



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Perspectiva hermenéutica de la interpretación judicial

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho, Académico Juan Carlos Palmero;  
Señor Académico Armando Andruet; Señores Académicos; Señoras; Señores.

I

## Introducción

La *Revue de l' École Nationale de la Magistrature* del reino de Bélgica, no hace muchos años, precisaba –en un lenguaje más cercano al lamento que a la descripción- que se carece de una “definición unívoca de una profesión que tienda a volverse tan multiforme y pluralista” como la de la magistratura<sup>1</sup>. Lo expuesto no vale solo para ese país, sino que se extiende a muchos otros en los que también es perceptible la centralidad de la interpretación a la hora de discernir el *ius suum* de cada quien. De ahí que, si la caracterización del oficio del magistrado es insegura y, a la vez, a éste el sistema (o la realidad misma, como procuraré mostrar en seguida) le asigna un papel determinante respecto del alcance de las disposiciones del ordenamiento jurídico, es comprensible el lamento que, sospecho, traduce la señalada anotación del órgano judicial belga. En definitiva, lo que parece preocupar –y no faltan razones para ello- es, como apunta Pedro Serna, lo que Alexander Peczenik denominó “la arbitrariedad del último paso”, aspecto que condujo pioneramente a Chaim Perelman, al cabo de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial a ocuparse del decisivo tópico de la justificación de los juicios de valor. Como explica el autor español, al profesor belga se debe la primera teoría de la argumentación jurídica completa y desarrollada surgida “con el afán de dar respuesta al problema de la

---

<sup>1</sup> *Revue de l' École nationale de la magistrature*, n° 3, junio, 1990, pp. 14-15. Sobre esto, cfr Ost, Francois, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez” (del francés por I. Lifante Vidal), *Doxa*, Alicante, 14, 1993, p. 169.

racionalidad del juicio de valor”<sup>2</sup>. Porque, en rigor, la labor interpretativa connota, en última instancia, la asignación al problema de que se trata y a las normas que se invocan, de un carácter moral en el que, como reflexiona Francesco Viola, muchas veces “el contenido de los valores en juego es más importante que la fidelidad a las formulaciones literales de las reglas”<sup>3</sup>.

Interesa, entonces, reflexionar -una vez más-, sobre el oficio de la interpretación judicial por cuanto atrás quedó la propuesta de la Dogmática Jurídica estructurada sobre la tesis de la “no” interpretación de las normas (en tanto que claras; determinadas y no contradictorias, además de autosuficientes), tesis ésta que, al decir de Francesco D’ Agostino, solo cabía flexibilizar ante supuestos excepcionales y, por lo demás, muy poco frecuentes, admitiendo únicamente una exégesis meramente “cognocitiva” del sentido deferido a los textos por parte del legislador<sup>4</sup>. Al análisis de algunas de las razones por las que ese punto de vista no resultó viable, se dedica el siguiente apartado (II). De él se sigue que la preocupación que embarga a teóricos y prácticos se centra en el *cómo* de ese oficio ya que, como fuera observado con agudeza por Josef Esser, la interpretación es la gran vía para “hacer transparente” y de este modo “racionalizar el proceso de aplicación del Derecho” de modo de superar dos extremos sumamente perniciosos para la real comprensión de lo jurídico: de un lado, el referido sometimiento acrítico a los dogmas normativos ya que, como añade el autor alemán, “la resolución nunca es simplemente ofrecida por la ley” siendo inevitables los “juicios de valor” que, por cierto, jamás “se han de extraer plenamente de la norma”; y, de otro, “la libre subjetividad” y los “criterios arbitrarios de lo ‘racional’”<sup>5</sup>. Una breve ejemplificación jurisprudencial de esos extremos ocupa el apartado III. Ahora bien; en el logro de ese objetivo muchas son las perspectivas que acercaron su reflexión y benéfico aporte. He señalado recién a Perelman quien acomete su esfuerzo en el marco de una “nueva retórica”, a la que deben añadirse los convergentes planteamientos “tópicos” y de la “dialéctica” debidos, respectivamente, a

---

<sup>2</sup> Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, p. 64. La cita del profesor sueco está en la p. 90.

<sup>3</sup> Cfr, por todos, Viola, Francesco, “Los derechos humanos, ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, 2º, corregida, reestructurada y ampliada, p. 169.

<sup>4</sup> Cfr D’ Agostino, Francesco, “Hermenéutica y derecho natural (después de la crítica heideggeriana a la metafísica)”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Las razones...*, nota 3, pp. 346-347.

<sup>5</sup> Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1970 (sobre el particular, el capítulo que aquí interesa ha sido traducido al castellano por M. Rodríguez Molinero bajo el título “La interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, Madrid, 1986 por el que en lo sucesivo se cita). Las referencias del cuerpo se toman de las pp. 45 y 62. Cfr también p. 64, entre otras. A partir de Esser, idéntica es la postura de Arthur Kaufmann, como se observa *infra*, II, C.

Theodor Viehweg y a Michel Villey<sup>6</sup>. Todas estas propuestas reconocen en Aristóteles su indiscutida señal de identidad y pueden englobarse en torno de una expresión que ganó fortuna en la Alemania de los setenta de la pasada centuria: la “rehabilitación de la filosofía práctica”<sup>7</sup>. Entre nosotros, la recepción y desarrollo de estas propuestas es bien conocido pues tuvo en un destacado miembro de esta Academia –a la que honró en el ejercicio de la Presidencia- uno de sus animadores más relevantes: Olsen Ghirardi. A él se debe la creación del Instituto de Filosofía del Derecho; la formación de numerosos discípulos, de entre los que no puedo dejar mencionar dos caros amigos: el Académico Armando Andruet y mi colega del ámbito judicial, prematuramente fallecido, Luis Roberto Rueda, y la vigorosa producción de una obra científica que exhibe ya una merecida repercusión internacional<sup>8</sup>. No parece, pues, prudente, abundar en esta última perspectiva aquí. Me ocuparé entonces (apartado IV), del aporte de la Hermenéutica filosófica sobre el sentido de la decisión judicial, una aproximación acaso menos visitada por los teóricos de nuestro país bien que, entre ellos, un lugar de excepción lo ocupa la obra anticipatoria de Carlos Cossio, a la que dediqué algunas reflexiones hace cierto tiempo<sup>9</sup>. Unas conclusiones (apartado V) cierran este papel.

## II

### Problemas lógicos; constitucionales y filosóficos de la Dogmática Jurídica ante la “inevitable” necesidad de interpretar

La propuesta de la Dogmática jurídica encuentra diversas resistencias teórico-prácticas. En lo que sigue, me ocuparé de tres argumentos que dan cuenta de lo dicho.

#### A. Problemas de orden lógico

La crítica de orden lógico se basa en que la Dogmática propone que el ordenamiento jurídico se halla dotado de normas claras, precisas, consistentes y económicas, las cuales coronan un sistema completo. La experiencia desmiente esta afirmación, en tanto muestra que las proposiciones, en demasiadas circunstancias, son

---

<sup>6</sup> Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988 (del francés por L. Díez Picazo), *passim*; Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, según la traducción castellana de Luis Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1986, pp. 87-88; Villey, Michel, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique. Ou le bon usage des dialogues*, Puf, París, 1987.

<sup>7</sup> Cfr, por todos, Volpi, Franco, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo aristotelismo”, *Anuario Filosófico*, 1999, 32, pp. 315-342.

<sup>8</sup> Cfr, por todos, Ghirardi, Olsen A., *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fe de Bogotá, 2001, *passim*; Ghirardi (dir.) et alli, *El razonamiento judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2001, *passim*, o Ghirardi (dir.) et alli, *Formas y evolución del razonar judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2005, *passim*.

<sup>9</sup> Cfr al respecto mi estudio “La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas”, *La Ley*, Buenos Aires, 2005-A-1148-1168.

vagas; ambiguas; contradictorias y redundantes, revelando que el sistema exhibe lagunas y, por tanto, es incompleto<sup>10</sup>. Ilustraré lo expuesto con dos casos jurisprudenciales que muestran la inevitabilidad interpretativa, consecuencia del lenguaje natural de que se dispone.

El primero es el alcance de las “exhibiciones obscenas” a que alude el art. 129 del Código Penal nacional que se reprocha a una persona que exhibe sus senos en la vía pública, examinada por la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional. La disidencia, con cita de Molinario, reconoce que se está “en presencia de un vocablo cuyo empleo supone un juicio previo, juicio que está sujeto, como todos los juicios de valor (...) a las influencias determinantes del tiempo, del espacio y de la sociedad (...) a que pertenece la persona que los formula”. De ahí que teniendo en cuenta que se está ante un tipo penal “que busca proteger el pudor de quien no está obligado a presenciar exhibiciones por él no buscadas”, considera que la conducta en cuestión –tomando como parámetro “un objetivo punto medio del sentir de la sociedad” actual- resulta captada por el tipo penal referido, con prescindencia de que la finalidad fuere la oferta de sexo. La mayoría, tras enfatizar la “ambivalencia conceptual” del término obsceno, aboga por que “todo hecho punible penalmente debe ser examinado en el contexto en el que se produzca”. Y considera que “la escena genera un sinnúmero de opiniones que dificultan sostener seriamente que ella corroe la moral comunitaria”, máxime si “todos los días (...) se advierten espectáculos que dejan en el inmediato olvido lo obrado” por el imputado<sup>11</sup>.

El segundo concierne al sentido del término “detestable” empleado por un ex gobernador a un en ese entonces magistrado judicial. Una ajustada mayoría de cuatro a tres jueces del Alto Tribunal precisa “los derechos que se encuentran en conflicto” (“derecho a la libertad de expresión y crítica vs. derecho a la honra y reputación profesional”) y reconoce que “las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos excesivamente duros o irritantes”, lo cual responde al “prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate sobre cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público”. Empero, de ello “no cabe derivar la impunidad de quienes, por su profesión y experiencia, han obrado excediendo el marco propio del ejercicio regular de los derechos de petición y crítica”, en tanto no existe un “derecho al insulto”, debiendo examinarse el sentido de la expresión “en el contexto en el que han sido vertidas”. Sobre tales bases, considera que la expresión bajo análisis “constituye una expresión insultante (...) que excede los límites del derecho a la crítica”, máxime “cuando la alta carga peyorativa” de la

---

<sup>10</sup> Sobre el tema, cfr más ampliamente mi obra *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2021, pp. 278-291.

<sup>11</sup> CNCrim. y Correc., Sala V, 11/09/2004, causa “L., G. E.”, *La Ley* 2005-D, 94 y *La Ley Supl. Penal* 2005 (junio), 29, con nota de Báez, Julio C. y Arce Aggeo, Miguel A., “La obscenidad en el siglo XXI”.

expresión “no pudo pasar desapercibida” al “funcionario público” que la profirió. Si bien la disidencia emplea los mismos estándares de razonamiento que la mayoría, concluye de manera exactamente contradictoria. A su juicio, “el carácter difamatorio que se le atribuye a la locución (...) no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien desempeña la magistratura”<sup>12</sup>.

Los casos referidos dejan enseñanzas de interés. Revelan una severa fragmentación de pareceres respecto del significado de dos expresiones que, ciertamente, exceden el nivel semántico para ingresar en el ámbito de las valoraciones, el que, es claro, no es neutral. Dicho con más precisión y retomando la antes referida observación de Viola: tal diversidad de puntos de vista remite a una interpretación de índole moral. Se está, entonces, como postulaba el juez Cardozo, acaso ante la “esencia de la función judicial”, esto es, el “esfuerzo de reconciliar lo irreconciliable”<sup>13</sup>. Y frente ello, ¿resultan idóneas las premisas metodológicas de que dispone la Dogmática jurídica? Por de pronto, los supuestos recién ejemplificados revelarían más bien la nítida imposibilidad de una lectura mecánica (lógico-deductiva) de los textos y, en su lugar, la admisión de una estructura argumentativa nutrida por razones plausibles que tienen lugar en el marco de un “círculo” o mejor de una “espiral hermenéutica”, como se verá enseguida, en la que la interpretación deviene inevitable. Y eso entraña –una de las divisas de la Hermenéutica- el ingreso del intérprete en la cosa a discernir, es decir, la superación de la férrea distinción sujeto-objeto cara al positivismo jurídico, aspecto éste último de honda relevancia teórico-práctica que, salvo algunas referencias ocasionales, no puede ser abordado aquí<sup>14</sup>.

## B. Problemas de orden constitucional

La crítica de orden constitucional se basa en que las normas características de las leyes fundamentales (los derechos constitucionales que, en definitiva, justifican aquellas) asumen la estructura no de las “reglas”, sino de los “principios”. Y éstos, como observó pertinentemente Ronald Dworkin, no se aplican a “todo o nada” (“all or nothing”), como en el caso de las “reglas”, sino a partir de un proceso de reconocimiento de la “dimensión de peso o de importancia” (“dimension of weight or importance”) de aquellos respecto de otros u de otras disposiciones (infraconstitucionales y constitucionales), lo que conduce, inexorablemente, a un horizonte interpretativo<sup>15</sup>. Profundizando en esta característica,

---

<sup>12</sup> CSJN, “C.C., R. A. c/A., S. E. y otros s/daños y perjuicios”, sent. del 14/08/13, Fallos: 336:1143.

<sup>13</sup> Cfr, sobre la cita del célebre juez de la corte norteamericana, la referencia de la CSJN en la causa “Portillo, Alfredo”, Fallos: 312:496, consid. 14.

<sup>14</sup> Sobre este tema cfr, entre otros estudios, Kaufmann, Arthur, “Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho”, *Persona y Derecho*, Pamplona, 29\*\*, 1993 (del alemán por R. Rabbi-Baldi Cabanillas y María E. González Doria), pp. 11-31.

<sup>15</sup> Cfr, por todos, Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977, pp. 14-80. Las citas del cuerpo se hallan en pp. 24 y 26.

Robert Alexy medita que todo principio es una “norma que ordena realizar algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”, de donde entraña un “mandato de optimización” que se caracteriza porque “puede ser cumplido en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario”<sup>16</sup>. Ahora bien; cuando un principio tensiona con otro deviene inevitable, amplía este autor, la presencia de la “ley de la ponderación” de aquellos<sup>17</sup>, de lo cual se van decantando, respecto de cada uno, criterios de “peso específico” ante ciertas circunstancias que ayudan (y tornan más previsible) la resolución de conflictos (es la denominada “relación de precedencia condicionada”<sup>18</sup>).

Como parece innecesario abundar, de lo hasta aquí expuesto surge con nitidez que el proceso de determinación del alcance de los “principios” descarta un escenario como el planteado por la Dogmática. El segundo ejemplo brindado en el punto anterior da cuenta de la presencia de dos principios de rango constitucional que exigen concretarse, pero cuya graduación en cuanto concierne, nada menos, a su alcance, dependerá de la insoslayable labor interpretativa que se lleva a cabo a partir del análisis del sentido abstracto de aquellos; del contexto en el que acaecen los hechos debatidos y de la índole de las personas involucradas, a través de un complejo proceso ponderativo en el que, por cierto, queda muy lejos una propuesta metodológica basada en una aplicación lógico deductiva de tales principios en tensión.

Pero la dimensión interpretativa se acrecienta todavía más si se recuerda que los “principios” reenvían a normas de inequívoco carácter moral<sup>19</sup>. Al respecto, Alexy puntualiza que “el carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo es siempre moral” a causa, justamente, de la índole de su contenido<sup>20</sup>. En efecto; ni la libertad de expresión ni el derecho al honor, para seguir con el ejemplo ya conocido, aluden a normas neutrales o indiferentes; los bienes que ellas mandan garantizar remiten, para decirlo con John Finnis, a ciertos “basic

---

<sup>16</sup> Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (del alemán por M. Atienza), *Doxa*, 5, 1988, p. 143.

<sup>17</sup> Cfr Alexy, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad” (del inglés por A. García Figueroa), *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha/Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, 16, p. 13.

<sup>18</sup> Cfr Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (del alemán por Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 2º española, esp. p. 73.

<sup>19</sup> Cfr, por todos, Viola, nota 3, esp. pp. 169-171; Dworkin, nota 16, esp. p. 22 y, entre nosotros, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo y Derecho Público General. Estudios y semblanzas*, B de F, Montevideo, 2020, esp. pp. 167-215.

<sup>20</sup> Alexy, nota 16, pp. 143-144.

values”<sup>21</sup> en cuyo reconocimiento el Estado de Derecho o, como se alude en la actualidad con especial énfasis, el Estado *Constitucional* de Derecho, se haya especialmente avocado en garantizar justamente por mentar los preceptos definitorios del ordenamiento jurídico en tanto permiten el resguardo y desarrollo de la persona humana que es su razón de ser. Y esta tarea, como es obvio, ni es sencilla, ni es menor, lo que redundo, necesariamente, en la necesidad de explorar –siempre interpretando o, si se prefiere, argumentando– acerca del sentido de los derechos constitucionales contemplados en los casos concretos de modo de resguardar, tanto como resulte posible, para decirlo con el art. 19.2 de la Constitución alemana –en una nota ya presente en el proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi y que el art. 28 de nuestro texto fundamental recoge persuasivamente–, el “contenido esencial de los derechos” en juego<sup>22</sup>.

Esta última idea exige un esfuerzo, como se anticipó, de “conciliación” de los derechos en disputa, bien que –y esto es lo decisivo– ello no debe asociarse a un mero “compromiso” sino, para decirlo con Manuel Atienza, a un “equilibrio” (cuanto menos “mínimo” y, en línea de principio, “óptimo”), noción ésta que, añade el profesor español, nuevamente, “recoge un compromiso moral”. El equilibrio, en efecto, “necesita que el resultado sea el más correcto: no solo el mejor, sino, de alguna manera, bueno. Por ello, mientras que el compromiso puede vincularse con un consenso de tipo fáctico, el equilibrio requiere un consenso de tipo ideal o racional”<sup>23</sup>.

Un ejemplo –entre tantos– de lo recién expuesto creo leer en el caso “Portillo”, en el que el actor invoca razones religiosas para no realizar el servicio militar obligatorio. El tribunal reconoce, de un lado, que “la libertad de religión es particularmente valiosa” y, de otro, que “la obligación de contribuir a la defensa de la Nación y de su Ley Fundamental, rectamente interpretada, es una convocatoria a la defensa de las libertades e instituciones en aquélla reconocidas. Por ello, no parece válido invocar uno de los aspectos de esa libertad y, al unísono, sustraerse a uno de los medios” para lograrla, de donde el Tribunal se avoca a alcanzar un equilibrio “óptimo” entre los derechos en juego, el que se sitúa en “hallar alternativas que no eximan al sujeto obligado para con el Estado, pero que tampoco violenten sus convicciones con grave riesgo de su autonomía” lo que acaece con el cumplimiento de la manda “sin el empleo de armas”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, esp. pp. 59-99.

<sup>22</sup> Sobre la noción de “contenido esencial” de los derechos prevista en la Constitución alemana (con influencia posterior, v. gr., en la española y con el sugestivo paralelismo de los antecedentes nacionales), cfr, por todos, Serna, Pedro/Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, *passim*.

<sup>23</sup> Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27, 1989, p. 102.

<sup>24</sup> CSJN, causa “Portillo, Alfredo”, Fallos: 312:496.

Los párrafos mencionados revelan el esfuerzo argumentativo del Tribunal por desentrañar el sentido genuino de las cláusulas constitucionales; su encadenamiento histórico y filosófico (lo que la Hermenéutica reconoce como “tradición”, según se verá de inmediato) y su puesta en correspondencia con las particulares circunstancias de la causa evidenciadas a través del planteo de las partes y el contexto en el que se dan cita. Se habla de “esfuerzo” porque el mundo de los derechos constitucionales asume, en sus líneas distintivas, la estructura de los principios y, como recuerda Alexy, “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores”: respecto de los primeros, la cuestión estriba en “qué es debido de manera definitiva”; respecto de los segundos en “qué es de manera definitiva mejor”<sup>25</sup>. Y, como es obvio, esa exigente labor de resguardo, concreción y desarrollo de los principios constitucionales no puede prescindir de la labor interpretativa.

### C. Problemas de orden filosófico

La crítica filosófica será de cuño Hermenéutico. Procura mostrar que el intérprete no puede –según la pretensión de la Dogmática Jurídica- obtener un conocimiento “objetivo” del texto de suerte que, en dicho proceso, permanece completamente al margen de su contenido, sin ningún tipo de involucramiento.

Para esta última perspectiva, refiere Hans Georg Gadamer -figura superlativa el pensamiento del siglo XX-, la comprensión es la “mera reproducción de una producción originaria”<sup>26</sup>, para lo cual corresponde superar la “distancia en el tiempo” existente entre el intérprete y el autor del texto originario, de modo que aquél debe “desplazarse al espíritu de la época, pensar en sus conceptos y representaciones en vez de en las propias”, pues “sólo así podría avanzarse en el sentido de una objetividad histórica”<sup>27</sup>. En este proceso, la comprensión ulterior es siempre “mejor” que la originaria, tanto “en el sentido objetivo de saber más en virtud de conceptos más claros”, cuanto -como señaló Schleiermacher y, a partir de él, Savigny-, en que es “un hacer consciente posterior, capaz de equiparar al intérprete con el autor original”<sup>28</sup>. En este horizonte, “la ley vigente” tiene un sentido jurídico “unívoco”, de modo que “la praxis jurídica del presente se limita a seguir simplemente su sentido original”, por lo que la interpretación, según fuera anticipado, queda reducida a márgenes sumamente estrechos: no intenta “comprender la tradición”, sino que “es un simple medio auxiliar de la praxis jurídica encaminado a

---

<sup>25</sup> Alexy, nota 16, p. 145.

<sup>26</sup> Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 (se cita según la traducción castellana de la 4ª edición –1975- por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977, pp. 366-367.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 367.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 366-367.

subsana ciertas deficiencias y casos excepcionales en el sistema de la dogmática jurídica”<sup>29</sup>. Así las cosas, “no habría razón para distinguir entre sentido jurídico y sentido histórico de una ley. El mismo jurista no tendría como tarea hermenéutica sino la de comprobar el sentido originario de la ley y aplicarlo como correcto”, ignorándose, entonces, “la tensión entre sentido jurídico originario y actual”<sup>30</sup>.

La Hermenéutica ha formulado dos observaciones liminares a este planteamiento. La primera es que la distancia entre el “ayer” que ha de interpretarse y el “hoy” desde el que se lo indaga “no es un abismo devorador, sino que está cubierto por la continuidad (...) de la tradición a cuya luz se nos muestra todo lo transmitido”<sup>31</sup>. De ahí que “el tiempo ya no es primariamente un abismo que hubiera de ser salvado porque por sí mismo sería causa de división y lejanía, sino que es (...) el fundamento que sustenta el acontecer en el que tiene sus raíces el presente”, por lo que “de lo que se trata es de reconocer la distancia en el tiempo como una posibilidad positiva y productiva del comprender”<sup>32</sup>. Esta primera nota –que evita incurrir ya en un “objetivismo” a la postre ingenuo e ahistórico, como el de la Dogmática Jurídica, ya en un “subjetivismo” que prescinde por completo del texto y de la historia de modo de forjar la propia (es la aludida “libre subjetividad” de Esser que en Kaufmann se conoce como la “ideologización” del derecho, también asociada al “discrecionalismo judicial” que redundo en el “mutativismo” de los textos<sup>33</sup>); es caracterizada como “la conciencia influenciada por los efectos o consecuencias que sobre ella ejerce la historia” y que adquiere un papel de excepción en la comprensión hermenéutica. Como expresa Gadamer, cuando intentamos comprender un fenómeno histórico “siempre” nos hallamos bajo la influencia de la historia, de modo que los efectos de esta conciencia “operan en toda comprensión, sea o no consciente de ello” el intérprete, al punto que cuando se la niega “en la ingenuidad de la fe metodológica, la consecuencia puede ser (...) una auténtica deformación del conocimiento”<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 396.

<sup>30</sup> Ibid., p. 398.

<sup>31</sup> Ibid., p. 367.

<sup>32</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>33</sup> Cfr Kaufmann, nota 14, p. 29. Para este autor, si se ignorara la relevancia del “círculo hermenéutico”, “solo quedaría la elección entre una dogmatización absoluta o una ideologización del derecho”, es decir, entre, “por un lado, una comprensión del derecho fuertemente reglamentada, que no permite ninguna divergencia acerca de su ‘conocimiento correcto’ y, por otro, una completa autonomía sistémica del derecho, que prohíbe toda reflexión de naturaleza sistemático-trascendente sobre los principios, condiciones y la corrección del ‘sistema’”.

<sup>34</sup> Ibid., p. 371. Aplicada a la relación norma-realidad, Theodor Viehweg, “Retórica, Pragmática, Lingüística, Teoría del Derecho”, en *Tópica y Filosofía*, pp. 186-187, ha sido igualmente incisivo cuando señala que “las formas de hablar que primordialmente se orientan hacia la sintaxis (es decir, las relaciones entre los signos) y la semántica (es decir, las relaciones entre los signos y lo designado) tienen que ser caracterizadas de otra manera. (...) [E]llas pretenden prescindir de la situación especial de uso en la que actúan, es decir, de las relaciones de los signos con quienes los utilizan. Dentro de lo posible, tienen que sustraerse a la situación, es

La segunda es que quien interpreta lo hace desde su tiempo, el que es intransferible a cómo fue visto el texto antes o a cómo lo será después. Es que si la “subjetividad” no está vacía (pues supone la “tradicición”), tampoco está concluida (pues eso entrañaría cancelar las variables circunstancias de la vida). De ahí que, expresa Gadamer, “el verdadero sentido de un texto tal como éste se presenta a su intérprete no depende del aspecto puramente ocasional que representan el autor y su público originario. O por lo menos no se agota en esto. Pues éste sentido está siempre determinado (...) por la situación histórica del intérprete y, en consecuencia, por el todo del proceso histórico”<sup>35</sup>. En este horizonte, piensa el autor –aspecto ya entrevisto por Radbruch<sup>36</sup>- “el sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente, sino siempre. Por eso la comprensión no es nunca un comportamiento sólo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo”, de donde “comprender no es comprender mejor (...) Bastaría decir que *cuando se comprende, se comprende de un modo diferente*”<sup>37</sup>.

Ambas notas se advierten con claridad en el ámbito jurídico, pues la lectura de los textos (piénsese, por caso, en la Constitución Nacional de 1853-1860), no es solo una mirada del documento histórico sino una visita a través de sus comentadores y de sus ejecutores o intérpretes por antonomasia y, además, desde el aquí y ahora en el que dicha lectura se efectúa. De ahí que, con notable fineza, el eminente civilista Emilio Betti precisara que no existe “un acceso inmediato al objeto histórico, capaz de proporcionarnos objetivamente su valor posicional”, sino que éste acaece a través de la “mediación de los anillos intermedios” que proporciona, de modo paradigmático, la labor jurisprudencial<sup>38</sup>.

### III

---

decir, ser no-situacionales en el sentido indicado. Merece ser tenido en cuenta que, de esta manera crean, sin duda, una cierta pereza intelectual. Pues, por lo general, las formas de hablar aislantes conducen a simplificaciones. Naturalmente, no pocas veces ellas despiertan considerables objeciones ya que las argumentaciones, sobre todo en el campo social -en no poca medida también en el jurídico-, pierden casi siempre comprensibilidad cuando son separadas de su contexto social, es decir, de su contexto de influencia”.

<sup>35</sup> Ibid., p. 366.

<sup>36</sup> Cfr, al respecto, Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (del alemán por W. Roces), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, p. 122

<sup>37</sup> Gadamer, nota 26, pp. 366-367 (el énfasis corresponde al original).

<sup>38</sup> Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por José L. De los Mozos, EDESA, Madrid, 1975, p. 77. Este es, si bien se mira, el modo de argumentar “histórico” de la Hermenéutica jurídica, netamente diverso del “elemento” histórico (luego denominado “canon” o “directriz”) planteado por Savigny y que hizo escuela en el pensamiento dogmático. Sobre esto último, cfr Zuleta Puceiro, *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, La Ley, Buenos Aires, 2003, esp. pp. 50-43 y lo expuesto en mi libro *Interpretación jurídica, Teoría y práctica jurisprudencial*, Astrea, Buenos Aires, 2020, pp. 53-57.

¿Cómo interpretar? Ni sumisión acrítica a las normas; ni prescindencia ideológica de ellas

Si la interpretación, entonces, es connatural al proceso de determinación del derecho, interesa examinar cómo ésta se realiza en orden a obtener “decisiones razonablemente fundadas”, para seguir la expresión del nuevo art. 3° del Código Civil y Comercial. De ahí que, en ese camino, como advertía Viehweg, cabe huir deliberadamente sea de la pereza de dejar las cosas como están, aun cuando emerjan como claramente irrazonables, lo que conduce a Andrés Ollero a observar que decisiones del estilo “disfraza(n) de respeto a la ley la imposición unilateral de una opción política determinada”<sup>39</sup>; o de modificarlas con base en la sola voluntad del intérprete, es decir, con Esser, de entronizar los “criterios arbitrarios de lo ‘racional’”.

Los tribunales pueden exhiben ejemplos de estos extremos. Acaso ilustra el primer supuesto, evidenciando una aplicación del esquema conceptual de la Dogmática Jurídica, la disidencia del juez del Alto Tribunal Augusto Belluscio en la causa “Itzkovich” en la que si bien reconoce -al igual que la mayoría- la irrazonabilidad del art. 19 de la ley 24.463 que establece un recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema contra los pronunciamientos de la Cámara Federal de la Seguridad Social, se inhibe de declarar la inconstitucionalidad de la norma con sustento en que las modificaciones legales son del resorte exclusivo del Poder Legislativo<sup>40</sup>. Asimismo, ejemplo de lo segundo (que se vincula con posturas que propician la mutabilidad del sentido de las normas, cuando no su directa prescindencia en razón de expresos puntos de vista ideológicos o políticos), puede considerarse lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la renombrada causa “Artavia Murillo” al abordar el status del embrión no implantado. La mayoría del Tribunal reconoce que se está ante una entidad diversa de las de sus creadores (“la prueba científica concuerda ... que el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente Información genética suficiente para el desarrollo humano...”), no obstante lo cual evita considerarla como persona humana en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dado que la “concepción” a que hace referencia dicho texto recién “tiene lugar desde el momento en que aquél se implanta en el útero”, aspecto éste que, es obvio, hace exclusiva referencia al *desarrollo* del embrión (aspecto accidental pues puede ocurrir o no), más no a su *existencia* y

---

<sup>39</sup> Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 247.

<sup>40</sup> Cfr CSJN, “Itzkovich” Fallos: 328:566 y mi glosa en *Interpretación jurídica*, nota 39, pp. 173-174.

consecuente *estatuto* ya precedentemente reconocido con sustento en la aludida “prueba científica”<sup>41</sup>.

#### IV

##### El aporte de la Hermenéutica filosófica en la interpretación judicial

La relevancia de todas las decisiones hasta aquí aludidas revela la necesidad de un abordaje que no puede ceñirse a lo meramente jurídico, sino que debe extenderse a una dimensión que un miembro correspondiente de esta Academia, Rodolfo Vigo, -a partir de Carlos S. Nino- pero a propósito del planteamiento iusnaturalista de raíz aristotélica, denominó como la “no insularidad” del derecho<sup>42</sup>. Éste no puede comprenderse en su radicalidad sin una aproximación que dé cuenta de las diversas fuentes o elementos que actúan en la realidad de la vida y que impactan expresa o implícitamente sobre el sistema jurídico. Una mirada del estilo es la que ha desplegado la Hermenéutica filosófica lo cual, como es claro, impacta de lleno sobre el alcance de las decisiones judiciales. Resalto de este abordaje los siguientes tres aspectos.

##### A. El tema de las “precomprensiones”

El primero consiste en la rehabilitación científica de las “precomprensiones”. ¿De qué se trata y cómo se adquieren? Esser piensa en “la visión panorámica adquirida con la formación jurídica” y en la “experiencia práctica del intérprete”<sup>43</sup>, la que comprende su “propia experiencia social, técnica, histórica, en una palabra, actual”<sup>44</sup>. Pues bien, dichas “precomprensiones” son determinantes en tanto actúan como “anticipo de sentido” de la situación de hecho y de derecho a considerar, de donde “si la interpretación trata de un hacer inteligible lo que sin ella no ‘está claro’, su aportación depende (...) de lo que el intérprete, conforme a su representación coetánea, considere claro y manifiesto. Pero la

---

<sup>41</sup> Cfr Corte Interamericana de Derechos Humanos, causa “Artavia Murillo y ot. (fecundación in vitro) c/Costa Rica”, sent. del 28/11/12. Una versión abreviada se publicó en *La Ley*, Buenos Aires, diario del 28/12/12, p. 8. Sobre esta sentencia, cfr mi glosa en *Teoría del Derecho*, Abaco, Buenos Aires, 2021, pp. 133-138 y, más extensamente, en coautoría con Eugenia Fléming Cánepa, “El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Palacio de Caero, Silvia (director), *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, cap. XI, esp. pp. 554-562. También testimonia un ejemplo de esta modalidad de interpretación lo resuelto por el Alto Tribunal en la causa “FAL”, Fallos: 335:197, tal y como lo he procurado poner de relieve en mi estudio *El aborto no punible en la Argentina: consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso “F.” de la Corte Suprema*, “Pensar en derecho”, número 0, año 1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, pp. 331-378.

<sup>42</sup> Vigo, Rodolfo L., “Iusnaturalismo vs. iuspositivismo. Un alegato iusnaturalista”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones...*, nota 3, 235.

<sup>43</sup> Esser, nota 5, p. 71.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 52.

posición del interrogador ante el texto está a su vez también prejuugada (...) por lo que él espera aquí y por lo que no espera, es decir, por su horizonte histórico-social. Ni siquiera una supuesta interpretación del texto puede ser realizada aislada de estos elementos hermenéuticos de precomprensión<sup>45</sup>, de donde, como dice Gadamer, “los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser”<sup>46</sup>. La Corte Suprema no ha sido ajena a este dato. Así, en la causa “Casal”, tras señalar –con cita de Calamandrei- la dificultad de una “rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho”, afirmó, a partir de sus propios precedentes y de la observación de Luigi Ferrajoli, que esa pretensión “también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula”<sup>47</sup>.

Por supuesto, este reconocimiento no va sin críticas. Martin Kriele, antiguo juez del Tribunal Constitucional Federal alemán, considera que la aparición del “círculo” en el proceso de determinación del derecho resulta “sospechosa” y hasta “científicamente irresponsable” pues entraña que “el derecho ha dejado de ser para quien lo conoce una ‘pura dimensión objetiva’ y, por tanto, ya no se encuentra ‘exclusivamente sometido a la ley’”. Como es obvio, aquí vuelve a plantearse la tajante distinción entre objeto y sujeto cara a la Modernidad pero que no parece haber encontrado correlato en la realidad del derecho. La respuesta del citado Arthur Kaufmann parece irrefutable: “este esquema mental ‘subjetivo-objetivo’ resulta (...) totalmente inadecuado para el fenómeno del comprender porque aquello que ha de ser comprendido se crea tan sólo en el mismo proceso del comprender y, por ello, en modo alguno puede existir fuera de ese proceso una ‘corrección objetiva’”<sup>48</sup>. De ahí que, añade, “si los juristas ponderan, por un lado, que toda nuestra comprensión jurídica se mueve en el círculo de la precomprensión y que, por otro, este círculo no es lógicamente vicioso, ni, menos, merece ser evitado, entonces se colige que el interés científico tiene que trasladarse precisamente a esa precomprensión”<sup>49</sup>. Sobre tales bases, Gadamer es incisivo al observar, como filósofo, un dato que los juristas suelen desatender: “en sí mismo, ‘prejuicio’ quiere decir un juicio que se forma antes de la convalidación definitiva de todos los momentos que son objetivamente determinantes. En el procedimiento jurisprudencial, un prejuicio es una predecisión jurídica antes del fallo de una sentencia definitiva”. Y en este contexto, añade, tanto puede tener una valoración negativa como positiva, tal y como lo indica la doble acepción de la voz latina “praejudicium” (como la francesa “préjudice”), la que tanto

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 51.

<sup>46</sup> Gadamer, nota 26, p. 344.

<sup>47</sup> CSJN, causa “Casal, Matías”, Fallos: 328:3399, consid. 26, *in fine*, del voto de mayoría.

<sup>48</sup> Kaufmann, nota 14, p. 28.

<sup>49</sup> Ibid., p. 31.

puede significar “perjuicio, desventaja o daño”, como la ya referida de “anticipo” o “precedente” de un criterio sólidamente elaborado. Como matiza Gadamer, “para el que participa en el proceso judicial un prejuicio de este tipo representa evidentemente una reducción de sus posibilidades”, ya que se parte de un consenso previo respecto de algún punto que, en cierto modo, condiciona su obrar. Sin embargo, añade, “esta negativa es sólo secundaria, es la consecuencia negativa de una validez positiva”, a saber, el ya referido “valor prejudicial de una decisión”<sup>50</sup>.

#### B. El vínculo entre precomprensión y texto

El segundo aspecto es el enlace existente entre la referida “precomprensión” (o “predecisión” o “pretexto”) y el texto a interpretar, el que revela un dato que el práctico conoce de sobra aun cuando no haya reparado con frecuencia en ello. Como puntualiza Esser, el “anticipo de sentido” desde el que se examina el texto va acompañado de una expectativa de corrección (o de justicia) del texto develado en orden a obtener una decisión justa, por lo que *“las representaciones finales de la decisión influyen en la aplicación del derecho: se tienen en cuenta anticipadamente posibles resultados, y en base a ellos se decide la comprensibilidad del texto (...)”*. La resolución tiene que ser, por lo general, ‘objetivamente justa’ y además estar en consonancia con todo el sistema [jurídico]. Con esto queda clara la cuestión de *“qué elementos impulsan a quien aplica el Derecho a formular determinadas preguntas al texto (...)”*. *Dicha confrontación no acontece con posterioridad al acto de determinación del derecho, sino que, más bien, determina su dirección y desarrollo teniendo en cuenta lo que, desde el punto de vista del consenso social, se estima como una decisión ‘razonable’*<sup>51</sup>.

#### C. La relación entre precomprensión, texto y contexto

El tercer punto es el vínculo existente (y también, no frecuentemente puesto de resalto entre los teóricos del derecho aunque sí en la práctica de éste) entre “precomprensión”; “texto” y “contexto”. Como se enfatizó más arriba, la interpretación no es ajena a la llamada interna de quien la realiza y, por tanto, al tiempo y espacio en el que éste se encuentra. Betti habló del “interés actual de nuestra vida presente” que, muy poéticamente, “hace vibrar en nuestro ánimo de intérpretes una cuerda que le corresponde”<sup>52</sup>. De ahí que “cada época entiende un texto transmitido de una manera

---

<sup>50</sup> Gadamer, nota 26, p. 337.

<sup>51</sup> ESSER, nota 5, pp. 70-71 (el énfasis no corresponde al original) (he seguido la traducción de M. Rodríguez Molinero, salvo en el último párrafo en el que opté por la mía, según la traducción efectuada para el trabajo de A. KAUFMANN, nota 14, p. 35).

<sup>52</sup> Betti, nota 38, p. 39 (el énfasis corresponde al original). En igual sentido, Gadamer, nota 26, p. 353, expresa que el interés por la tradición “está motivado de una manera especial por el *presente y sus intereses*” (énfasis añadido), y Esser, nota 5, p. 60, refiere que “la pregunta sobre el lugar de una institución

peculiar, pues el texto forma parte del conjunto de una tradición por la que cada época (...) intenta comprenderse a sí misma”<sup>53</sup>. Los ejemplos que ilustran este aspecto son constantes. Uno, clásico, es el alcance –con el advenimiento de los medios audiovisuales– de la “libertad de imprenta” reconocida por nuestra Constitución en los artículos 14 y 32: ¿comprende únicamente, como expresa la literalidad del documento, a las expresiones impresas u emitidas en papel? ¿o se extiende también a las opiniones vertidas a través de todos los medios de comunicación, incluidos los audiovisuales que, evidentemente, no son (o no son solo) susceptibles de impresión? La respuesta amplia es conocida<sup>54</sup>. Otro, más reciente, es el que acaba de ser abordado en el párrafo anterior relativo al alcance de la voz “concepción”, precisamente a raíz del advenimiento de las técnicas de fertilización asistidas: ¿aquella se produce, como afirma la mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *recién* en la implantación del embrión en el útero materno o ya *antes* con la fusión del óvulo y el espermatozoide en un procedimiento que el desarrollo tecnológico contemporáneo permite observar con total transparencia?

De ahí que, así como a partir de “la herencia de la hermenéutica romántica, el positivismo (...) llegó a ocultar por completo esta tarea” (porque le bastó con hacer una lectura originalista del texto), “el problema central de la hermenéutica estriba precisamente en ella” (es decir, en efectuar una lectura, para seguir a Gadamer y Esser, “presente” o “actual” del documento o, como lo ha denominado la Corte Suprema, “dinámica” o “progresiva” de esa tradición histórica<sup>55</sup>). Y esto conduce, según la Hermenéutica, al “problema de la *aplicación* que está contenida en toda comprensión”<sup>56</sup>.

#### D. Aplicación e interpretación como elementos de la comprensión Hermenéutica

La comprensión hermenéutica entraña dos dimensiones inseparables: la interpretación y la aplicación. Respecto de la primera, ya la Hermenéutica romántica había advertido que ésta “no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”<sup>57</sup>. En relación con la segunda, Gadamer, esta vez en contra de aquella hermenéutica, refiere que “nuestras investigaciones nos fuerzan a admitir que en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere

---

jurídica en el sistema total, no será contestada claramente partiendo de una comprensión histórica, sino partiendo de una comprensión actual”.

<sup>53</sup> Gadamer, nota 26, p. 366.

<sup>54</sup> CSJN, causa “Servini”, Fallos: 315:1493, voto de mayoría, consid. 4° o “Verbitski”, Fallos: 312:916, disidencia del juez Fayt, consid. 5°.

<sup>55</sup> CSJN, causa “Casal”, nota 47, consid. 7°. Con anterioridad, entre otros, cfr Fallos: 256:588; 264:416, consid. 6° y sus muchas citas; 319:3241, consid. 8° y muchos otros.

<sup>56</sup> Gadamer, nota 26, p. 377 (el subrayado pertenece al original).

<sup>57</sup> Ibid., pp. 378-379.

comprender a la situación actual del intérprete”, de modo que “la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación”<sup>58</sup>.

Es lógico: la labor hermenéutica es “adaptar el sentido de un texto a la situación concreta a la que éste habla”<sup>59</sup>. Y esto, afirma Gadamer, fue claramente percibido en el ámbito jurídico y teológico –que el autor toma como ejemplos para sustentar su tesis de fondo- en el que “es constitutiva la tensión que existe entre el texto –de la ley o la revelación- por una parte y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación, en el juicio o en la predicación, por la otra. Una ley no pide ser entendida históricamente sino que la interpretación debe concretarla en su validez jurídica”, de modo que “si el texto (...) ha de ser entendido adecuadamente, esto es, de acuerdo con las pretensiones que él mismo mantiene, debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de manera nueva y distinta. Comprender es siempre también aplicar”<sup>60</sup>.

El párrafo citado es hondo en contenidos. De él Gadamer extrae su crítica a la distinción bettiana entre interpretación “cognitiva, normativa y reproductiva”, sobre cuyo acierto no estoy del todo seguro, bien que ese punto no resulta determinante a los fines de este papel, en tanto aquí deseo ceñirme a los supuestos en que, efectivamente, el sentido de la ley resulta concretado o determinado en la especificidad de los casos ocurrentes, ya que es en ese marco en que se plantea el problema de la tensión interpretativa y la eventual desvirtuación del genuino alcance del documento. Este aspecto –crucial- es el que ocupará el resto de mi atención.

En efecto; Gadamer observa que “cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica”<sup>61</sup>. En este sentido, “la tarea de la interpretación consiste en *concretar la ley* en cada caso, esto es, en su *aplicación*”<sup>62</sup> y ello supone una “complementación productiva del derecho”<sup>63</sup>.

¿Entraña ello el abandono o la desvirtuación de la ley? La pregunta está en línea con la particularidad que distingue a las ciencias de carácter práctico: se reconoce, de un

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 379.

<sup>59</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>60</sup> Ibid., p. 380.

<sup>61</sup> Ibid., p. 400.

<sup>62</sup> Ibid., p. 401 (el énfasis es del original). Como explica Gadamer más adelante (ibid., p. 405), así como “la verdadera concreción de la revelación –refiriéndose a la hermenéutica teológica- tiene lugar en la predicación, la del ordenamiento legal tiene lugar en el juicio”.

<sup>63</sup> Ibid., loc. cit.

lado, que éstas se hallan en permanente proceso de configuración y, de otro, se les exige un mínimo de previsibilidad. La respuesta de Gadamer es contundente: el oficio del juez está “sujeto a la ley exactamente igual que cualquier otro miembro de la comunidad jurídica”<sup>64</sup>. Y remata con una frase decisiva: “podemos considerar que lo es que es verdaderamente común a todas las formas de la hermenéutica es que el sentido que se trata de comprender sólo se *concreta y se completa en la interpretación, pero que al mismo tiempo esta acción interpretadora se mantiene enteramente atada al sentido del texto. Ni el jurista ni el teólogo ven en la tarea de la aplicación una libertad frente al texto*”<sup>65</sup>. La Hermenéutica, en efecto, no entraña ni postula la “creación” de la realidad (lo que en clave jurídica podría traducirse, como se anticipó, en la referida “libre subjetividad” de Esser o en la “ideologización” del derecho de Kaufmann y que algunos precedentes de la Corte identifican, críticamente, como “inconstitucionalidad sobreviniente”<sup>66</sup>). Por el contrario; es a aquella realidad (que en vertiente jurídica no es otra cosa que lo que cabría denominar como la “soberanía de los textos”) a la que se reconoce como punto de partida para su comprensión. Como completa Gadamer, la Hermenéutica “no es un ‘saber dominador’, no es apropiación como conquista, sino que ella misma se somete a la pretensión dominante del texto”<sup>67</sup>. En este sentido, “la interpretación de la voluntad jurídica (...) no son evidentemente formas de dominio sino más bien de servidumbre”<sup>68</sup>. Desde luego, si el texto no debe ser ignorado, tampoco cabe su mera sumisión (lo que bajo un timbre jurídico más arriba se ha identificado y ejemplificado como la conocida perspectiva “dogmática”). Existe, en definitiva, una “validez” que, más que demostrada o comprobada, debe ser, como pedía Heidegger, “mostrada”<sup>69</sup>. De donde toda interpretación “comprende su aplicación”<sup>70</sup>.

Ahora bien: como completa Gadamer, “claro que esta tarea de la concreción no consiste únicamente en un conocimiento de los artículos correspondientes”<sup>71</sup>. Una tal afirmación volvería a situar a la hermenéutica jurídica en el horizonte del historicismo y, por consiguiente, en los conocidos planteamientos positivistas desde la “jurisprudencia de conceptos” en adelante<sup>72</sup>. Por ello, “hay que conocer también la judicatura y todos los

---

<sup>64</sup> Ibid., pp. 401-402.

<sup>65</sup> Ibid., p. 405 (el énfasis se ha añadido).

<sup>66</sup> CSJN, causa “Itzkovich”, cit. nota 40, voto del juez Lorenzetti, consid. 13.

<sup>67</sup> Gadamer, nota 26, p. 382.

<sup>68</sup> Ibid., p. 383.

<sup>69</sup> Ibid., loc. cit. Para Heidegger, cfr Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago (del alemán por E. Barros Bourie), p. 108.

<sup>70</sup> Gadamer, nota 26, p. 383.

<sup>71</sup> Ibid., p. 402.

<sup>72</sup> Sobre este punto, es siempre esclarecedor Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1979 (del alemán por M. Rodríguez Molinero), pp. 39-55.

momentos que la determinan si se quiere juzgar jurídicamente un caso determinado”<sup>73</sup>. Dicho en otros términos: si se desea comprender la ley es menester entender la tradición en su totalidad. Y ello supone no solamente leer textualmente el documento, esto es, desentrañar su significado semántico, sintáctico y lógico; su relación con otras normas y su sentido histórico (para recrear los “elementos” de interpretación “gramatical”; “lógico”; “sistemático” e “histórico” pergeñados por Savigny<sup>74</sup>). Entraña, como pedía Esser, el reconocimiento y explicitación de las precomprensiones desde las que se asume la labor interpretativa y su puesta en correspondencia con “el consenso social que es el que legitima la comprensión de un derecho positivo”, de modo que “en caso de duda, que se argumente su racionalidad” mediante “una argumentación objetivamente fundada”<sup>75</sup>.

Es que, como reclama Gadamer en otro aporte de la mayor relevancia, los prejuicios deben ser fundamentados, lo que entraña “hacerlos patente”, actitud que implica que se los “pone en suspenso” pues “mientras un prejuicio nos está determinando, ni lo conocemos ni lo pensamos como juicio”, de donde deviene imposible ponerlo delante de cada quien “mientras continúe su obra imperceptible”<sup>76</sup>. Llevada esta afirmación al ámbito jurídico, Kaufmann advierte su relevancia: “un juez que cree que recibe sus criterios de decisión sólo de la ley (...) sucumbe a un error fatal, pues (inconscientemente) permanece dependiente de sí mismo...”<sup>77</sup>. De ahí que sólo en la medida en que los prejuicios “se ejercen”, se puede llegar “a tener noticia de la pretensión de verdad del otro y ofrecerle la posibilidad de que éste se ejercite a su vez”<sup>78</sup>. En ese horizonte, “la suspensión de todo juicio y, *a fortiori*, la de todo prejuicio tiene la estructura lógica de la *pregunta*”, en tanto es de la esencia de ésta el “abrir y mantener abiertas posibilidades”<sup>79</sup>.

En definitiva, todo ello entraña examinar la norma en su devenir histórico, esto es, a través del conjunto de “anillos intermedios”, para decirlo con Betti, que la fueron enriqueciendo o, como expresa Gadamer, que “incrementan” su “contenido” a través de

---

<sup>73</sup> Gadamer, nota 26, p. 402.

<sup>74</sup> Cfr., por todos, Savigny, M. F. C., *Sistema del derecho romano actual* (del alemán por J. Mesía y M. Poley), Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f, 2º, t. I, pp. 187-188.

<sup>75</sup> Esser, nota 5, p. 62.

<sup>76</sup> Gadamer, nota 26, p. 369.

<sup>77</sup> Kaufmann, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones...* nota 3, p. 373.

<sup>78</sup> Gadamer, nota 26, pp. 369-370. En este sentido, es interesante la apreciación de Kaufmann de que “algunos dicen que la hermenéutica es irracional; pero la hermenéutica misma no es irracional, sino que se ocupa de lo que, sólo en parte, es irracional. Todo dependerá de ocuparse de que lo irracional se lleve a cabo científica y racionalmente” (“La espiral hermenéutica”, en él mismo, *Hermenéutica y derecho*, edición a cargo de A. Ollero y J. A. Santos, Comares, Granada, 2007, p. 145).

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 369 (el énfasis corresponde al original).

esa “capacidad complementadora del derecho que conviene a la sentencia del juez”<sup>80</sup>. Se trata, pues, de una tarea en la que ha de confluír el aporte de tantas perspectivas teóricas jurídicas como resulten disponibles, además del concurso de otras ciencias (economía, sociología, psicología, etc.) de modo que el intérprete estipule su comprensión del texto “en consonancia con la actualidad presente de la vida” lo cual que, es claro, demanda ser realizada constantemente, una y otra vez ante todo caso. Eso es, pues, comprender la judicatura y “todos los momentos que la determinan” en tanto, concluye Gadamer, a partir de Franz Wiaecker, “no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción”<sup>81</sup>.

#### E. Hermenéutica y verdad (o justicia)

El que el proceso comprensivo nunca cesa plantea el tema de la verdad en la Hermenéutica, que cabe traducir como el de la justicia en el derecho. Gadamer, siguiendo la recién expuesta idea de Heidegger, expresa que “la verdad debe concebirse como revelación y ocultación al mismo tiempo”, ya que “lo enunciado no lo es todo...”<sup>82</sup>. A este respecto, muy gráficamente D’Agostino escribe que si bien para la Hermenéutica “el ser es susceptible de múltiples posibilidades interpretativas”, debe descartarse enérgicamente que esa pluralidad pueda “vaciar la actividad del jurista de toda objetividad”, de modo de transformarla “en un juego”, es decir, que aquélla derive en el “nihilismo” o, si se prefiere, en su forma “moderna”, el “relativismo”. A su juicio, “la hermenéutica si por una parte se preocupa por afirmar el carácter irreductible, múltiple, personal, antidogmático, inobjetivable de la interpretación, por otra huye precisamente de cualquier tentación relativista y nihilista”. Es que, para ella, “si todas las interpretaciones tienen el mismo valor, ninguna interpretación tiene propiamente ningún sentido: pero esto es justamente lo opuesto de lo que postula la hermenéutica, es decir la inagotabilidad del sentido que se ofrece en la interpretación. Y un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable”<sup>83</sup>.

Bajo ese marco, adquiere plena comprensibilidad la concepción hermenéutica del “espiral” argumentativo que va constantemente –el práctico del derecho lo sabe bien-, ya descubriendo aspectos fáctico-normativos otrora inadvertidos; ya recogiendo aportes teórico-prácticos novedosos en orden a desentrañar el sentido genuino del derecho.

---

<sup>80</sup> Ibid., p. 403.

<sup>81</sup> Ibid., p. 402.

<sup>82</sup> Ibid., t. II, p. 399.

<sup>83</sup> D’ Agostino, Francesco, “Hermenéutica y derecho natural...”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, *Las razones...*, nota 4, pp. 352-353.

En esa línea, Gadamer advierte que “el juez intentará responder a la ‘idea jurídica’ de la ley mediándola con el presente”, porque, como se ha insistido ya, “está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo”. Repárese en lo expuesto: son las circunstancias, no la norma, lo que cambia, de modo que, ejemplificando, no hay una *invención* de la realidad ni menos -esto es decisivo- un *desconocimiento* o una *alteración* de la norma cuando la jurisprudencia tipifica como “arma” a la jeringa que contiene SIDA no en un laboratorio, sino en la yugular del taxista abordado en la oscuridad de la noche<sup>84</sup>. De modo análogo, Betti, citado por Gadamer, expresa que eso es lo que realiza el jurista “en su labor práctico-normativa cuando intenta ‘realizar la pervivencia del derecho como un continuum y salvaguardar la tradición de la idea jurídica’”<sup>85</sup>. El juez, en efecto, continúa el autor, “lo que intenta reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación”, de modo que considera que aquel “no se comporta como historiador”, aunque sí “se ocupa de su propia historia que es su presente”<sup>86</sup>.

La jurisprudencia ha asumido esta premisa de modo reiterado. Así, tiene dicho la Corte Suprema que “la ley no debe interpretarse sólo conforme a la literalidad de sus vocablos, sino con su significado jurídico profundo, puesto que por encima de lo que parece decir, debe indagarse lo que verdaderamente dice”<sup>87</sup>. Y profundizando en esta perspectiva, ha señalado que “no es método recomendable en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante”<sup>88</sup>, ya que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente”; sin que en esa tarea quepa “prescindir de las palabras de la ley pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando una interpretación razonable y sistemática así lo requiera”<sup>89</sup>. Es que “numerosos y cotidianos son los supuestos en que ello se hace necesario para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos, toda vez que éstos son particulares y contingentes y por su indeterminación y multiplicidad no son siempre susceptibles de ser abarcados en su totalidad cuantitativa ni en su tipicidad cualitativa por la previsión del legislador”<sup>90</sup>. De ahí que “la misión judicial consiste cuando la expresión literal presenta imperfecciones técnicas, dudas o

---

<sup>84</sup> Cfr TOral Criminal nº 14 de la Ciudad de Buenos Aires, del 24/2/94 (LL, 1995-C-516).

<sup>85</sup> Gadamer, nota 26, p. 399.

<sup>86</sup> Ibid., p. 400.

<sup>87</sup> Cfr CSJN, Fallos: 329:872; 330:1055, entre muchos otros.

<sup>88</sup> CSJN, Fallos: 300:417 y muchos otros.

<sup>89</sup> CSJN, Fallos: 283:239 y su cita de 263:227; 301:489; 322:1699, consid. 6º y sus citas; 324:3602, consid. 4º, sus citas y muchos otros.

<sup>90</sup> CSJN, Fallos: 322:1699, consid. 6º, 2º párr.

ambigüedades, o admite razonables distingos, en recurrir a la *ratio legis*, porque no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras, máxime cuando aquella *ratio* se vincula con principios constitucionales que siempre han de prevalecer en la interpretación de las leyes”<sup>91</sup>.

#### F. Concreciones de la relación Hermenéutica-justicia

Los *dicta* jurisprudenciales recién mencionados son pertinentes en tanto permiten abordar un último tópico: el modo cómo se concreta ese vínculo entre Hermenéutica filosófica y justicia. Lo asumiré desde una triple consideración: (i) cuando la decisión judicial se completa con aspectos no explicitados pero que cabe extraer de los elementos que, *in nuce*, se hallan en un texto; (ii) cuando la decisión judicial revela un esfuerzo de develamiento del sentido del derecho de modo de suplir la ausencia de un texto sobre una materia determinada extrayéndola de otro de rango superior, y (iii) cuando la decisión judicial recusa un texto irrazonable; arbitrario o, derechamente, injusto.

##### 1. Develamiento de elementos no explicitados de un texto

Como pauta general, Gadamer –siempre a partir de Heidegger- medita que “cada texto representa no sólo un sentido comprensible, sino también un sentido necesitado de interpretación”. Así, acude al gráfico ejemplo del psicólogo quien no puede dejar en su mera literalidad lo que cuenta el paciente, sino que es preciso “reconstruir lo que ha tenido lugar en [su] inconsciente”<sup>92</sup>. Del mismo modo, “el historiador (...) por detrás de la referencia de sentido a la que dan expresión los textos (...) buscará la realidad de la que son expresión involuntaria” de manera que su “sentido real tiene que ser elucidado más allá de su sentido literal, por ejemplo, comparándolo con otros datos que permiten evaluar el valor histórico de una tradición”<sup>93</sup>.

Si bien una mirada superficial no está habituada a este tipo de empresa, no es difícil apreciar este aspecto en la vida del derecho. Los textos (sean éstos legislativos o jurisprudenciales) de ordinario revelan un sentido pero, al mismo tiempo, ocultan otros que es menester desentrañar para tener una noción adecuada de lo que en verdad quieren transmitir. Así, en no pocas oportunidades el énfasis en la reforma de alguna norma o en el alcance de la decisión de un litigio o su opuesto, los silencios (lo que no se dice en una ley o en una decisión), o bien lo que se insinúa a través de una determinada

---

<sup>91</sup> CSJN, Fallos: 311:2187; 322:1698, sus citas y otros.

<sup>92</sup> Gadamer, nota 26, p. 410.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 409.

estructura argumentativa o a título de *obiter dictum*, ilustran el genuino sentido del documento completando, de tal modo, al texto de una ley o de una sentencia<sup>94</sup>.

Creo hallar un ejemplo de lo expuesto en la interpretación que una no esporádica línea de precedentes del Alto Tribunal realizó del art. 7º del célebre pacto de San José de Flores suscrito en 1859 entre la Confederación Argentina y la Provincia de Buenos Aires, como antesala para el reingreso de ésta última a la primera. Si bien su literalidad es clara (“todas las propiedades de la provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y número que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires y serán gobernadas y legisladas por la autoridad de la Provincia”), a ningún observador mínimamente atento de la historia argentina se le escapa lo que detrás de esa norma estaba en juego: la unidad nacional a través del referido retorno de la provincia a la confederación y el precio de ese regreso, la Aduana de ésta última. En ese horizonte, la sola lectura del art. 7 no brinda una dimensión cabal del sentido del acuerdo, por lo que el intérprete debe abrir su horizonte de comprensión a esos otros “datos” si es que no desea permanecer con una idea que, si bien es correcta (el artículo dice lo que dice y eso no merece discusión) es, no obstante, indudablemente incompleta. Y esa ha sido la perspectiva asumida por la Corte Suprema en relación con diversos reclamos deducidos, a lo largo de la historia, por el Estado Nacional a la Provincia de Buenos Aires. En efecto; aun cuando alguno de los supuestos podían no ser estrictamente reconducidos al artículo precedentemente citado, el Alto Tribunal en todos los casos subsumió los supuestos planteados bajo los términos de dicha norma, con palabras inequívocas: “si se estimara que el privilegio de exención alegado por el Banco es excesivo, cabe recordar que él fue, en parte, el precio de la unión e integridad nacional; que respondió a un determinismo histórico y económico de fuerte gravitación y hondo arraigo; y que los beneficios obtenidos por el país superan –con creces- al sacrificio que puede importar la exención acordada”<sup>95</sup>. El Tribunal, en suma, parece hacer propia la observación gadameriana de que “los textos aparecen junto a toda otra clase de materiales históricos”, a los que denomina “restos”. Se trata de “reliquias que también tienen que ser interpretadas, no sólo entendiendo lo que dicen sino comprendiendo lo que se atestigua en ellas”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Para algunas consideraciones preliminares a esta cuestión, con ejemplos a partir del empleo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cfr mi estudio “El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, *Las razones...*, nota 3, pp. 212-215.

<sup>95</sup> CSJN, causa “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Nación s/nulidad”, Fallos: 186:170. La cita es de la p. 230. Como se señala en el cuerpo, el Alto Tribunal reiteró este criterio en diversos precedentes posteriores, de los que da cuenta el circunstanciado detalle que se lee en la causa “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Dirección General Impositiva”, del 11/12/07, Fallos: 330:4988, esp. consids. 5º; 7º y 8º.

<sup>96</sup> Gadamer, nota 26, p. 409.

A mi ver, otro ejemplo de esta lectura que procura trascender la letra de modo de arribar al genuino sentido del documento, la proporciona una familia de casos, en esta ocasión de fechas más bien recientes, vinculados con los trasplantes de órganos a los que se denomina “cruzados”. Por de pronto, la ley de la materia los autoriza tratándose de relaciones entre padres e hijos o entre cónyuges. Empero, habiendo participado del “programa de optimización de donante” de una fundación, surge que ambos receptores “podían recibir un trasplante ‘más compatible’ que el de sus potenciales donantes actuales, madre y esposa, respectivamente, lo que mejoraría en los dos casos (...) su efectividad” y disminuiría “en forma sustancial los riesgos de rechazo”. Si bien esta variante, como es claro, no está contemplada por la literalidad del artículo de la ley, fue admitida jurisprudencialmente en tanto, se señaló, consulta con largueza la *ratio* de la norma y del instituto bajo examen, así como la letra de otras disposiciones de éste (como la prohibición del ánimo de lucro, descartada en el caso y la previsión de conocimiento judicial ante casos de “personas no relacionadas”) de consuno con derechos constitucionales de donde, nuevamente, la letra de la ley específica se integra en un marco de mayor amplitud en el que obtiene su cabal alcance<sup>97</sup>.

## 2. Ausencia de un texto sobre una determinada materia y su discernimiento a través de una norma de superior jerarquía

El segundo supuesto es, en cierto modo, la contracara del anterior. Aquí no hay texto, de modo que la decisión judicial se “refugia” en orden a enmarcar el caso bajo conocimiento en el texto por antonomasia, la Constitución. Pienso en el célebre caso “Kot”<sup>98</sup> –resuelto, conviene no olvidarlo, por una ajustada mayoría de tres a dos jueces- en el que la Corte Suprema, luego de reiterar (tras su creación en el anterior precedente “Siri”<sup>99</sup>) de que con sustento en el art. 33 de la Ley Fundamental “existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual”, se pregunta si las garantías constitucionales sólo valen de la manera cómo pudo avizorarlo el constituyente histórico, es decir, frente a los ataques de la autoridad pública, o si también se extienden ante agravios de particulares. La respuesta permite advertir la inocultable comprensión hermenéutica del Tribunal, la que consulta su situación contextual; la voluntad del constituyente y todo el proceso histórico (la tradición) “a cuya luz, decía Gadamer, se nos muestra todo lo transmitido”<sup>100</sup>. Dice la Corte en palabras ciertamente memorables: “los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar

---

<sup>97</sup> Cfr al respecto mi estudio, a partir de jurisprudencia relativa al tema, “El artículo 17 del nuevo Código Civil y Comercial visitado a partir de la jurisprudencia: desarrollos e interrogantes”, en *Jurisprudencia Argentina*, 12, 2015-II, esp. pp. 57-59.

<sup>98</sup> CSJN, Fallos: 241:291.

<sup>99</sup> CSJN, Fallos: 239:459.

<sup>100</sup> Gadamer, nota 26, p. 367

exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aún, eternos: la protección de la libertad”. Por ello, “nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ (...) esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad”, ya que, lo contrario, “comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución”<sup>101</sup>.

Con todo, considero que el recurso a la Constitución Nacional no solo es debido a su carácter de norma suprema sino, además, por ser el reservorio de los derechos naturales de las personas y de la sociedad tal y como fue expresamente reconocido por la Convención Constituyente de 1860, al incorporarse el ya mencionado art. 33<sup>102</sup>. Al respecto, D’Agostino recuerda que la Hermenéutica postula que el “dato precede al pensamiento”, entendiendo por tal “un derecho no formulado positivamente”: se trata, agrega el profesor de Roma, de esa *agrahos nomos* a que hace referencia Antígona en la célebre obra de Sófocles<sup>103</sup> bien que, enfatiza, “derecho no escrito, quede claro, no *per accidens*, sino por principio” de modo que, justamente, actúa como *ultima ratio* en orden a develar lo justo concreto que las omisiones humanas no hayan logrado, como concluye D’ Agostino, más que “observar”, “expresar” lo medular de la naturaleza humana. Algo de lo recién expuesto creo advertir cuando el citado Esser expresa que la resolución del caso jamás es íntegramente ofrecida por el texto de la ley, ya que ésta “nunca puede establecer anticipadamente todos los criterios de juicio necesarios para aplicar el derecho”. Se requiere ir “más allá” o, mejor, penetrar en el *sentido* último de lo justo en concreto. De ahí que el autor alemán concluya que “toda interpretación representa un enlace entre *lex scripta* e *ius non scriptum*, enlace que sólo él crea la norma positiva auténtica”<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> CSJN, Fallos: 241:291, pp. 299 y 300. Otros ejemplos, más recientes, que ilustran esta tesis lo constituyen los supuestos en los que el Alto Tribunal, ante la omisión legislativa -que expresamente reprocha-, reglamenta las normas constitucionales del derecho de réplica (causa “Ekmekdjian, Fallos: 315:1492); del hábeas data (causa “Urteaga”, Fallos: 321:2767) y de los derechos de incidencia colectiva (causa “Halabi”, Fallos: 332:11.).

<sup>102</sup> Sobre este tema, cfr mi estudio “Los derechos humanos del art. 33 de la Constitución Nacional: la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)”, *Anuario de Derecho*, 4, Universidad Austral, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 197-224.

<sup>103</sup> Sófocles, “Antígona”, en *Tragedias*, Gredos, Madrid, 3° reimp., 1981, esp. núms. 449-459.

<sup>104</sup> Esser, nota 5, p. 65. El desarrollo que efectúa a propósito de lo que aquí se discute debería constituir un verdadero “programa” acerca de la actuación judicial, de obligado conocimiento tanto para jueces, como para litigantes y estudiantes de derecho. Así, retomando lo ya anticipado de que “la interpretación normativa se guía necesariamente por juicios de valor”, añade: “sin ese juicio no es posible el proceso jurídico de selección y de resolución, del mismo modo que también subyace a la preferencia por un canon de interpretación...” (p. 62).

### 3. La existencia de textos injustos. Su recusación

La referencia d' agostiniana a lo "expresado" y que, por tanto, exige "fidelidad"<sup>105</sup> no debe pasar desapercibido, pues alude a que al "dato" ha de reconocérselo precisamente en lo que constituye su auténtico significado o sentido. Esta consideración nos conduce al último punto: la huida de lo arbitrario. Aquí deseo enfatizar un aspecto ya anticipado y que reputo crucial frente a la objeción de "relativismo" atribuida a la Hermenéutica. Ésta rechaza, como puntualiza Gregorio Robles a partir de Gadamer, "toda teoría que no quiera reconocer la unidad íntima de palabra y cosa"<sup>106</sup> ya que la espiral hermenéutica "trata de la cuestión en torno de la originaria remisión entre el texto significado y lo que significa; entre el lenguaje y la cosa en él mentada"<sup>107</sup>. Conducido este aspecto al plano jurídico, ello entraña el pleno reconocimiento (y la prevalencia) de la norma como dimensión insoslayable de la realidad jurídica, pues la Hermenéutica, según se había adelantado a partir de las palabras de Gadamer, no concibe su misión como "una libertad frente al texto". De ahí que, como explica gráficamente el autor, cuando algunos (como sucedió en el absolutismo) deciden ignorar la ley, entonces "ya no es posible hermenéutica alguna", pues "'un señor superior puede explicar sus propias palabras incluso en contra de las reglas de la interpretación usual'"<sup>108</sup>.

El reconocimiento y la sumisión a las normas, rectamente interpretadas, nos devuelve la atención, nuevamente, a la Constitución. Es que si algún texto no supera el juicio de constitucionalidad (y aún, de razonabilidad o de aplicabilidad) no merece gravitar en la solución del caso bajo examen. No abundaré sobre los muchos ejemplos que al respecto ofrecen los repertorios jurisprudenciales. Me permito concluir con un ejemplo acaso poco conocido pero que, para decirlo con la idea ya citada de Betti, muestra de manera asaz persuasiva que "la actividad interpretativa tiene su origen (...) por un vínculo que une las otras manifestaciones del pensamiento –aunque se trate de una realidad acaecida hace largo tiempo- con un *interés actual de nuestra vida presente*, que hace vibrar en nuestro ánimo de intérpretes una cuerda que le corresponde". Es el supuesto del decreto ley 22.174/44 que restringió la pensión de nieto de guerrero de la Independencia Nacional que defería la ley 12.613 exclusivamente a quienes formaron parte de los ejércitos de la República organizados a tal fin en su "actual" territorio. La actora, nieta de quien actuó en lo que hoy constituye la República Oriental del Uruguay, resistió la medida. Tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, como la Corte Suprema admitieron su

---

<sup>105</sup> D' Agostino, nota 4, pp. 355-356.

<sup>106</sup> Robles, Gregorio, *Introducción a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 148

<sup>107</sup> KAUFMANN, nota 14, p. 26.

<sup>108</sup> Gadamer, nota 26, p. 401.

reclamo. Para la primera, dicha conclusión se impone de modo “terminante” por razones que memoran la perspectiva hermenéutica de la decisión judicial aquí referidas y que apenas enuncio: se trata, dice el Tribunal, de argumentos “de lógica, de historia, de filosofía política y de tradición”<sup>109</sup>. El tribunal cimero actúa de modo análogo. Luego de expresar –desde un horizonte que podría considerarse recipiendario de la Dogmática Jurídica- que el decreto ley “introdujo una restricción que no estaba ni en la letra ni en el espíritu” de la ley específica, reviste su *holding* argumentativo de una tonalidad netamente hermenéutica, en tanto revela que la interpretación se haya gobernada, como se anticipó con Gadamer, “por la continuidad de la tradición a cuya luz nos muestra todo lo transmitido”. Así, afirma que “no cabe poner en duda la condición de ‘ejército de la República’ que tenía el que integró el abuelo de la actora pues las fuerzas militares regulares que se reorganizaron y actuaron en defensa de la independencia no podían ser sino ejércitos de ella. La desmembración posterior de ese territorio no se proyecta hacia el pasado. Lo que ocurrió antes ocurrió en la República y le ocurrió a la República. Son episodios de su historia”<sup>110</sup>.

La Corte, parece claro, desecha la *ratio* económica que probablemente inspiró el decreto y que, de mantenerse vigente, entrañaba una solución claramente injusta para la peticionante y, aún más, absurda para nuestra historia nacional, a la que desvirtúa como si pudieran amputarse bajo una lectura actual más deliberadamente parcial y sesgada, sucesos que constituyen un encadenado de conductas que no deben ignorarse y que, ciertamente, interpelan a los jueces en la decisión bajo análisis.

## V

### Conclusiones

Alexy considera que “al ojear lo dicho sobre el círculo hermenéutico, se comprueba que (...) ofrece importantes juicios acerca de la estructura de la argumentación jurídica (...) pero no es suficiente para la solución del problema de la interpretación correcta. La corrección de una interpretación solo puede demostrarse cuando se aducen razones a su favor y en su contra”<sup>111</sup>.

Si bien Esser, entre otros, responde anticipatoriamente esta observación al reclamar que el proceso comprensivo hermenéutico debe nutrirse de “una argumentación

---

<sup>109</sup> Causa “González de Rivarola, Juana Adelina c/Gobierno de la Nación s/reintegro de pensión”, sentencia, del 7/5/52, transcripta en la colección de Fallos de la Corte Suprema, 224:39, pp. 43-48. La cita es de la p. 45.

<sup>110</sup> CSJN, Fallos: 224:39, p. 50 (el subrayado pertenece al original).

<sup>111</sup> Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos* (del alemán por Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 44.

objetivamente fundada”<sup>112</sup>, no se me escapa que la Hermenéutica adolece de variadas omisiones. Destaco, para seguir nuevamente a Alexy, el no proporcionar un cierto “código de la razón práctica” a través del detalle de determinadas reglas a observar en todo procedimiento judicial<sup>113</sup> y que la jurisprudencia de nuestro país, aquí y allá, ha comenzado a desarrollar<sup>114</sup>; o el recurso al denominado examen de “lógicidad”, que se observa en numerosos estudios de esta Academia y de la jurisprudencia provincial cordobesa<sup>115</sup>; o una atención más circunstanciada a la estructura y modo de obrar de la prudencia judicial, sobre lo que la tradición de la razón práctica tiene, desde Aristóteles en adelante, páginas inolvidables<sup>116</sup>. Al respecto, considero que abordar planteamientos

---

<sup>112</sup> Esser, nota 5, p. 62.

<sup>113</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (del alemán por M. Atienza e Isabel Espejo), Madrid, 1989 (2ª edición, 2014), esp. p. 36.

<sup>114</sup> Pienso, por caso, en los precedentes Hooft (Fallos: 327:5118), Gottschau (Fallos: 329:2986); Itzkovich (328:566) o Gualtieri (332:187). Sobre los dos primeros precedentes, cfr Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2ª actualizada, 2021, pp. 319-322. En cuanto a “Itzkovich”, cfr mi estudio citado en la nota 40. Respecto de la causa “Gualtieri”, cfr mi capítulo “El principio de proporcionalidad, la dignidad humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy”, que integra el colectivo Alexy, Alonso, Rabbi-Baldi Cabanillas (coords.), *Argumentación, Derechos humanos y Justicia*, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 231-254, del que existe versión inglesa, “The Principle of Proportionality, Human Dignity and the jurisprudence of the Argentinian Supreme Court. An analysis based on the thoughts of Robert Alexy”, en Klaus, Mathis/Luca Langensand (ed.), *Dignity, Diversity, Anarchy*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihft 168, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2021, pp. 55-67.

<sup>115</sup> Cfr, entre una amplia bibliografía, Ghirardi, Andruet, Armando S. (h); Ghirardi, Juan C.; Fernández, Raúl E., *La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)*, Alveroni Editores, Córdoba, 1993, *passim*; Ghirardi, Andruet, Fernández, Rueda, *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1999, *passim*; Ghirardi (dir.), *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, *passim*.

<sup>116</sup> El *corpus aristotelicum* denota un conspicuo estudio y desarrollo de esta noción de modo especial en su *Ética a Nicómaco*; en la *Retórica* y en los *Tópicos* y *Refutaciones Sofísticas*. De entre ellas, acaso el libro V de la obra citada en primer término requiera especial atención y, dentro de éste, el apartado X dedicado a la “epikeia”. Cfr, también, Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, 57, 1; II-II, 60 y I-II, 90-97, entre otros lugares. La pervivencia de estos planteamientos llega a nuestros días con renovado vigor. En la centuria pasada, como se adelantó, son de destacar los planteamientos de Chaim Perelman (sobre la retórica); Theodor Viehweg (sobre la tónica jurídica); Michel Villey (sobre la dialéctica jurídica) y John Finnis (sobre la elucidación de los primeros principios de la razonabilidad práctica y el proceso de determinación del derecho). Sobre Perelman, cfr, por todos, la lograda síntesis de Pedro Serna en la obra citada en la nota 2, pp. 64-70. Me he ocupado de Viehweg y Villey en la obra mencionada en la nota 38, caps. IV y V, y de los tópicos abordados por Finnis en mi libro *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, 1990, esp. caps. VII y IX.

como los recién señalados resultan imprescindibles para dar mejor cuenta del complejo tema bajo análisis si se pondera, entre otros, el no menor dato de la creciente fragmentación en cuanto a los criterios de fundamentación moral presentes en las sociedades contemporáneas, lo que es bien planteado por Gustavo Zagrebelski o por Peter Häberle para el ámbito occidental<sup>117</sup>.

Con todo, no cabe soslayar que la propuesta bajo estudio constituye un aporte de primer orden respecto a cómo actúan los jueces y en cuanta medida es menester explicitar ese modo de obrar como vía “*para superar así la aparente racionalidad de la doctrina metodológica al uso* y situarse (...) camino de una racionalidad verdadera”<sup>118</sup>. Las reflexiones de los autores hermenéuticos describen esa vía advirtiendo sus elementos insoslayables (el reconocimiento de las “precomprensiones”; la apertura al “contexto” y al “diálogo sin fin” a través del “círculo hermenéutico” y, de este modo, la persistente consideración a la “pregunta” y a la crítica de aquellas precomprensiones según que no resulten “legítimas”). Y todo ello reconociendo tanto la dimensión “no abolible” de los textos como su recusación cuando ellos, para decirlo con el último Radbruch, incurren en la “injusticia extrema”<sup>119</sup>, ya que solo de este modo, medita Ollero, citando a Pareyson, cabría romper el dilema entre dogmatismo y relativismo que es determinante en la decisión judicial<sup>120</sup>. De esta manera, la filosofía hermenéutica más bien se asume –y la reminiscencia aristotélica es neta-, en palabras de Gadamer, “no como una posición absoluta, sino como un camino de experiencia”. Para este autor, la verdad de la hermenéutica acontece como en la vida, en la que al cabo de su trayectoria (aprendizajes; aciertos; errores; enseñanzas) se está, más que “en el mucho saber”, en el saber de “la calle”, es decir, “en el aprendizaje de la modestia”<sup>121</sup>.

## VI

### Agradecimientos

Concluyo con los reconocimientos que no son de rigor, sino de justicia. En primer lugar, a los miembros de esta Academia Nacional de Derecho de Córdoba por el generoso convite de integrarme a su claustro y a sus fatigas, comprometiendo desde ya, mi mayor esfuerzo. “Todos los hombres tienen naturalmente el deseo de saber”, dice el Estagirita al

---

<sup>117</sup> Cfr Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des MöglichenDenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980, esp. p. 3 y Zagrebelski, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (del italiano por M. Gascón), Trotta, Madrid, 3<sup>o</sup>, 1999, p. 13.

<sup>118</sup> Kaufmann, nota 34, pp. 29-30 (énfasis añadido).

<sup>119</sup> Cfr, por todos, Alexy, “Una defensa de la fórmula de Radbruch” (del alemán por José A. Seoane), en Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2004, esp. pp. 227-228.

<sup>120</sup> Ollero, nota 39, p. 230.

<sup>121</sup> Gadamer, nota 26, t. I., p. 399.

principio de su *Metafísica*<sup>122</sup>. La Academia, pues, facilita el encuentro (y también –otro rasgo aristotélico-, la amistad<sup>123</sup>) en torno del saber, el que no es corpóreo, sino espiritual y está llamado a circular, transformando y mejorando su entorno. En este contexto, no se me escapa ser el tercer salteño (luego del Académico Emilio Cornejo Costas, exquisito comercialista y generoso propulsor de este inmerecido reconocimiento que hoy recibo y de Roberto Loutayf Ranea, reputado procesalista y antiguo colega de la Cámara Federal de Apelaciones) y el segundo jujeño -pues también comparto este origen-, tras el reconocido civilista Ernesto Wayar, en ingresar a este ámbito fundado, entre otros, por Don Sofanor Novillo Corvalán, quien como rector de la Universidad, permítaseme la infidencia, firmó el diploma de abogado de mi padre, luego integrante del Instituto de Derecho Civil de su Facultad junto con otro académico, el Dr. Pedro J. Frías. Esta Academia, en rigor, deviene inexplicable si se prescinde de considerar la vigorosa tradición jurídica cordobesa que se remonta a su célebre universidad –la más antigua del país- y a tantos otros afanes, como la labor del salteño Federico Manuel de Castro, quien estudió Leyes en la Universidad de esta ciudad y, más tarde, fuera el creador de la Academia de Jurisprudencia de dicha casa de estudios; miembro de la Cámara de Apelaciones de esta provincia y gobernador de ella<sup>124</sup>. Por lo demás, no es inapropiado recordar que la relación entre la universidad salteña y la Academia es extensa e intensa como lo muestran las constantes visitas de sus académicos –en gran medida alentada por el Académico Cornejo Costas- Francisco Quintana Ferreyra, Héctor Cámara, Pedro J. Frías, Ricardo Nuñez, Horacio Roitman y Efrain H. Richards. De igual modo, agradezco al Académico Andruet, por su inmerecida *laudatio*, un gesto más de los muchos que me ha dispensado desde que hace poco más de veinte años, cuando al regresar al país aceptó la invitación mía a participar en una obra colectiva sobre análisis de casos jurisprudenciales relevantes. En el arduo camino que conduce a este punto, mis padres han sido un estímulo y un impulso respecto del cual mi agradecimiento nunca será equivalente a cuanto me legaron. Algo de eso querré brindar a mis tres aun pequeños hijos. Y cierro estos reconocimientos mencionando a Sofía, mi mujer, con quien como escribiera en la dedicatoria de alguna obra el académico Ghirardi, “el diálogo sigue vivo”.

---

<sup>122</sup> Aristóteles, *Metafísica* (del griego por P. de Azcárate), (1981), Espasa Calpe, México, 11°, p. 11.

<sup>123</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1155 a ss.

<sup>124</sup> Sobre los antecedentes y actuación de De Castro, cfr Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Acordada 18/11, redactada con motivo de nombrar a la biblioteca de ese tribunal con su nombre.

