

Capítulo VI. Interpretación y argumentación jurídica.

1. Introducción.

La interpretación de los enunciados normativos es un aspecto muy importante en la argumentación jurídica. Hemos visto que gran parte de las razones jurídicas provienen de instituciones habilitadas para crear normas jurídicas y se expresan como enunciados lingüísticos, textos dotados de autoridad, cuyo significado normativo requiere ser interpretado.

En el Capítulo III hicimos alguna referencia al lenguaje de las normas como un caso del lenguaje natural que incluye algunos términos y expresiones técnicas. Lo cierto es que nuestra actividad como juristas es centralmente una actividad lingüística en el sentido de que sólo es posible desarrollarla a través del lenguaje y, en particular, del lenguaje que conocemos como "natural" por oposición a los llamados lenguajes "formales" o "formalizados" (a los que tendremos oportunidad de referirnos algo más adelante).

Hart fue el primero de los teóricos del derecho que estudiamos que advirtió la importancia de la teoría del lenguaje para la teoría del derecho, al referirse a la "*textura abierta del derecho*" y los problemas que las características del lenguaje natural proyectan sobre la interpretación de las normas.

En este capítulo haremos una breve referencia a la diferencia entre disposición y norma, al lenguaje de las disposiciones normativas, las distintas concepciones sobre la interpretación, la interpretación como actividad argumentativa y, por último, una breve referencia a las formulaciones normativas que en el derecho positivo uruguayo refieren la actividad interpretativa y como pueden ser entendidas.

2. Disposiciones normativas y normas (Guastini).

Riccardo Guastini, destacado integrante de la actual Escuela de Génova, da cuenta de que usualmente utilizamos la expresión "norma jurídica" tanto para hacer referencia a aquellos materiales con que nos enfrentamos al iniciar la actividad interpretativa -los textos que son objeto de interpretación- como para referirnos aquello que obtenemos una vez realizada esa actividad, a su resultado que es el significado de esos textos. Eso puede, en ciertos contextos, generar problemas en la comunicación y, a fin de evitar esas dificultades, nos propone usar una terminología más precisa (Guastini:100).

Nos sugiere que podemos llamar “*disposición a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho*” y podemos llamar “*norma, no a la misma disposición sino a su contenido significativo, que es una variable dependiente de la interpretación*”. “*En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma el resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes*” (Guastini:101).

Esta distinción nos permite advertir la falta de correspondencia biunívoca entre las disposiciones y las normas. Vale decir que existen diferentes tipos de disposiciones -complejas, ambiguas, redundantes- y también normas sin disposición (Guastini:102-103). Veamos en detalle:

a) disposiciones complejas: una sola disposición de la que resultan diversas normas conjuntamente

b) disposiciones ambiguas: una única disposición expresa disyuntivamente normas diversas en función de las distintas interpretaciones posibles de su texto.

c) disposiciones redundantes: hay dos disposiciones perfectamente sinónimas, una es repetición de la otra, de modo que a dos disposiciones corresponde una única norma.

d) normas sin disposición: una norma está privada de disposición cuando no puede ser identificada como significado de un preciso enunciado de las fuentes.

En este caso puede hablarse de norma sin disposición en sentido débil o en sentido fuerte. En sentido débil, la norma no es obtenida de una única disposición, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas entre sí. En sentido fuerte, una norma está privada de disposición cuando es una “norma implícita”, cuando no puede ser obtenida mediante interpretación de ninguna disposición específica ni de una combinación de disposiciones presente en las fuentes. Dice Guastini: “*Una norma implícita, habitualmente, es obtenida de otra norma expresa (analogía), del ordenamiento jurídico en su conjunto o de algún subconjunto de normas unitariamente considerado (el sistema del derecho civil, el sistema del derecho administrativo, etcétera) mediante complejas argumentaciones*”. Son típicos ejemplos de norma sin disposición los principios (Guastini:104).

3. Aportes de la teoría del lenguaje.

Los textos jurídicos están formulados en lenguaje natural (en nuestro caso, el idioma castellano), lenguaje que si bien permite cumplir eficientemente la función de comunicación, con frecuencia ofrece problemas para determinar con precisión el significado de las expresiones lingüísticas utilizadas (Moreso-Villajosana:152).

¿Cuáles estos problemas? Basicamente, el filósofo analítico austriaco Friedrich Waismann había llamado la atención sobre la “textura abierta del lenguaje” aludiendo a la indeterminación que posee toda palabra de clase, aunque sea potencialmente. A modo de ejemplo la denotación de la expresión “bienes de lujo” puede cambiar muchísimo con el paso del tiempo: inicialmente un televisor era considerado un bien de lujo, hoy en día difícilmente sería considerado así (Moreso-Villajosana: 156-157).

Hoy nos referimos a la “ambigüedad” y la “vaguedad” de palabras o expresiones. Recordemos, con estos autores, en qué consiste cada uno de ellos.

a) Ambigüedad: una palabra o una expresión lingüística genera ambigüedad si puede interpretarse con más de un significado. Los distintos tipos de ambigüedad son: la “homonimia”, la “ambigüedad relacional” y la “ambigüedad sintáctica”.

La “homonimia” (o polisemia) es un tipo de ambigüedad que puede ser resuelta acudiendo al contexto del discurso en que la expresión es usada, sea lingüístico o sea la situación empírica en la que se emplea. Lo cual es posible porque los distintos significados de la palabra o expresión lingüística no guardan ningún tipo de relación. Resulta ilustrativo el siguiente ejemplo sobre la palabra “banco” o la expresión “banco de plaza”: Si alguien dice *ayer estuve sentado en un banco (o banco de plaza) en el parque* es muy probable que en esta fase la palabra “banco” signifique “*asiento largo y estrecho para varias personas*”. En cambio, si esa misma persona afirmara *ayer fui a sacar dinero de un banco (o banco de plaza)* parece que aquí “banco” significa “*establecimiento público de crédito*”.

La “ambigüedad relacional” genera mayores problemas y no puede ser resuelta por el contexto lingüístico en el que aparece la palabra o expresión ni por la situación empírica en la que se usa porque los distintos significados asociados a ella están relacionados entre sí. El ejemplo usado aquí refiere a la palabra Derecho: “*Voy a estudiar derecho civil*”, puede estar significando Derecho como “*conjunto de normas que regulan el relacionamiento de los particulares entre sí*” o Derecho como “*disciplina de conocimiento sobre esas normas*”, ya que la palabra “Derecho” es usada tanto para aludir al objeto de estudio como a la disciplina que formula reflexiones sobre ese objeto de estudio (Moreso-Villajosana:153).

La "ambigüedad sintáctica" se debe al orden de los términos en la construcción de las frases, a su estructura sintáctica, que permite que sean interpretadas en dos sentidos diversos, ambos correctos desde el punto de vista lingüístico y puede ocurrir que el contexto sirva o no para dirimir la cuestión. El ejemplo aquí es el art. 1.347.7 del Código Civil Español "*Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges: las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor*". Se plantea la duda sobre si la frase "*que no sean de extraordinario valor*" refiere sólo a los objetos de uso personal o también a las ropas (Moreso-Villajosana:153).

b) Vaguedad: una palabra o expresión lingüística es vaga cuando su significado se encuentra indeterminado, como ocurre con las "palabras de clase" -que ha dado lugar a hablar de la "textura abierta del lenguaje"- o ciertos estándares que quedan con cierto grado de indeterminación (conceptos jurídicos indeterminados).

Existen distintos tipos de vaguedad, como señalan Moreso y Vilajosana.

Un tipo de vaguedad ocurre cuando el criterio para usar una palabra depende de la presencia de una propiedad que, en los hechos, se da en forma de un continuo, como la edad, la altura, el peso o la cantidad de cabello que puede tener una persona y se pretende hacer cortes en esa línea continua a través de expresiones tales como "joven", "adulto", "anciano"/ "alto", "bajo"/ "gordo, flaco"/ "peludo, calvo" etc.

Otro tipo de vaguedad se da cuando los casos típicos de aplicación de una palabra están constituidos por un conjunto de propiedades y no resulta claro si el criterio implícito en su uso, exige la presencia de todas ellas, o bastan sólo algunas, o sea definir la condición necesaria o suficiente para su aplicación. Como ejemplo, parece claro que nadie dudaría en afirmar que un automóvil es un vehículo, pero ¿lo es un ascensor? ¿una escalera mecánica? ¿la propiedad definitoria de "vehículo" la de ser un aparato apto para desplazarse en cualquier dirección o sólo horizontalmente?.

Los casos de vaguedad exigen decidir si un cierto objeto está o no en el campo de aplicación de la palabra (campo semántico) y es un acto de voluntad, una decisión que se debe tomar por razones extralingüísticas (Moreso-Villajosana:155).

3. Concepciones de la interpretación.

La interpretación como actividad ineludible

En qué consiste interpretar? Según el teórico paraguayo Daniel Mendonca, las expresiones "interpretación del derecho", "interpretación jurídica", "interpretación normativa" o similares refieren a la actividad que consiste en determinar el significado

o sentido de un fragmento del lenguaje jurídico (palabra, expresión u oración, al que llama “formulación normativa” (Mendonca:152). Como vimos refiere al significado de lo que autores como Moreso y Vilajosana llaman “textos normativos” -formulación lingüística escrita que expresa una o varias normas- (Moreso-Vilajosana:149) y que Guastini propone llamar “disposición” (todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho) (Guastini: 100).

Sin embargo, hay distintas formas de comprender la actividad de interpretar normas jurídicas, que los teóricos llaman “concepciones de la interpretación”. Según Mendonca, hay tres concepciones de la interpretación que se han ido desarrollando desde comienzos del siglo XIX hasta nuestros días y que, de una u otra forma, aún hoy coexisten: la concepción cognoscitivista, la no cognoscitivista y la intermedia (Mendonca:153).

La concepción cognoscitivista. Para la concepción cognoscitivista el significado que precede a la actividad del intérprete e interpretar una formulación normativa es siempre detectar o descubrir el significado que tiene la expresión en cuestión. Los enunciados del intérprete son del tipo “*la formulación normativa A tiene el significado B*” y tales enunciados son susceptibles de ser verdaderos o falsos, esto es, son verdaderos si el intérprete hizo bien su trabajo de detectar el significado, o son falsos, si es que el intérprete se equivocó o erró en su labor descubridora. Quien detecta capta, percibe, llega a conocer el significado que ya estaba ahí, en el enunciado interpretado. Para esta concepción, la interpretación del derecho es una actividad cognoscitiva: cada formulación normativa tiene una única interpretación o significado y siempre es posible determinar unívocamente ese significado. La interpretación de un texto jurídico admite una única respuesta correcta (Mendonca:153).

Detrás de esta concepción muchas veces se advierte una concepción esencialista del lenguaje, que supone que las palabras captan y expresan la esencia o la naturaleza de las cosas y la labor del intérprete consiste en descubrir tales esencias o naturalezas (Mendoca.159).

Un buen ejemplo de esta concepción lo ofrece el formalismo jurídico. Las tres grandes corrientes positivistas que apuestan a crear una ciencia jurídica -la escuela de la exégesis francesa, la jurisprudencia de conceptos alemana y la jurisprudencia analítica inglesa- conforman el “formalismo jurídico”. El formalismo *legal* identifica al derecho con las leyes generales creadas por el Estado (escuela de la exégesis francesa), el formalismo *conceptual* identifica al derecho con una serie de conceptos (jurisprudencia de conceptos alemana) y el formalismo *jurisprudencial* lo identifica con

los principios generales y abstractos que se infieren de las decisiones judiciales adoptadas previamente en casos similares (jurisprudencia analítica inglesa) (Pérez Lledo - Gonzalez Lagier: 22).

Aunque se trata de distintos tipos de formalismo comparten la misma actitud general hacia el derecho, que hemos visto en su oportunidad. Recapitulando: a) el derecho es un sistema completo y coherente, capaz de dar una única respuesta correcta a toda cuestión jurídica, (habilitando a la analogía para resolver nuevos casos); b) como consecuencia de la doctrina de separación de poderes sólo los legisladores pueden crear derecho, a los tribunales les está prohibido crearlo; c) en pro del valor supremo de la seguridad jurídica, los cambios legislativos deben reducirse al mínimo; d) el derecho consiste en reglas generales tal como aparecen formuladas en los “libros”, sean códigos, obras de doctrina o repertorios de jurisprudencia; e) cuanto más general y más abstracto el derecho es más perfecto; f) el derecho debe ser aplicado sin tener en cuenta las consecuencias sociales o morales de su aplicación; g) las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente subsumiendo los hechos particulares del caso en el supuesto de hecho de la norma jurídica e imputando a los hechos particulares del caso la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica. De modo que para el formalismo, la tarea de los jueces consiste en aplicación mecánica al caso concreto de una norma general que no deben modificar (Moreso-Vilajosana:159). Lo único que está permitido es la integración analógica, que debe buscar la solución que derecho ya daba al caso concreto, en forma previa a su labor.

La concepción no cognoscitivista. Para esta concepción, interpretar una formulación normativa es siempre adjudicarle un significado. Los enunciados que hace el intérprete, del tipo “*la formulación normativa A tiene el significado B*”, son enunciados no proposicionales, no son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Quien adjudica asigna, atribuye, confiere, otorga significado es el intérprete.

De acuerdo con esta concepción, ninguna formulación normativa tiene una única interpretación o significado posible y previo a la decisión del intérprete el derecho se encuentra indeterminado. La interpretación del derecho es una actividad decisoria o estipulativa (Mendonca:153).

El mejor ejemplo de esta concepción de la interpretación lo ofrece el realismo norteamericano, que arremete contra el formalismo jurisprudencia norteamericano (“*Formal Style*”). (Lifante: 103).

Son famosas las llamativas frases que los principales autores realistas (Moore, Oliphant, Cook, Lewellyn, Clarck, Frank, Gray) utilizan para expresar su escepticismo respecto de la importancia que el formalismo atribuye a las normas jurídicas al momento de la adjudicación (Recasens:102). Así Lewellyn decía que *“Las reglas son importantes en la medida que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos”*. La reglas no determinan la decisión, ni siquiera son el factor más influyente: lo que determina la decisión judicial, más que las normas y conceptos jurídicos, son factores subjetivos (Lifante:106).

Los realistas nos señalan que la premisa normativa del silogismo judicial no está “dada” por el derecho sino que es “construida” por el juez. Ni la fórmula legal, ni el precedente pueden operar directamente como premisa normativa del silogismo judicial. Lo que genera esta imposibilidad es la indeterminación del derecho, que puede provenir de diversos factores: vaguedad o ambigüedad de las expresiones lingüísticas usadas en la ley, lagunas o inconsistencias, vaguedad de los propósitos perseguidos por el legislador, dificultad de reconciliar la ley con el cuerpo principal del derecho y dificultad de calificación de las situaciones en las reglas, problemas que pueden ofrecer también los precedentes judiciales. (Lifante:117)

La concepción intermedia. Para la concepción intermedia interpretar una formulación normativa es, según el caso, detectar el significado o adjudicar un significado. Los enunciados que el intérprete realiza, del tipo: “la formulación normativa A tiene el significado B”, según el caso, son o no son susceptibles de ser verdaderos o falsos. La interpretación del derecho a veces es una actividad cognoscitiva, otras veces es decisoria o estipulativa. En los casos típicos el derecho se encuentra previamente determinado, en los casos atípicos el derecho no se encuentra previamente determinado (Mendonca:154).

La teoría ha señalado como ejemplo de esta concepción intermedia a Hart y su distinción entre los casos fáciles, claros u obvios y los casos difíciles, oscuros o no obvios (Mendonca:154). Como recordamos, Hart, fuertemente influenciado por Waissmann, se refiere a la “textura abierta del Derecho” en el capítulo 6 de su obra “El Concepto de Derecho” (1961). Señala que este fenómeno del lenguaje afecta a las reglas jurídicas -pautas o criterios generales de conducta-, que se comunican con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas (Hart:155).

Como venimos de ver en el Capítulo III de este manual, de acuerdo con Hart hay casos obvios o claros, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables; pero hay también casos

frente a los que no resulta claro si las expresiones generales se aplican o no (Hart:157). Es famoso referido a la regla “*está prohibida la entrada con vehículos al parque*”. Comenta Hart: “*es indudable que un automóvil es un vehículo*”, ahora, “*la palabra “vehículo”, tal como se usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?*” (Hart:158).

En los casos en que no resulta claro si las expresiones generales se aplican o no -los casos difíciles- se produce algo así como una crisis de comunicación: hay razones a favor y razones en contra de que usemos la expresión general y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o rechazo.

Hart visualizaba la cuestión de la textura abierta, al mismo tiempo, como una dificultad y como una ventaja, debido, por un lado, a la relativa ignorancia de los hechos y, por otro, a la relativa indeterminación de los propósitos. Los legisladores no pueden conocer todas las posibles combinaciones de de circunstancias que el futuro puede deparar (son incapaces de anticiparlo todo) y esta imposibilidad lleva a que no puedan especificar por adelantado la solución a todos los problemas (Hart.:160).

Cuando se formula una regla general de conducta podemos tener en mente ciertos ejemplos claros que sin duda caen en su ámbito (casos paradigmáticos, casos claros), como son el automóvil, el ómnibus, la motocicleta en el caso de la regla “*está prohibida la entrada con vehículos al parque*”. Se ha realizado la elección en el sentido de preservar la paz y la tranquilidad en el parque al costo de la exclusión del automóvil, el ómnibus y la motocicleta; pero no hemos resuelto, porque no lo hemos visto, el caso no contemplado del auto de juguete a propulsión eléctrica. No se ha realizado elección alguna en cuanto a si ha de sacrificarse la paz y tranquilidad en el parque frente al interés o placer de los niños de usar ese tipo de juguete. La decisión requiere confrontar los intereses en conflicto y elegir entre ellos. Los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo sistema en distintas épocas pueden, ignorar o reconocer en forma más o menos explícita la necesidad de una decisión adicional de elección en la aplicación de reglas generales a los casos particulares. El formalismo o conceptualismo, procura encubrir y minimizar tal elección (Hart.161).

En el mismo capítulo 6 de su obra El concepto de Derecho, Hart se refiere no sólo a la hipótesis de usar términos clasificatorios en la formulación de la regla, sino también a la hipótesis de usar estándares, guías muy generales: el ejemplo elegido es “*tarifa o precio justo*” y “*sistema seguro*”. Los estándares se utilizan en la formulación de la regla cuando, desde un comienzo, se advierte que la esfera a ser controlada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales

variarán en aspectos socialmente importantes de manera impredecible, tanto que la legislatura no puede formular útilmente por anticipado reglas generales para ser aplicadas caso a caso sin nuevas directivas oficiales y delega en un cuerpo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las necesidades de tales casos. Aun para los estándares muy generales habrá (ab initio) ejemplos claros no discutibles que los satisfacen y otros que no los satisfacen, pero *“en el medio se encuentran los casos reales difíciles que reclaman atención”* (Hart:164).

Según Hart, *“en estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto”*. Algo similar sucede cuando en los textos jurídicos se incluyen expresiones como *“razonable”* debido a que la esfera a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas (Hart:164).

En suma: *“La textura abierta del derecho significa que hay, ... áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”* (Hart:168)

Comentando este aspecto, Gianella Bardazano ha señalado que para Hart *“la descripción correcta de la actividad judicial de aplicación no es la del normativismo ni la del realismo radical, ya que en los casos fáciles los jueces se comportan a la manera normativista y en los casos difíciles lo hacen a la manera realista”*.

A la vez, recuerda que *“la clasificación de los casos en fáciles y difíciles tiene, en el pensamiento de Hart, dos momentos. El primero (asociado al “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” (1958) y “El concepto de derecho” (1961)), atribuye el criterio de distinción a la cuestión de la vaguedad de los términos de las reglas o más concretamente, a problemas de orden semánticos vinculados a la indeterminación del campo de aplicación de las reglas. Ello permite distinguir una zona de certeza en dicho campo de aplicación (casos fáciles) y la zona de penumbra o incertidumbre (casos difíciles). En los casos ubicables en la zona de certeza, la tarea del juez se desarrollará en los términos postulados por el normativismo. En los casos ubicados en la zona de penumbra, nos enfrentamos al problema de los límites del derecho y con ello, a la cuestión de la discrecionalidad del*

decisor quien, tiene la facultad de optar entre incluir el caso dentro del campo de aplicación de la regla o excluirlo del mismo, en la medida que la indeterminación semántica exige la introducción de nuevos criterios para la decisión, lo cual nos enfrenta a la descripción de las prácticas de aplicación formulada por el realismo. En un segundo momento del pensamiento de Hart (a partir de "Problemas de filosofía del derecho" (1976)), la distinción entre casos fáciles y difíciles adopta como criterio la presencia de acuerdo en la comunidad jurídica en relación al alcance de la regla..." (Bardazano: 28).

4. La interpretación jurídica en Ronald Dworkin.

Hemos visto que R. Dworkin controvirtió las principales tesis del positivismo: la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de la discrecionalidad judicial y propuso una peculiar teoría del derecho como integridad donde expuso su concepción de la interpretación jurídica. Muchos autores lo incluyen como exponente de la concepción cognoscitivista, lo que otros discuten.

De acuerdo con Dworkin, el Derecho no sólo está compuesto por reglas, sino también por principios y directrices. En el capítulo anterior se expuso con detalle el punto de vista de este autor y se analizó el problema de las diferencias entre reglas y principios desde la perspectiva de su uso como razones jurídicas.

Nos abocaremos ahora a su tesis sobre la interpretación jurídica.

Según Dworkin la interpretación puede versar sobre conversaciones, hechos científicos, obras de arte y prácticas sociales. La interpretación que versa sobre obras de arte y sobre prácticas sociales se caracteriza por interpretar una entidad que ha sido creada por personas y que adquiere una existencia distinta a la de sus creadores, por eso a esa interpretación la llama "interpretación creativa". Tal interpretación creativa tiene por objetivo defender alguna propuesta acerca del significado o sentido de esa entidad interpretada (Lifante:42).

Si bien toda interpretación es "intencional" y se ocupa de ciertos propósitos, algunas atienden a los del autor del objeto a interpretar y otras, particularmente en el caso de la interpretación creativa, los propósitos que le dan sentido no son los del autor -de la obra de arte o de los partícipes en la práctica- sino los del intérprete. La interpretación creativa no es tanto una "cuestión de intención" sino de "construcción", donde los propósitos que están en juego no son descubiertos, sino atribuidos por el intérprete, aunque no de forma completamente libre. El intérprete debe presentar la

interpretación que propone como la más valiosa desde la perspectiva de la obra de arte o de la práctica en cuestión, la que la muestra como la mejor posible. El objeto de la interpretación constructiva es siempre presentar a su objeto como el mejor posible (Lifante:42-43).

La interpretación constructiva del Derecho requiere una “actitud interpretativa”, que, a su vez, exige presuponer que la práctica tiene un sentido, que sirve a ciertos propósitos o valores, y asumir que los valores priman sobre las reglas (Lifante:43).

El foco de atención de Dworkin está puesto en la actividad de los jueces al momento de resolver los casos concretos y para interpretar propone un procedimiento de diversas etapas: etapa “pre interpretativa”, etapa “interpretativa” y etapa “postinterpretativa o reformadora”.

En la etapa “preinterpretativa” el intérprete identifica reglas y normas “*que proporcionan el contenido provisorio de la práctica*” (Dworkin, 1992:57)

En la etapa “interpretativa” el intérprete identifica los principios que permiten ver en las reglas cierta unidad y su existencia al servicio de ciertos valores y propósitos. Como normalmente las reglas no están todas ellas al servicio de un único valor, propósito u objetivo, se identificarán distintos principios, unos justificarán algunas reglas, otros otras. La labor de esta etapa es mostrar las distintas interpretaciones posibles (Lifante:44). En definitiva, “*el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa*” (Dworkin, 1992:58).

En la etapa “postinterpretativa o reformadora” el intérprete debe ajustar “*su sentido sobre lo que necesita “en realidad” la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa*” (Dworkin, 1992:58). Se trata de elegir entre las distintas interpretaciones posibles, la que de acuerdo a los valores que se han identificado, hacen de lo interpretado el mejor ejemplo posible que puede ofrecer la práctica (Lifante:44).

Conviene hacer referencia a los recursos pedagógicos de que se vale Dworkin para ilustrar su concepción interpretativa: el juez Hércules y la novela en cadena.

Entiende que los jueces deben realizar sus mayores esfuerzos por ajustarse al modelo de juez que propone, el juez Hércules, “*dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas*” (Dworkin, 1977: 177), que acepta su tesis sobre el derecho, a la que llama “*el derecho como integridad*”.

Los jueces deben entender su labor en los casos difíciles como una tarea análoga a la que llevan adelante los novelistas que se proponen escribir una novela en cadena. En palabras de Dworkin *“En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelita de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad. ... su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible”* (Dworkin, 1992: 167).

Para finalizar conviene recordar que para Dworkin existe una conexión necesaria entre derecho y moral, no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral, en el razonamiento jurídico los principios morales juegan un papel muy importante, especialmente en los casos difíciles. Eso le ha llevado a decir que aún en los casos difíciles los jueces carecen de discrecionalidad, el derecho siempre permite dar una “única respuesta correcta”, el juez tiene reglas y principios a los cuales acudir para encontrar la respuesta al caso concreto (Pérez Lledó-González Lagier: 140; Lifante: 103).

5. Los argumentos de la interpretación jurídico-normativa.

De acuerdo a lo que hemos venido viendo, resulta que interpretar consiste en proponer una tesis interpretativa -sea cognoscitiva, sea decisoria- y sostenerla aportando argumentos. En, en suma, una actividad argumentativa que requiere dar razones para justificar lo que afirmamos como la interpretación correcta del derecho.

Por ese motivo, toda interpretación de un fragmento del lenguaje jurídico suele ir acompañada de “esquemas de argumentos” (Perelman) o “formas de argumentos” (Alexy), que abogan a favor o en contra de la propuesta interpretativa. De modo que corresponde analizar someramente los argumentos usuales para respaldar nuestras tesis interpretativas o atacar las contrarias.

El teórico alemán Robert Alexy, entre otros, se ha ocupado del tema y en lo que sigue expondremos sus reflexiones.

A. Cánones de la interpretación.

El primer tipo de argumentos son los tradicionales "cánones de la interpretación" sobre los que mucho se ha discutido desde Savigny a nuestros días,

aunque se han alcanzado pocos acuerdos. Alexy destaca que aún hoy coexisten diferentes ideas sobre su número, formulación precisa, jerarquía y valor; lo cual es no es una cuestión menor habida cuenta de que esquemas de argumentos o formas de argumentos distintas puedan llevar a soluciones completamente distintas.

En su Tratado de la Argumentación Jurídica (1978) Alexy analiza los siguientes cánones: semántico, genético, sistemático, teleológico, histórico y comparativo

a) El argumento semántico justifica una interpretación con fundamento en el significado del lenguaje por referencia a su uso en determinada comunidad lingüística.

Distingue tres formas de argumentos semánticos: 1. cierta interpretación debe aceptarse, sobre la base de cierto uso del lenguaje; 2. cierta interpretación no puede aceptarse, sobre la base de cierto uso del lenguaje; y 3. cierta interpretación es posible de aceptar, sobre la base de la referencia al uso del lenguaje y es posible de no aceptar, sobre la base de cierto uso del lenguaje.

Mientras que las dos primeras son definitivas -en el sentido de que son categóricas- en la última el argumento semántico resulta insuficiente para decidir la cuestión y deberá ser apoyado o excluido en función de otros argumentos.

b) El argumento genético justifica una interpretación por referencia a la voluntad del legislador.

Se pueden distinguir dos formas de comprender en argumento genético: 1. cierta interpretación es la que expresa la voluntad real (histórica) querida por el legislador al adoptar la disposición; y 2. el legislador creó ese texto jurídico para alcanzar ciertos fines que se conocen y la interpretación propuesta es necesaria para alcanzar tales fines (esta segunda forma es una variante del argumento teleológico).

Cualquiera de estas formas de argumentos genéticos necesitan premisas adicionales presupuestas del tipo: 1. que el hecho de que legislador desee cierta interpretación es una razón suficiente para aceptar esa interpretación; 2. que el hecho de que el legislador persiga ciertos fines es una razón para aceptar la interpretación que permite la realización de tales fines. Ambas premisas suponen además que es posible establecer cuál fue la voluntad del legislador y los fines perseguidos por él.

c) El argumento sistemático justifica una interpretación por referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, principios y fines.

Si bien en sentido estricto, sólo deberían considerarse argumentos sistemáticos únicamente los que se refieren a las relaciones lógicas entre normas, los que satisfacen la condición de consistencia del sistema jurídico, lo cierto es que en sentido amplio también se apela al argumento sistemático sobre la base de la coherencia de la interpretación con el sistema, esto es, su concordancia con los fines, principios y valores del sistema.

Según Alexy, la forma más importante de argumento sistemático en sentido estricto es la indicación de una contradicción normativa: si la interpretación que el intérprete propone contradice alguna norma que debe reconocerse como válida, entonces esa interpretación debe ser abandonada. El argumento sistemático en sentido amplio se ve especialmente desarrollado -como vimos- en la teoría de Neil Mac Cormick.

d) El argumento teleológico justifica una interpretación por referencia a ciertos fines racionales o fines prescritos en un sistema jurídico vigente. El fin se caracteriza normativamente como un "estado de cosas" o un "suceso" prescripto u ordenado (o inversamente por un estado de cosas o suceso que no debe llegar a ocurrir, como evitar una pandemia, el desempleo o la inflación, entre otras situaciones no deseables). No se trata de indagar sobre los fines concretos que el legislador pudo querer sino más bien de fines que objetivamente se pueden inferir del conjunto del ordenamiento.

El argumento consiste en sostener que "dados ciertos fines, la interpretación propuesta es necesaria para alcanzar esos fines" y requiere mostrar esa conexión instrumental entre medios y fines.

e) El argumento histórico justifica una interpretación por referencia a la historia del problema jurídico discutido. Hace referencia a un estado de cosas jurídico anterior y sobre esa base, muestra la corrección de la interpretación propuesta.

El argumento consiste en sostener que: 1) ya una vez se practicó una determinada solución al problema discutido; 2) eso condujo a la consecuencia F; 3) la consecuencia F es indeseable (o deseable); 4) Las situaciones pasada y presente no son tan distintas como para asegurar que F (indeseable) no vaya a ocurrir hoy o que F (deseable) pueda no ocurrir actualmente; 5) Por tanto, la solución en cuestión no es aceptable hoy (o, en la contraria, es deseable hoy) .

Señala Alexy que se trata de un aprendizaje de la historia y que un argumento de esta forma no presupone sólo conocimiento histórico sino también sociológico y económico y que además con (3) incluye una premisa normativa, que debe fundarse.

f) El argumento comparativo justifica una interpretación por referencia a una solución normativa y sus efectos en otra sociedad.

La forma del argumento es similar a la del argumento histórico, sólo que en lugar de la referencia de tipo histórico incluye una referencia de tipo comparativo. Al igual que el argumento histórico requiere de numerosas premisas empíricas y al menos una premisa normativa, que debe fundarse.

Nuestro autor destaca que, obviamente, los distintos cánones pueden conducir a soluciones diferentes -de hecho, ocurre con frecuencia- que obligan a decidir entre interpretaciones diversas y a justificar esa decisión con otro tipo de argumentos. De todos modos, siempre "hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación".

Como no existe una jerarquía entre los distintos cánones, se trata de considerar el peso de cada tipo de argumento, lo cual remite a la ponderación, que estudiaremos más adelante, cuya racionalidad exige aportar argumentos para preferir en cada caso la interpretación que proviene de uno u otro canon. Igualmente, Alexy observa que *"los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos"* (Alexy: 239).

Es importante asumir que todos los argumentos provenientes de los cánones de la interpretación deben resultar "saturados" lo que significa que sólo están completos si ofrece la justificación de todo lo que allí se afirma (las premisas facticas o normativas que lo sustentan, las que siempre pueden ser objeto de discusión) (Alexy:236)

Finalmente, no deja de reconocer que se trata de garantizar el uso racional de los argumentos que tienen la forma de cánones de la interpretación, pero de ninguna manera se puede asegurar "la única respuesta correcta", idea que considera un ideal regulativo.

B. Argumentos dogmáticos.

Si bien estamos acostumbrados a repetir que ni la doctrina ni la jurisprudencia son fuentes de derecho en nuestro sistema, no hay duda alguna de que ambas proporcionan un importantísimo repertorio de argumentos de tipo normativo, sea para la interpretación de las disposiciones jurídicas, como en la formulación e interpretación de los principios a tener en cuenta para resolver los casos.

La doctrina -normalmente llamada dogmática- tiene una dimensión práctico-normativa en tanto se ocupa, entre otras cosas, de justificar ciertas interpretaciones de las disposiciones existentes. Con Alexy, llamamos “argumentos dogmáticos” a los enunciados hechos por los juristas acerca de las normas y de su aplicación, que se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente. Tales enunciados, que son de tipo muy variado, no tratan de describir sino que son prescriptivos (tienen contenido normativo) y tratan de mantener entre sí una relación de coherencia mutua.

Entre esos variados argumentos se encuentran: a) definiciones; b) enunciados que describen y caracterizan estados de cosas a cuya producción, eliminación o conservación deben servir normas individuales o grupos de normas, c) enunciados que expresan normas extraídas o no de las leyes y d) formulación de principios.

Es que la dogmática cumple varias funciones realmente relevantes para la práctica jurídica: contribuye a racionalizar la práctica jurídica, porque apunta a formar los juristas y producir mejores resultados: realizar el principio de universalización y, a la vez que asegura cierto grado de control y estabilidad de puntos de vista aceptables, también orienta a conseguir los cambios deseables. Todo lo cual rinde en términos de argumentación: ofrece un buen repertorio de argumentos y descarga parcialmente a los jueces en la tarea de justificación detallada, porque les permite completar sus argumentos remitiéndose a determinado autor citado de modo sintético. Ese uno de los sentidos de las citas doctrinarias en la práctica judicial.

Sintetizando, Alexy ofrece algunos criterios o reglas especiales para el empleo de argumentos doctrinarios:

1. “Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados”.
2. “Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio”.
3. Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos de un argumento práctico de tipo general”.

C. Argumentos de jurisprudencia (precedentes)

También operan como argumentos jurídicos los precedentes que va asentando la labor de los jueces y tribunales. Alexy señala que el fundamento para usar precedentes como argumento está en el principio de universalidad, en la exigencia que subyace a toda concepción de justicia, de tratar de igual manera las situaciones iguales.

Esto no implica el rechazo a todo apartamiento de los precedentes, sino que tal apartamiento resulta aceptable si se satisface la carga de argumentación. Recuerda el principio de inercia -formulado por Perelman- según el cual quien quiera cambiar una decisión debe aducir razones suficientes para convencer sobre la corrección del cambio.

En el caso de los precedentes tales razones pueden provenir de marcar alguna diferencia relevante entre los casos resueltos y el caso a resolver. Hay que recordar que el precedente obliga sólo si la razón de la decisión (*ratio decidendi*) alcanza o es trasladable al nuevo caso, pero si así no fuera, debe decirse. Por demás, tampoco las disposiciones normativas han de interpretarse siempre de la misma manera: ya hemos visto que por vía de interpretación, puede cambiar su significado normativo y cambia la decisión.

En sistemas jurídicos como el nuestro, donde el precedente no es obligatorio, es posible observar que tiene un peso considerable en las decisiones judiciales e indirectamente en la argumentación de los abogados. Ese peso es mayor cuando se trata de decisiones de los tribunales superiores que usualmente son cuidadosos de mantener su jurisprudencia, a menos que decidan modificarla expresamente. De ahí que sus fallos se invoquen como argumento no sólo ante esos tribunales sino también ante los tribunales de menor jerarquía. Lo cual no excluye que puedan usarse como argumentos fallos de tribunales de igual jerarquía (precedente horizontal).

Finalmente Alexy también propone algunos criterios racionales para el uso de precedentes como argumentos:

1. Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse.

2. Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación respectiva.

5. Formulaciones normativas que refieren a la interpretación.

Nos resta abordar la cuestión de las disposiciones normativas que establecen criterios sobre interpretación en el ordenamiento jurídico uruguayo. Tales enunciados aparecen en Código Civil (arts. 17 a 20), en el Código Tributario (art. 4 a 6) y otros para regular la actividad de determinación del significado de cierto conjunto de disposiciones (las contenidas en el respectivo texto normativo) aunque, de hecho, las del Código Civil se han extendido sin discusión mucho más allá del texto que las contiene.

Muchas veces se ha sostenido que estas disposiciones imponen determinados métodos de interpretación. Sin embargo, se comprenden mejor si se las entiende como reglas y principios a los que debe ajustarse el intérprete -y el aplicador- cuando trate de justificar la interpretación que propone para cierta disposición o conjunto de disposiciones normativas.

Si se analizan, se advierte la inclusión de varios de los criterios que venimos de mencionar como "canones de la interpretación" y como argumentos doctrinarios. No hay mención a los argumentos de origen jurisprudencial y, sin embargo, es indiscutible la relevancia actual de ese tipo de argumentos.

Bibliografía recomendada

AARNIO, Aulis. "Derecho y lenguaje" en Derecho, racionalidad y comunicación social. Mexico, 1995

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (1978). Trad. Atienza, Manuel y Espejo, Isabel. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARDAZANO, Gianella; "Literalidad y decisión", Montevideo, 2008.

CALSAMIGLIA, Albert; "El derecho como integridad: Ronald Dworkin", Working Paper 25, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1990.

DWORKIN, Ronald; "Los derechos en serio" (1977), Ed. Ariel,

DWORKIN, Ronald; "El imperio de la justicia" (1992), Ed. Gedisa,.

GUASTINI, Ricardo; "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho", Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1999.

GUIBOURG, Ricardo, GHIGLIANI, Alejandro y GUARINONI, Ricardo. "Lenguaje" en Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires, EUDEBA, 1987.

HART. Herbert; "El Concepto de Derecho", 1961,

LIFANTE, Isabel; "El realismo jurídico norteamericano".

LIFANTE, Isabel; "La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos".

MENDONCA, Daniel; "Las claves del derecho", Ed. Gedisa, Barcelona.

MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María; "Introducción a la teoría del derecho", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

PÉREZ LLEDO, Juan Antonio y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel "Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: De la escuela de la exégesis a Ronald Dworkin", Universidad de Alicante

RECASENS SICHES, Luis; "Nueva filosofía de la interpretación del Derecho".

Para la discusión

Un boliche de baile y tragos montevideano solicitó a la S.C.J. la declaración de inconstitucionalidad del art. 75 de la Ley Nº 14.100 de 29.12.1972, que gravó con IVA la venta de entradas y, si no se declarara inconstitucional pidió subsidiariamente, la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Departamental dictado por la Junta Departamental de Montevideo Nº 30.882

La Suprema Corte de Justicia, con una discordia, desestimó la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 75 de la Ley No. 14.100 y declaró parcialmente inconstitucional el Decreto de la Junta Montevideo Nº 30.882.

La clave del caso está en la interpretación de los arts.297 y 298 de la Constitución de la República que establecen las fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales y prohíben la superposición tributaria nacional y departamental. ¿La expresión espectáculo público comprende a los bailes?

Luego de la discusión vemos la Sentencia de la S.C.J. Nº54 del 20.3.2009 y en particular, los siguientes argumentos:

1. "La Carta Fundamental vigente ha optado por instituir un sistema de distribución de la referida potestad por fuentes, de acuerdo al cual a los entes territoriales se les asignan fuentes de impuestos de manera preceptiva o taxativa por la Constitución, sin perjuicio de que la Ley nacional, dictada con mayorías especiales, pueda ampliarlas u otorgarles otras no establecidas en la Constitución. El gobierno central mantiene potestad tributaria sobre las fuentes no atribuidas a los Gobiernos Departamentales, podríamos definirla como potestad de principio; sin perder de vista que ambas, la nacional y la departamental son originarias porque surgen de la Constitución, no pudiendo aplicarle a la departamental el carácter de

delegada, o derivada, porque las dos tienen el mismo origen -La Constitución-. El sistema tiene así, rasgos de separación, aunque en algunas de las fuentes atribuidas, existe concurrencia de potestades del Gobierno Nacional y Departamental" (Addy Mazz en R.U.D.T. No. 82 T. XV, pág. 40).

2. La S.C.J. en sentencia precedente N°415/97 ha dicho que no existiendo definición "auténtica" sobre el concepto de espectáculo público "es al intérprete a quien le corresponde recurrir a todos los métodos interpretativos para arribar a su verdadero concepto, conforme a las reglas rectoras que reglamenta el art. 18 del C. Civil. El citado artículo, implanta que las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, y más aún en obrados, cuando las definiciones del legislador comunal, no obligan al intérprete".

3. A partir de la definición del Diccionario de la Real Academia, es posible extraer como conclusión lógica y razonable que en los espectáculos públicos hay "algo" ejecutado o brindado por terceros que convoca a la gente (público) para presenciarlo. O sea, que la gente asume un papel señaladamente receptivo, pasivo de la función ofrecida; lo cual resulta ser bien diferente a lo que acontece en un "baile" donde la gente concurre a bailar, a protagonizar lo que luego allí se generaría.

4. La doctrina especializada es coincidente en señalar que los bailes no están comprendidos dentro del término general "espectáculos públicos" (Gustavo Rodríguez Villalba, "La Potestad Tributaria de los Gobiernos Departamentales", pág. 216).

5. En relación a la inconstitucionalidad del Decretos Departamental, interpuesta en forma subsidiaria... dicha acción no se ajusta a lo establecido en el art. 508 del C.G.P. y a la jurisprudencia constante de la Corte, de que deben rechazarse los "planteos de inconstitucionalidad subordinados o condicionados a cierta interpretación de la Ley" (Sent. No. 50/99, entre otras).

6. Sin embargo, en el caso presente la Suprema Corte de Justicia debe elegir entre la irregularidad del planteo condicionado (por dos interpretaciones del hecho gravado) y la decisión que consolidaría la clara "doble imposición" rechazada expresamente en la Carta y, en ese sentido, entiende que la rigurosidad formalista debe ceder ante la incongruencia de un pretendido fallo de control constitucional, que en definitiva vendría a amparar una clara violación al texto superior.