinach y Schapp tratan de aclarar la inteligencia de los derechos positivos alemán e inglés ⁽¹⁶⁾; sólo que se trata de un racionalismo eidético y no lógico. Esta aportación metódica no incide sobre los conceptos formales sino sobre los conceptos materiales del orden jurídico. En efecto hemos visto que para el método dogmático la ley es un complejo de significaciones idealmente posibles de las cuales tiene primacía circunstancial aquella que mejor apresa los hechos del momento que se considera; pero todas esas posibles significaciones están en un pie de igualdad en cuanto representaciones conceptuales y si la decisión del intérprete favorece a una, es en función de los hechos, por lo cual la verdad jurídica que se afirma es una verdad empírica, al modo como el físico frente a varias hipótesis, se decide por aquella que se verifica en los hechos; el método dogmático no va más allá en pos de las significaciones. El método fenomenológico se desentiende de los hechos y sostiene que hay una única significación pura y libre de contenido empírico, significación que es una verdad de razón, y la cual está como núcleo de todas las significaciones dogmáticamente posibles en la experiencia. Esta significación esencial no entra en conflicto con las significaciones empíricamente posibles, porque estas sólo le añaden las particularidades cómo aquélla se realiza en la experiencia, de modo que el método fenomenológico sólo aclara un sentido general y constante de la ley, necesario para entenderla en sus particularidades, pero que no descarga del estudio empírico de éstas. Por ejemplo cuando afirmamos que la promesa se extingue por el cumplimiento de la prestación, afirmamos una verdad de ra-

(16) A. REINACH, *Los Fundamentos apriorísticos del Derecho Civil*, Barcelona, 1934. W. SCHAFF, *La nueva Ciencia del Derecho*, Madrid, 1931.

zón, apodíctica en cuanto el pensamiento contrario es absurdo y contradictorio; verdad esencial que no deriva de la ley y a la cual la ley simplemente utiliza como soporte de todas las particularidades concretas con que reglamenta la relación jurídica positiva que llamamos promesa. Así esta esencia está en todas las significaciones empíricas que se puedan extraer de la legislación sobre promesa y aclara el sentido general de estas significaciones sin descargar, por cierto, de la tarea de interpretar las particularidades que ha añadido el Legislador y que se fundan en una creación de su voluntad.

También es racionalista el sistema de la libre investigación científica que propone Géný, en el aporte específico a que ese sistema aspira; sólo que se trata de un racionalismo metafísico en el sentido del antiguo Derecho Natural. Según esto el sistema de Géný con su aporte particular, sólo afecta a los conceptos materiales del orden jurídico. En efecto, "se trata de constituer, por un esfuerzo científico, una especie de derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su oficio, que supla a las lagunas de las fuentes formales y dirija todo el movimiento de la vida jurídica" (17); para conseguir esto es necesario llegar a ciertos elementos *dados* al orden jurídico, y no simplemente contruídos por él, pero estos elementos dados no son esencias puramente significativas de la razón, sino una realidad realísima y metaempírica, como sostuvo el Derecho Natural, cuya existencia afirma metafísicamente la razón (18). No nos interesa señalar el retroceso científico que comporta querer hacer ciencia positiva con metafísica, colocando detrás de la realidad jurídica fenoménica otra realidad jurídica trascendente, porque esto es posible sólo para el realista ingenuo que abre un crédito ilimitado al sentido común (19); pero sí nos interesa señalar, en cuanto con esto

(17) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, N° 159, Paris, 1932.

(18) F. GÉNY, *Science et Technique en Droit privé positif*, Paris, 1922-1924, N° 167 a 170, y 70, 71, 161 y sigtes. esp. 162 y 176.

F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, ed. cit., N° 160 a 163.

(19) F. GÉNY, *Science et Technique...*, ed. cit., tomo I, pág. 73.

se tocan fundamentos gnoseológicos del método interpretativo, que para dar cabida a esta realidad metafísica en el orden jurídico, Géný tiene que afectar los conceptos formales y materiales de la concepción dogmática. Lo primero sucede cuando Géný afirma que el orden jurídico positivo no es una plenitud hermética, confundiendo las soluciones injustas de la ley con la ausencia de soluciones ⁽²⁰⁾ y, sobre todo, desconociendo el carácter puramente lógico de este postulado cuando lo llama ficción ⁽²¹⁾, con evidente impropiedad del sentido de los términos; para ser consecuente Géný debió aclarar por qué es plena la realidad jurídica metafísica que él aspira a descubrir. A su vez los conceptos jurídico-materiales de la Dogmática están afectados porque a este respecto toma partido por el empirismo afirmando de nuevo, contra toda propiedad de los términos, que las significaciones autónomas de la ley envuelven una ficción ⁽²²⁾ porque la ley en sí sólo contiene la intención de su autor. Pero la concesión al empirismo va muchísimo más lejos cuando, contra toda pureza metódica, se solicitan datos jurídicos a las ciencias sociales ⁽²³⁾ y a procesos culturales como el cristianismo ⁽²⁴⁾, o cuando, con visible error, se entiende que la analogía lógica reposa en un instinto de nuestra naturaleza con fuerza sociológica ⁽²⁵⁾. Por esta constitución de los conceptos materiales, Géný parecería ubicarse en el empirismo; y por aquella disgregación de los conceptos jurídicos formales parecería ubicarse en el voluntarismo; no obstante esto se ubica en verdad en un racionalismo metafísico porque lo original de su sistema está en los elementos *dados* con carácter de realidad metafísica, con lo cual pretende, a un tiempo, superar el empirismo y contener el voluntarismo poniendo freno al arbitrio del Juez. Su libre investi-

⁽²⁰⁾ CARLOS COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico...*, ed. cit. páginas 23 - 24.

⁽²¹⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, ed. cit., N° 223, I.

⁽²²⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, ed. cit., N° 223, IV.

⁽²³⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, ed. cit., N° 168.

⁽²⁴⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, ed. cit., N° 167.

⁽²⁵⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, ed. cit., N° 165.

gación científica, en efecto, remata en los datos metafísicos que el Juez simplemente descubre; frente a ellos el Juez no crea normas de ninguna especie; a diferencia del Legislador, que es un creador parcial del derecho, el Juez es sólo su aplicador total, pues el Derecho, en su parte más valiosa, está creado desde toda eternidad y para toda la eternidad.

Hemos expuesto las diversas escuelas interpretativas que preceden, destacando aquellos aspectos de las mismas que puedan interesar a la gnoseología jurídica, pues todos los métodos giran en torno a la verdad jurídica y aspiran simplemente a aprehenderla en la interpretación; de ahí que la clasificación de los métodos ha de tomar por base su posición gnoseológica. Así ha aparecido aquí la clásica división filosófica entre concepciones empiristas y racionalistas: A la cuestión de saber qué suministra el fundamento de la verdad que metódicamente se busca, unos dicen que ese fundamento es la experiencia jurídica y otros la razón. No se trata de verdades ideales, como equivocadamente supuso el Derecho Natural; las verdades de la ciencia jurídica son, ciertamente, verdades empíricas; pero respecto de éstas hay que saber por qué los datos de la experiencia jurídica llegan a ser verdades. Según el empirismo la verdad empírica deriva de la autoridad que tiene el propio dato de por sí. Según el racionalismo la verdad deriva de la autoridad que la razón confiere a los datos cuando éstos se organizan de acuerdo con las exigencias de ella.

Nosotros llamaremos posición tradicional tanto a las escuelas interpretativas empiristas como a las racionalistas, porque racionalismo y empirismo son por igual intelectualismo, es decir comprensión plena de las cosas y aprehensión de su verdad por la mera inteligencia del hombre, prescindiendo del motivo (experiencia o razón) que pone el fundamento del acto intelectivo. Dice Del Vecchio con exactitud: "La fe en la experimentación es legítima, sólo en el caso de que se ad-

mita que la mente humana es por sí sola capaz de conocer la verdad" (26).

Frente a la posición tradicional se levanta la Escuela del Derecho libre, la cual, si apurara rigurosamente sus premisas, debería propiciar la supresión de todas las normas jurídicas generales para que quede el Juez como árbitro libre y único de los conflictos, resolviéndolos según su conciencia de la justicia; no otra cosa significa, en el fondo, creer que la ley es simplemente una referencia de orientación para el Juez, pero de la cual éste se puede apartar cuando ella hiera su sentimiento del Derecho en un caso concreto. La Escuela del Derecho libre esconde una concepción anarquista del Derecho porque la ley no obliga al Juez; y en la contradicción de esencia que hay entre anarquismo y Derecho (27), está la carencia de valor científico para la Jurisprudencia que tantas veces se le ha señalado a esta concepción. Pero en cambio es interesante notar su actitud voluntarista frente a la actitud intelectualista de la posición tradicional, pues, en efecto, el contenido de la decisión judicial se funda y depende de la propia decisión en cuanto acto creador del Juez.

En esta situación Kelsen da un nuevo concepto voluntarista de la interpretación judicial (28). La voluntad judicial no aparece ahora como una potencia creadora, invertebrada e informe, sin más ley que la de su propia intimidad, como resulta en la concepción de la Escuela del Derecho libre; ahora la voluntad judicial tiene una estructura que, a modo de esqueleto, encierra dentro de ciertos límites a la potencia creadora de la voluntad. Gramaticalmente interpretar un objeto

(26) GIORGIO DEL VECCHIO, *Derecho y personalidad humana en la historia del pensamiento*, en "Los Derechos del Hombre", pág. 30, Madrid, Reus.

(27) CARLOS COSSIO, *El Problema de la Coerción jurídica y su estado actual*, pág. 17, Buenos Aires, 1931.

(28) KELSEN, *La Teoría pura del Derecho*, cap. VII, Madrid, 1933.
KELSEN, *Legal Technique in International Law*, págs. 7 a 25, ed. cit.

C. COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cap. II, ed. cit.

es aclarar su sentido; pero ya el haber echado mano de este término para aludir a eso que se llama interpretación judicial, denota una tendencia intelectualista en la historia de la ciencia jurídica, en el momento en que se acuña dicha locución, pues, según Kelsen, lo que se llama interpretación judicial no es un acto meramente intelectual para comprender un sentido. Fundamentalmente la interpretación judicial es una decisión del Juez mediante la que se crea una norma individualizada (la sentencia). Sólo que el Juez, en razón de la esencia lógico-jurídica de su ser, no opera desde el vacío; por el contrario su comportamiento está estructurado desde afuera; un juez es Juez en la medida en que ejecuta una norma general llevando lo general a lo particular mediante una norma individualizada que se corresponda con las particularidades del caso.

Aquí se equivoca la Escuela del Derecho libre cuando cree que el Juez puede operar desde el vacío prescindiendo de normas generales, porque no advierte que el acto de ejecución de una norma general es constitutivo de la noción de Juez; juzgar no quiere decir decidir por el azar o a capricho, sino decidir por un principio regulador. Es así que cuando la norma general está aparente, el Juez ha de referirse a ella; y cuando no está aparente (las llamadas "lagunas del Derecho"), ha de desentrañarla en la hermética plenitud del orden jurídico para luego referirse igualmente a ella, porque sin tal referencia falta el supuesto lógico de la típica ejecución que ha de cumplir para ser Juez, pues ya hemos visto que la esencia del juzgar consiste en decidir por un principio regulador.

Es claro que la referencia a la norma general implica determinarla y comprenderla. Pero aquí se equivoca la posición intelectualista que considera concluida la interpretación con esta operación intelectual. Para el intelectualismo la interpretación judicial es simplemente un silogismo cuya premisa mayor es la ley, cuya premisa menor es la situación de hecho y cuya conclusión necesaria es la sentencia. En cambio para la Teoría pura del Derecho ⁽²⁰⁾ la ley sólo delimita un

⁽²⁰⁾ KELSEN, *La Teoría pura del Derecho*, ed. cit., N° 37.

recinto de posibilidades dentro del cual el Juez libremente va a ocupar un lugar por decisión de su voluntad: dentro de una ley caben múltiples soluciones, todas igualmente legítimas en cuanto consecuencias silogísticamente contenidas en la ley; pero si únicamente una sólo de ellas llega a ser derecho positivo en la sentencia, ello se debe a la decisión creadora del Juez, y no, como es el supuesto de la tesis intelectualista, al hecho de que sólo cabe una conclusión lógica única en el juego de aquellas premisas.

Así, para Kelsen, el Juez crea derecho (si bien dentro de la ley, pero no fuera de ella); y lo crea porque su voluntad es un ingrediente necesario del orden jurídico en general, es decir de la noción del Derecho. No es que la voluntad del Juez esté contenida en el contenido de la ley por libre decisión de ésta, sino que necesariamente está contenida en razón de la ontología del Derecho: la voluntad del Juez no es uno de los hechos que la ley vincula imputativamente, sino una de las formas de esta vinculación. Así resulta que la voluntad del Juez, en el orden jurídico, es un *plus* de determinación inmanente al propio concepto del orden jurídico, de manera que el Juez no tiene la posición mecánica con que lo concibe el intelectualismo cuando entiende que su misión es verificar ciertas premisas y extraer su conclusión lógica. Y si la decisión judicial requiere conocer la norma general dentro de la que juega, es sólo para estructurar su decisión, pero no para crearla o constituirla en cuanto decisión.

Recurriendo a las metáforas puede decirse que la posición tradicional es el caso del arquero frente al blanco: Para dar en el blanco la flecha tiene un solo camino que recorrer: o se acierta o se yerra. En cambio la posición de la Teoría pura del Derecho puede compararse con el lente de aumento que concentra toda la luz que lo atraviesa, en un solo punto del círculo paralelo en que el propio lente se proyecta en el plano de su foco; pero el lugar preciso en que incide el vértice del cono luminoso dentro del círculo de proyección, depende de la inclinación que demos al lente en el momento de foca-

lizar: por un lado, el cono luminoso no puede salir del círculo de proyección del lente; y por otro, la inclinación del lente es algo diverso de la luz que lo atraviesa.

Insistiremos, por otra parte, en que Kelsen no desconoce lo que concierne a la determinación e inteligencia de la ley en la interpretación judicial; por el contrario expresamente declara que para ello puede servir tanto el punto de vista histórico como el lógico-gramatical⁽³⁰⁾. Pero mientras para la doctrina tradicional la interpretación judicial es este acto intelectual de comprender la ley y nada más, para el punto de vista kelseniano la comprensión de la ley es sólo el ingrediente intelectual de la acción que ésta presupone al realizarse porque se trata de una voluntad estructurada. Precizando más las cosas y siguiendo los resultados de una investigación efectuada en otro lugar⁽³¹⁾, nosotros diríamos que la comprensión de la ley es la verdad que, en cuanto elemento apriorístico de toda técnica, está presupuesta en la técnica jurídica de esa acción del Juez que se llama sentencia. Pero dejemos esto para otra oportunidad y resumamos en el siguiente cuadro la clasificación de las concepciones interpretativas:

⁽³⁰⁾ KELSEN, *Legal Technique in International Law*, ed. cit., pág. 12: "¿Cual de estos dos métodos es el correcto en general o en un caso particular? En este terreno no hay regla válida para todas las circunstancias ni aún tratándose de la interpretación de normas de derecho".

⁽³¹⁾ CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 34 y 35 (próximo a publicarse).

2: EL CRITERIO DE VERDAD EN ESTE PROBLEMA

Frente a esta multiplicidad de concepciones sobre la interpretación judicial de la ley, hemos de discernir cuál está en la verdad mediante su confrontación crítica.

Desde un punto de vista general es indudable que las concepciones intelectualistas previenen en contra porque el Derecho pertenece a la Filosofía práctica, no a la Filosofía teórica; es decir la esencia jurídica está en la órbita de la voluntad porque el Derecho es conducta, de modo que toda conceptualización intelectualista nace con cierta inadecuación del concepto respecto del objeto que quiere conocer. El intelectualismo es siempre lógica del ser, en tanto que el Derecho como ciencia requiere una lógica del deber ser; lógica que, en la historia del pensamiento, recién aparece con proyecciones sistemáticas con la Teoría pura del Derecho. Hasta ese momento la lógica de la práctica, y de modo especial en la lógica jurídica en tanto es su zona más elaborada, es lógica aristotélica, que es lógica del ser. A través de la inmensa gravitación ejercida por el derecho romano, cuyos juristas sólo conocían la lógica de Aristóteles, los juristas han pensado el Derecho mediante la lógica del ser referida a una experiencia estimativa. Esto es un compromiso imposible que, sin haber sido bien comprendido en su razón, se ha puesto de relieve en su imposibilidad cada vez que la teoría jurídica, superando la modesta actitud de los juristas romanos, ha intentado sistematizarse en una concepción científica de valor general. Este asunto no puede ser tratado en este lugar porque implica el análisis radical de las relaciones entre el pensamiento y la acción ⁽³²⁾, pero lo dicho es suficiente para sugerir tanto la insuficiencia del intelectualismo, como el defecto de la Escuela del Derecho libre, cuyo voluntarismo amorfo, al suprimir del Derecho el pensamiento que le es inmanente en tanto acción, peca en el sentido opuesto.

(32) CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, cap. IV.

Lo cierto es que la posición de la Teoría pura del Derecho aparece como una síntesis armoniosa que concede su parte de razón a las pretensiones opuestas del intelectualismo y del voluntarismo. No se trata de un eclecticismo arbitrario que yuxtapone, con buen sentido común, dos contrapuestas posiciones; se trata de una rigurosa síntesis cuyas partes integrantes están jerarquizadas de acuerdo a un principio que permite al intelectualismo ser absorbido por el voluntarismo, en tanto aquél resulta estructura en éste. En efecto, el principio de acuerdo al cual Kelsen fija su posición respecto de la interpretación judicial de la ley, no es un principio restringido a la interpretación y elaborado ex-profeso para ella, sino que es el principio general de su dinámica jurídica que determina la relación constante en todo el orden jurídico, entre creación y ejecución de las normas; (por ejemplo, el Legislador cuando dicta una ley está, respecto de la constitución positiva, en la misma situación que el Juez, respecto de la ley, cuando dicta una sentencia: en ambos casos la ejecución de la norma más elevada se lleva a cabo con la creación de una norma subordinada). Es, pues, la simple aplicación a la interpretación judicial de este principio general de la teoría del Derecho, lo que perfila una posición de síntesis en esta materia, entre puntos de vista de otro modo excluyentes cuando, sin jerarquizarse entre sí, juegan en un mismo plano. Y el valor teórico de semejante síntesis no puede pasar desapercibido a los estudiosos.

No es necesario confrontar largamente la posición de la Teoría pura del Derecho con la de la Escuela del Derecho libre porque los errores científicos de ésta son generalmente reconocidos. De modo particular ésta ha viciado su propio fundamento cuando, en rigor, elimina del Derecho los ingredientes intelectuales que le son necesarios porque son constitutivos del Derecho mismo. La conducta no es un simple hecho con calidad de "cosa en sí" que aparece y desaparece en la esfera de la práctica, sino que es conducta porque la voluntad tiene en ella una estructura inteligible que la configura,

siendo cierta específica estructura la que la califica de jurídica y la hace Derecho. Para la Escuela del Derecho libre, los ingredientes intelectuales de la acción son meras representaciones del contenido de la voluntad que la propia voluntad maneja. Pero esto no es así; además del contenido de la voluntad jurídica — donde junto a representaciones, hay emociones, intereses, instintos, etc., todo lo cual en concreto es contingente — la voluntad jurídica tiene sus formas específicas que la configuran como tal con independencia de su contenido; formas inteligibles que se refieren a la voluntad y no a sus contenidos, de modo que aparecen como apriorísticas para éstos. El hecho se reconoce advirtiendo que, frente a las proposiciones contingentes (por ejemplo, la mayoría de edad se alcanza a los 22 años), hay en el derecho positivo proposiciones necesarias (por ejemplo: se debe obedecer al Legislador originario; lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; el Juez debe juzgar siempre; etc.). Por haber dejado de lado la consideración de estas formas de la voluntad jurídica, la Escuela del Derecho libre cree que todos los ingredientes intelectuales del Derecho son meras representaciones del contenido de la voluntad del Juez, en el momento de la interpretación, colocándolo como árbitro y soberano. Pero el Juez no es todo el Derecho; más aun, nosotros decimos que el Juez es Juez porque él constituye una de esas formas de la voluntad jurídica, cuyo sistema excede, por cierto, la mera función judicial que es apenas una de sus partes ⁽³³⁾.

En cambio interesa confrontar más detenidamente la posición de la Teoría pura del Derecho con la posición tradicional porque ésta sigue predominando entre los juristas y porque la naturaleza de su minuciosa elaboración permite sacar conclusiones harto elocuentes.

Señalaremos así, en primer término, un hecho para el cual la posición tradicional no tiene una respuesta suficiente. Nos referimos al conocido fenómeno del cambio de jurisprudencia

(33) C. COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico...*, ed. cit., cap. II.

dencia. ¿Qué explicación cabe para la posición tradicional cuando, frente al texto de una misma ley que continúa vigente, los tribunales la interpretan de distinta manera de cómo se venía haciendo, mediando todas las exigencias de eso que los juristas llaman un cambio de jurisprudencia? Los casos son frecuentísimos en la vida del Derecho y su trascendencia es enorme porque el cambio de jurisprudencia implica una diferencia tan grande que después resulta permitido lo que antes estaba prohibido o viceversa. El cambio de jurisprudencia puede originarse en el cambio de método para conocer la ley; pero esto no es condición necesaria pues empleando el mismo método interpretativo cabe el cambio de jurisprudencia cuando la ley se refiere conjuntamente a diversos valores — caso, por cierto, el más frecuente — y el Juez que interpreta les da a éstos una prelación diferente de la que se les venía dando. El hecho puede ocurrir ya porque se trate de un nuevo Juez, ya porque un mismo Juez modifique su convicción al respecto.

Pero si la interpretación judicial fuera simplemente el acto intelectual de comprender exactamente el significado de la ley, como entiende la posición tradicional, es claro que la interpretación gira exclusivamente en torno a una verdad que va a ser silogisticamente utilizada. Y como, dado un objeto (en este caso la ley), la verdad es una y solamente una, frente a un cambio de jurisprudencia la posición tradicional tiene que decir que antes se ha vivido en el error teórico o que después se vive en ese error porque, una de dos, antes o después el objeto a conocer no era debidamente conocido. Esta conclusión, que es ineludible, no ha sido sacada por los juristas intelectualistas porque desgraciadamente, a raíz de la ola positivista, los juristas han perdido el contacto con la Filosofía para dañar el valor científico de su propio pensamiento, el cual, en cuanto ciencia, reclama la coherencia de sus proyecciones intelectuales. Sólo el método fenomenológico, que proviene de la Filosofía, se ha hecho cargo, en un orden más general de problemas, aplicable al caso, de la situación que comentamos,

pero mediante un arbitrio que nos parece contradictorio: En efecto, el método fenomenológico aspira a destacar esencias jurídicas, las que, en cuanto puras significaciones, permitirían formular verdades de razón sobre las figuras jurídicas. Así ya recordamos como ejemplo que es una verdad de razón y no una creación contingente del Legislador, la circunstancia de que la promesa se extingue por el cumplimiento de la prestación; el Legislador simplemente encuentra estas esencias en la esfera de las significaciones puras y las lleva al Derecho positivo con un conjunto de particularizaciones contingentes. Pero Reinach nos advierte ⁽³⁴⁾ que a veces la esencia de una institución puede ser desatendida y aun negada por el derecho positivo que trae esa institución; lo que a nosotros nos resulta incomprensible. Por eso, si hubiéramos de recurrir a este expediente para explicar lo que sucede con los cambios de jurisprudencia, debemos confesar que no estamos satisfechos.

Sin embargo salta a la vista lo inadecuado que resulta decir que se ha vivido o se vive en el error teórico. Nuestras convicciones, sin duda, pueden ser verdaderas o falsas; pero el Derecho, en cuanto conducta que efectivamente se cumple, es ajeno a la antinomia de verdad y falsedad (error teórico). La verdad es categoría de la teoría, pero no de la práctica; en la esfera de la práctica, la verdad juega limitadamente sólo como a-priori de la Técnica ⁽³⁵⁾. La explicación es otra; cuando cambia la jurisprudencia ha habido un cambio de valoración: uno era antes el valor vigente en la conciencia jurídica y otro lo substituye después, si bien ambos caben en la valoración más general de la misma ley. En el fondo el caso es igual a cuando una ley substituye a otra, donde tampoco cabe decir que, antes o después, se ha caído en el error teórico; lo que cambia es la valoración porque la experiencia jurídica

⁽³⁴⁾ A. REINACH, *Los Fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, ed. cit., cap. II, *passim*.

⁽³⁵⁾ Estudiado a fondo este punto en CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 34 (próximo a publicarse).

es siempre una experiencia estimativa. Aquí hay que advertir que lo que se acostumbra llamar error práctico es sólo la disconformidad entre dos valores: el que se vive y el que se piensa. Ha de tenerse, pues, bien en cuenta, en contra de las concepciones intelectualistas de la interpretación judicial, que la verdad como determinación exclusiva y exhaustiva es ajena al Derecho porque el Derecho no es teoría; y que en el Derecho el juego de la verdad se circunscribe a su técnica. Todo esto, naturalmente, se refiere a la conducta efectiva y al pensamiento que le es inmanente. Otra cosa diferente es la teoría del Derecho, que reflexiona sobre la conducta jurídica y la hace objeto de conocimiento.

Pero en conformidad con lo expuesto puede argüirse que el Derecho está constituido por normas de comportamiento, no por normas de conocimiento; y que las diversas escuelas interpretativas intelectualistas proponen siempre un procedimiento para conocer con pulcritud el contenido de una norma discutida. Por lo tanto, si el ámbito positivo se traduce en normas de conducta, escritas o consuetudinarias, que tienen vigencia tangible en una sociedad dada, parecería concluirse que los sistemas interpretativos no son derecho porque sólo son una elaboración intelectual a que quedan sometidas aquellas normas con el simple objeto de conocer exactamente su contenido. De modo que la argumentación de la Teoría pura del Derecho cae por su base por cuanto se ha combatido la concepción tradicional desde un análisis del Derecho como si un sistema interpretativo fuera derecho positivo; es decir que se habría combatido al intelectualismo desde fuera de la cuestión porque los métodos interpretativos darían sólo normas de conocimiento.

Sin duda con esto se llega al punto crucial del tema: se ha de demostrar, en efecto, que los sistemas interpretativos son derecho positivo.

El peso de este argumento no está en la significación gramatical del vocablo "interpretación", porque la elección de esta palabra para formar la locución "interpretación judicial"

puede denotar simplemente el clima intelectualista de la ciencia jurídica en el momento en que la acuña. El asunto está en saber qué es en verdad un sistema de interpretación de la ley. Y sin duda es cierto que los sistemas interpretativos no son las normas jurídicas que regulan la conducta de las partes jurídicamente vinculadas; por ejemplo, respecto del contrato que liga al locador con el locatario, es exacto que un sistema interpretativo aparece sólo como un método para conocer lo que ese contrato estatuye; lo mismo respecto del derecho de propiedad, aparece como un método para establecer lo que el código civil dispone sobre el dominio; etc.

Pero la interpretación es acto del Juez, no acto de las personas sometidas. Y como el Juez, en cuanto órgano necesario del Derecho, también se comporta de acuerdo a las normas jurídicas que regulan su actividad, lo que corresponde es determinar si los sistemas interpretativos dan normas para esa conducta del Juez en cuanto tal. Pues los sistemas interpretativos en cuanto derecho positivo, no se ubican en alguna rama particular del Derecho, sino en aquellas normas cuyo contenido es la conducta del Juez.

La cuestión queda, pues, resuelta porque los métodos interpretativos son complejos de normas de esa naturaleza; normas dirigidas al Juez. Y en cuanto un Juez emplea un método para dictar su sentencia, en ese momento este método, integrante de la conducta del Juez, es derecho positivo por la razón decisiva de que el comportamiento del Juez es derecho positivo. Y si esta cuestión ha sido hasta ahora obscurecida se debe a la increíble confusión de ideas que reina en torno de la noción de técnica jurídica⁽³⁶⁾, como si la técnica jurídica no fuera derecho o pudiera separarse de él⁽³⁷⁾.

(36) Kelsen, *Legal Technique in International Law*, ed. cit., pág. 24: "El problema de la técnica jurídica, a pesar de su extrema importancia para la práctica del Derecho, ha sido hasta hoy casi del todo descuidado en la literatura jurídica".

(37) C. COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 35 (próximo a publicarse).

3: EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN COMO LAGUNA ESPECÍFICA EN EL DERECHO POSITIVO

Nada comprueba mejor que los métodos interpretativos son derecho positivo en el sentido señalado, que la posibilidad de que el Legislador legalice exclusivamente un método (38). Pero como esta legalización no es frecuente, pues el Legislador acostumbra omitir toda referencia al método interpretativo; y como, por otra parte, los jueces al sentenciar constantemente recurren a algún método interpretativo, colmando el silencio del Legislador, debemos convenir en que este silencio es una de las llamadas lagunas de la Legislación, queriendo significar con esto, no la imposibilidad de resolver un caso de acuerdo a las normas vigentes, porque en este sentido lógico el orden jurídico no tiene lagunas (39), sino la circunstancia de que la valoración que queda contenida en una sentencia y que como contenido la origina, no ha sido prevista por el Legislador, sea que esta valoración resulte simplemente extraña a las valoraciones previstas, sea que resulte contrapuesta (el caso más frecuente) apareciendo entonces como una injusticia no querida por la ley pero derivada de ella.

Pero hay una profunda razón para considerar que el régimen legal de la interpretación judicial debe quedar como laguna. Razón que no es solamente estimativa en el sentido de que esa indeterminación facilita la justicia de las resoluciones judiciales, sino que es también teórica en el sentido de que hay un fundamento objetivo que asegura al Legislador sobre los resultados de su silencio y que, todavía más, el Legislador perjudicaría si consagrara una opinión. En estos tér-

(38) C. COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico...*, ed. cit., págs. 111 a 122.

KELSEN, *Legal Technique in International Law*, ed. cit., pág. 12: "Una reserva hacemos para el caso en que un método de interpretación esté prescrito en el sistema de normas que va a ser interpretado, método que en adelante debe ser considerado como *legal*. Pero esto es un caso muy raro...".

(39) C. COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico...*, ed. cit., cap. II.

minos la laguna de la legislación en materia de interpretación goza de un privilegio que no tienen las otras lagunas.

En efecto, si respecto del derecho que regula la conducta de los súbditos, los métodos de interpretación buscan de dar un conocimiento exacto, el valor que con ellos está en juego para el Juez es la verdad; y, por consiguiente, los métodos interpretativos son, por su sentido, ciencia del Derecho y, en realidad, manifestaciones del espíritu científico tal como la ciencia resulta ser una creación histórica del espíritu. Pero la verdad es cosa objetiva que no se construye con las apreciaciones de los individuos, de modo que aunque no esté contemplada por el Legislador ofrece siempre la misma invariable base para extraer conclusiones, a diferencia de lo que ocurre con los otros contenidos estimativos del Derecho cuya objetividad está en la aceptación que les ha dado el propio Derecho. Por ejemplo, que el pleno ejercicio de la capacidad civil se alcanza a los 22 años es un juicio objetivo de valor en el derecho argentino porque la ley lo establece, no porque sea una verdad; pero conocer esa circunstancia es una verdad aunque hayamos recurrido para conocerla, a un método interpretativo en el caso de que la expresión del Legislador fuere dudosa. El ejemplo sin duda es pueril por su sencillez, pero piénsese en un caso complicado y la puerilidad desaparece no obstante que subsiste la situación de fondo que hemos destacado.

En consecuencia, sentado que los métodos interpretativos implican verdad científica en el Derecho (no verdad lógica que apunta a otros problemas), podemos fundarnos en la objetividad de toda verdad para concluir que no es necesario que el Legislador la mencione con objeto de hacer objetiva la valoración que a ella se refiere.

Y como, por otra parte, no se puede saber cual será el contenido futuro de una ciencia empírica, en este caso de la ciencia del Derecho, es anticientífico que el Legislador legalice un método interpretativo que la ciencia bien puede superar en el porvenir. Por eso, sobre este punto, hemos sosteni-

do en otro lugar ⁽⁴⁰⁾ que la referencia correcta que puede hacer el Legislador a los sistemas interpretativos, es exigir que la interpretación sea *científica* para excluir los criterios autoritarios o irracionales de los cuales, con frase de Radbruch, podemos decir que “un caso feliz de intuición no es un método de conocimiento” ⁽⁴¹⁾. Aunque ha de reconocerse, pues se trata de una órbita de verdades empíricas, que si bien la verdad por su sentido es única e invariable, la verdad se presenta en la historia a través de la ciencia como el conjunto de las opiniones predominantes entre los científicos: historia de verdades y de errores. Esto quiere decir que el criterio interpretativo de la ley se remite a la opinión dominante entre los juristas, lo cual aventaja siempre al criterio que sobre el punto tenga el Legislador, pues el modo humano auténtico de expresarse una verdad científica en la historia es la conciencia de los científicos y no la conciencia del Legislador. La ciencia, en efecto, es un libre producto de la cultura.

A esta altura de nuestro discurso nos corresponde señalar una disidencia con Kelsen. Sostiene este autor que la labor de la ciencia jurídica llega sólo a dar la sistemática de los métodos posibles, pero que el empleo de un método y el consiguiente resultado ya no es ciencia porque la elección entre varios métodos está dictada por un juicio de valor ⁽⁴²⁾. Los métodos interpretativos son ideologías jurídicas, no ciencia jurídica ⁽⁴³⁾; se trata, pues, en rigor de la clasificación sistemática de ciertas ideologías y por eso es científica únicamente la clasificación.

Pero a nuestro juicio acá se ha perdido de vista lo que es el sentido de la verdad. Es cierto que la verdad puede ser motivo de una ideología porque también es un valor en la vi-

⁽⁴⁰⁾ COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico...* ed. cit., cap. III, con extenso análisis del asunto.

⁽⁴¹⁾ RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pág. 15.

⁽⁴²⁾ KELSEN, *Legal Technique in International Law*, ed. cit., págs. 12, 13 y 14.

⁽⁴³⁾ KELSEN, *La Teoría pura del Derecho*, ed. cit., N° 38 (N° 37 en la edición alemana).

da humana y así constantemente se la vive estimando; pero además la verdad es otra cosa: es la objetividad del conocimiento (para comprender en esta fórmula las verdades y los errores científicos); podemos, sin duda, estimar esta objetividad y hacer de ello históricamente una ideología, pero la estimación nada quita ni pone a la objetividad; por ejemplo, el escepticismo ha sido frecuentemente una ideología pero además de esto el escepticismo es un contrasentido (44). Aclaremos nuestro asunto con otro ejemplo: Sea un valor establecido o aceptado por el Legislador como contenido del derecho positivo, pero cuyos perfiles están técnicamente difusos y sobre lo cual, como es natural, gravita además todo el complejo del orden jurídico y de sus otras valoraciones; sea el caso de una restricción al dominio. La aceptación de ese contenido estimativo es, innegablemente, un acto político conforme con la ideología del Legislador. Pero cuando se trata de comprobar que ese valor está en juego en el caso planteado, de explicitarlo, de extraer sus consecuencias, de determinar sus modalidades, de establecer cómo armoniza con el resto del orden jurídico positivo, etc., ya no se hace política sino ciencia, porque el sentido de esto que hacemos es establecer una verdad. No se trata de la postura del valor, cuya objetividad para el derecho positivo está en la aceptación del Legislador, sino del tratamiento a que se lo somete para conocerlo, cuya objetividad deriva del sentido de la verdad.

Aclaremos que la ciencia que así se hace es una ciencia empírica porque se refiere a la experiencia jurídica, es decir se elabora y se trabaja sobre un dato de una experiencia estimativa. Porque, sin duda, la experiencia jurídica es una experiencia estimativa en el sentido de que se constituye con las valoraciones objetivas contenidas en el orden jurídico, las que son específicas valoraciones de conducta: Cuando el Legislador acepta un valor, su juicio es estimativo y su acto es política; pero el valor aceptado ya es un hecho de esa experiencia

(44) HURSSSEL, *Investigaciones lógicas*, ed. cit., tomo I, N° 32.

que puede ser conocido, sin que hayamos de decir que el conocimiento de este hecho es un nuevo acto estimativo del mismo carácter porque ya sabemos que la objetividad de la verdad no radica en la aceptación de un valor por parte del Derecho, como ocurrió cuando el hecho fué constituido. Con la salvedad del carácter estimativo de la experiencia jurídica, la ciencia del Derecho está frente a ella en la misma posición que la Física respecto de la Naturaleza: frente a un dato de experiencia que ha de ser conocido y explicitado, el cual es susceptible de revelar constantemente perfiles inéditos.

Y si en esta tarea el jurista recurre a un método inadecuado para el objeto que va a conocer, sacará, sin duda, una conclusión errada; pero a pesar de ello el jurista sigue haciendo ciencia (error científico) si su actitud tiene el sentido de la verdad; es decir, si está en actitud contemplativa porque su convencimiento sobre el empleo del método inadecuado reposa en el clima científico de su época y en la opinión sostenida por los juristas, que es el modo histórico como aparece la verdad. Todo esto sucede sin negar la posibilidad de que el mismo método se transforme en la ideología de una escuela de juristas, porque ya sabemos que la verdad también puede ser valorada; pero para que esto ocurra es necesario que el jurista pierda el sentido de la verdad y pase de la actitud contemplativa a la activa; es decir, que se utilice un determinado método porque ya se sabe lo que de él resulta y se quiere sostener este resultado, de modo que lo que se tiene en vista es el resultado en cuanto contenido estimativo, y el uso del método sólo ha sido un medio para imponer la acción implacada en aquel contenido.

Podemos corregir, entonces, el error señalado diciendo que la lógica, en cuanto metodología jurídica, da la sistemática de los métodos posibles, pero que el empleo de un método y su resultado son ciencia empírica del Derecho (al menos por su sentido). Entendiendo, naturalmente, de acuerdo a lo que llevamos dicho, que el empleo de un método no significa, para el Juez, la creación de la norma individualizada como

una conclusión lógica sino el conocimiento de la norma general dentro de la que el Juez ha de moverse. Y el propio Kelsen discrepa, en rigor, consigo mismo cuando, coincidiendo con lo que hemos expuesto, había dicho en una oportunidad anterior: "Si al aplicar la ley se ejercita una actividad cognoscitiva que va más allá de la necesaria determinación del marco dentro del cual ha de moverse el acto que pretende realizarse, no se trata ya del conocimiento del derecho positivo..." (45).

4. LA CIENTIFICIDAD DE LOS DIVERSOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

En conexión con el error que hemos discutido, corresponde proceder a otra rectificación más particular, en cuanto no se refiere a los fundamentos metódicos como antes, sino a los resultados del método. Mientras Radbruch dice terminantemente que el método jurídico de interpretación es lógico y no histórico (46), Kelsen sostiene que "la dualidad de los métodos de interpretación (él los distingue entre histórico y lógico-gramatical) hace posible una dualidad de significaciones"; que para el puro punto de vista jurídico todos los significados posibles tienen el mismo valor; que la elección entre varios significados puede ser dictada únicamente por un juicio de valor, subjetivo y político; y que no hay criterio para encontrar más fundado el uso de un método que otro (47). Estas opiniones nos parecen demasiado simplistas. Nosotros creemos que todas las significaciones obtenidas por los diversos métodos, si bien posibles, no tienen indistintamente el mismo valor de verdad en cuanto determinación de la valoración jurídica que ha hecho el Derecho sobre el tópico de ellas; por

(45) KELSEN, *La Teoría pura del Derecho*, ed. cit., pág. 64.

(46) RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, ed. cit., pág. 251, y *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pág. 148.

(47) KELSEN, *Legal Technique in International Law*, ed. cit., págs. 12, 13 y 14.

el contrario según los casos el empirismo o el racionalismo podrán alegar títulos de acuerdo a un fundamento. A nuestro juicio el asunto requiere un análisis meticoloso del problema en su complejidad donde ha de tenerse presente que la elección de uno de los significados posibles de la ley, no es todavía la creación de la norma individualizada, única cosa que hemos de salvaguardar en su autonomía circunscripta para mantener la posición voluntarista que hemos aceptado como exacta.

Nosotros hemos sostenido que la interpretación de la ley ha de ser científica. Si se acepta una interpretación gramatical ha de ser porque es la científica, no porque sea gramatical; si se acepta una interpretación histórica ha de ser porque es la científica y no porque sea histórica; lo mismo si la interpretación es dogmática, fenomenológica, etc. Históricamente el contenido de la científicidad jurídica apareció sosteniendo que una interpretación es científica porque es gramatical; después varió ese contenido sosteniéndose que una interpretación es científica porque es histórica y luego que es científica porque es dogmática (48). Hoy estamos con un nuevo concepto de la científicidad jurídica, todavía no depurado suficientemente, que permite aceptar cualesquiera de esas interpretaciones cuando son científicas y que por eso invita a pensar en el eclecticismo cuando lo miramos con frivolidad. Naturalmente que esto implica abandonar un método como concepción y quedarse sólo con su resultado; por ejemplo si se acepta una interpretación gramatical no es por el hecho de ser gramatical, sino porque únicamente siendo gramatical se satisface la exigencia metódica sobre la verdad que se ha planteado como duda en el dato.

En nuestro libro *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, nos cruzamos ya con este problema de la ciencia jurídica como creación libre de la cultura. Pero apuntando entonces nuestra investigación a la noción de orden jurídico y a los problemas fundamentales en ella estra-

(48) C. COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico...*, cap. III, ed. cit.

tificados (49), hubimos de manejarlo sin necesidad de aclarar lo que hoy en día es el fundamento de la cientificidad jurídica, cosa que, en cambio, después de lo que llevamos dicho, nos obliga en la presente investigación, al menos en lo que concierne a la cientificidad de la interpretación judicial. A tal cuestión se dirigen las siguientes apuntaciones, más como elementos fundamentales de un posible desarrollo ulterior, que no como una concepción conclusa, acaso todavía prematura para nuestra época.

En este sentido el problema en general es el de una adecuación entre el método interpretativo y el objeto a interpretar. Pero los diversos objetos (objetos en sentido lógico) que, como substrato, sirven de base para montar sobre ellos la significación jurídica (objeto jurídico a conocer), no son todos de la misma naturaleza ontológica (50).

Hay objetos ideales (lógicos y matemáticos). Son objetos matemáticos las cuantificaciones que maneja la ley cuando se refiere a las superficies, sus formas y medidas, o a los plazos y términos. Sobre estas cuantificaciones o determinaciones de cantidad, la disputa de los métodos jurídicos resulta ociosa. Por ejemplo, si la ley dice que la mayoría de edad se alcanza a los 22 años, puede discutirse si en cierto día tuvo lugar el nacimiento (objeto físico) o qué es un año solar (otro objeto físico), pero no puede discutirse lo que significa la cuantifi-

(49) El tema de entonces, bien señalado con el título de la obra, puede ser entrevisto más de cerca a través de su índice, que es el siguiente:

Cap. I: Planteo de nuestro asunto.

Cap. II: El problema lógico-gnoseológico y la plenitud herméutica del orden jurídico.

Cap. III: El problema legislativo y la ciencia del derecho en la interpretación judicial de la ley.

Cap. IV: El problema legislativo y la axiología de la interpretación en la plenitud del orden jurídico: a) La analogía jurídica. b) Los principios generales del derecho.

Cap. V: Conclusión.

(50) La literatura filosófica sobre la distinción entre objetos ideales, naturales y espirituales, es extensa y fundamental. Como una introducción a su estudio señalamos FRANCISCO ROMERO, *Lógica*, capítulos X, XI y XII, Buenos Aires, 1938.

cación 22 (objeto matemático) porque el conocimiento de los objetos ideales implica una *intelección*. Al hablar de 22 años, dejando a un lado la particularización astronómica que la refiere al año solar, queda la significación "22" que no nos suscita ninguna duda como para tratar de zanjarla con la garantía de un método. El significado de 22 puede no haberse presentado en la historia (como en los pueblos primitivos que no saben contar hasta esta cantidad), pero una vez que se ha presentado, el significado invariablemente es el mismo para toda posible consideración porque él es objeto de una *intelección*. No cabe conocerlo con un método histórico porque 22 es una esencia; la *intelección* se cumple idénticamente en el Legislador y en el Juez, es decir, 22 significa necesariamente lo mismo tanto para el Juez como para el Legislador. Sólo tiene importancia el léxico gramatical en cuanto las palabras son la expresión adecuada para tales conceptos esenciales. Es así que acerca de estos objetos matemáticos sólo cabe discutir si la ley admite 21 o 22 porque las disposiciones legales son confusas (realidad del dato intelectual sobre la base del hecho de las palabras), o porque, con evidente contradicción, la ley dice ambas cosas dando dos datos incongruentes que crean un problema lógico. Lo mismo cabe decir respecto de los objetos lógicos que sean utilizados por el Legislador para montar una valuación jurídica, como ocurre en el caso de la analogía, la que, en cuanto modo del razonamiento (objeto lógico) es la verdad de una igualdad, sin que sobre esto quepa la disputa de los métodos jurídicos de interpretación ⁽⁵¹⁾; objeto lógico al que toma la valuación jurídica cuando sobre él afirma la justicia de la igualdad disponiendo que lo análogo debe ser porque es análogo.

Hay también objetos de la Naturaleza, como es nuestro propio cuerpo. Ahora se trata de una verificación empírica

(51) El caso de la analogía y la confusión en que ha recaído la teoría jurídica en cuanto ella es un objeto lógico sobre el que se monta un objeto jurídico, está extensamente tratado en nuestro libro citado *La Plenitud del Orden jurídico...*, págs. 123 a 149

que, como conocimiento, supone una *explicación*. Por ejemplo, si el hecho que considera la ley es el nacimiento de una persona, corresponde una verificación empírica del mismo, pero por nacimiento se entiende siempre una determinada explicación. Pero respecto de estos objetos que, en cuanto objetos de conocimiento, son una explicación, aparece otro tipo de dificultades además de aquellas que se refieren a la realidad de los datos jurídicos y a su coherencia sistemática. En efecto, mientras las intelecciones simplemente aparecen o no aparecen en la historia y, por lo tanto, en cuanto objetos de conocimiento son invariables, en cambio las explicaciones se suceden reemplazándose las unas a las otras, con lo que el objeto de conocimiento va variando. Lo importante de esto es que habiéndose aceptado en la ley uno de estos datos porque la ley contiene efectivamente el medio expresivo que a él alude (realidad jurídica del dato), el dato explicativo o explicación lleva, en su propia naturaleza, la virtualidad —y aun la necesidad— de ser reemplazado por otra explicación, de manera que la misma expresión verbal usada por la ley y que alude inequívocamente al mismo dato, va revelando nuevas proyecciones en la medida en que una explicación reemplaza a otra, es decir en la medida en que el dato explicativo, no obstante ser el mismo como dato, se va transmutando como objeto de conocimiento. Por ejemplo, si la ley admite la responsabilidad por enfermedad profesional usando esta expresión, fácilmente se comprende que si bien el dato como referencia jurídica es el mismo, en cambio el dato como objeto de conocimiento se ha modificado cuando se incluye una nueva enfermedad en base de que la medicina explica su origen profesional. Y en estos casos cabe, sin duda, la disputa entre la interpretación histórica y la interpretación dogmática; es decir, si por enfermedad profesional se ha de entender únicamente lo que así estaba explicado para el Legislador en el momento en que aceptó este dato, o si, por el contrario, por enfermedad profesional se ha de entender lo que como tal vaya siendo explicado en el curso del tiempo.

Por último la ley echa mano también de objetos del Espíritu, como por ejemplo si estableciera que la ingratitud o el indecoro son causas de revocación de un legado. Pero ahora se trata de una verificación empírica que, como conocimiento, supone la *comprensión* de un sentido. A la ingratitud, para conocer lo que ella es, no se la entiende ni se la explica; sólo se la comprende; esto quiere decir que dentro del objeto y como parte del propio objeto, está el espíritu de quien lo conoce. Mientras en la explicación el sujeto cognoscente está fuera del objeto conocido y éste, en su existencia, es empíricamente independiente de aquél, en la comprensión, en cambio, el sujeto que conoce el sentido está dentro del objeto comprendido, de manera que el objeto en su realidad es siempre la realidad empírica de un espíritu cognoscente; así la ingratitud no es meramente el conjunto de ciertos hechos del ingrato, sino además el sentido de estos hechos, sentido real y existente sólo en la conciencia de quien conoce esos hechos (sean los protagonistas, sean terceros). En consecuencia, respecto de estos objetos del Espíritu que utiliza el Legislador, no sólo existen todas las dificultades antes señaladas, y en particular aquella que justifica la discusión entre empirismo y racionalismo en torno a los objetos de la Naturaleza, sino que se añade la siguiente: la verificación empírica del dato admitido por la ley implica que el dato exista en parte en el Juez como su propio acto. En efecto, no basta que el Juez tenga a la vista los actos del ingrato para que revoque el legado, sino que es necesario que el Juez viva su sentido; es decir que el sentido de la ingratitud aparezca como un hecho de su conciencia psicológica frente a ellos, porque si dichos actos no suscitan en el Juez ese hecho de su propia conciencia, el Juez dirá que no ha habido ingratitud y apreciará los mismos hechos de diversa manera. Los actos del ingrato, abstraídos de todo sentido, son simples objetos de la Naturaleza.

Pero estas tres familias de objetos que utiliza el Derecho son meros elementos sobre los cuales se teje un nuevo sentido: el sentido de lo que es jurídico, porque el Derecho es, a su

turno, un objeto del Espíritu ⁽⁵²⁾. El Derecho somete aquellas cosas a su peculiar valoración mediante sus específicas categorías constitutivas; en este sentido la experiencia jurídica es una experiencia estimativa como hemos dicho. Así, valora las cuantificaciones en la edad, la prescripción, los plazos, las superficies, etc. (aunque ciertamente, siempre sobre ciertas particularizaciones reales) y valora ciertos objetos lógicos como en el ejemplo de la analogía; valora también las cosas de la Naturaleza, como cuando acepta que cada cuerpo humano constituya una persona; y valora por último los objetos del Espíritu, respecto de los cuales el Derecho está como en segunda potencia, pues él es también un objeto del Espíritu. Esta valoración jurídica específica y general que, como un común denominador, sustenta a los objetos que arquitectura el Derecho; esta valoración jurídica cuyas formas lógicas ha analizado tan acabadamente la Teoría pura del Derecho, nos resultará también decisiva al llegar a una conclusión sobre la cientificidad de los métodos interpretativos en cuanto ellos son ciencia empírica del Derecho.

Porque a esta altura de nuestra investigación ya puede comprenderse que la adecuación de un método interpretativo respecto de su objeto, depende, en primer lugar, de la naturaleza de los objetos aludidos por la ley; y esto en las dos instancias que para cada clase hemos estado destacando, es decir para la verificación empírica del dato y para su elaboración metódica. Pero, en segundo lugar, depende todavía en forma más decisiva de la valoración jurídica general, como ya hicimos notar cuando ésta se particulariza legalizando un método en especial; circunstancia en que hay una valoración expresa de una verdad (o error) empíricos, en vez de la valoración tácita que tiene lugar ordinariamente, por la necesaria remisión al método que el juez tenga por verdadero.

La verificación empírica de un objeto matemático (o ló-

⁽⁵²⁾ CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, cap. V (próximo a public.) LUIS RECASENS SICHES, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, cap. I, México, 1940.

gico), dada la naturaleza ideal de éste, no puede separarse de la valoración jurídica; es decir la norma admite o no cierta cuantificación matemática y en esta estimación del número aceptado está también su calidad de dato real para el derecho positivo; por ejemplo, un plazo en cuanto extensión o cuantificación matemática, existe jurídicamente por y en el hecho de que la norma lo acepta. Así, respecto de estos objetos, la elaboración metódica se enfrenta después únicamente con las cuestiones lógico-conceptuales de los vocablos y con las lógico-sistemáticas de las normas, estas últimas impuestas por la noción de orden jurídico.

En los objetos de la Naturaleza no se superponen la valoración jurídica y la verificación empírica; es decir que, aceptado un dato por el derecho positivo como el antecedente o como la consecuencia de una norma, la existencia efectiva de este dato no depende de aquella aceptación sino del curso de la Naturaleza, de modo que ha de verificárselo en ésta. Por otra parte ya vimos que el dato a verificar es, para el conocimiento, una explicación; y con esto la posibilidad de referirnos a la explicación conocida por el Legislador (criterio empirista), o a la explicación actual que la haya reemplazado (criterio racionalista). Pero, importa en sumo grado advertirlo, la adecuación de un método histórico se circunscribe a las explicaciones que están en juego; no a las cuestiones lógico-sistemáticas puras.

Por último, en los objetos del Espíritu tampoco se superponen la valoración jurídica y la verificación empírica, pero ésta sólo en parte se verifica en el mundo exterior (comprobación de los hechos del ingrato en el ejemplo que hemos utilizado), porque el sentido que unifica y objetiviza este aspecto externo ha de verificarse en la conciencia del Juez. No es que la ley se remita, por comodidad, al criterio del Juez; es algo más en cuya virtud el Juez re-crea por necesidad el objeto aludido: la ley, cuando valora un sentido, no puede contener en su valoración la existencia de ese sentido como en cambio ocurre en el caso de los objetos ideales, por la razón decisiva

de que la ley, si bien espíritu objetivo, ella no es una conciencia psicológica y el sentido cobra existencia únicamente en el seno de una conciencia psicológica; la ley no puede delegar lo que no está en ella, esto es, la existencia de un dato. Si la ley quiere impedir la apreciación personal del Juez, no puede entonces referirse a un objeto del Espíritu; lo único que puede hacer es enumerar hechos físicos para cubrir aquel objeto espiritual; por ejemplo no mencionar el indecero sino enumerar todas las situaciones externas que considere indecorosas. Sin embargo, con ninguna enumeración se agotan las posibilidades de indecero ni se elude la transformación de la norma en formulismos vacíos, como veremos pronto; y todo ello es así porque con este arbitrio no se monta la valuación jurídica sobre un objeto del Espíritu, como era el propósito, sino sobre múltiples objetos de la Naturaleza contenidos en los hechos de la enumeración. Haciendo la referencia directa a un objeto del Espíritu, ya es ontológicamente ineludible que sea la conciencia psicológica del Juez lo que le dé existencia a aquél, al dar existencia a su sentido, en los términos que más arriba hemos expuesto. Pero esta circunstancia ontológica en cuya virtud el Juez re-crea en parte el objeto aludido hace inadecuado el método histórico para interpretar en esa parte fundamental a los objetos aludidos por la ley, porque tales objetos son, por eso, siempre objetos presentes. Si la ley dijera, por ejemplo, que el indecero es causa para revocar un legado, sabemos que, hace cincuenta años, el decoro de una mujer quedaba afectado por el hecho de trabajar en las tablas, pero hoy en día no sería suficiente que este hecho se produjera para que un Juez, al aplicar aquel precepto, revocara el legado; por el contrario lo aplicaría diciendo que la revocación no procede justamente porque no está herido el decoro; y esto es así no por las vagas nociones de que evolucionan los conceptos o cambian las costumbres (las que simplemente declaran esas circunstancias), sino porque el Juez no puede comprender como indecorosa la circunstancia de trabajar en las tablas en razón de que este hecho físico no suscita en su conciencia psi-

cológica la vivencia correspondiente al sentido y sin lo cual no se da, combinado con aquél, el hecho espiritual que llamamos indecoro. Es claro que la ley podría haber dicho que es causa para revocar un legado la circunstancia de trabajar en las tablas; y en este caso un Juez de nuestra época procedería a la revocación del legado por extravagante que parezca el fundamento; pero es claro también que entonces la ley no se apoya en un objeto del espíritu, sino en un objeto de la Naturaleza cual es aquel acceso a un determinado lugar para trabajar; y si bien originariamente con esta valuación de un hecho de la Naturaleza se cubría indirectamente un sentido espiritual que era la causa genética de la disposición legal, no es menos cierto que la situación pasa al derecho positivo sólo con la valuación de un hecho de la Naturaleza, de manera que, al perderse aquel sentido, el hecho físico sobrevive como uno de aquellos extraños y frecuentes formulismos vacíos que se ven en el Derecho, pero que no por eso dejan de ser Derecho. Todas estas hipótesis comprueban la inadecuación, que hemos señalado, del método histórico para interpretar las leyes que se refieren a objetos del Espíritu, pues ha de advertirse que mientras la argumentación histórica respecto de los objetos de la Naturaleza tiende a mantener la explicación conocida por el Legislador de origen, respecto de los objetos del Espíritu en el caso de un formulismo vacío, funciona en sentido contrario, es decir que al comprobar cual era la comprensión del Legislador de origen, tiende a prescindir del texto que sobrevive en la ley porque aquella comprensión ha caducado, en vez de tratar de revivir esa comprensión: de acuerdo a lo que hemos dicho esta resurrección es imposible porque los objetos del Espíritu existen siempre como objetos del presente en su sentido.

Nos toca ver ahora la valoración jurídica. Como hemos dicho el Derecho valora objetos ideales, naturales y espirituales: se decide por un término de prescripción, establece la propiedad privada, repara el daño moral o la destrucción de una obra de arte, etc. Todos estos son en última instancia juicios

estimativos de justicia a través de otras estimaciones jurídicas subordinadas, aunque previas, como las que conciernen al orden y seguridad. "Una proposición tiene naturaleza jurídica si contiene un criterio para un juicio por el que se reconoce que algo es justo o injusto" dice con todo acierto Del Vecchio (⁵³). Con todo no vaya a creerse que la valoración jurídica es una mera estimación de justicia; ella es un complejo de estimaciones estratificadas (seguridad, orden, utilidad colectiva, justicia, etc.). Menos vaya a creerse que se trata simplemente de una justicia racional (idea de justicia); por el contrario se trata de una valoración de justicia positiva, es decir, efectiva en la experiencia histórica y, en tal sentido, puede ser justicia racional e irracional (⁵³ bis). Lo que queremos expresar es que este complejo estimativo está presidido por una valoración de justicia como el valor más alto que hace de proa en el complejo, de tal manera que al complejo se lo ha de individualizar localizando la valoración de justicia, aunque luego haya de descenderse y tomarse contacto con las otras valoraciones del mismo para saber cual es la valoración jurídica total. Nuestro pensamiento se aclara con lo siguiente: En cada instante y frente a todas las circunstancias, la conciencia jurídica reclama por una seguridad, por un orden, por una utilidad colectiva, por una igualación de justicia, etc. (cosas todas que son objetos del Espíritu), aunque todas estas cosas tengan por contenido objetos ideales, naturales o espirituales. Y esto quiere decir que, en última instancia, la valoración jurídica implica enunciar y explicitar cual es la norma de derecho aplicable en cada momento, norma que, según sabemos, ha de salir como un miembro articulado en un todo. O dicho de otra manera, si la ley señala un plazo para la mayoría de edad por ejemplo, esto es en función de una seguridad, de un orden, de una utilidad colectiva, de una justicia, etc. Poco importa que las circunstancias y objetos aludidos sean seme-

(⁵³) G. DEL VECCHIO, *El Concepto del Derecho*, p. 17, Madrid, 1914.
(⁵³ bis) C. COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico...*, ed. cit., p. 165.

jantes o desemejantes en el momento de la sanción y en el momento de la interpretación judicial; lo último podrá determinar que cambie el sentido de la seguridad o el orden por ejemplo, pero no la referencia a una seguridad, a un orden, etc.; en tal caso las significaciones enunciadas en la ley sólo revelarán sentidos inéditos puesto que están condicionadas por significaciones no enunciadas y éstas salen ahora de los nuevos juicios estimativos específicos cuyo complejo es la valoración jurídica. Pero de todas maneras la valoración jurídica es lo que fija el valor jurídico de los objetos aludidos por la ley, pues ella, ciertamente, también está en la ley; valoración jurídica que por su estructura lógica totalitaria pone en conexión y hace solidarias a todas las significaciones del orden jurídico, pero que en cuanto dato es un plus respecto de la mera estructura. Ahora bien, la valoración jurídica es también un objeto del Espíritu; la seguridad, el orden, la utilidad colectiva, la justicia, etc. son objetos del Espíritu. Por esta razón la valoración jurídica en su existencia, está en la conciencia jurídica que re-crea la norma. Pero en este punto hay una importante diferencia respecto de la existencia de los otros objetos del Espíritu a que la ley alude: Estos son objetos que no son el Juez, pues únicamente su sentido ha de ser en el Juez para que ellos existan en las exteriorizaciones ajenas (por ejemplo en los actos del ingrato que tomamos como ejemplo); en tanto que la ley no sólo en su sentido, sino toda ella está en el Juez; es decir que la ley integra la sentencia del Juez y es parte de su conducta al sentenciar, de modo que la ley no solamente existe como valoración jurídica por la vivencia psicológica de su sentido en el ánimo del Juez, sino también como parte del perfil externo del acto del Juez que corresponde a ese sentido vivido. La ley dibuja por anticipado el perfil de una conducta a la que el Juez va a dar realidad no sólo en su sentido, sino también en su exterioridad. Por eso las enunciaciones de la ley — que en sí sólo son aquel perfil externo — se mantienen como derecho sea cual fuere el sentido que se aloe dentro de ellas en la sentencia; y por eso ellas son elementos esenciales

del orden jurídico porque, en cuanto datos del mismo, restringen en cierta medida las fluctuaciones de la valoración jurídica: Hay, en efecto, una solidaridad entre una expresión y sus sentidos, y dentro de una misma expresión cabe únicamente un número limitado de sentidos: En el ejemplo de la revocación del legado por causa de indecoro, el Juez da realidad a la ley viviendo el sentido de la valoración jurídica (como orden, justicia, etc.) y exteriorizando este sentido en su conducta con la sentencia, pero para ello tiene que vivir además el sentido del indecoro por causa de los actos del súbdito que litiga. Que si el ejemplo fuera el de una ley que alude sólo a objetos ideales o naturales (donde no hay sentido que comprender) o a objetos naturales que quieren cubrir un sentido (el caso de lo que puede trocarse en formulismo vacío y donde debería haber un sentido que comprender), entonces el Juez da realidad a la ley con solo vivir el sentido de la valoración jurídica y exteriorizar este sentido en su conducta con la sentencia, pues la verificación empírica de los datos sigue ahora un curso diferente; de modo que es irrelevante la ausencia de sentido en el formulismo vacío porque él no estaba en cuestión. Pero siempre, tanto en uno como en otros de estos ejemplos, cada una de las significaciones aludidas por la ley reajusta su contenido jurídico por la gravitación de todas las otras significaciones materiales del sistema jurídico, merced a la valoración jurídica que a todas ellas pone en contacto sistemático, en cuanto como valoración es común a ellas y como estructura les es totalizadora. Así, un formulismo vacío puede mitigar su extravagancia al contacto con las otras significaciones del orden jurídico, sólo por el sentido de la seguridad, del orden, de la utilidad colectiva, de la justicia, etc. que hay que vivir al aplicarlo.

Una interpretación a nuestro juicio equivocada de la Teoría pura del Derecho sugiere que ésta desconoce la circunstancia de la valoración jurídica por el carácter anti-ideológico que dicha teoría tiene frente a las teorías jurídicas tradicionales; y así se sostiene que la Teoría jurídica pu-

ra coloca al Derecho al margen de la vida. Pero se trata de un error de interpretación respecto del significado de dicha teoría. Kelsen no desconoce la valoración jurídica puesto que constantemente remite el Derecho a la conducta humana y es sabido que una conducta sin valor ontológicamente no puede ser ⁽⁵⁴⁾; él mismo, en su libro *Legal Technique in International Law*, nos dice que “toda ley o tratado tienen un carácter político en la medida en que la ley o tratado tienen alguna finalidad social” ⁽⁵⁵⁾, y este libro se elabora sobre la distinción entre reformas técnico-jurídicas y reformas jurídico-políticas del Derecho, de modo que si el Derecho fuera algo ajeno a la política (valoración), no tendría sentido la expresión “reformas jurídico-políticas”.

La Teoría pura del Derecho sólo es lógica del Derecho y, en tal sentido, como toda lógica, tiene que ser formal respecto de su posible contenido. Pero esto no quiere decir que la ciencia jurídica sea simplemente lógica jurídica, porque aquella ciencia tiene su dato en una valoración real y existente, el cual, en cuanto existencia, implica un plus respecto de lo meramente lógico y remite a una ciencia empírica que lo ha de tomar en su realidad. Ni mucho menos quiere decir que la lógica jurídica imposibilita toda ciencia empírica del Derecho, pues, al revés, la posibilita en su autenticidad al suministrar las estructuras de pensamiento con las cuales — y no con otras — se capta y elabora aquel dato. No se trata de las estructuras del dato, que son formas; ni de la justicia de una valuación de justicia; se trata de esta valuación en cuanto dato y de su conexión efectiva con los otros datos jurídicos de un sistema de Derecho, el cual dato, ciertamente, es conocido por su estructura pero en su realidad; es decir que la estructura del dato no es todo el dato, pues su existencia es un plus que solo empíricamente puede conocerse. Por ejemplo, si la ley admite el plazo de diez años como término de la prescripción, la cien-

⁽⁵⁴⁾ CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta* (próximo a publicarse).

⁽⁵⁵⁾ KELSEN, *Legal Technique in International Law*, ed. cit. pág. 9.

cia empírica del Derecho no discute la justicia de esta valoración jurídica, sino la toma como dato y la conecta con las otras valoraciones del derecho positivo; y si bien este dato real está conceptuado con las estructuras normativas que devela la lógica jurídica, se comprende que su realidad no es ninguna estructura y que su realidad no abre juicio sobre su justicia o injusticia. La ciencia empírica del Derecho no apunta a las estructuras necesarias de la realidad efectiva del Derecho, sino a la propia realidad efectiva porque la ciencia jurídica es una ciencia de lo real y, en este sentido, supone una materia o contenido (la conducta) que sólo un vicio de logicismo puede pretender identificar con la forma de aquella materia.

Ahora bien, la valoración jurídica en cuanto dato, es un objeto del Espíritu; en consecuencia el Derecho es un sentido o significación y por lo tanto la adecuación o legitimidad del método histórico de interpretación sufre con esto una seria restricción como método jurídico porque el Derecho como dato, al igual que los otros objetos del Espíritu, es real sólo en el presente por la re-creación psicológica de su sentido que ya conocemos; esto explica la profunda frase de Hobbes “Legislador no es aquel por cuya autoridad se hizo primeramente la ley, sino aquel por cuya autoridad la ley continúa siendo”. Y no puede desorientarnos la posibilidad ni el sentido de la valoración jurídica a donde hemos ido a parar, por más que ella aparezca, respecto de los otros objetos del Espíritu, como una valoración en segunda potencia. Cuando la Filosofía nos dice que la ciencia (en sentido amplio) es una libre creación del espíritu o de la cultura esto quiere decir que los objetos ideales son una intelección pero que el hombre comprende lo que es esa intelección; que los objetos naturales son una explicación, pero que el hombre comprende lo que es esa explicación; que los objetos espirituales son una comprensión pero que el hombre comprende lo que es esa comprensión. Sin embargo estas tres comprensiones lo son en el sentido de la verdad. Así, pero en el sentido de la justicia (y

por lo tanto en conexión con la conducta humana), la valoración jurídica valora intelecciones, explicaciones y comprensiones; y aunque esta valoración sea perfectamente injusta de acuerdo a un criterio cualquiera, no pierde por eso ni su calidad de dato ni su carácter de valoración.

La valoración jurídica en cuanto dato tiene por lo tanto un lugar de eje en el problema de la cientificidad de los métodos interpretativos de la ley. Y de acuerdo a lo dicho respecto de ella, este problema se plantea en tres instancias a raíz de la pretensión que implica la irrupción del método histórico en la teoría jurídica de la interpretación. (^{55 bis})

En primer lugar ha de considerarse el caso de que la valoración jurídica contenida en la ley no haya podido existir en la época en que ésta se sancionó, por faltar los objetos motivo de la valoración. El método exegético resulta notoriamente inadecuado para la interpretación; así comprendemos que este método no es científico para aplicar el Código Napoleón a los problemas jurídicos de la electricidad porque to-

(^{55 bis}) Cuanto a la absorción del método gramatical por el dogmático — de lo que no trataremos — se plantea tradicionalmente en cuatro casos: con textos claros, oscuros, insuficientes o ausencia de textos. Al respecto señalaremos un doble error del enfoque tradicional:

a) Su planteo no emerge de la posición dogmática, sino de la gramatical, pues dogmáticamente el orden jurídico es pleno y completo de manera que, dentro de él, un caso será siempre lícito o ilícito en forma disyuntiva. Sólo ateniéndose al hecho de las palabras incluidas en la ley y, con ello, buscándose un texto para cada caso, se puede decir, frente a un caso determinado, que no se encuentra un texto para él o que es obscuro o insuficiente.

b) Los casos señalados sólo a la posición gramatical ocasionan sendas actitudes interpretativas; para la interpretación dogmática todos se resuelven de la misma manera. Por ejemplo, no es exacto que un texto claro deba aplicarse de acuerdo a su significación gramaticalmente autónoma, al margen de toda otra consideración, pues sobre aquella significación gravitan siempre todas las otras significaciones del orden jurídico, deformando en cierto sentido su mera significación gramatical; y es con esta deformación, es decir como parte de un todo más amplio, que el texto ha de ser jurídicamente aplicado. Es el todo lo que fija el alcance del precepto, así como lo que hace desaparecer su obscuridad o insuficiencia (lo que en el fondo es lo mismo). Siempre es la totalidad del orden jurídico la que resuelve el caso, y no una sola de sus partes, como se aprecia ejemplarmente cuando no hay texto expreso, caso en el que falta la parte pero en el que no falta el todo, porque éste no puede faltar.

avía no existía una explicación que correspondiera al vocablo electricidad, de manera que el Legislador no tomó en cuenta ciertas circunstancias porque no pudo haberlas tomado; es decir que entonces no se conocía ese objeto de dominio. Desde el punto de vista dogmático es claro que el Código Napoleón contiene una solución acerca de la electricidad como objeto de dominio y, por lo tanto, hay en él una valoración objetiva de justicia sobre el punto, pero el hecho de que esta valoración resultante sea injusta o inconveniente no quiere decir que el método exegético extraería de él otra valoración diferente porque, en este caso, no puede extraer ninguna. De la misma manera, en el ejemplo resulta inadecuado el uso del método gramatical porque para interpretar una palabra de la ley en su sentido objetivo es menester que la palabra figure en la ley, y esta inclusión es un hecho histórico que, en nuestra hipótesis, no ha ocurrido ni podido ocurrir por la misma razón.

En segundo lugar ha de considerarse el caso de que la valoración jurídica contenida en la ley sea igual a la valoración jurídica del Legislador de origen porque ésta sobrevive (es decir, que sea el mismo el sentido de la seguridad, el orden, la utilidad, la justicia, etc.). Pero en este caso, si los objetos motivo de la valoración (explicaciones y perfil exterior de las comprensiones) no han cambiado, la interpretación empirista no puede discrepar de la interpretación racionalista porque en ambos casos se trata de conocer la misma cosa en cuanto dato. La interpretación histórica sólo podrá aclarar ciertos aspectos de aquellos objetos para los que es adecuada (objetos de la Naturaleza y perfil externo de los objetos del Espíritu sea como tales objetos, sea como explicaciones caducas o formulismos vacíos), aspectos que son inaprehensibles para una interpretación racional precisamente porque son aspectos históricos. Nadie duda cuanto se puede esclarecer el objeto siguiendo este camino, pero interesa sobremanera insistir en que la interpretación histórica no se dirige a la valoración jurídica, sino a lo que es objeto de la misma dentro de los límites adecuados a tal interpretación (en ello está también el perfil externo de la

propia valoración jurídica consagrado como dato en la ley); y como consecuencia de esto la interpretación histórica no resulta contrapuesta a la racional, como es la noción corriente, sino complementaria de ésta a modo de un nuevo instrumento de la misma en el complejo de la interpretación jurídica. La contraposición del empirismo y del racionalismo, en nuestro problema, surge cuando ambos puntos de vista están en un pie de igualdad con sus pretensiones opuestas e inconciliables, es decir cuando ambos creen tratar con la valoración jurídica y, por lo tanto, aspiran a determinarla diferentemente; sólo así hay eclecticismo al transar parcialmente con uno y otro. Pero el eclecticismo queda superado cuando el empirismo y el racionalismo no están puestos en un pie de igualdad sino, al revés, está subordinado el primero al segundo por un principio (la valoración jurídica) que no puede ser aprehendido por el método histórico pero que deja a éste una esfera de acción sobre los objetos que le son adecuados y que están comprendidos en la propia valoración jurídica.

Es así que el método exegético sólo complementa la interpretación jurídica racional en una esfera que le es objetivamente adecuada. Pero a este respecto observaremos, para destacar la posición de síntesis en que colocamos la cuestión, que no otra cosa sino una mútua complementación realizan entre sí los diversos métodos racionalistas que logran fundamentarse, porque tienen en su racionalismo un común principio director. Otro tanto cabe decir del método gramatical. En efecto, cada uno de estos métodos toma una esfera de la elaboración metódica: el método gramatical toma el vocabulario de las valoraciones jurídicas, el método dogmático toma la sistemática de las valoraciones jurídicas y el método fenomenológico toma las esencias de las valoraciones jurídicas con la adecuación que en principio, corresponde reconocer a cada uno respecto de los objetos de su esfera y prescindiendo de las deformaciones con que históricamente se hayan presentado en esa historia de verdades y errores en que consiste la historia de

una ciencia; así por ejemplo es conocida la deformación del método dogmático cuando hizo de la ley escrita su propio dogma; así también no es dudoso que Reinach o Schapp, al manejar el método fenomenológico, dejan con frecuencia, sin advertirlo, el trato con las esencias. Sólo agregaremos que el método de la libre investigación científica — y en esto está el secreto de su fracaso en cuanto a los resultados que debían de esperarse de él ⁽⁵⁶⁾ — no aporta ningún complemento científico a la interpretación jurídica, porque hace de la razón, no la actividad cognoscente, sino un ente metafísico al modo del antiguo Derecho Natural; es decir que trata, ora de confirmar, ora de substituir la valoración jurídica positiva con otra valoración de justicia (lo que Gény llama lo dado), al modo metafísico del antiguo Derecho Natural. Es así que, mientras los métodos gramatical, exegético, dogmático y fenomenológico pueden entrar en funciones frente a la legislación soviética de la familia, de la misma manera que frente a cualesquiera otras legislaciones de familia, el método de la libre investigación científica se encontraría allí bloqueado, y a veces completamente imposibilitado, porque no está dada la valoración jurídica que él presupone: mientras aquellos métodos explicitarían y esclarecerían el régimen soviético de la familia, éste sólo podría condenarlo y censurarlo.

Por último ha de considerarse el caso de que la valoración jurídica contenida en la ley sea diferente de la valoración jurídica del Legislador de origen; la valoración de éste, pues, no sobrevive (nuevo sentido de la seguridad, del orden, de la utilidad, de la justicia, etc. dentro de la exterioridad de estos sentidos consagrada en la ley). Ahora el método histórico resulta inadecuado porque la valoración jurídica, que es el dato jurídico, escapa a la interpretación histórica en cuanto por su sentido es un hecho del presente. Cometeríamos el vicio historicista si extendiéramos la interpretación histórica hasta

⁽⁵⁶⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, págs. VI-VII de la Advertencia, ed. cit., reconoce que sus conclusiones positivas obligan a hacer reservas sobre su valor hoy en día.

los objetos que le son inadecuados. El sentido de un método científico no es crear artificialmente un objeto, sino, al revés, plegarse con docilidad a un objeto ya dado para elaborarlo en su autenticidad, sin deformaciones. El uso de un método en el primer sentido, lo convierte en ideología; pero en el segundo es técnica verdadera, es decir técnica científicamente fundada. De esta manera podemos decir, a título de glosa, que se nos ha aclarado el exceso de Radbruch: No es exacto que la interpretación histórico-exegética no pueda ser jurídica; no es exacto que los antecedentes parlamentarios y demás trabajos preparatorios carezcan siempre de valor jurídico para la interpretación. Pero tampoco ha de decirse, como lo hace Jiménez de Asúa, que “cuando se demuestra que fueron de influjo decisivo en la formación de las leyes, o que aclararon el sentido de los proyectos al ser votados en la Cámara, tienen una importancia grande” (57). Los antecedentes decisivos en la sanción de una ley — y acaso siempre son todos decisivos para la sanción — valen plenamente para el intérprete sólo cuando se dan estas dos condiciones: 1º) Que la valoración jurídica del Juez (intérprete) sea la misma que la valoración del Legislador porque ésta sobrevive en la re-creación de aquél; y 2º) que también los objetos valorados sean iguales para el Legislador y el Juez. Por el contrario, por decisivos que hayan sido en la discusión, no valen los antecedentes parlamentarios y demás trabajos preparatorios, aunque la ley, por cierto, siga valiendo, cuando aquellas condiciones son las opuestas: Si ha cambiado la valoración jurídica, la ley subsistente en cuanto ley, es plenamente sólo el perfil externo de un nuevo sentido porque la ley en cuanto ley integra el acto del Juez que la ejecuta y está en ese acto, según hemos visto; de modo que la ley es el perfil externo de la sentencia en cuanto sentido. Y si han cambiado los objetos que son motivo de la valoración jurídica, se comprende que los antecedentes de una explicación caduca

(57) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tipicidad e Interpretación de la Ley* 11210, pág. 82, Buenos Aires, 1940.

son irrelevantes cuando estamos frente a otra explicación que la ha substituído, o que los antecedentes de un formulismo vacío son irrelevantes para una norma que se va a aplicar como formulismo pero no por su espíritu o intención, pues los antecedentes aclararían precisamente sólo su espíritu.

En esta última hipótesis cabe insistir en la diferencia que existe entre ella y el cambio de la valoración jurídica: en ambos casos se trata de un objeto del Espíritu (por ejemplo el decoro y el orden) y por eso la existencia de ambos depende en parte de la vivencia de sus sentidos por el Juez; pero además la valoración jurídica se refiere a un objeto (la ley como tal) que es la conducta del Juez, en tanto que el decoro es la conducta de algún súbdito; por eso la ley, aunque contenga un formulismo vacío, ella misma no puede ser un formulismo vacío; ella siempre es plenamente el perfil externo de un acto del Juez (la sentencia) y como tal acto tiene vivo y actual su sentido adecuado en la conciencia del Juez, aunque este sentido sea diferente del del Legislador porque haya cambiado la valoración jurídica.

También es de notar que todos estos cambios que pueden darse en la valoración jurídica y en los objetos naturales y espirituales aludidos en la ley, pueden ser cambios parciales, de modo que el valor de los antecedentes parlamentarios y demás trabajos preparatorios puede perderse consiguientemente sólo parcialmente. Por lo demás bien se ve que es un pensamiento científicamente insostenible, la atribución de valor interpretativo a los antecedentes parlamentarios y demás trabajos preparatorios cuando ellos han sido decisivos para la sanción de la ley, advirtiendo que, ordinariamente, ellos valen tanto más cuanto más reciente es la ley; es decir cuanto menos tiempo separa a la sanción, de la interpretación. Y ello es así porque ordinariamente los cambios prenotados requieren un margen variable de tiempo. El tiempo es un buen índice pragmático para apreciar estas cosas; pero no vaya a creerse que se trata de una abstracta intervención del tiempo; se trata sólo de las modificaciones que sufren la valora-

ción jurídica y las explicaciones y comprensiones por ella aludidas. Así, por ejemplo, es fácil admitir que, sancionada entre nosotros una ley financiera en vísperas de la actual guerra y sobrevenida la guerra de inmediato sin haber sido ésta prevista, la discusión parlamentaria puede perder todo su valor interpretativo por el cambio que la guerra produzca en la valoración jurídica de la propia ley; es decir que frente a las nuevas circunstancias (objetos naturales y espirituales), otro puede ser el sentido de la seguridad financiera, del orden financiero, de la utilidad colectiva, de la justicia, etc., de modo que el Poder que haya de aplicar esa ley y de decir cual es el Derecho que de ella emerge, tiene necesariamente que alinear en ella un sentido diverso del sentido que había salido a luz en la discusión parlamentaria poco tiempo atrás. Como ejemplos de este tipo son harto ilustrativos los que suministran las revoluciones acerca de las leyes que ellas dejan subsistentes.

Así como el voluntarismo de la Teoría pura del Derecho pudo primar sobre el intelectualismo de la concepción tradicional de la interpretación de la ley, no porque aniquilara el punto de vista intelectualista sino porque fué capaz de absorberlo, así ahora se presenta el racionalismo primando sobre el empirismo, no porque lo destruye sino porque lo absorbe. Pues un método racionalista, el dogmático por ejemplo, no excluye la experiencia o se desentiende de ella, como corrientemente se cree; por el contrario se refiere a ella y la supone, pero como experiencia viva y actual, no como experiencia muerta y pasada. Cuando de una ley se desentrañan significaciones nuevas que no sospechó el Legislador de origen, ellas siempre son en razón de las circunstancias del momento en que son descubiertas; una ley como complejo de significaciones tiene indefinidas posibilidades de acuerdo a la lógica de las ideas, pero las posibilidades se actualizan siempre en función del momento presente. El racionalismo absorbe a su adversario no como una razón trascendente al tiempo, sino como una razón inmanente a él. Esta experiencia viva — y también la expe-

riencia histórica o pasada en cuanto es viva ⁽⁵⁸⁾ —, que está aludida por el racionalismo, no nos toma de sorpresa porque ya hemos visto que la valoración jurídica, en cuanto hecho, es necesariamente un hecho del presente porque un sentido sólo puede existir como presente. Por esto el Derecho es vida; y es fútil reclamarle a los juristas, a nombre de la ciencia, que aproximen el Derecho a la vida porque no puede estar separado de ella. (A salvo la ideología que se desee sobreentender con aquella reclamación).

Se nos dirá que, después de todo lo que llevamos escrito, la teoría de la interpretación de la ley queda extraordinariamente complicada y que no será tarea fácil para el Juez desarticular un caso en tal enjambre de elementos integrantes y guardar la postura intelectual correcta respecto de cada uno de ellos; puede ser, pero el punto no nos interesa y creemos que al auténtico jurista tampoco. Sin duda es mucho más simple embarcarse en un método como teoría general de la interpretación y hacerse su campeón; pero la simplicidad no es de por sí prueba de la verdad; hay verdades muy simples tanto como errores muy simples; la verdad ha de comprenderse no por su simplicidad, sino por su fundamento.

Los diversos métodos interpretativos han nacido al conjuero de circunstancias contingentes por obra de los juristas y no de los filósofos; no es de extrañar, entonces, que el fundamento filosófico haya pasado desapercibido en calidad de un supuesto del trabajo científico; y que los juristas sólo hayan acumulado los materiales para un problema epistemológico de directo interés para ese trabajo, aunque no propio de ellos; esto pasa en todas las ciencias. Menos ha de extrañar que nosotros, reflexionando sobre el conjunto de los métodos, veamos mejor el problema de su fundamento filosófico que quien tiene a la vista uno solo de ellos.

En esta época en que se sienten ya, con máxima intensi-

(58) CROCE. *Teoría e Storia della storiografia*, Bari, 1920, pág. 4: "Toda verdadera historia es historia contemporánea... etc"

dad, los efectos del divorcio entre la Filosofía y la Jurisprudencia, que provocó el positivismo, se habla, con tanta superficialidad como impropiedad, de un método ecléctico de interpretación en virtud del uso arbitrario que de ellos se hace. De una manera extraordinariamente profunda Kelsen propone superar el eclecticismo dominante con el relativismo escéptico a que nos hemos referido en páginas anteriores; para esta perspectiva propuesta todos los métodos interpretativos son política, esto es valoración jurídica, pero no ciencia, esto es conocimiento de una valoración jurídica ya existente en el orden jurídico.

Una solución tan extrema en contra de toda ciencia empírica del Derecho en este problema, nos parece que en buena parte se debe a la influencia extralimitada de la concepción voluntarista de la interpretación, para asegurar la afirmación de que el Juez crea en la sentencia una norma individualizada. En efecto, aceptada la concepción voluntarista, parece que gana en evidencia la creación normativa que realiza la sentencia cuanto más elementos determinantes pone el Juez por su exclusiva cuenta. Pero nosotros consideramos que se excede la posición sintética lograda por el voluntarismo cuando la norma general no es ya un acto político del Legislador sino del Juez; y esto es precisamente lo que ocurre cuando se determina la norma general vigente mediante un método interpretativo, en la hipótesis de que la elección del método interpretativo sea necesariamente un acto político del Juez.

Nosotros consideramos impecable la concepción voluntarista de la interpretación que da la Teoría pura del Derecho; pero no vemos que sea su consecuencia la afirmación de que, en ciertos casos (cuando se recurre a un método interpretativo; por lo tanto, en rigor, siempre), la creación de una norma individualizada implica, al mismo tiempo, la creación de una norma general en el mismo acto porque la norma individualizada es subsiguiente a la norma general. En el caso de una norma general inequívoca, por ejemplo "el homicidio se castiga

con reclusión de ocho a veinticinco años”, no cuesta comprender que el término preciso que escoge el Juez dentro de las posibilidades de la ley, se apoya, en última instancia, en un acto de su voluntad, de modo que sin este acto jamás aparecería la norma individualizada que dice “Fulano de Tal debe ir a la cárcel por diez y ocho años”. No es ni puede ser diferente la situación en el caso de una norma equívoca o inaparente, de modo que la existencia y autonomía de la norma individualizada no se vigoriza con la tesis extralimitada que combatimos.

La norma individualizada (sentencia, acto administrativo o negocio jurídico) es el vínculo singular o único que pone el órgano correspondiente; vínculo normativo que sólo puede aparecer frente a las circunstancias concretas y específicas de cada caso (las partes, el tiempo, el lugar, etc.), siendo así subsiguiente respecto de la norma general; pero vínculo que se crea sólo por un acto del órgano, siendo así autónomo respecto de aquélla. Nada patentiza mejor esta autonomía, creadora y subordinada a un tiempo, que advertir que, no obstante la existencia de una ley y no obstante la existencia de los litigantes, no habría sentencia si no hubiera Juez. La ley puede, sin duda, ensanchar la esfera de movilidad del órgano y ampliar el ámbito de posibilidades de la creación individualizada, como sucede cuando se refiere a varias cuantificaciones matemáticas (pena de 8 a 25 años, etc.) o a varios objetos de la Naturaleza o del Espíritu, en forma alternativa. Pero la ley no puede suprimir esa esfera de movilidad e imposibilitar, por lo tanto, la creación individualizada ni siquiera en la hipótesis de que ella se refiera a una sola cuantificación o a un solo objeto de la Naturaleza o del Espíritu, porque la propia valoración jurídica, en cuanto objeto del Espíritu, implica ontológicamente esta re-creación individualizada en el seno psicológico de la conciencia personal, según sabemos: siempre es el Juez quien decide de la aplicabilidad de esa norma y no de otra. Y, cuando la ley se refiere a un objeto del Espíritu como en el ejemplo del decoro que hemos utilizado, si resulta entonces

más patente la contribución del Juez creadora de la norma, no es porque la ley le haya dejado una mayor esfera de movilidad por delegación, sino porque hay dos re-creaciones en el objeto jurídico, una en la valoración jurídica y otra en el objeto aludido, esta última de por sí siempre muy dilatada.

Así nos parece innegable y fundada la posibilidad de una ciencia empírica del Derecho, uno de cuyos capítulos más importantes lo constituye la interpretación de la ley de acuerdo a un método adecuado. Hemos analizado sus fundamentos epistemológicos para librarlo de la acusación de ideología que le formula el escepticismo. Para el Juez, la sentencia es política; pero para él, el conocimiento de la ley no tiene por qué serlo. Al fin y a la postre, en la historia de las ideas jurídicas, existe el esfuerzo metódico de los juristas en el sentido de la verdad. Para nosotros no se trata de descalificar este hecho en lo que concierne a la interpretación judicial, como quiere el escepticismo, sino de justificarlo en su posibilidad, en la medida en que dicho esfuerzo se verifica en la experiencia jurídica y se comprueba allí por sus resultados, sea como verdades científicas, sea como errores científicos.

CARLOS COSSIO

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata. Miembro del Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. Miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social