
RUPTURA

Una Revista Interdisciplinaria de Análisis Jurídico

Consejo Editorial y de Dirección de la Sociedad de Análisis Jurídico

Gerardo Caffera (Presidente) (UdelaR - Uruguay)

Andrés Blanco (UdelaR - Uruguay)

Oscar Sarlo (UdelaR - Uruguay)

Secretarios de Redacción

Darío Burstin (UdelaR - Uruguay)

Ramiro Castro (UdelaR - Uruguay)

INDEXADA en:

BIUR

Dialnet

VON WRIGHT, G., «Un ensayo de lógica deontica y la teoría general de la acción», Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma de México, Cuaderno 33, 1976, Tr. Garzón Valdés, E.

Ruptura | año 5, número 6

INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL: LA INDETERMINACIÓN PARCIAL DEL DERECHO Y SU CARÁCTER NO NEUTRAL UNA BÚSQUEDA DE VÍNCULOS ENTRE LAS TEORÍAS DE HART Y DE KENNEDY

Nelson Ottonelli¹

Sumario: I. Introducción. II. Concepto y concepciones de la interpretación jurídica. Una aproximación conceptual. Concepciones de la interpretación jurídica. III. La tesis de Hart. IV. La tesis de Kennedy. V. Comentarios finales. Conclusiones. Sobre la determinación parcial del derecho. Determinación (parcial) no es equivalente a neutralidad. La ideología jurídica forma parte de la ideología de los jueces.

Recibido: octubre 2014

Aceptado: noviembre 2014

Resumen: Este artículo explora puntos de encuentro entre las teorías de L. H. Hart y Duncan Kennedy sobre la interpretación jurídica en materia de decisión judicial, que permiten concluir que el significado de las reglas generales que conforman el derecho está parcialmente determinado por las convenciones lingüísticas e interpretativas de la comunidad en donde rigen. Tales convenciones otorgan un núcleo de certeza en el significado normativo de las reglas jurídicas que se traduce en un universo de casos claramente comprendidos en el campo de aplicación de las mismas, lo que hace viable al derecho como instrumento de control social. Se sostiene además que esta idea de determinación parcial es compatible con el postulado de la no neutralidad del derecho en términos ideológicos. En lo que refiere a la interpretación jurídica, la ideología no sólo incide en los márgenes típicos de la discrecionalidad judicial, sino que también tiene potencialidad para desestabilizar los núcleos de certeza de los significados normativos. La sola posibilidad de introducir cambios en la zona de certeza de las reglas muestra en definitiva que la determinación (parcial) del derecho sólo puede ser concebida en un «sentido débil» como equivalente a la noción de estabilidad en el tiempo de las convenciones en la interpretación.

Palabras clave: Interpretación- Decisión judicial- Hart- Kennedy- Determinación parcial y no neutralidad del derecho- Ideología.

Abstrat: This article explores some points of coincidence between the theories of H. L. A. Hart and Duncan Kennedy regarding legal interpretation in those matters subject to judicial decision, from which points it may be inferred that the general rules that form the law are partially determined by the linguistic and interpretative conventions of the community were the same are in force. Those conventions grant a nucleus

of certainty concerning the normative meaning of the legal rules which is translated into a set of cases clearly included in the domain of application of the same, thus, making the use of law as a tool for social control possible. Furthermore, I argue that the idea of partial determination is compatible with that of ideological non-neutrality of the law. With reference to legal interpretation, ideology not only impacts the typical margins of judicial discretion but also may destabilize the nucleus of certainty of normative signification. The mere possibility of the introduction of changes into the region of certainty of the rules proves that, in the end, partial determination of law can only be conceived in weak terms as the equivalent of the notion of stability along time of the conventions for interpretation.

Keywords: Interpretation- judicial decision- Hart- Kennedy- Partial Determination and non-neutrality of the law- Ideology.

I. Introducción

Interpretación es un concepto complejo por estar en la base de todo conocimiento o saber. Vale decir que todo lo que puede ser objeto de conocimiento es necesariamente al mismo tiempo objeto de interpretación, desde la inmensidad del cosmos hasta un minúsculo átomo de carbono. Así pues, se interpretan los fenómenos de la naturaleza, pero también los fenómenos sociales; se interpretan las noticias que aparecen cotidianamente en la prensa, pero también los hechos históricos. La gestación del saber y su objetivación no pueden ser concebidas sino es por la mediación de la actividad interpretativa. Podría decirse que la interpretación es la forma de humanizar o constituir humanamente la realidad. De ahí que la interpretación haya sido objeto de un largo e inacabado derrotero filosófico, ocupando tiempo y esfuerzo de los filósofos más prestigiosos de todas las épocas y de distintas perspectivas; sólo por mencionar algunos: Aristoteles, Kant, Gamaer, Wittgenstein, entre tantos otros.

El abordaje que se realizará en el presente trabajo se limitará a la interpretación aplicada al campo de lo jurídico, sin desconocer las implicancias filosóficas más profundas que tiene el tema pero que no serán tratadas aquí. Me referiré en particular, a la interpretación jurídica que se da en el proceso de adjudicación judicial y a la vinculación de este tema con otras dos cuestiones relevantes para la teoría del derecho: el debate sobre la indeterminación o determinación del derecho entendido como un sistema de reglas, y la idea del carácter no neutral del derecho en términos políticos.

Para el desarrollo de los temas mencionados me apoyaré en las tesis de dos prestigiosos filósofos del derecho contemporáneos: Herbert Hart y Duncan Kennedy. Si bien es cierto que estos autores pertenecen a corrientes filosóficas diferentes (positivismo analítico el primero, y corriente crítica norteamericana de los «*Critical Legal Studies*» el segundo) y que por consecuencia, plantean enfoques diferentes sobre las cuestiones que pretendo tratar, entiendo de todas maneras que pueden encontrarse interesantes puntos de contacto entre sus respectivas teorías, de los que trataré sacar provecho y arribar a las siguientes conclusiones: 1) el carácter parcialmente determinado del derecho, entendida la noción de determinación en un «*sentido débil*»; 2) la compatibilidad de esa noción de determinación con el carácter no neutral del derecho en todos los niveles de generación y articulación normativa.

II. Concepto y concepciones de la interpretación jurídica

Una aproximación conceptual

En un nivel muy básico del concepto, la interpretación jurídica puede ser definida como una operación intelectual de determinación del significado de un enunciado normativo.² Para una mejor comprensión del concepto viene a bien presentar la distinción entre las categorías de disposición y norma que maneja la teoría del derecho contemporánea. Así entonces, puede decirse que la disposición es un enunciado normativo (el texto) emitido por la autoridad y que constituye el objeto de la actividad interpretativa, en tanto que la noción de norma alude al significado que expresa la formulación normativa del texto, es por tanto el resultado de la operación del intérprete. Entre formulaciones normativas y normas no hay una correspondencia unívoca, ya que una formulación puede expresar más de una norma y diferentes formulaciones pueden expresar una misma norma.³

Concepciones de la interpretación jurídica

Para situarnos en el tema se hace necesario presentar brevemente las distintas concepciones que existen sobre fenómeno de la interpretación jurídica en el contexto teórico contemporáneo y las implicancias de asumir una u otra posición en la comprensión del derecho como un sistema de reglas.

Pueden distinguirse básicamente tres tipos de concepciones: la cognoscitiva, la escéptica y la intermedia.^{4,5}

La **concepción cognoscitiva** supone que la interpretación es conocimiento o descubrimiento del significado propio de los textos normativos o de la intención de la autoridad que ha formulado el texto.⁶ La interpretación tiene como resultado enunciados interpretativos proposicionales, susceptibles de verdad o falsedad. El ejemplo paradigmático de esta concepción interpretativa es la denominada «*doctrina tradicional*» del derecho inspirada en la escuela de la exégesis francesa del siglo XVIII, y que al día de hoy aún sigue siendo la concepción dominante entre los juristas de nuestro medio. En esta doctrina se asume que las palabras tienen un significado propio, intrínseco y objetivamente comprobable; y que la autoridad legislativa tiene una voluntad o intención unívoca y reconocible. El significado contenido en los materiales normativos, dado por la claridad de las palabras o por la intención del legislador que subyace en el texto, es preexistente a la actividad del intérprete, y por lo tanto su tarea debe ser encontrar la interpretación verdadera. En este planteo se separa tajantemente la función creativa del derecho en poder del legislador y la función de aplicación del derecho a cargo de los tribunales, suponiendo que el sistema de reglas y principios generales es capaz de suministrar una solución jurídica correcta a todos los casos posibles. En este esquema, el juez no tiene margen de discrecionalidad ya que las decisiones judiciales quedan absolutamente de-

² Bardazano Gianella, «*Literalidad y decisión*», Carlos Álvarez-Editor, Montevideo, 2008, pp. 47-48.

³ Orunesu, Claudina, «*Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*», Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 29.

⁴

⁵ Bardazano Gianella, cit., p. 33.

⁶ Prieto Sanchís, Luis, «*Apuntes de teoría del Derecho*», Trotta, Madrid, 2005, pp. 237-248.

⁶ Bardazano Gianella, cit., p. 33.

terminadas de antemano por los enunciados generales. La concepción cognoscitiva se soporta en el postulado de que el derecho es un sistema completo y coherente, es decir, no presenta antinomias ni lagunas jurídicas: el sistema normativo siempre determina una solución jurídica correcta.^{7,8}

Con otros argumentos diferentes, la reconocida teoría de Ronald Dworkin⁹ es una variante angloamericana de la concepción cognoscitiva. Dicho de forma muy breve, Dworkin sostiene que el derecho establecido –entendiéndose por tal conjunto de leyes y precedentes judiciales– puede presentar lagunas y antinomias, pero una vez que es interpretado a la luz de los principios y de la mejor teoría política subyacente, siempre suministra una respuesta correcta. Para este autor, el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva que consiste en ofrecer la mejor justificación posible de nuestras prácticas jurídicas, asumiendo la idea de que dichas prácticas conforman un todo dotado de coherencia e integridad. En esta versión del cognitivismo, una proposición jurídica sería verdadera si la mejor justificación que pudiera ofrecerse del sistema jurídico suministra una mejor justificación para ella que para la proposición contraria. Más adelante se verá la crítica que Kennedy dirige en contra de este tipo de teorías constructivistas del derecho.

La concepción escéptica supone entender a la interpretación como una actividad decisoria y valorativa. Interpretar no es descubrir, sino adjudicar un significado a la formulación normativa. Se postula la inexistencia de significados anteriores a la actividad del intérprete, no en el sentido de que los textos normativos están desprovistos de todo significado, sino en el sentido de que todo texto expresa potencialmente más de un significado, y el intérprete es libre de escoger uno de esos significados entre varios posibles de acuerdo a las valoraciones que realice. Las concepciones escépticas suelen negar la existencia de métodos o criterios que garanticen la racionalidad de las decisiones judiciales.¹⁰ La versión más tradicional de esta concepción interpretativa está representada por la escuela del realismo americano, surgida en EE.UU., en las décadas del veinte y del treinta del siglo pasado en reacción al formalismo jurídico de su época. Los realistas sostenían que el derecho se encuentra esencialmente indeterminado de modo que los jueces siempre crean –y nunca descubren– la solución jurídica del caso. Para fundar esta tesis se valían básicamente de dos argumentos: 1) es un hecho que las razones jurídicas disponibles no sirven para justificar una decisión unívoca; y como muestra de ello, sólo basta darse cuenta de que acudiendo al mismo conjunto de disposiciones vigentes y a los cánones de interpretación jurídica compartidos por los juristas, se puede arribar a resultados en conflicto, pero igualmente legítimos o plausibles; 2) en que el derecho es indeterminado desde el punto de vista causal, pues sostenían que los jueces en el momento de decidir se ven más influenciados por contingencias extrajurídicas (las circunstancias extrajurídicas particulares, cuestiones personales del juez, factores sociales

⁷ Idem, p. 34.

⁸ Bulygin, Eugenio, «Los jueces ¿crean derecho?», en Isonomía N 18, abril 2003, en cervantesvirtual.com, p. 8.

⁹ Al respecto puede consultarse, Bardazano, Gianella, «El Derecho como integridad», en www.evauniversidad.com.uy.

¹⁰ Bardazano, Gianella, ídem, p. 35.

o políticos del medio), que por las normas aplicables al caso.¹¹ Volveré brevemente sobre esta concepción en los comentarios sobre la tesis de Hart, quien se muestra en franca oposición a esta forma de concebir al derecho.

También se ha incluido dentro de la concepción escéptica o indeterminista, a la corriente de los «*Critical Legal Studies*» surgida en EE.UU., en las décadas de los setenta y ochenta, de cual Duncan Kennedy es uno de sus miembros fundadores y uno de sus representantes más emblemáticos. Claudina Orunesu ha dicho al respecto: «*Los representantes de la corriente denominada Critical Legal Studies intentaron demostrar la idea de que el derecho determina normativamente las conductas es ficticia y que, por lo tanto, las decisiones judiciales obedecen a criterios políticos y no neutrales. El derecho no sería determinado, ni objetivo, ni neutral. La escuela de los Critical Legal Studies, abrevando de una tradición marxista, sostiene que el derecho es el reflejo de las estructuras económicas. Lo que determinaría que las decisiones judiciales no serían (...) sino la estructura económica sobre la que se asentaría el sistema jurídico y político. La interpretación sería una actividad estratégica: las teorías de la interpretación sólo servirían para racionalizar decisiones puramente políticas de los jueces que responderían a determinadas ideologías.*»¹² No pretendo cuestionar los postulados que la autora argentina le atribuye a la corriente de los «*Critical Legal Studies*» en general, algunos de los cuales serán tratados más adelante en los comentarios a la teoría de Kennedy (la relación que existe entre el derecho y la política, el carácter no neutral del derecho, la interpretación jurídica como una actividad estratégica). Sin embargo, me propongo justificar que la tesis de Kennedy en particular, es compatible de algún modo con la idea de la determinación parcial del derecho afín a una concepción intermedia o moderada de la interpretación jurídica, y que determinación no es lo mismo que neutralidad.

La concepción intermedia sostiene que en algunos casos la interpretación es el resultado de un proceso de conocimiento y, en otros, es el producto de una decisión discrecional. Esta concepción supone asumir que el derecho entendido como conjunto de reglas es parcialmente indeterminado pues presentaría «*zonas grises*», lagunas y antinomias en donde el juez es llamado a ejercer su discrecionalidad para crear una solución del caso en el nombre del derecho. Esta concepción será desarrollada en el apartado que sigue sobre Hart, puesto que el autor británico es precisamente el representante paradigmático de esta corriente.

III. La tesis de Hart

Según Hart, la realidad de lo que hacen los jueces cuando dictan sus sentencias se encuentra en un punto medio entre «*las ilusiones*» de lo que postulan dos teorías extremas; por un lado, la que él denomina como «*la pesadilla*» de concebir que los jueces crean y nunca descubren el derecho de los litigantes, y por otro lado, la que rotula como «*el noble sueño*» de asegurar que los jueces siempre descubren y nunca crean el derecho. Su tesis es que los jueces harían una y otra cosa (descubrir y crear) según las contingencias del caso. Hart sostiene que la interpretación jurídica es en gran medida un proceso de descubrimiento del significado de los textos normativos que está dado de antemano por las convenciones lingüísticas de la comunidad en donde rigen. Es decir, el signifi-

¹¹ Orunesu, Claudina, cit., p. 31.

¹² Orunesu, Claudina, ídem, p. 33.

cado de los términos contenidos en las reglas jurídicas y su campo de aplicación, está determinado por convenciones sociales sobre el modo en que son usadas las palabras, fenómeno este que hace posible la convivencia social a través del derecho. Los criterios de uso compartidos del lenguaje permiten emitir reglas o pautas de conducta generales susceptibles de ser comprendidas por la masa de receptores a los que están destinadas, siendo esto un requisito indispensable para concebir al derecho como un instrumento de control social. Hart afirma al respecto: «... Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como existiendo ciertos comportamientos en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse a clases de personas y clases de actos, casos y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de clasificaciones generales».¹³

Sin embargo, las características típicas del lenguaje natural en el que se formulan los términos clasificatorios generales de las reglas jurídicas, como la vaguedad y la ambigüedad de las palabras, dan lugar a lo que Hart ha denominado «la textura abierta del derecho», indicando con ello los límites del lenguaje para expresar criterios o pautas generales capaces de ser aplicados de forma precisa al indefinido e impredecible universo de situaciones concretas que nos puede deparar la realidad social. Todas y cada una de las reglas generales sólo pueden expresar condiciones claramente aplicables a una serie de situaciones hipotéticas o especulativas de acuerdo a la experiencia de como generalmente se dan las cosas en la realidad, lo que denota cual sería el «universo de casos» que quedarían claramente comprendidos dentro del campo de aplicación de cada regla. Estos son los denominados «casos claros o fáciles» en los que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos dice Hart, parece ser automático. En palabras del autor, «se trata de casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios» (de la regla).¹⁴ Pero la experiencia indica que la realidad puede presentar un sinfín de particularidades que no encuadrarán claramente en las condiciones abstractas previstas en las reglas según las convenciones lingüísticas de la comunidad. Ahí está la textura abierta del derecho. Los términos del lenguaje natural en que se manifiesta el derecho son abiertos. Suelen sembrar dudas acerca del alcance de su significado en la medida en que hay casos (reales o imaginarios) en los que su aplicabilidad resulta dudosa (vaguedad), y en ocasiones admiten más de un significado posible dependiendo más o menos del contexto en que se apliquen (ambigüedad).

La idea de textura abierta de Hart es comúnmente recordada con la metáfora de luminosidad. De esta forma el significado de las palabras es representado con una luz proyectada sobre una superficie. Habrá una parte claramente iluminada en el centro en un entorno de oscuridad. Todos los casos que se sitúen dentro del contorno iluminado quedarán claramente subsumidos por el alcance del significado del término y le serán aplicables las consecuencias previstas por la regla que lo establece. Pero entre claridad y oscuridad habrá una zona de penumbra que no queda directamente iluminada pero

¹³ Hart, H.L.A., «El concepto del Derecho», Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, p. 155.

¹⁴ Ídem, p. 158.

tampoco puede decirse sin más que se encuentra en el entorno de oscuridad, lo que abrirá la discusión de si los casos situados en esa zona penumbra quedan o no alcanzados por la luz del significado de la palabra. Estos últimos son los denominados «casos difíciles».

En el famoso ejemplo de Hart, de la regla que prohíbe entrar vehículos en el parque, nadie duda que los automóviles están comprendidos en el significado de la palabra «vehículo», pero resulta dudoso que un auto de juguete a propulsión eléctrica también quede alcanzado por dicho vocablo a los efectos de dicha prohibición.¹⁵ En este tipo de casos dice el autor, «se precipita algo así como una crisis de la comunicación pues hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo...»,¹⁶ y se abre camino a la discrecionalidad del intérprete para escoger entre alternativas abiertas y definir si el caso se asemeja en grado suficiente al caso típico abarcado en la regla, en sus aspectos relevantes. El proceso de subunción y la derivación silogística característicos de la resolución de casos fácilmente reconocibles como ejemplos obvios, es sustituido por una metodología de ponderación de razones. Planteado este escenario el juez determinará cuáles son las razones de conveniencia social que justifican la sanción de la regla en cuestión y las analizará a la luz de las particularidades del caso, considerando otras razones de conveniencia social que estime relevantes, las que eventualmente pueden sugerir soluciones limitativas o excluyentes de las razones que animan a la aplicación de la regla. En esta zona marginal de las reglas el juez lisa y llanamente crea derecho para el caso concreto, legisla basándose en razones morales o prácticas según su visión de lo que es mejor para la sociedad, sin perjuicio de que para ello pueda inspirarse en lo que él subjetivamente considera como fundamentos de leyes con previsiones de circunstancias análogas al caso que se le presenta en la realidad.

Hart sostiene que la razón de la textura abierta del derecho está causada por dos factores, de los cuales uno es consecuencia del otro. La causa primera de ese fenómeno es la relativa ignorancia de los hechos por parte de la autoridad que sanciona las reglas, y como corolario de esta inevitable circunstancia, se deriva el segundo elemento que explica la indeterminación: la relativa indeterminación de los propósitos perseguidos por dicha autoridad con la sanción de una regla. Según Hart, cuando se promulga una ley, los legisladores tienen en mente ciertos ejemplos claros que pretenden regular y que sin duda caen dentro de su ámbito de aplicación. Para estos casos claros o paradigmáticos el propósito perseguido al legislar está claramente determinado. Se ha resuelto inicialmente la cuestión habiendo hecho una cierta elección. Pero resulta humanamente imposible prever con reglas generales y abstractas todas y cada una de las combinaciones que de hecho pueden generarse. Como se dice comúnmente, la realidad siempre es más rica y más compleja que la imaginación. Cuando ocurre un hecho que no queda contemplado por la regla en su sentido más obvio, y por extensión, tampoco claramente considerado por la autoridad que la sancionó, cabe concluir que para ese caso el propósito perseguido con la regla se vuelve indeterminado en su intención, y los hechos virtualmente comprendidos en la regla se vuelven indeterminados en su extensión, abriendo el juego a la ponderación de otras razones diferentes que compiten en la resolución de caso oscuro.

¹⁵ Hart, H.L.A., cit. pp. 161 y 162.

¹⁶ Ídem, p. 158.

Hart no ve en esta condición de la «*textura abierta*» del derecho un defecto del sistema, sino una característica propia de lo humano. Sostiene el autor británico que la única forma viable de conformar el derecho de los humanos como una herramienta para la convivencia social es establecer un cúmulo de situaciones claramente reguladas y casos resueltos de antemano por el legislador que otorguen certeza y seguridad a las personas, al mismo tiempo que queden reservadas a la prudencia de magistrados profesionales la regulación de una gama de posibilidades que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas cuando se presentan en un caso concreto y que la reglas abstractas no pueden solucionar por sí solas. Dice textualmente al respecto: «*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 u compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que (...) no exigen una nueva valoración de caso a caso.*»¹⁷

Hart se opone abiertamente a la concepción escéptica del realismo jurídico -vista sintéticamente en el apartado anterior-, que sostiene que el derecho está formado exclusivamente por las decisiones de los tribunales. Recordemos que en la visión realista, las reglas generales de un sistema jurídico sólo constituyen uno de entre otros varios factores causales de índole psicológica o social, que explican cómo de hecho se comportan los jueces y que permiten al mismo tiempo, predecir cómo se comporta que se comporten en el futuro ante casos semejantes a los que ya resolvieron. Según los realistas estas predicciones motivan a su vez ciertas regularidades en las conductas sociales como forma de evitar las consecuencias desagradables del derecho. A esta visión conductista, especulativa y desligada de un sentimiento genuino de obediencia a al ordenamiento jurídico, Hart la asimila a la perspectiva de un «*punto de vista externo*» del derecho propio de un observador ajeno a la práctica jurídica. En contraposición a esta forma de concebir al derecho, el autor defiende la importancia de las reglas generales del sistema normativo como fenómenos jurídicos en sí mismos, y para ello presenta lo que por oposición al punto de vista externo, denomina «*punto de vista interno*», esto es, la perspectiva de los participantes comprometidos con la práctica jurídica de un Estado, que según su propias palabras, viven las reglas «...no simplemente como hábitos o fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que son aceptados. Esto es, no sólo hacen con tolerable regularidad lo que el derecho les exige, sino que en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él para criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás.»¹⁸

La tesis de la interpretación jurídica de Hart implica reconocer que el derecho es un sistema de reglas jurídicas parcialmente determinado. Para la concepción de la indeterminación parcial, en los casos claros regulados por las reglas no existiría indeterminación. Ante estas situaciones los tribunales dispondrían de una respuesta jurídica correcta, más allá de que pudieran equivocarse a la hora de identificarla. Las convenciones lingüísticas «*resultarían lo suficientemente sólidas para no arrojar dudas al respecto.*»¹⁹ Sin embargo,

¹⁷ Hart H.L.A., cit., p. 168.

¹⁸ Ídem, cit., p. 171.

¹⁹ Ornesu, cit., p. 53.

también pueden darse casos dudosos o difíciles, respecto de los cuales la convenciones lingüísticas se muestran deficitarias a la hora de ofrecer certezas, haciendo que el derecho -entendido como un sistema de reglas generales- padezca de indeterminación. En este tipo de situaciones los jueces tendrán discrecionalidad para crear la solución jurídica aplicable al caso concreto, siendo una solución de la que no podrá predicarse su corrección en orden al sistema de reglas. En resumen, para la concepción de la indeterminación parcial a en la que se ubica Hart, el orden jurídico presenta insuficiencias para resolver todo el universo de casos posibles, y no es por tanto un sistema normativo pleno (sin lagunas) ni tampoco del todo consistente (libre de antinomias).

IV. La tesis de Kennedy

En relación al tema que no ocupa, el trabajo de Kennedy parte de una dura crítica en contra de las teorías constructivistas del derecho, cuyo ejemplo contemporáneo más saliente al decir del mismo Kennedy, es la teoría del derecho como integridad de Ronald Dworkin. El esfuerzo de Kennedy en esta área se ha dirigido a mostrar las inconsistencias y la falta de adecuación práctica de dos postulados centrales de las teorías constructivistas, a saber: la coherencia del derecho y la neutralidad judicial, ideales estos que constituyen a la vez, las bases fundamentales del paradigma jurídico del liberalismo burgués. Su franca oposición a esta forma de entender y justificar el derecho motivado lo ha llevado a autodenominarse como un teórico «*de izquierda*».

Sobre la idea de «*neutralidad judicial*», Kennedy ha denunciado que la imagen social que se ha construido de un juez neutral, aséptico a toda influencia ideológica, termina siendo funcional a la conservación y fortalecimiento del «*status quo*» que reproduce y refuerza las desigualdades sociales.²⁰ La siguiente cita resulta muy gráfica para mostrar el pensamiento del autor en relación a este punto. Dice así: «*El discurso que usan los jueces, las autoridades institucionales y los teóricos políticos para la legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión, b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen de manera consciente, semiconsciente o inconsciente proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social. Estos dos rasgos del discurso están fuertemente entrelazados. La negación de la indeterminación del derecho y del carácter ideológico de la adjudicación judicial constituyen elementos retóricos para generar un manto de legitimidad y necesidad de las reglas y prácticas establecidas, favoreciendo los intereses de grupos que cuentan con mayor información sobre normas y con mayor poder económico para poder defender sus intereses.*»²¹

²⁰ Cfe. César Rodríguez, en Rodríguez César, «Una crítica contra los dogmas de la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces», en Kennedy Duncan, «Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica», Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, pp. 53 y 54. Las referencias al pensamiento de Kennedy que se toman del citado texto, se realizan a partir de los comentarios de César Rodríguez.

²¹ Ídem, cita a Kennedy, p. 57.

Contra la idea de coherencia o integridad del derecho, Kennedy sostiene que al interior del orden jurídico conviven dos visiones éticas, políticas y económicas radicalmente opuestas, por un lado una visión individualista que privilegia el valor de la autonomía de la voluntad privada, la salvaguarda de una esfera de total libertad para cada individuo ejercida sobre los bienes que son de su propiedad, y la necesidad de establecer reglas precisas sobre los intercambios entre los individuos; y en el extremo opuesto, una visión altruista que enfatiza el valor de la solidaridad en las relaciones sociales y que concibe al derecho como instrumento de cohesión social con la función de establecer deberes recíprocos entre individuos en aras de promover la consecución de fines compartidos. Estas visiones antagónicas alternan en las instituciones, reglas y principios que conforman el orden jurídico de un Estado, dando lugar a un cúmulo de soluciones que en su globalidad no se adecuan totalmente a ninguna de las ideologías en pugna. El derecho no tiene ningún núcleo, ningún principio moral conciliador subyacente en las reglas jurídicas, que sea capaz de sintetizar las dos visiones en conflicto, que salve sus contradicciones. Por eso, explica el autor, las teorías constructivistas como la de Dworkin, fracasan cuando intentan encontrar un único fundamento que explique y de coherencia a todo el derecho.²²

El tema de la interpretación jurídica es abordado por Kennedy, desde la experiencia personal del intérprete con miras a justificar una determinada solución para un caso concreto. Puede decirse que en Kennedy, el proceso de adjudicación es objeto de un análisis hermenéutico en el sentido gadameriano. Comienza por situarse en la perspectiva subjetiva del juez que es llamado a resolver una contienda jurídica, para luego elevarse a la consideración de cómo opera la ideología judicial, tanto la determinación jurídica de cada caso particular, como en el cambio y en la estabilidad del derecho.

Desde esta mirada alternativa a las teorías tradicionales, y fiel a sus ideas, Kennedy postula que en las contiendas jurídicas, la interpretación que se hace del derecho en atención a los hechos del caso, es emprendida de forma estratégica. Asume que en el interior de la práctica jurídica, lo que sería el punto de vista interno hartiano, el trabajo interpretativo no es neutral, sino que está motivado -o al menos influenciado- por intereses y propósitos subjetivos del intérprete. En el caso de los abogados litigantes, su motivación es material ya que tienen como objetivo maximizar los intereses de sus clientes. También los jueces pueden estar movidos por intereses materiales tales como el de lograr prestigio profesional u obtener ascensos en la carrera judicial, pero a menudo dice el autor, sólo son conscientes de intereses ideales. Así pues, los jueces consideran que su actividad profesional tiene que ver con «la justicia» entendida esta como no idéntica a la aplicación del derecho. Según Kennedy, los jueces no pueden trabajar exentos de toda ideología²³ y por más que lo nieguen, inevitablemente tienen que enfrentarse con el hecho de que tanto ellos como su auditorio, son conscientes de que diferentes decisiones responden, en muchos casos en los que hay mucho en juego, a diferentes ideologías.

²² Ídem, p. 61.

²³ Citando a Habermas, Kennedy establece que una ideología es «un proyecto de universalización, es decir, la aserción de una concepción controversial de justicia, que algunos alegan que es una mera racionalización de intereses partidarios, pero que sus adeptos defienden como provechosa para el interés general-allegando a la vez que los intereses que defienden sus oponentes son meramente parciales». (En Kennedy Duncan, «Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica», Buenos Aires, Siglo XXI Editores, p. 95).

La ideología permea los fundamentos jurídicos de la sentencia mediante el recurso a no argumentos deductivos que se salen del esquema de la aplicación silogística de normas positivas, apelando a la conveniencia pública de un cierto resultado, a principios generales (jurídicos, éticos o políticos) y a los derechos individuales. Para mostrar la influencia ideológica en las decisiones de los jueces, el autor propone someter la decisión judicial -con sus consideraciones y fundamentos ofrecidos en el texto del fallo- a una interpretación crítica alternativa que de cuenta de los intereses ideológicos que influyeron en el juez en la toma de la decisión. Si la lectura crítica resulta más plausible que la versión oficial, el carácter ideológico de éste queda «demostrado» en un sentido interpretativo, ya que no se trata de una cuestión de evidencia directa de lo que el juez estaba pensando, sino de la plausibilidad de una lectura reflexiva.²⁴

Situado en esta perspectiva hermenéutica, Kennedy conceptualiza a la interpretación jurídica como el trabajo estratégico aplicado a transformar una «aprehensión inicial» de lo que los «materiales jurídicos» exigen para un caso particular, realizado por un actor que persigue un propósito o una visión de los que esos materiales deberían exigir según sus preferencias o intereses. La interpretación es vista como un proceso reflexivo que se desarrolla en el tiempo. Su primer momento está dado por lo que el autor denomina como la «aprehensión inicial» de los hechos del caso en su totalidad como una situación regida por una norma. En otras palabras, sería algo así como la primera impresión jurídica del caso; el encuadre inicial de los hechos dentro del campo de aplicación de ciertas normas, realizado de forma más o menos intuitiva, donde parecería haber alguna norma que se aplicaría «por sí misma» sin ninguna intervención del intérprete. En términos hartianos, el fenómeno de la «aprehensión inicial» podría ser definido como la calificación primaria de los hechos en función del significado más obvio de las reglas jurídicas de acuerdo a las convenciones lingüísticas de la comunidad en la que rige.²⁵

Cuando las consecuencias normativas que arroja la «aprehensión inicial» están en contradicción con los intereses o las preferencias ideológicas del intérprete, es posible que este se vea compelido a emprender un trabajo intelectual de interpretación y de argumentación jurídicas con el objetivo de desestabilizar ese encuadre jurídico primario del caso, construyendo reflexivamente una interpretación alternativa de los «materiales jurídicos» que se corresponda con sus intereses o preferencias extrajurídicos. Vale aclarar que Kennedy usa la expresión de «materiales jurídicos» para referir no sólo a las reglas sancionadas por las instituciones oficiales, sino también a todo otro tópico que sirva argumentativamente para justificar la solución a la que pretende arribarse en nombre del derecho, lo que incluye las definiciones del diccionario y también las del diccionario jurídico, los aportes de la doctrina, la jurisprudencia, los antecedentes legislativos; re- lativizando de este modo a la tradicional noción de fuentes formales del derecho. Dice el autor, que lo cuenta en definitiva es «qué elementos son buscados y desplegados de hecho en el trabajo de argumentación y justificación».²⁶

En el desarrollo de este trabajo de desestabilización el intérprete puede asumir tres tipos de comportamientos estratégicos: 1) presentar argumentos jurídicos que produz-

²⁴ Rodríguez César, cit. pp. 69 y 70.

²⁵ Kennedy, Duncan, cit. pp. 90 y 91.

²⁶ Kennedy, Duncan, cit. p. 92.

can el elemento necesidad jurídica para un resultado diferente del resultado que en un principio aparecía como obviamente exigido, como por ejemplo, hacer que aparezca que necesariamente hay una excepción a la regla aplicable al caso (en términos de Hart, se intenta mover el caso de un núcleo de certeza a otro núcleo de certeza de la misma u otra regla); 2) intentar aparentar que lo que en un primer momento daba lugar a la discrecionalidad judicial, se subsume necesariamente dentro de una determinada regla sin posibilidad de otra alternativa (se intenta mover el caso de un zona de penumbra a un núcleo de certeza); 3) procurar desplazar un resultado exigido en principio de manera obvia, por la precepción de que existe discrecionalidad para elegir entre alternativas jurídicas plausibles (el caso se mueve del núcleo de certeza a la zona de penumbra). Pero en el trabajo estratégico no hay nada que garantice el éxito del intérprete. La posibilidad de cambiar una determinación o una indeterminación inicial obvia es una función del tiempo, la estrategia y la habilidad del intérprete, y lo que él llama «*atributos intrínsecos*» de la norma que se quieren cambiar. Cuánto incide cada uno de estos factores en el éxito o en el fracaso de la acción estratégica es algo que no se puede determinar nos dice el autor.²⁷

Siendo coherente con su enfoque, Kennedy se evade del clásico eje en el que discurre la controversia teórica sobre la determinación o indeterminación del derecho, presentando un particular enfoque realista. El autor explica que la solución jurídica de cualquier caso, sólo puede determinarse «*ex post facto*», luego que se dicta en el enunciado normativo singular que lo resuelve con efecto de cosa juzgada. Puede decirse que la determinación inicial de la solución jurídica dada por las convenciones lingüísticas («*aprehensión inicial*») es sometida a prueba en cada contienda. Desde la óptica subjetiva del intérprete desde la que Kennedy aborda el tema, el predominio de esa determinación «*a priori*» del derecho para el caso que ha de resolverse, puede hacerse efectiva por dos vías diferentes: a) porque el juez no hace ningún trabajo jurídico desestabilizador de la determinación inicial, ya sea por simple pereza o por compartir la ideología subyacente en el resultado de esa determinación inicial; b) porque después de trabajar jurídicamente hasta agotar el tiempo y recursos disponibles, el juez se descubre incapaz de cambiar la determinación inicial. No logra encontrar buenos argumentos a favor de un resultado alternativo acorde a su sentimiento personal de justicia. Las predicciones jurídicas que se hagan para casos futuros, sobre la base de estas dos variables, sólo son capaces de establecer una determinación «*aparente*» del derecho.²⁸

De las ideas de Kennedy expuestas, pueden extraerse sintéticamente las siguientes proposiciones, cada una de las cuales parece derivarse lógicamente de la anterior, a saber: 1) los materiales jurídicos –léase el sistema de normas: las reglas jurídicas y sus posibles interpretaciones según las convenciones lingüísticas vigentes– no determinan «*por sí solos*» los resultados de casos particulares; 2) dicha determinación depende de la interacción de los factores vistos (los atributos de la norma, la actitud que asuma el intérprete y su habilidad estratégica, y el tiempo); 3) el significado normativo de los materiales jurídicos producto de la convenciones lingüísticas, aún el sentido más claro de un formulación (caso fácil de Hart), es potencialmente modificable como consecuen-

²⁷ Ídem, pp. 91-92.²⁸ Kennedy, Duncan, cit., p. 100.

cia de la acción estratégica del intérprete en vistas a los hechos del caso que tiene que resolver, aunque en muchos ocasiones eso no sea más que una mera posibilidad; 4) en todo caso existe la posibilidad de que el juez pueda abrirse un margen para crear derecho: alumbrar una solución jurídica inédita que no se desprenda de las convenciones lingüísticas vigentes aplicables a la reglas jurídicas del sistema.

La tesis de Kennedy es sin dudas novedosa y provocadora, y no parece encuadrar fácilmente en ninguna de las tipologías vistas sobre las concepciones de la interpretación. Sin embargo, creo que es posible hacer una lectura de dicha tesis que la acerca a la concepción intermedia de la indeterminación parcial del derecho semejante a la de Hart, sin que por eso tenga que perderse la veta crítica del autor norteamericano. La contrapartida de esta aproximación es que entiendo posible conjugar algunas ideas centrales de la concepción de Hart –expuestas en este artículo– con ciertos postulados de Kennedy que en general, son compartidos por las corrientes críticas del derecho. Estas conexiones y algunas de sus posibles derivaciones teóricas serán tratadas en el apartado que sigue.

V. Comentarios finales. Conclusiones

Sobre la determinación parcial del derecho

Kennedy critica a Hart en que no provee una explicación satisfactoria de su famosa clasificación entre casos fáciles y casos difíciles.²⁹ El déficit de Hart habría sido el de descuidar el rol que juega el intérprete en la determinación del derecho, ya que los hechos de un caso no se ubican «*por sí solos*», de forma automática, o bien en el núcleo de certeza o bien en la zona de penumbra de las reglas jurídicas como habría de sugerir el autor británico. Kennedy agrega y enfatiza la mediación del trabajo jurídico del intérprete como parte sustancial de dicha clasificación. De ahí que afirme que la determinación o indeterminación de los materiales jurídicos antes del momento de la interpretación con miras a un caso, es incognoscible en su esencia, como la «*cosa en sí*» para Kant.³⁰

Independientemente de que Hart se merezca o no la crítica que viene de exponerse, entiendo que la consideración del acto hermenéutico del intérprete enfatizado por Kennedy se hace imprescindible para explicar satisfactoriamente la noción de determinación o indeterminación parcial del derecho (según se vea el vaso en su parte llena o en su parte vacía) pero sin tener que salirse por ello del esquema hartiano.

En la mayoría de los litigios judiciales, las disputas versan sobre la interpretación de los hechos del caso según lo que cada quien considera probado. El problema se centra más que nada en definir si la situación particular constituye o no un ejemplo de la clasificación general de una o de otra regla, pero sin que esté en disputa el alcance mismo de las formulaciones generales. En otras ocasiones la discusión puede versar sobre la fijación de alguna zona gris de la regla invocada como fundamento de la solución, pero en ninguno de estos casos se cuestionan los núcleos de certeza de las reglas. Cada litigante se esforzará en construir una narración de los hechos que encuadre en la solución jurídica más favorable a sus intereses, en tanto que el juez deberá construir la suya propia para dictar la sentencia, tomando lo que considere correcto de cada una de las versiones

²⁹ Ídem, p. 87.³⁰ Ídem, p. 100.

de las partes. En esta reconstrucción hermenéutica de los hechos del caso el juez tiene un margen más o menos amplio para influenciar ideológicamente en el resultado de la solución, dependiendo de las contingencias que se presenten.

Pero de acuerdo con Kennedy, el intérprete, y particularmente el juez, no siempre vive el núcleo de certeza de la regla como una necesidad jurídica incuestionable. En algunas (excepcionales) ocasiones, el trabajo jurídico del juez se encamina a desestabilizar la «*aprehensión inicial*» de un caso que parece fácil, pero no por la vía de manipular la narración de los hechos particulares con el propósito de «*sacarlos*» de la zona de certidumbre de la regla, sino por la vía de alterar la composición de lo que era hasta ese momento el «*núcleo de certeza*». Siguiendo la línea de Kennedy, cabe decir que esto puede hacerse a impulso del ingenio estratégico del juez o por la recepción de doctrinas novedosas más cercanas a sus criterios personales de justicia. Mas no debe perderse de vista que la sutileza de un habilidoso estratega no es un requisito necesario para la posibilidad de cambio del núcleo de certeza de una regla. A veces sólo basta la autoridad institucional que emana de la sentencia de un tribunal último del sistema, por más grotesca que parezca, para que se produzca una inusitada fractura las convenciones vigentes hasta entonces y se modifique con ello el núcleo de certeza de una regla, ampliándolo o reduciéndolo. No obstante, en cualquiera de estas vías, sutiles o no, el margen para el cambio interpretativo en el marco de certeza de la regla es excepcional, lo que lo hace un espacio de significación duro, pero no rígido, ya que como se dijo, puede resultar permeable a la acción desestabilizadora del intérprete. Según este modo de entender las cosas, la tarea creativa de la decisión judicial no se reduce a rellenar las zonas de penumbras; también tiene potencialidad para mover estratégicamente las zonas de «*certidumbre*» de las reglas a lugares acordes a la ideología del juez.³¹

No puedo dejar de mencionar otra forma de cambio menos radical, y más común que las anteriores. Esta otra manera se da en los hechos cuando se expande el núcleo duro de una regla a situaciones que no estaban abarcadas en un principio, como producto del ascenso y la consolidación de algún criterio jurisprudencial que nacido al abrigo de la zona de penumbra de la regla como una discreción, va gradualmente ganando adhesiones en la comunidad hasta terminar convirtiéndose en una fórmula unánimemente aceptada para la resolución de un tipo de casos que otrora fueran dudosos. Aquí no se presenta una acción estratégica singular que produzca un quiebre abrupto en convención interpretativa.

La posibilidad de desestabilizar núcleos de certeza de las reglas, a mi entender, no implica que deba abandonarse la dicotomía «*certeza-penumbra*» basada en una concepción de determinación parcial del derecho semejante a la de Hart. Coincido con Hart en que las reglas jurídicas tienen a priori, un núcleo de certeza dado por convenciones lingüísticas, y que supone: un universo de casos claramente comprendidos en su campo de aplicación y otro universo de situaciones notoriamente fuera de su alcance; y que ese mínimo de seguridad jurídica es lo que hace viable al derecho como instrumento de control social, pues brinda la confianza y certidumbre indispensables para la convivencia por más politizado que pueda estar todo esto. Esta característica del derecho es la que explica que la gran mayoría de las relaciones humanas (familiares, comerciales,

³¹ Kennedy, Duncan, cit., pp. 92 y 98.

laborales, tributarias, etc.) transcurran por fuera de la lógica de la contienda jurídica. La función social del derecho más general, basada en un marco de certezas jurídicas, no puede verse opacada por el deslumbramiento de ingeniosas o complejas soluciones en áreas controversiales del orden jurídico, por más que ofrezcan una importante guía de conducta en las zonas grises y no tan grises. Se me podrá observar que cuando el marco de certidumbres de las reglas responden a convenciones interpretativas más complejas y por eso más alejadas del uso del lenguaje natural (tecnicismos jurídicos y tecnicismos de otra índole: financieros, tributarios, médicos, etc.; formas de argumentación específicas, razones políticas de la ideología jurídica, etc.) se produce una falla en el derecho como forma de comunicación social con consecuencias perjudiciales para los grupos que tienen menos posibilidades de acceder a un adecuado asesoramiento profesional en los múltiples y variados vericuetos jurídicos. Sin embargo, esta característica deficiendaria del derecho por cierto, considero que no es suficiente para invalidar su típica función de control social gracias al uso de términos generales y abstractos en la formulación de las reglas jurídicas presentada claramente por Hart.

La existencia de una especie de determinación del derecho antes del acto interpretativo, es a mi juicio, reconocido por el mismo Kennedy cuando dice que los materiales jurídicos sobre los que trabaja el intérprete restringen las posibilidades estratégicas de intentar hacer que tales materiales signifiquen una cosa u otra.³² Existe una tensión entre lo que el derecho parece indicar a primera vista y el resultado alternativo al que el intérprete pretende llegar con su labor creativa y estratégica.³³ De ahí proviene la idea de libertad (para crear estratégicamente el derecho) y restricción (de los materiales jurídicos) de la decisión judicial como se titula el trabajo comentado por César Rodríguez. Esta postura aleja a Kennedy de una concepción escéptica radical a favor de la existencia de una libertad judicial irrestricta.³⁴

Entiendo que es posible conciliar la idea de que existen certezas parciales de las reglas jurídicas por un lado, con la otra idea aparentemente opuesta, de que tales certezas admiten ser desestabilizadas, si se asume una noción de determinación parcial del derecho en un «*sentido débil*», de la cual sólo se pueda dar cuenta mediante un análisis diacrónico y complejo del significado de las reglas. Una concepción débil de la noción de determinación parcial del derecho supondría aceptar las siguientes ideas:

1. El significado de las reglas es producto de convenciones lingüísticas que atienden las tres dimensiones del lenguaje: sintáctica, semántica y pragmática. El elemento pragmático se pone de relieve en lo que Hart denominaba como los propósitos perseguidos en la regla, puesto que atiende a los efectos y consecuencias que se derivan de su aplicación, lo que hace que la convención lingüística sea a la vez una convención política o ideológica.
2. La convención constituye a la vez una práctica social interpretativa en tanto está construida por variados discursos sociales con mayor o menor incidencia en la conformación del significado de las reglas, a saber: el texto normativo sancionado, las definiciones del lenguaje natural más o menos precisas, las construcciones dog-

³² Kennedy, Duncan, cit., p. 93.

³³ Rodríguez, César, cit., p. 81.

³⁴ Ídem, p. 80.

máticas de la doctrina, la jurisprudencia, pero también otros discursos que escapan del dominio de los operadores jurídicos: lo que publica la prensa, la opinión de profesionales y técnicos de otras disciplinas, los reclamos de organizaciones sociales, la opinión pública, las influencias de los centros de poder económico, etc. Esta compleja trama de significaciones ha sido puesta de manifiesto por las corrientes críticas del derecho. Uno de los referentes de la teoría crítica argentina, Carlos María Cárcova, destaca que el derecho es una práctica social de naturaleza discursiva «...en cuanto se materializa como proceso social de producción de sentido». Según el citado autor argentino pueden distinguirse tres niveles en la estructura del discurso jurídico. El primero constituido por las normas, el segundo por las interpretaciones técnicas acerca de las normas, estas son las que realizan los operadores del derecho, paradigmáticamente los jueces, pero también los abogados, los doctrinarios y otros de menor incidencia. El tercer nivel es el de los subditos en el que, dice textualmente: «...se condensan con mayor eficacia, los elementos imaginarios, los juegos ficcionales y los mitos operativos del derecho». Estos niveles son «instancias de producción de sentidos que se interceptan y reconstituyen, condensándose circunstancialmente en una decisión judicial, en una ley sancionada, en un contrato o en cualquier otro producto jurídico, para transformarse en una nueva fuente de sentido».

3. Los significados normativos son productos históricos. Se gestan, se desarrollan, permanecen y se modifican con el devenir del tiempo y de las distintas épocas. Los núcleos duros de aplicación de las reglas (universo de casos claramente comprendidos) y su relación con las zonas de penumbra y con el entorno que queda fuera su alcance, es un fenómeno dinámico y evolutivo, porque las convenciones lingüísticas, interpretativas, que le dan sustento, también son dinámicas y evolucionan. Este es el sentido débil de determinación (parcial) del derecho al que hacía referencia, pues implica asumir que lo que se tenía por determinado en algún determinado momento admite ser cambiando en algún otro momento posterior. La determinación entendida de esta manera es equiparable a la noción de estabilidad en la interpretación en un cierto período de tiempo, o más brevemente, puede decirse que la determinación también es una función del tiempo.

La posibilidad de introducir cambios o rupturas en las convenciones dominantes no es otra cosa que el germen de un tipo de evolución del derecho: el de la evolución hermenéutica, por oposición a la evolución legislativa. Así por ejemplo, han cambiado los núcleos de certeza de varias disposiciones de nuestro viejo Código Civil, como es el caso del artículo 1319 que consagra la obligación de reparar el daño en materia de responsabilidad civil extracontractual. Desde que entró en vigencia el Código Civil en 1868 hasta la década de 1930, cuando nuestra jurisprudencia consagró la procedencia del daño moral por causa de responsabilidad extracontractual, la noción de daño susceptible de ser reparado económicamente –contenida en el núcleo de certeza– del artículo 1319, sólo incluía el daño material padecido por la víctima, pero no el daño moral.³⁵ Puede decirse entonces que a partir de la innovación introducida por la jurisprudencia

³⁵ Este dato se desprende de un cita de pie de página de Jorge Gamarra, en comentario a una sentencia del juez Armand Hugón, en Gamarra Jorge. «*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*», T.XXV, V. 7, FCU, Montevideo 1994, p. 18.

se gestó al mismo tiempo un cambio en la convención interpretativa al punto que hoy en día es inimaginable que algún juez llegue a argumentar que el daño moral no está recogido jurídicamente en el mentado artículo 1319. Entonces cabe preguntarse, ¿estaba «equivocada» la definición del núcleo de certeza de la regla durante el período en el que no había sido acogido el daño moral como un rubro reparable? Considero que desde una concepción de la determinación parcial del derecho en sentido débil puede ensayarse una respuesta como la que sigue. En el período primigenio del Código Civil, la convención lingüística interpretativa sobre la que reposaba significado denotativo de la disposición del artículo 1319 dejaba afuera el daño moral. Con el cambio de jurisprudencia, el núcleo de certeza de la norma se vio desestabilizado, al ampliar su extensión a un nuevo universo de casos. Ello provocó en consecuencia una ruptura en las convenciones que servían de sustento a la regla y un cambio evolutivo del derecho en términos hermenéuticos. Desde una concepción de este tipo sólo se podrá estar en condiciones de manejar una idea de corrección jurídica en la interpretación, si y sólo si se consideran todas limitaciones y aclaraciones expuestas.

Determinación (parcial) no es equivalente a neutralidad

Que se diga que el derecho es parcialmente determinado no significa que sea un fenómeno neutral en términos ideológicos. Todo lo contrario. Para dar cuenta del carácter no neutral del derecho me voy a valer de los valiosos aportes de la crítica jurídica,³⁶ y en particular del trabajo de Cárcova. En su análisis de la relación derecho e ideología, Cárcova califica al derecho como una compleja operación social «...impregnada de politicidad, de valoraciones y de intereses en conflicto y adquiere discrecionalidad en relación con las formas en que se encuentre efectivamente distribuido el poder en la sociedad». En una línea similar a la de Kennedy, Cárcova, expresa (textualmente) que el derecho es un discurso ideológico «... en la medida que produce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los otros hombres. Los estatuye como sujetos libres e iguales ocultando el código de sus diferencias efectivas; declara a las normas conocidas por todos, esca-motando la realidad de un monopolio del saber jurídico y un efecto de desconocimiento generado por el propio derecho. Es decir, es ideológico en la medida que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de producir los mecanismos de hegemonía social. Este ocultamiento es a la vez productor de consenso. El derecho ordena pero corrompe; impone pero persuade; amenaza pero disciplina. Cuando condena la ilicitud, a la vez sacraliza la ilicitud que establece». ³⁷ En cita a Raz, el autor perteneciente a la corriente crítica argentina menciona que una de las funciones sociales del ordenamiento jurídico es la de redistribuir bienes comunes, lo que ocurre por ejemplo, con una disposición jurídica que prescribe la forma obligatoria de distribuir los bienes de personas fallecidas, o una disposición que crea nuevas cargas económicas empresariales para atender la seguridad de los trabajadores, o con una disposición que crea o restaura un tributo al consumo. Comenta al respecto que todo proceso de redistribución de bienes es en sí mismo un

³⁶ Puede verse un reseña de las corrientes críticas del derecho y su estado actual en: Meliante Luis, «La crítica Latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional», en Revista de la Facultad de Derecho, N° 36, FCU, Montevideo, 2014, pp. 153-183.

³⁷ Cárcova, Carlos María, cit. p. 137.

reflejo de ciertas situaciones de poder. Siempre tiene un fundamento político. La solución cristalizada en el texto de una disposición jurídica es triunfo de alguna ideología, o en su defecto, el resultado de concesiones entre dos ideologías encontradas con criterios reivindicativos distintos.³⁸ Desde esta mirada politizada del fenómeno jurídico, Cárcova destaca el carácter paradójico del derecho pues cumple dice «...un rol formalizador y productor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol de remoción y transformación de tales relaciones. Cumple a la vez, una función conservadora y reformadora (...) El papel del derecho depende de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y de reconstrucción de intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política».^{39,40}

También desde una perspectiva crítica, el carácter discursivo, politizado y no neutral del derecho ha sido destacado en nuestro medio por el Prof. Luis Meliante. En un trabajo de su autoría sobre la decisión judicial ha dicho: «Se ha opinado públicamente, acerca de decisiones de un Poder del Estado uruguayo como lo es el Poder Judicial, que se creyó desde siempre que operaba al margen de lo político, cuando en realidad, en decisiones trascendentes, esto es, aquellas que inciden ad extra fuera del ámbito de los conflictivos intersubjetivos de intereses, es claro que las mismas tienen inherentemente una relevancia jurídico-socio-política, por lo que dicha apolititud, no es tal. Todo el proceso decisorio jurisdiccional, como proceso intelectual y cultural que es, en cualquiera de los campos teóricos que vienen de analizarse, se realiza en un contexto en donde operan o inciden diversos aspectos: referencias legales, referencias culturales, cuestiones sociales, políticas, ideológicas, que particularmente ni el J.H.R. a-t, ni la Tópica de Viehweg, consideran explícitamente y que nunca podrían ser cabalmente comprendidas si no estuvieran referidos a un marco de lingüisticidad, en donde se desarrolla el complejo entramado discursivo que proviene de todos los protagonistas e involucrados en el caso, y aún desde fuera del mismo, y en donde incluso, los momentos de silencio tienen especial significación». «Creo que necesariamente el momento de adjudicación, es donde se revela con intensidad incuestionable, entre otras cosas, el carácter ideológico y político que conlleva también la pragmática judicial. La perspectiva crítica que vengo esbozando, académicamente minoritaria en Uruguay, sostiene radicalmente la no neutralidad de la adjudicación judicial, y con ello la puesta en tela de juicio de la objetividad absoluta del Derecho y además, su coherencia lógica estable».⁴¹

Para explicar cómo se relaciona la noción de la indeterminación parcial del derecho con su carácter no neutral viene a bien acudir nuevamente al esquema conceptual de Hart. Con lo que se ha dicho hasta ahora, puede sostenerse que en casos familiares comprendidos en el núcleo (original) de certeza de la regla, aparece claramente reflejado el propósito perseguido por la autoridad que la sancionó. Para este universo de casos la decisión política sobre cómo estructurar determinadas relaciones sociales es tomada discrecionalmente por el poder institucional que emite la disposición normativa (Par-

³⁸ Ídem, p. 138.

³⁹ Ídem, pp. 139-140.

⁴⁰ En un sentido similar: Entelman, Ricardo, «Discurso normativo y organización del poder», en «Materias para una teoría crítica del derecho», Mari, Enrique, Cárcova, Carlos María, y otros, LexisNexis, Buenos Aires, 2 ed. 2006, pp. 209-220; Kennedy, Duncan, «¿Son los abogados realmente necesarios? Entrucista a Duncan Kennedy» en «Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho», Curtis, Christian (comp.), Eudeba, Buenos Aires, 2 ed. 2009, p. 582.

⁴¹ Meliante, Luis, «Ideas para una visión crítica sobre la decisión judicial», en Revista Crítica de Derecho Privado N° 13, La Ley, Buenos Aires, 2013 pp. 17-38.

lamento, Poder Ejecutivo, Gobierno Municipal, etc.). Dicha decisión responderá o bien al predominio de una ideología, o bien al juego de la negociación y transacción entre actores políticos de concepciones ideológicas diferentes. Esto tiene por consecuencia que cuando a un juez se le presente una situación particular que encuadra fácilmente en núcleo de certeza de la regla, no le quedará espacio para incidir ideológicamente en la solución del caso, salvo por la posibilidad de presentar estratégicamente los hechos de manera tal que califiquen en otra regla con una solución diferente, o por el éxito de una interpretación alternativa de la regla que sea capaz de desestabilizar su núcleo de certeza. Esta última posibilidad es muy poco probable que suceda en disposiciones recientemente sancionadas. Como principio general, puede afirmarse que los casos claros son susceptibles de juicios de corrección en términos lingüísticos, pero también en términos políticos. En esta última dimensión, el juez se habrá equivocado si resolvió la situación planteada con un criterio personal de conveniencia social en contravención del criterio adoptado por el poder político a través de la formulación normativa.

Pero se vio también que los núcleos de certeza puede modificarse –en general ampliarse– lo que implica una ruptura en las convenciones que los sostienen. Cada vez que esto suceda la regla servirá también como un instrumento de realización política de las preferencias del intérprete o de la comunidad hermenéutica a la que el intérprete pertenece, viéndose afectadas de este modo a las directivas del poder político emisor de la regla general, al verse resentidos o complementados los propósitos perseguidos con la sanción de la regla en cuestión.

Ante una situación que queda en la zona de penumbra de la regla porque no resulta claro si está o no comprendida de algún modo en la previsión genérica aplicable a los casos paradigmáticos, tampoco puede quedar claro si el poder político que la sancionó tenía realmente el propósito aplicar la consecuencia jurídica de la regla a ese caso más dudoso. La resolución de este tipo de casos se presta especialmente para la actividad estratégica de los operadores jurídicos, y se abre paso al juez para que en ejercicio de su discrecionalidad, imponga sus preferencias ideológicas en la solución que se arrije en nombre del derecho. El caso no será susceptible de ser evaluado en términos de corrección lingüística ni de corrección política con relación a lo resuelto de antemano por el poder político. Puede apreciarse que la ideología está presente en todas las instancias de generación del derecho y esto no afecta en nada a su propiedad de ser parcialmente determinado.

La ideología jurídica forma parte de la ideología de los jueces

Comparto la idea de que los jueces en tanto personas, están condicionados por una subjetividad que es inherente al ejercicio de su función profesional. Comprenden el fenómeno jurídico que les toca resolver (las normas y los hechos del caso) desde su historicidad de seres humanos, con sus prejuicios, sus prevenciones y sus preferencias, subjetivismos estos que terminan incidiendo de algún modo en la solución jurídica del caso. Asumo que los jueces son sujetos ideologizados. Pero postular estas ideas no debe hacernos incurrir en exageraciones. Los jueces no persiguen denodadamente desestabilizar la determinación parcial del derecho, aunque muchas de las soluciones políticas consagradas en el orden jurídico no sean acorde con sus preferencias extrajurídicas.

Por el contrario, están dispuestos a sacrificar sus ideales morales de justicia por un sentimiento de compromiso institucional con el orden jurídico y con el cuerpo orgánico al que pertenecen, siendo este compromiso en última instancia parte integrante de su ideología (ideología jurídica). Hart explica este compromiso a través del concepto del «punto de vista interno» del derecho, del que dimos cuenta sintéticamente en este trabajo.

Otra justificación similar puede encontrarse en la noción de «conciencia jurídica formal o institucional» brindada por Alf Ross. Ross define a la conciencia jurídica formal como un sentimiento vivo y desinteresado que experimenta la magistratura, de respeto y obediencia al derecho (a la ideología jurídica en vigor que siguen regularmente los tribunales). Oponer a la conciencia jurídica formal, la conciencia jurídica material compuesta por las ideas morales de justicia de cada persona, de cada funcionario que ejerce una función de adjudicación jurídica (el juez por antonomasia). Según explica Ross, el predominio de la conciencia jurídica formal en los tribunales es lo que hace posible edificar un orden jurídico eficaz. El derecho funciona a impulso del temor a la aplicación de la fuerza, pero también por la adhesión voluntaria, motivada en el respeto al orden jurídico dado, independientemente de que se esté o no de acuerdo los criterios normativos que consagra.⁴²

Desde su mirada crítica, Kennedy sostiene que los operadores del derecho adoptan posturas dogmáticas cuando realizan razonamientos que involucran núcleos duros de las normas fundamentales del sistema, como las que tienen que ver con los derechos reales, con los contratos, con la responsabilidad civil, etc. Especialmente en estas áreas centrales del sistema, los juristas actúan como si se tratara de razonamientos puramente jurídicos, como si también no fueran cuestiones políticas y económicas.^{43,44} Entiendo que ese dogmatismo jurídico que denuncia Kennedy, también explica en buena medida que no exista en la magistratura una predisposición a adoptar posturas críticas hacia las recetas políticas consagradas en las disposiciones jurídicas, en especial, con los criterios políticos legales que soportan la estructura básica del sistema. En suma, el dogmatismo y el compromiso institucional que en general acompañan al ejercicio de la judicatura, constituyen dos grandes factores de resistencia a los cambios o desestabilizaciones de los núcleos de certeza de las reglas jurídicas.

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y EL PAPEL DE LOS JURISTAS EN LA INVESTIGACIÓN: ASUNTOS ABIERTOS, OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS E IDEAS PARA LA FORMACIÓN

Daniella Repetto, Henry Trujillo y Ema Fariás¹

Recibido: octubre 2014

Aceptado: noviembre 2014

Sumario: Introducción. El papel de los juristas en la investigación empírica del Derecho. El impacto de la actividad judicial en la implementación de políticas públicas. Las condiciones institucionales y sociales de la independencia judicial. Las transformaciones del derecho en el contexto de la llamada nueva cuestión social y los nuevos movimientos sociales. La construcción del conocimiento científico en las ciencias sociales y particularmente en el derecho. a. El problema del conocimiento y los Observatorios epistemológicos en la construcción del Conocimiento Científico desde la perspectiva de Gastón Bachelard. b. La perspectiva de Mario Bunge en «La Ciencia, su método y la Filosofía» (1960) algunos conceptos relevantes. Los elementos epistemológicos vinculados a la investigación a incorporar en la formación de profesionales del Derecho. El lugar de las metodologías de la investigación en los planes de estudio. Bibliografía.

«El Derecho como ciencia social está sujeto a un proceso que se inicia con el nacimiento de las instituciones que regulan la conducta humana, que se perfeccionan mediante el análisis de la historia y la reflexión, y se extinguen o desaparecen, cuando se tornan inútiles o se juzgan manifiestamente injustas. Como ciencia del espíritu, el Derecho es un hecho cultural, en cuanto expresa la preocupación del individuo social, por mantener el precepto que garantiza la convivencia y dar origen a instituciones nuevas pero necesarias para el bien común».²

Resumen: El objetivo de esta presentación es señalar una ausencia importante para la comprensión de la dinámica del sistema judicial y del derecho en Uruguay: la ausencia de los expertos jurídicos en las actividades de investigación empírica. Salvo excepción, quienes se forman en derecho no practican investigación social. Habitualmente, cuando en derecho se habla de investigar se hace referencia al desarrollo de la dogmática, cuyo desarrollo es imprescindible para el funcionamiento del sistema. Sin embargo, este tipo de investigación es muy diferente de las investigaciones empíricas dentro del campo de las ciencias sociales, y es importante que al menos una parte de los esfuerzos de la actividad de la Facultad de Derecho, y especialmente de los juristas que trabajan en ella, esté destinada a esta.

⁴² Ross, Alf, «Sobre el Derecho y la Justicia», Eudeba, Buenos Aires, 2006, pp. 81-84.

⁴³ Kennedy, Duncan, «La educación como preparación para la jerrarquía», en Courts, cit. pp. 559-560.

⁴⁴ Kennedy, Duncan, «¿Son los abogados realmente necesarios? Entrevista a Duncan Kennedy», en Courts, cit. p. 582.

¹ Docentes e Investigadores del Instituto de Sociología Jurídica y de la Carrera en Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho/UdelaR.

² Lamprea Rodríguez, Pedro (1982) «Metodología Jurídica», Ed.: Librería del Profesional, Bogotá, Pág.