

gianella bardazano

literalidad y decisión

interpretación,
justificación
y estado de derecho



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY



El Comité de Referato de la Facultad de Derecho
estuvo integrado por
Edith Wieder (orden docente),
Mario Bianchi (orden de egresados) y
Mauricio Bentancor (orden estudiantil).

gianella bardazano

literalidad y decisión

interpretación,
justificación
y estado de derecho

La publicación de este libro fue realizada con el apoyo de la
Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República

“Let the jury consider their verdict”, the King said,
for about the twentieth time that day.
“No, no!” said the Queen. “Sentence first, verdict afterwards”

(Lewis Carroll; *Alice's Adventures in Wonderland*,
Ch. XII: Alice's Evidence)

“No es que nuestra opinión sea final porque seamos infalibles,
sino que somos infalibles porque la nuestra es la opinión final”

(*Brown v. Allen*, 344 US 443, 540-1953: voto del juez Jackson)

© Gianella Bardazano, 2008

ISBN: 978-9974-611-33-7

Diseño y diagramación: Nairí Aharonián

Carlos Alvarez-Editor

Tristán Narvaja 1618

Tel. 403 15 85 e-mail: caralva@hotmail.com

Montevideo - Uruguay

agradecimientos

a Ilda Sasiain y Paola Knuser
de la Sección Información y Consulta
de la Biblioteca de la Facultad de Derecho
de la Universidad de la República;

a María Esther Gilio;

a los señores ministros de la Suprema Corte de Justicia,
doctores Daniel Gutiérrez y Leslie Van Rompaey;

a los doctores Ricardo Marquisio, Álvaro Messere,
María del Carmen González Piano,
Laura Barbieri y Fernando Tovagliari.

I.
preliminares
metodológicos

1. presentación

En este trabajo, nos propusimos explorar desde una perspectiva teórica qué papel juega la interpretación de los materiales normativos (asignándole especial atención a la interpretación literal) en las decisiones judiciales, vinculando ese papel con algunos temas que integran el debate contemporáneo de la teoría del Derecho, tales como la caracterización de la interpretación jurídica y la función de los jueces, o más específicamente, la caracterización de la aplicación del derecho y la justificación de la decisión judicial. Para ello recurrimos, más allá de lo estrictamente teórico, a datos extraídos de la gestión temática del discurso judicial. A partir de la teoría de la interpretación, nos propusimos continuar la reflexión en torno a los aspectos institucionales de las democracias constitucionales que se relacionan con el rol del juez como intérprete del derecho, como una de las posibles derivaciones del tema de la interpretación jurídica, que revisten interés teórico. Para ello tomamos en cuenta, especialmente, el pensamiento de Joseph Raz, uno de los teóricos del derecho más relevantes en la actualidad.

fundamentación y antecedentes

Nos proponemos poner a consideración algunos materiales producidos a partir del cruce disciplinar entre los estudios lingüísticos y la teoría del Derecho (especialmente la teoría de la interpretación), introduciendo un abordaje transdisciplinario de temas relevantes en la actividad jurídica, que se encuentran en el centro del debate contemporáneo de la teoría del derecho, en el entendido de que toda teoría de la interpretación jurídica presupone necesariamente una teoría del significado. Este trabajo reúne los resultados de la investigación¹ sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en el período 1996-2003 y la monografía final de la Aspirantía a Profesora Adscripta de Teoría y Filosofía del Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Dicha investigación consistió en el análisis de contenidos de las sentencias, acompañado de entrevistas abiertas a informantes calificados (Ministros de la SCJ y sus asesores) como registro discursivo complementario.

La complejidad de las sociedades contemporáneas y la importancia de la actividad judicial en los estados constitucionales, pone en un lugar sumamente relevante la necesidad de investigar las prácticas discursivas de los tribunales, en la medida que los fallos pronunciados constituyen el soporte textual que debe permitir el contralor ciudadano de las decisiones. Un ejemplo reciente que evidencia la trascendencia del tema de la interpretación del derecho y de la cuestión específica de la literalidad lo encontramos en los siguientes fragmentos del discurso judicial²: “...Más allá del acierto de la solución, tema por completo ajeno a la decisión judicial, es indiscutible que la razón y el propósito de la norma, determina que los efectos o consecuencias jurídicas sobre la situación del Ministro (y Ex) sea similar a la vista en el caso del artículo 172 (...) Que reiteradamente se ha sostenido en estos autos que colide con el sistema democrático la existencia de gobernantes irresponsables por cuanto se afectaría el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 8 de la Constitución. Más allá de las bondades o no de la hipótesis, cuestión que puede importar al Constituyente, al Legislador o al estudioso y crítico del Derecho, no al Juez que debe limitarse a aplicar la norma...”. Ahora bien, la justificación de la discordia en la misma sentencia también recurre al tópico de la literalidad en su desarrollo argumental: “...aún partiéndose de la propia interpretación literal

1 Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC), Llamado 2004 a Proyectos I+D (Ejecución 2005-2007), Proyecto “La *interpretación literal* de los materiales normativos en los fallos de la Suprema Corte de Justicia entre 1996 y 2003: características y funciones en la justificación de las decisiones”.

2 TAP 2º T., N°45 (14/3/01), <http://www.lajusticiauruguay.com.uy>

del precepto, llego a la conclusión opuesta: (...) la expresión clave “y aún durante el ejercicio del cargo” (...) [supone que] mientras un Ministro de Estado está en el ejercicio del cargo, no se le puede enjuiciar penalmente por hechos cometidos durante la función, si previamente no se aplica el mecanismo –prerrogativa procesal– del juicio político (...) En tal situación, la Constitución está protegiendo la normal actividad funcional del órgano respectivo, sin consagrar una patente de impunidad a favor del titular del órgano (...) Pero, en ningún momento pudo estar en la mente del constituyente, consagrar un estatuto de inmunidad ‘*sine die*’ a favor de un Ministro de Estado, que lo pudiese poner, en todo tiempo, al margen de la ley penal (...) tal posibilidad resulta incompatible con principios básicos del sistema constitucional, en un sistema democrático y republicano (...) sostener lo contrario (...) significa lisa y llanamente ambientar una suerte de impunidad absoluta a favor de los gobernantes, en hechos de corrupción”.

Por otra parte, la sentencia de la SCJ que revocó la sentencia del Tribunal de Apelaciones citada, señala: “...el principio subyacente a la tesis de ese tipo de interpretación [la literal] –*in claris non fit interpretatio*– paradigmático para la Escuela de la Exégesis, es puesto en tela de juicio por la moderna teoría del derecho. En realidad, la claridad de la norma es el resultado de una inmediata interpretación, que significa comprender la norma en su significado jurídico, y es propiamente la interpretación –que siempre resulta una tarea necesaria– la que nos muestra que aquella norma se entiende en tal o tal otro modo, y, por lo tanto es clara (...) El tenor gramatical del texto objeto de interpretación no es entonces, el único elemento a tener en cuenta en la tarea interpretativa, ha de acudirse a otros criterios hermenéuticos”³.

La tendencia de la teoría desde hace ya tiempo ha sido considerar prioritaria la función de los jueces. Autores como Kelsen, Ross, Hart y Dworkin han señalado que los textos legales están dirigidos, en última instancia, a los tribunales, lo cual hace que sea fundamental detectar cuál es la ideología jurídica de los jueces (Ross 1970: 62-71); es decir, considerar elementos que permitan detectar el paradigma en que actúan.

Señala Habermas (2000: 470) que “aquello a que los actores realmente responden y realmente han respondido con sus decisiones y sus razones, sólo se podrá entender si se conoce la imagen que estos actores implícitamente se hacen de su sociedad, si se sabe qué estructuras, qué operaciones, qué resultados, qué rendimientos, qué potenciales, qué peligros y qué riesgos atribuyen a su sociedad a la luz de la tarea que esos actores se proponen, a saber, la tarea de realizar los derechos y de aplicar el derecho”.

3 SCJ, N°174 (18/6/2002), <http://lajusticiauruguay.com.uy>

El tema de la interpretación del derecho en sede jurisdiccional ocupa un lugar central en el debate entre diversas corrientes teóricas, como el “positivismo jurídico inclusivo”, el “positivismo jurídico exclusivo” y el “neoiusnaturalismo”, entre otras.

En efecto, el punto de vista del formalismo dogmático (o normativismo) ha resultado desafortunado en su aptitud descriptiva del papel del intérprete, careciendo por tanto de eficacia explicativa acerca del modo de producirse efectivamente la tarea del intérprete, especialmente si se trata del juez. “Esto puede afirmarse, desde luego, aunque se tome como punto de referencia el del Code en cuanto modelo de legalidad arquetípico y el más próximo cronológica y teóricamente a aquellas posiciones, resulta aun más evidente cuando se consideran las transformaciones experimentadas por la forma de la ley en momentos más próximos al nuestro y en el momento actual” (Andrés 1994: 870).

Sin embargo, el bajo poder explicativo del formalismo a nivel teórico no ha implicado su desaparición en “la percepción que se tiene del propio rol en un amplio sector, el más tradicional, culturalmente y políticamente hablando, de la magistratura”, que coincide con la “banalización del momento interpretativo [que] permite a los jueces autopresentarse como ‘bouche de la loi’, condición ésta donde –para el formalista– radica la garantía” (Andrés 1994: 864). La cuestión de la interpretación literal del derecho se vincula de este modo a la problematización del otro extremo de la experiencia jurídica discursiva, cual es la cuestión de la técnica legislativa, en la medida que el tema propuesto supone reflexionar sobre la calidad o el tipo de aproximación que el texto de la ley permite al juez en tanto intérprete.

La mayoría de los estudios realizados desde las disciplinas que se ocupan del lenguaje, acerca del significado literal, hacen referencia en términos muy generales al derecho como especie discursiva o lenguaje en particular, y toman en cuenta las oposiciones significado literal/significado metafórico; significado del hablante/significado del enunciado, entre otras. La divergencia entre la aproximación de los lingüistas y la de los juristas al tema del significado literal, permite problematizar la noción de literalidad que está en juego en el discurso jurídico, y en el discurso judicial, en particular.

En cuanto al estudio específico de la interpretación literal de la Ley desde la teoría del derecho se encuentran producciones puntuales de Vernengo (1994) en Argentina, de Hernández Marín (1999) en España, de Haba (2003) en Costa Rica y de Velluzzi (2000) en Italia, en tanto en nuestro medio es un tema que solamente ha recibido tratamiento desde la perspectiva dogmática y no teórica.

La presencia del tópico de la literalidad en la experiencia jurídica se apoya, en parte, en la convicción por parte de los jueces y demás operadores jurídicos de que fundan sus propias actividades (por muy diversas que sean) en una interpretación literal del derecho, en

cumplimiento de lo que les es requerido por las directivas interpretativas del legislador (Mazzarese 2000).

A modo de ilustración introductoria acerca de la presencia de la interpretación literal en la justificación de las decisiones, entendemos oportuno agregar a los ya citados, algunos fragmentos del discurso de la SCJ, que permiten apreciar la pertinencia del estudio del manejo del tópico de la literalidad:

- I) la Corte⁴ cita, por compartirla, la opinión de María Luisa Balaguer en *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*: “La interpretación del derecho ha de entenderse conectada íntimamente al modelo de Estado, y por tanto, en el Estado constitucional la interpretación de las normas ha de hacerse desde la Constitución y en relación con los presupuestos de ese modelo de Estado (...) la interpretación ha de hacerse conforme a lo que dice el texto, iluminado por la filosofía “jusnaturalista” que inspiró la normativa superior...”. Agrega la Corte: “El constituyente se refirió expresamente a la “delincuencia infantil”, y “delincuencia” es calidad de “delincuente”, esto es, el que delinque y “delinquir” significa “cometer delitos” (*Diccionario de la Lengua Española*, 1956), imputable penalmente (...) Resulta clara la redacción. La misma no puede provocar ninguna hesitación ni puede, tampoco, permitir atribuir a las palabras un sentido diverso al natural y obvio que, más allá de estar explicitado en un texto de orden legal (CC, art. 18), consagra una norma interpretativa de carácter general o con vocación universal”;
- II) la Corte sostiene: “Es que, si toda interpretación jurídica debe ser razonable y tener en cuenta el contexto normativo a considerar y no meramente un texto aislado, se podría decir, en todo caso, que ello es más necesario en lo que concierne a la inteligencia de la propia Constitución. Y fundamentalmente, se debe considerar el sentido o finalidad que se tuvo al consagrar determinados textos (...) Se puede afirmar que conforme a la ‘naturaleza de las cosas’, tal como se ha estatuido en la Carta Fundamental, no es acorde a la misma que el Estado y esos organismos que lo integran y demás entes menores que se mencionan, abonen impuestos (...) No son sólo, se cree, razones de conveniencia o de oportunidad, sino que, por el contrario, este es el sistema que se extrae de una interpretación contextual –única válida– de la normativa superior”⁵;
- III) en otra oportunidad⁶, la Corte manifiesta: “Ahora bien; de acuerdo a las palabras de la ley (a las que debe estarse inicialmente en la tarea interpretativa, conforme

4 SCJ, sent. N°400/97, 8/12/1997, en *Lex*, Año II, N°4, 1998.

5 SCJ, sent. N°146/97, 5/5/1997, en *Lex*, Año I, N°2, 1997.

6 SCJ, sent. N°740/96, 27/7/96, en *LJU*, c. 13.165, <http://www.lajusticiauruguay.com.uy>

al art. 5 del CPP), el error de la acusación debe ser “manifiesto”; es decir, “claro, patente, descubierto” como señalara la Corte invocando al efecto el significado que al vocablo le atribuye el *Diccionario de la Lengua Española* (Sent. N°316/88). Dicho en otros términos, el “error manifiesto” de la acusación “ha de ser claro e incontestable; grosero, grave y ajeno a toda posible disquisición polémica o controversia jurídica; tan indiscutiblemente desacertado que, puesto de manifiesto al mismo magistrado que lo cometió, lo reconocería sin vacilar, y si dispusiera de opción legal, lo enmendaría o rectificaría espontáneamente (...) Y en el presente caso es claro para la Corporación que no se configura un error con los caracteres indicados precedentemente y que pueda reputarse por tanto habilitante de la regla excepcional del principio rector contenida en el inc. 2° del art. 246 CPP”.

En otro de sus fallos⁷, la Corporación ha advertido que “aplicando los criterios expuestos al caso, el análisis gramatical no arroja claridad suficiente sobre el concepto jurídico que se pretende desentrañar. En efecto, “distribuir” significa “dividir una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho; o bien, “dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente”; por su parte “distribución” es “acción o efecto de distribuir o distribuirse (*Enciclopedia del Idioma* de Martín Alonso, t. II, p. 1585)”.

3. delimitación del corpus de la investigación

El corpus de la investigación estuvo conformado por sentencias de la SCJ dictadas en el período 1996-2003, seleccionadas a partir del siguiente conjunto de indicadores discursivos.

7 SCJ, sent. N°680/96, 19/7/96, en LJU, c. 13.168, <http://www.lajusticiauruguay.com.uy>

interpretación literal	canon literal	voluntad de la ley	significado inmediato
sentido literal	canon gramatical	interpretación piedeletrista	interpretación inmediata
significado literal	análisis gramatical	interpretación creadora	interpretación contextual
literalidad	análisis lingüístico	inteligencia de la norma	interpretación declarativa
significado natural	lenguaje normativo	inteligencia de la ley	interpretación correctiva
sentido natural y obvio	lenguaje de la ley	inteligencia del texto	interpretación extensiva
letra de la ley	lenguaje del texto	espíritu de la ley	interpretación restrictiva
palabras de la ley	oscuridad	finalidad de la ley	significado jurídico
<i>in claris non fit interpretatio</i>	significado oscuro	intención del legislador	texto claro
sintaxis de la ley	esclavo de la ley	ratio legis	texto oscuro
sintaxis normativa	esclavo del texto	mens legis	tenor gramatical
orden de las palabras	dura lex sed lex	voluntad del legislador	tenor literal

	Año	Sentencia	fecha	Materia	Proceso	Redactor
1	1996	5/96	5/2	comercial	casación	Cairoli
2	1996	482/96	7/6	tributario	acción de inconstitucionalidad	Torello
3	1996	680/96	19/7	penal	casación	Alonso
4	1996	740/96	27/7	penal	casación	Alonso
5	1996	756/96	2/8	civil	casación	Mariño
6	1996	790/96	7/8	laboral	casación	Alonso
7	1996	805/96	15/8	civil	casación	Marabotto
8	1996	809/96	16/8	laboral	casación	Torello
9	1996	881/96	25/9	procesal	queja por denegación de apelación	Sin datos
10	1996	907/96	9/10	civil	casación	Marabotto
11	1996	933/96	23/10	civil	casación	Marabotto
12	1996	993/96	11/12	civil	casación	Torello
13	1996	1003/96	20/12	contencioso administrativo	casación	Marabotto
14	1997	66/97	2/4	civil	casación	Alonso
15	1997	77/97	9/4	civil	casación	Torello
16	1997	146/97	5/5	financiero	acción de inconstitucionalidad	Marabotto
17	1997	258/97	29/8	laboral	casación	Cairoli
18	1997	335/97	20/10	público	acción de inconstitucionalidad	Marabotto
19	1997	371/97	17/11	penal militar	contienda de jurisdicción	Cairoli
20	1997	396/97	26/11	civil	casación	Alonso
21	1997	400/97	8/12	penal juvenil	excepción de inconstitucionalidad	Marabotto
22	1997	423/97	24/12	penal	casación	Mariño
23	1998	164/98	16/8	penal juvenil	casación	Cairoli
24	1998	168/98	17/8	penal	casación	Guillot

25	1998	200/98	30/9	administrativo	casación	Mariño
26	1998	211/98	30/9	seguridad social	acción de inconstitucionalidad	Marabotto
27	1998	241/98	16/11	civil	casación	Marabotto
28	1998	242/98	16/9	civil	casación	Guillot/Cairolí
29	1999	82/99	21/4	arrendamientos	casación	Guillot
30	1999	90/99	21/4	público	casación	Marabotto
31	1999	277/99	27/10	tributario	acción de inconstitucionalidad	Cairolí
32	1999	294/99	3/11	civil	casación	Marabotto
33	1999	360/99	8/12	laboral	casación	Marabotto
34	2000	75/00	28/2	civil	casación	Guillot
35	2000	77/02	28/2	civil	casación	Marabotto
36	2000	193/00	20/3	constitucional/tributario	acción de inconstitucionalidad	Alonso
37	2000	342/00	2/8	civil	casación	Alonso
38	2000	492/00	24/11	civil	casación	Cairolí
39	2000	530/00	20/12	tributario	acción de inconstitucionalidad	Guillot
40	2001	27/01	21/3	familia	casación	Guillot
41	2001	74/01	28/5	civil	casación	Parga
42	2001	79/01	28/5	laboral	casación	Guillot
43	2001	102/01	22/6	tributario	acción de inconstitucionalidad	Guillot
44	2001	186/01	29/8	civil	casación	Alonso
45	2001	202/01	28/9	contencioso administrativo	casación	Parga
46	2001	240/01	26/10	civil	casación	Parga
47	2002	74/02	22/3	penal	casación/ excepción inconstitucionalidad	Van Rompaey
48	2002	464/02	15/5	procesal	revisión	Sin datos
49	2002	162/02	22/5	laboral	excepción de inconstitucionalidad	Alonso
50	2002	172/02	22/5	civil	casación	Van Rompaey
51	2002	174/02	18/6	penal	casación	Alonso
52	2002	181/02	24/6	contencioso administrativo	excepción de inconstitucionalidad	Alonso
53	2002	196/02	19/7	concursal	casación	Alonso
54	2002	201/02	26/7	familia	casación	Van Rompaey
55	2002	202/02	26/7	laboral	casación	Alonso
56	2002	223/02	23/8	laboral	casación	Alonso
57	2002	226/02	26/8	laboral	casación	Van Rompaey
58	2002	231/02	2/9	seguridad social	acción de inconstitucionalidad	Parga
59	2002	238/02	4/9	civil	casación	Parga
60	2002	260/02	18/9	civil	casación	Van Rompaey
61	2002	276/02	18/9	comercial	casación	Alonso
62	2002	287/02	18/9	constitucional/tributario	acción de inconstitucionalidad	Alonso
63	2002	298/02	18/9	civil	casación	Van Rompaey

64	2002	340/02	22/11	arrendamientos	excepción de inconstitucionalidad	Gutiérrez
65	2002	639/02	30/5	procesal	recurso aclaración y ampliación	Sin datos
66	2002	1227/02	4/12		contienda de competencia	Guillot
67	2003	27/03	21/2	civil	excepción de inconstitucionalidad	Gutiérrez
68	2003	94/2003	19/3	civil	excepción de inconstitucionalidad	Van Rompaey
69	2003	105/03	19/3	civil	excepción de inconstitucionalidad	Cairolí
70	2003	510/03	21/3		contienda de competencia	Guillot
71	2003	169/03	21/3	civil	casación	Van Rompaey
72	2003	168/03	21/3	civil	casación	Van Rompaey
73	2003	157/03	21/3	laboral	casación	Gutiérrez
74	2003	404/03	2/5	procesal	revisión	Sin datos
75	2003	973/03	15/8	penal	denuncia art. 132/6 c. penal	Van Rompaey
76	2003	1026/03	26/8	penal	recurso	Van Rompaey
77	2003	230/03	15/9	público	acción de inconstitucionalidad	Gutiérrez
78	2003	285/03	29/9	administrativo	casación	Rodríguez Caorsi
79	2003	293/03	6/10	público	acción de inconstitucionalidad	Parga
80	2003	1460/03	19/11	procesal	revisión	Sin datos
81	2003	351/03	24/11	tributario/constitucional	lesión de autonomía	Gutiérrez
82	2003	377/03	1/12	laboral	casación	Troise
83	2003	411/03	17/12	civil	casación	Rodríguez Caorsi
84	2003	1618/03	17/12	procesal	revisión	Sin datos

En el análisis de las estrategias argumentales de las decisiones judiciales se tomó especialmente en cuenta la aparición de estándares o tópicos recurrentes, acompañando la recepción de la literalidad o implicando su descarte en la justificación. Asimismo, a partir de indicadores discursivos se intentó reconstruir alguna teoría de la interpretación que pudiese sostenerse como presupuesta por los decisores, realizando una lectura desde la concepción del Estado de Derecho, de la cual se sigue la racionalización de las decisiones en orden a permitir el control público de las mismas.

Se realizaron entrevistas a Ministros de la SCJ en su actual integración y a sus asesores letrados. Ello permitió un acercamiento a las concepciones teóricas que permean a la institución a través de un registro discursivo distinto al de las sentencias, posibilitando el contraste entre ambos tipos de discurso y la obtención de datos que pudieron enriquecer la lectura crítica de los fallos.

II.

aplicación del derecho y
exigencias institucionales
de la democracia
constitucional

1. aproximación al tema

1.1. planteo general acerca de la función judicial

Se ha señalado por autores y magistrados que, en las escuelas de derecho, la enseñanza de grado falla, en tanto suele ocuparse de la transmisión de una masa de “conocimientos amortizados” (la expresión es de Cárcova). En todo caso, puede señalarse que las respuestas a los problemas y a la complejidad epocal para el mundo del derecho, si es que está en algún lugar, lo está en los postgrados y en la investigación básica y aplicada, entre otros factores. Esta cuestión es relevante en la reflexión acerca del perfil del juez en la sociedad uruguaya, ya que no siempre la formación que tuvieron quienes están en actividad se ha calificado con postgrados universitarios o en la escuela judicial. Sostiene Cárcova que si imaginamos una encuesta acerca del perfil de los jueces, frente al interrogante concreto acerca de qué actividad es la que realizan, nos dirían que reconocen un caso concreto que

se presenta ante sus estrados y que subsumen las características del caso en una premisa general que está prevista en una norma. Siguiendo a Cárcova (1996) creemos que este es un mecanismo absolutamente ingenuo que no da cuenta de lo que efectivamente hacen los jueces, aunque ellos creen que hacen eso y aunque resulte más tranquilizador creer que eso es lo que hacen. En ese sentido, es oportuno recordar el postulado del movimiento Critical Legal Studies acerca de que la conservación de la imagen del juez neutral supone la preservación de una instancia simbólica. Sin recurrir a la teoría es poco factible, o quizás poco productivo, generar insumos que contribuyan a la discusión acerca del perfil del juez o, más en general, de la función del Poder Judicial en una democracia como la uruguaya, cuestión que, explícita o tácitamente, está presente en la agenda del país. A su vez, es relevante considerar la velocidad excepcional con que los dispositivos cognitivos que están a nuestra disposición pierden utilidad y pertinencia. Lo mismo ocurre con los materiales normativos que los complementan, que en la actualidad se modifican constantemente. Señala Cárcova (1996: 52 y ss.) que, en contraposición a una formación casi exclusivamente dogmática, es menester atender a las categorías que permiten ordenar y procesar la novedad legislativa o de política institucional, a partir de contar con esquemas conceptuales suficientemente enriquecidos como para adaptarse rápidamente a nuevas situaciones y enfoques.

La importancia estratégica de la función judicial no es sólo la de resolver un conflicto entre particulares sino la de ejemplarizar y hacer trascender una receta social a partir de la resolución de ese conflicto entre particulares, esto es, la resolución de los conflictos entre particulares incide en la implementación de ciertas políticas públicas. Admitir lo anterior supone, obviamente, admitir que los jueces hacen política, en tanto dirigen, de alguna manera, la elección y consecución de finalidades sociales, y ello, a su vez, pone en primer plano la importancia de la responsabilidad que debe reclamarse a quien ejerce la función jurisdiccional. Esta cuestión, asimismo, se relaciona con lo que más adelante trataremos como “la función expresiva del derecho”.

1.2. acerca del razonamiento judicial

Entre los motivos por los cuales la cuestión del razonamiento judicial, materializado en la justificación de las decisiones de los tribunales, es una de las cuestiones más discutidas en el campo de la teoría y la filosofía del derecho pueden detectarse los vinculados a la dificultad (especialmente social) de aceptar explicaciones del proceso de la aplicación

judicial del derecho en los términos extremos que han ofrecido, respectivamente, el formalismo o normativismo, por un lado y, el realismo radical, por otro. Extremos que, para nombrarlos en los elocuentes términos de H. L. A. Hart (1977: 972-975) son experimentados tanto por los juristas como por los legos como el noble sueño y la pesadilla, respectivamente, esto es: por un lado, una explicación que postula que para todo caso hay una única solución correcta que precede y precisamente por ello, vincula al juez, quien, como consecuencia de lo anterior, tiene limitada su actividad al descubrimiento de dicha solución en los materiales normativos; y, por otro lado, una explicación que postula que en la aplicación del derecho los materiales normativos no son los determinantes de las decisiones concretas, sino que, por el contrario, la actividad de creación de los tribunales lleva a que lo determinante sean los jueces.

1.3. el campo de aplicación de las reglas

Lo anterior alude a la ya clásica dicotomía entre casos fáciles y casos difíciles, en la medida que, en los términos normativistas, la explicación del funcionamiento de las prácticas de aplicación muestra a todos los casos como si fuesen casos fáciles, en tanto, la explicación más realista, los muestra como si todos fuesen casos difíciles. Antes de profundizar en los términos de la dicotomía, adelantamos que Hart, postulaba, sirviéndose del concepto de textura abierta del derecho, tomado de Waismann (1976), que en la aplicación del derecho 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. Ahora bien, la clasificación de los casos en fáciles y difíciles tiene, en el pensamiento de Hart, dos momentos. El primero⁸, atribuye el criterio de la distinción a la cuestión de la vaguedad de los términos de las reglas o más concretamente, a problemas de orden semántico 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 una 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 aplicabilidad de la regla o excluirlo del mismo, en la medida que la indeterminación semántica exige la introducción de nuevos

8 Asociado a “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” (1958) y *El concepto de derecho* (1961).

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 Hart⁹, 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. Retomaremos este tema más adelante; simplemente dejamos anotado que el criterio propuesto puede entenderse como un acercamiento al criterio que propone Dworkin (1988) para explicar la misma distinción, o bien, como una profundización de la influencia wittgensteiniana en el pensamiento de Hart, en tanto, la presencia o no de acuerdos en la comunidad jurídica, puede interpretarse como una aplicación de la teoría del significado como uso. De acuerdo con esto, esos dos momentos suponen una distinción asociada al problema del significado de los materiales normativos, pero, en la última etapa, la perspectiva pragmática surge con más claridad.

2. concepciones de la interpretación del derecho

2.1. el paradigma dogmático

2.1.1.

caracterización

Es oportuno caracterizar mínimamente el paradigma que funge como marco conceptual desde el cual son articuladas las justificaciones de las decisiones judiciales que apelan a la interpretación literal del derecho. La dogmática suministra criterios para la aplicación del derecho vigente y para el cambio del derecho en las diferentes instancias y, también

9 A partir de *Problemas de filosofía del derecho* (1967).

cuenta entre sus funciones, la de elaborar un sistema conceptual con vistas a alcanzar las dos tareas señaladas en primer término.

La imagen que de su actividad tienen los doctrinos se identifica con la idea de “científicos del Derecho”, esto es, en la auto-imagen de la dogmática, ella se identifica con la idea de Ciencia del Derecho, cuyo objeto es el derecho positivo vigente en un lugar y tiempo determinados, consistiendo su tarea metódica en la construcción de un sistema de conceptos elaborados a partir de la interpretación de los materiales normativos, siguiendo procedimientos intelectuales (lógico-formales) de coherencia interna, que sean de utilidad para la aplicación del derecho (Pereira de Andrade 1996: 18)¹⁰. Esa imagen también incluye la nota de neutralidad valorativa: se trata de una ciencia normativa, sistemática, descriptiva, práctica y axiológicamente neutra. A partir de estos rasgos o notas caracterizantes, puede sostenerse que la “ciencia jurídica” tal como se la conoce hoy en día coincide con la dogmática jurídica, cuyo surgimiento puede situarse en el siglo XIX en Francia con la Exégesis, en Alemania con la Escuela Histórica del Derecho y en Inglaterra con la Jurisprudencia analítica.

Señala Zuleta Puceiro (1981:11-12) que la dogmática es vista como “un saber esencialmente descriptivo, basado en un conjunto de procedimientos abstractivos, capaces de obtener, a partir de los materiales del derecho positivo, una red de ‘instituciones’ que, reagrupadas y reordenadas según criterios de coherencia interna, se constituyen en ‘sistema’ (...) El origen de esta concepción debe verse en las ideas de Ihering en torno al problema del método en la jurisprudencia romana...”. En efecto, la “teoría de la técnica” formulada en el volumen III del *Esíritu del Derecho Romano* pretende ser una descripción del método universal del derecho, aplicable, como consecuencia, a cualquier ordenamiento jurídico¹¹.

Las teorías jurídicas obedecen a un cierto modo de concebir el derecho, que opera como presuposición implícita, aunque no siempre evidente (Zuleta Puceiro 1981:13); y por ello, la dogmática puede ser entendida como un concepto histórico, como una tradición de pensamiento que se constituye en un determinado tiempo, como un discurso históricamente constituido (con componentes teóricos, ideológicos y prescriptivos). En suma, se trata de estructuras o esquemas conceptuales que se constituyen históricamente. En ese sentido, señala Zuleta Puceiro que “la dogmática, como forma de configuración del saber científico jurídico se refiere de modo concreto a una cierta actitud metodológica,

10 Una característica propia que el paradigma dogmático no reconoce se vincula al carácter prescriptivo de sus enunciados o la naturaleza ideológica de determinados postulados, lo cual problematiza el estatuto científico o, al menos, la autopercepción como ciencia avalorativa y descriptiva.

11 Sostiene Ihering: “El método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el único medio, construido por el derecho mismo, en virtud de reglar de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica” (citado por Zuleta Puceiro 1981:12).

condicionada por factores de índole científica, histórica, cultural y política que es necesario poner de manifiesto”(1981: 14).

A partir del historicismo, la actividad de interpretar supone, básicamente, reconstruir el pensamiento contenido en la ley. Mediante una serie de procedimientos, el intérprete se dirige a un objeto de conocimiento preconstituido (el conjunto de normas jurídicas) buscando desentrañar o determinar su sentido. El intérprete y su circunstancia desaparecen de la actividad interpretativa y se entiende dicha actividad como una lectura ahistórica de contenidos objetivos. “La ley es (...) ‘espíritu objetivado’ y, en cuanto tal, su sentido se desprende de las opciones ideológicas y políticas, de las estimaciones de intereses y juicios axiológicos que operaron sobre la voluntad del legislador histórico. El jurista-intérprete es y debe ser indiferente a tales contenidos estimativos originarios, puesto que una asunción personal de los mismos lo situaría ante la necesidad de opciones personales que lo llevarían a invadir, mediante sus decisiones, el terreno propio del legislador” (Zuleta Puceiro 1981:20). El sujeto es excluido de la teoría, lo cual remite a la concepción positivista de la ciencia¹². Señala Bobbio, que “el paradigma dogmático se estructura sobre la base de dos concepciones de la ciencia (...): por un lado, la concepción racionalista, propia del siglo XVII, abstractizante y elaborada según el modelo de la matemática; por otro, la concepción científicista –o positivista en sentido estricto– del siglo XIX, de tendencia básicamente experimental y adversa a la inclusión de todo residuo metafísico dentro de la construcción científica” (1950: 290-296).

Con la Escuela Histórica se instala una actitud metódica orientada a determinar en su objeto de estudio todos los elementos de conceptualización abstracta. El fenómeno jurídico será visualizado como una yuxtaposición de un elemento contingente (los contenidos normativos) y otro permanente (la estructura formal). El derecho es entendido como producto del espíritu del pueblo, siendo las fuentes consideradas la costumbre, la ley y el derecho de los juristas (Zuleta Puceiro 1981: 27).

Bobbio, Zuleta Puceiro, Nino y Carrió proponen los siguientes postulados para caracterizar el paradigma científico de la dogmática:

- a) “Derecho” entendido como sistema de normas promulgadas por los órganos competentes del Estado y garantizadas en su observancia por la coacción;
- b) la definición de norma como mandato;

12 Sin perjuicio de estas afirmaciones, podría sostenerse que la dogmática se distancia del positivismo científico, en la medida en que ella no construye su objeto. Si bien las tres corrientes señaladas en oportunidad del surgimiento en el siglo XIX comparten la admisión del derecho positivo (puesto), no necesariamente implica que ese positivismo jurídico se refleje en un positivismo científico, en tanto, puede sostenerse, como ya se dijo, que la ciencia del derecho (en tanto dogmática) no construye su objeto.

- c) monismo legislativo en materia de fuentes, con la determinación de un esquema rígido y jerarquizado en el que la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho o la actividad científica pasan a cumplir un papel subsidiario o subalterno a la ley;
- d) consideración del ordenamiento como un sistema hermético, completo y autosuficiente;
- e) consideración de la actividad del jurista o del juez como meramente cognoscitiva o descriptiva;
- f) reducción del papel de la interpretación al momento exegético, con la consiguiente separación entre las fases interpretativa y aplicativa del derecho.

Estos axiomas, a partir de los cuales se construye el esquema conceptual del modelo dogmático, se complementan con el concurso de algunas hipótesis generales de valor operacional, que también son elevadas a axiomas. “La principal de ellas es, tal vez, la racionalidad del legislador, entendida como una presunción apriorística destinada a hacer posible la idea del ordenamiento jurídico como sistema hermético, completo y autosuficiente. Tiende a proponer un modelo de razonamiento y operación práctica del derecho basada en la idea de que el derecho ha sido creado por un sujeto único, ideal, orientado hacia objetivos perfectamente racionales, que obra de acuerdo con conocimientos y valoraciones conscientes, omniscientes, precisas, omnicomprensivas y siempre justas” (Zuleta Puceiro 1981: 38). La exclusión del intérprete y su circunstancia de la actividad interpretativa, hacen que la pregunta por el sentido actual de una norma carezca, para el dogmático, de otro contenido que el de una referencia a la intención originaria del mandato histórico subyacente y objetivado por la construcción científica (Zuleta Puceiro 1981: 51).

En la medida que las pretensiones de este trabajo no alcanzan una mayor profundización acerca de la caracterización de la ciencia jurídica, en cuanto a si satisface o no las exigencias epistémicas para ser considerada una ciencia, sólo señalaremos que, en principio, consideramos adecuado concebir a la ciencia jurídica como ciencia, en tanto puede describir, sistematizar y clasificar los contenidos del Derecho positivo, y también en tanto puede solucionar problemas ajustándose a las exigencias que rigen aquellas actividades consideradas como constitutivas de la práctica científica en la comunidad jurídica. Como señala Santiago Sastre (2001: 601), “ir más allá supone que la ciencia jurídica aparece como una técnica y en este sentido (...) su principal función debería consistir en orientar la actuación de los órganos encargados de interpretar, aplicar o elaborar el Derecho”. Este autor considera que a la discusión en torno a la factibilidad de la ciencia jurídica subyace una cuestión que tiene que ver con la idea del prestigio que implica para los juristas contar su actividad dentro del elenco de las ciencias. Aparentemente, ese prestigio tiende a aumentar si la ciencia jurídica se dedica a resolver problemas prácticos o,

en definitiva, si desempeña funciones normativas, y no sólo se limita a describir el derecho. El prestigio se asocia, entonces, a una noción de ciencia diferente de la que acota la labor de los juristas a la descripción, clasificación y sistematización y, por el contrario, supone presentar a la ciencia jurídica como una técnica. De acuerdo con esto, Sastre opina, que no es adecuado contraponer la visión de la ciencia jurídica como ciencia a la visión de la misma como técnica, como si fuesen dos aspectos contradictorios; y ello por dos razones: en primer lugar, porque lo que se considera ciencia parece aproximarse en realidad a la técnica y; en segundo lugar, porque el desempeño como técnica proporciona a la ciencia jurídica el prestigio del cual carece si se limita a describir. En ese sentido, recoge la opinión de Atienza, en cuanto a que un sistema jurídico que no contara con elaboración dogmática estaría en condiciones de resolver menos problemas o, en todo caso, los resolvería cualitativamente peor que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada.

En otras palabras, “la finalidad de la dogmática es la de controlar –o contribuir a controlar– los procesos de interpretación, aplicación, desarrollo y cambio del Derecho, para lo cual, naturalmente, el dogmático construye, adopta o reformula conceptos, métodos y teorías. Provisto de tales instrumentos, el dogmático realiza una labor de sistematización y descripción del Derecho vigente que, sin embargo, no (...) puede entenderse como un objetivo último de la dogmática (aunque el hábito de contemplar al dogmático del Derecho en cuanto docente pudiera hacerlo creer); la transmisión de conocimientos y la descripción ordenada de un cierto sector del ordenamiento jurídico son funciones subordinadas o (...) constituyen el punto de partida o una meta intermedia de la elaboración dogmática, pero no su punto de llegada, su objetivo final” (1986: 305).

Por otro lado, desde la tradición hermenéutica de la filosofía se atribuye a la corriente principal de la dogmática jurídica la ilusión de que existe una separación real entre el derecho y su interpretación, lo cual se califica como una auto-comprensión falaz sobre la que reposa la dogmática: “es precisamente la relación intrínseca y dialéctica entre interpretación y tradición lo que constituye el status ontológico del derecho” (Tontii 2002: 120). Señala el citado autor que existen cinco modos de transmisión de la tradición en el derecho y que los cinco son inherentemente actividades interpretativas, a saber: la dogmática jurídica, los precedentes, las prácticas jurídicas, la legislación y la educación jurídica. En cuanto a la actividad interpretativa, los sujetos de interpretación –los diferentes actores del mundo jurídico– no pueden ser claramente separados de los objetos de interpretación, ya que, en tanto creadores y transmisores de la tradición, ellos no son diferentes de ella, sino que la constituyen parcialmente, circunstancia ésta que es constitutiva de la situación hermenéutica (Gadamer 2001: 372).

2.2. concepciones contemporáneas de la interpretación jurídica

El problema de la interpretación jurídica, en el contexto metodológico contemporáneo, ha experimentado (o está experimentando) un cambio radical, en la medida que dejó de ser abordado exclusivamente como interpretación de las leyes y pasó a serlo como acto de realización del derecho (como momento metodológico-normativo de la realización del derecho).

Desde una perspectiva teórica general, además, la descripción del proceso de aplicación del derecho aparece íntimamente relacionada con una determinada concepción de la interpretación del derecho, distinguiéndose, básicamente, tres tipos de concepciones¹³ de la interpretación jurídica: la cognoscitiva, la no cognoscitiva y la mixta (Mendonca 2000: 151-157, Guastini 1997: passim y 2001a: 143-144).

Interpretar consistirá en determinar el sentido o significado de una formulación normativa, desentrañando o atribuyendo ese significado, produciendo un “enunciado interpretativo” que tendrá la forma “‘F’ significa ‘S’”, donde F¹⁴ representa una formulación normativa concreta y la variable S un significado definido¹⁵.

Vemos entonces que las concepciones de la interpretación también nos llevan a la consideración de los extremos formalista y realista antes mencionados.

2.2.1. concepción cognoscitivista

La concepción cognoscitiva o cognoscitivista 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 dicho texto. Interpretar F es detectar el significado de F, informando que la misma

13 Cada teoría de la interpretación o cada concepción del fenómeno interpretativo del derecho implica o presupone, a su vez, una teoría del significado y una concepción de la verdad. En efecto, la interpretación es una actividad compleja que puede concebirse de diversas formas, según se ponga el énfasis en el signo, en el significado, o según se conciba el vínculo sujeto-objeto en la tarea interpretativa.

14 La variable F está entrecomillada porque se trata de una expresión lingüística.

15 Seguimos para esta descripción de la interpretación la propuesta de Mendonca (2000: 151-157).

tiene el significado S. La interpretación tiene como resultado o producto, enunciados interpretativos proposicionales, susceptibles de verdad o falsedad. Esta teoría supone asumir que las palabras tienen un significado propio, intrínseco y objetivamente comprobable; y supone también, asumir que la autoridad legislativa, por ejemplo, tiene una voluntad o intención unívoca y reconocible.

Se sigue de lo anterior, que si la interpretación persigue descubrir el significado propio de los textos o la intención del legislador, ambos preexistentes a la labor del intérprete e incorporados a los materiales normativos, por tanto, para cada enunciado normativo debe haber siempre una interpretación verdadera. Los enunciados de los intérpretes pertenecen al discurso descriptivo y, por tanto, tienen valor veritativo.

La teoría cognoscitiva, asimismo, implica predicar la “completitud” y la “coherencia” de los sistemas jurídicos, esto es, la inexistencia de lagunas y antinomias, de forma que la resolución de cada conflicto importa la aplicación de una solución normativa: la única respuesta correcta. Como las decisiones judiciales están determinadas por una norma preexistente, los jueces carecen por completo de discrecionalidad.

El modelo de la función judicial recogido por Dworkin presupone una concepción cognoscitivista de la interpretación, en la medida en que el juez carece de discreción y siempre encuentra soluciones en el derecho preestablecido. La verdadera respuesta —o la única respuesta— corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes¹⁶, en tanto Dworkin desarrolla una teoría del derecho como fenómeno interpretativo¹⁷. De acuerdo con este autor, en definitiva, los jueces que se adaptan al ideal interpretativo de integridad “deciden los casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad” (Dworkin, 1988: 184).

Ahora bien, el paradigma de la aplicación del derecho es el modelo deductivo representado por el llamado silogismo judicial (Iturralde 2003:17) que supone que, por ser las normas elementos externos y objetivos, la decisión se impone por fuerza lógica.

La motivación o justificación se estructura como un algoritmo, como una sucesión de pasos necesarios, lo que hace que se entienda más como una demostración y menos como una justificación. En ese sentido, el control de la decisión constituye un control de la coherencia de tipo lógico formal, relativa al procedimiento deductivo articulado por el juez aplicador.

16 Prólogo de A. Calsamiglia a *Los derechos en serio* (2002: 21).

17 En el prefacio de *El imperio de la justicia*, afirma: “Este libro establece en toda su extensión la respuesta que he estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas como un todo, que consiste en la mejor historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que puedan ser” (1988: 11).

2.2.2.

concepción escéptica

La concepción no cognoscitiva o escéptica supone entender a la interpretación como una actividad decisoria y valorativa. Interpretar F es adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S. Ello importa que la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, de los cuales no puede predicarse verdad o falsedad, ya que, en todo caso, puede sostenerse que confieren un significado con preferencia a otros, pero sin univocidad.

En tanto los textos normativos son susceptibles de interpretaciones contrapuestas en la perspectiva sincrónica, y de interpretaciones mutables en la perspectiva diacrónica, la norma no puede ser sino el resultado de la actividad interpretativa. Esta teoría sostiene que las palabras no poseen un significado propio y que el uso es una variable de fundamental relevancia en el significado. En consecuencia, las normas no preexisten a la labor decisorio–estipulativa del intérprete.

La “voluntad del legislador” o la “intención del legislador” –como ya señalamos– no son más que tópicos consensuados por la comunidad de usuarios de cada sistema jurídico y, en ese sentido, funcionales al sistema, desde y a partir de los cuales pueden construirse y justificarse discursivamente algunas soluciones normativas a partir de los materiales a disposición de los intérpretes, pero no son entidades pasibles de ser descubiertas en una actividad cognoscitiva. Esta concepción escéptica, que implica postular la inexistencia de significados anteriores a la actividad del intérprete, no debe entenderse en el sentido de que antes de la interpretación los materiales normativos (los textos) están desprovistos de todo significado, sino en el sentido de que todo texto expresa potencialmente más de un significado.

El carácter decisorio de la interpretación, por oposición a la interpretación cognitiva, supone precisamente la elección de un significado entre varios posibles (Guastini 2002: 32). Las concepciones escépticas suelen negar la existencia de métodos o criterios que garanticen la racionalidad de las decisiones judiciales.

2.2.3.

concepción intermedia

La concepción mixta o intermedia sostiene que en algunos casos la interpretación es el resultado de un proceso de descubrimiento (casos fáciles) y, en otros, es el producto de una decisión discrecional (casos difíciles). Interpretar F es detectar el significado de F, informando que F significa S, o adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el

significado S. Consecuentemente, algunos enunciados interpretativos son susceptibles de verdad o falsedad y otros no.

2.2.3.1.

la dicotomía certeza / penumbra

De esta tercera concepción existen –podría decirse– dos versiones. La primera de ellas enfatiza la indeterminación o textura abierta de los textos normativos, en tanto formulados en lenguaje natural y mediante términos clasificatorios generales. En ese sentido, distingue, como ya señalamos, en el campo de aplicación de cada disposición, un núcleo de certeza y una zona de penumbra. En los casos “fáciles”, tiene lugar una actividad cognoscitiva o descriptiva, en tanto son abarcados por el núcleo de certeza de la expresión lingüística normativa y, en los casos “difíciles”, por el contrario, hay actividad discrecional ya que la aplicación de la norma es discutible. Los jueces no usan sus poderes discrecionales cuando deciden un caso fácil, pero en los casos difíciles las circunstancias exigen una elección entre posibles soluciones diversas. Es la posición de Hart (1977: 989): “He retratado la teoría del derecho como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual los jueces nunca crean Derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen mucho que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra”.

2.2.3.1.1.

cuasi cognitivismo semántico y contextualismo

Esta concepción de la interpretación legal es denominada por Chiassoni (2005: 116) cuasi cognitivismo semántico. La interpretación legal consiste, del mismo modo que la interpretación en general, en adscribir a palabras y oraciones su significado lingüístico. Los problemas de interpretación se relacionan directamente con la indeterminación lingüística, debido a la actual o potencial vaguedad de los términos descriptivos que forman parte de las formulaciones normativas. En aquellos casos en los que la formulación normativa presente dicha indeterminación, la tarea del intérprete consiste en estipular un significado que, necesariamente estará más allá del significado literal de la formulación y, por tanto, será exteriorización de un juicio discrecional. En los casos en que las formulaciones normativas estén determinadas, por el contrario, la tarea del intérprete consistirá en aplicarlas de conformidad a su significado literal (de acuerdo al significado que el intérprete encuentra o descubre en las convenciones lingüísticas, tal como lo registran gramáticas y diccionarios del lenguaje natural empleado por la autoridad normativa. Pero en la mayoría de los casos, las formulaciones normativas emplean expresiones esen-

cialmente vagas, incluyendo los llamados “conceptos evaluativos” presentes en disposiciones constitucionales. El intérprete sigue, en estos casos, desempeñando una actividad que es básicamente de descubrimiento, con la necesaria distinción entre los conceptos evaluativos densos o “tick” (que están provistos de un núcleo o centro (core) de significado convencional y referencias paradigmáticas) y los conceptos débiles o “thin” (cuyo significado no tiene en absoluto las mencionadas características).

A esta concepción, denominada cuasi cognitivismo semántico, Chiassoni opone la concepción denominada contextualismo, entendido como una manifestación de minimalismo semántico. En ese sentido, señala el autor que el significado literal, sobre el cual el cuasi cognitivismo semántico construye (a partir de la solidez de las convenciones lingüísticas) la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, constituye una ilusión. Las convenciones lingüísticas no son suficientes para determinar el significado de una expresión en un contexto. Siempre requieren ser leídas (y complementadas) tomando en cuenta un set de cuestiones que incluye las visiones del mundo (del cual las mismas forman parte), la tradición jurídica e institucional y la experiencia legal, el rol del legislador que se entiende apropiado, el rol del intérprete que se entiende apropiado, entre otras (Chiassoni 2005: 125).

Si seguimos al contextualismo, lo que los juristas suelen llamar significado literal de las formulaciones normativas debe ser mirado como una cuestión pragmática (no semántica, como lo hace el cuasi cognitivismo). El uso y la identificación del significado literal no disfrutan de ningún estatus axiológico o epistémico privilegiados. La apelación al significado literal, por un lado, necesariamente depende de una opción metodológica, al interior de un contexto extralingüístico. Por otro lado, la identificación del significado literal de una expresión requiere consideraciones pragmáticas, de lo que se sigue la denominación de no cognitivismo pragmático, que le adjudica Chiassoni (2005: 126).

2.2.3.2.

la dicotomía claridad / oscuridad

Una segunda versión de la teoría mixta distingue entre textos normativos claros y oscuros. La interpretación como actividad implica discrecionalidad, o bien, se identifica con la discrecionalidad. Pero, en virtud de su definición como actividad discrecional, la interpretación no es una actividad ineludible o necesaria; en tanto que la misma ocurra o no depende exclusivamente de la formulación del texto normativo del que se trata. Si los textos son claros, no existirán dudas acerca del significado y, por tanto, la interpretación no será necesaria. Veremos que este es el sentido que contemporáneamente suele atribuírsele al brocardo latino *in claris non fit interpretatio*. Por el contrario, si el texto

normativo es oscuro, ello supondrá dudas acerca de su significado y, por tanto, será necesario interpretar. Como corolario, las decisiones judiciales no tienen carácter discrecional cuando aplican un texto claro, pero son el producto de una actividad discrecional cuando aplican un texto oscuro o ambiguo.

Asimismo, se señala (Castanheira Neves 2003: 14) que el carácter normativamente constitutivo de la interpretación (lo que nos permite comprender la “suspiciacia” política con la que siempre se miró la actividad jurídica interpretativa) exige confrontar la doctrina “*in claris...*”. Dicho carácter constitutivo explica la superación de la tesis de la exclusión de la interpretación ante textos claros. En efecto, Castanheira Neves sostiene que el uso por los juristas medievales del brocardo estaba inspirado en una proposición de Paulo: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*. Fundamenta la impertinencia del brocardo en la actualidad, por razones normativas, pero también por razones lingüísticas. Sostiene que para que la doctrina “*in claris...*” fuese posible a nivel semántico deberían verificarse necesariamente tres presupuestos: que los términos de las fuentes sean (exclusivamente) términos del lenguaje común (no técnicos); que dichos términos tuviesen un sentido habitual y sólo uno; que la utilización de esos términos en un contexto jurídico dejase intacto o incambiado dicho sentido común o habitual. El valor semántico no es solamente una función sintáctica, señala, sino que su aplicación a un uso concreto es siempre también una función pragmática. Un término o expresión lingüística es o no claro siempre para alguien, en una determinada situación y en orden a un cierto objetivo de comprensión. La importancia atribuida a la referencia situacional de la interpretación nos remite a la teorización hermenéutica en cuanto a la noción de horizonte de sentido: “Todo presente finito tiene sus límites. Al concepto de la situación le pertenece esencialmente el concepto de horizonte [que consiste] en el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde determinado punto” (Gadamer 2001: 372), lo que explica el carácter efectual o de aplicación de la interpretación. Es decir, que desde la perspectiva hermenéutica gadameriana, la aplicación constituye un momento integrante del proceso de la comprensión.

El primero de los presupuestos exigidos por Castanheira, señalado *supra*, puede reconstruirse considerando la idea de que un texto normativo no constituye una entidad puramente textual, sino que es un texto que comunica un sentido jurídico, de manera que la distancia hermenéutica entre el sentido y el texto permite visualizar el hecho de que el legislador histórico no profiere enunciados y emplea términos, para comunicar “ese sentido común”, sino que lo que pretende es prescribir una intención jurídica a través de esos términos y enunciados. La doctrina “*in claris...*” resulta entonces inadecuada precisamente porque implica atribuir al legislador una intención comunicativa común y un uso común de los términos y enunciados, pero no un uso jurídico (al que correspon-

de un sentido jurídico). Esta cuestión es la que parece subyacer como fundamento del apartamiento por la SCJ del argumento de la literalidad en la sentencia 174/02, a cuyo análisis dedicaremos *infra* varios apartados.

2.3. evaluación

Ahora bien, entender los postulados del formalismo y el escepticismo como enunciados antitéticos no parece una actitud adecuada desde el punto de vista de la metateoría, en tanto ello supone confundir enunciados de orden normativo con enunciados de orden descriptivo y, por tanto, suponer que aceptar unos implica negar los otros. En ese sentido, puede considerarse que el escepticismo se propone fundamentalmente dar cuenta de las diferentes cuestiones que se plantean en la actividad de aplicación del derecho por los tribunales y que el formalismo tiene un mayor componente normativo. Una cuestión previa o preliminar a cualquier análisis sobre la interpretación del derecho, la aplicación del derecho y el razonamiento jurídico consiste, entonces, en distinguir las diferentes aproximaciones al tema.

Luego, la actividad podrá orientarse a establecer o construir un modelo o representación del proceso de aplicación del derecho o, por el contrario, orientarse a establecer cuáles son los requisitos que debe cumplir la actividad de aplicación para que pueda considerarse tal. En términos generales, puede decirse que las teorías tradicionales de la interpretación y la aplicación han sido insuficientes desde el punto de vista normativo (como modelo prescriptivo) por limitarse a repetir los enunciados contenidos en los ordenamientos jurídicos (en el caso uruguayo, los enunciados del Título Preliminar del Código Civil), sin servirse de una teoría de la justificación de la decisión judicial que determine las condiciones bajo las cuales una conclusión o decisión puede considerarse válida (Iturralde 2003: 24).

Finalmente, los datos proporcionados por la representación del proceso de aplicación, ponen en evidencia cuáles son las principales cuestiones que la misma supone y cuáles son los problemas filosóficos presentes (cuestiones semánticas, problemas de validez, de contradicciones y vacíos, entre otros). Teniendo en cuenta esa evidencia, desde la dimensión normativa pueden ofrecerse criterios para la solución o el manejo de los problemas detectados. En ese sentido, el *factum* de la discrecionalidad judicial es reconocido como una consecuencia inherente a los ordenamientos jurídicos pero, normativamente hablando, la discrecionalidad no debe identificarse con arbitrariedad, con lo cual se confiere relevancia a las razones dadas en apoyo de una determinada decisión, dando entrada a las teorías de la argumentación como modelos normativos acerca de la justificación

racional. Ahora bien, la relación entre el modelo representativo y el modelo normativo (y los modelos mismos) está conformada, asimismo, por elecciones en la dimensión de la metateoría (que son, a su vez, epistemológicas, prácticas y políticas), que tienen que ver con la función del derecho, su vinculación con un tipo particular de Estado, con una elección de filosofía política, etc. Siguiendo a Aarnio (1991: 14), “la actividad judicial es ejercicio de poder” y la función del derecho en esa instancia es respaldar las decisiones adoptadas en el ejercicio del poder. Los materiales normativos constituyen la base dotada de autoridad para la decisión judicial.

La discrecionalidad judicial tiene lugar, conforme Ferrajoli, en el marco de la sujeción del juez a la ley y en relación a la actividad interpretativa de los materiales normativos que han de aplicarse al caso concreto, de lo cual se sigue que su legitimación sea legal y no político-representativa (2006: 95). Las controversias en punto al significado y alcance de los materiales normativos, esto es, sobre la interpretación del derecho están confiadas, en el paradigma del estado de derecho, no al legislador sino a jueces independientes. La discrecionalidad judicial, en tanto opera en relación a la interpretación y aplicación de la ley o la Constitución, encuentra su fuente de legitimación en el valor garantista de la separación de poderes (Ferrajoli 2006: 96) y en la sujeción del juez a la ley.

2.4. caracterización constructivista

Desde tiendas constructivistas, se critica la falta de atención a la noción de significado por parte de las teorías de la interpretación tradicionales, las cuales son presentadas dicotómicamente. En ese sentido, el constructivismo agrupa las teorías señaladas en dos categorías: las teorías formalistas y las teorías antiformalistas, y señala que ambos grupos aceptan implícitamente la dicotomía fundamental entre descubrir un significado y crear un significado, en el entendido de que es posible la actividad de describir significados. En el caso de las teorías formalistas, dicha actividad es considerada como propia de la experiencia jurídica, en tanto los antiformalistas aceptan la premisa epistemológica descriptivista en un plano más general, pero no entienden que sea aplicable a la interpretación jurídica (Villa 1999: 300-301).

El enfoque constructivista de la interpretación supone inclinarse por “una teoría de la interpretación pragmáticamente orientada, donde el contexto de recepción del mensaje es un elemento determinante para la formación del significado, pero siempre sobre el fondo de elementos semánticos previos (...) que preexisten a las diversas situaciones concretas

en que los mensajes normativos son interpretados” (Villa 1999: 301). La dicotomía alternativa en sede de teorías de la interpretación que propone el constructivismo opone “interpretación en función cognoscitiva (que, aunque en modo constructivo, se refiere claramente al Derecho preexistente, al Derecho del que hay que tomar los significados) a interpretación en función creativa (que quiere intervenir sobre el Derecho preexistente, atribuyéndole nuevos significados –y produciendo por tanto nuevas normas– que son coherentes con la mejor interpretación completa posible del Derecho existente)” (Villa 1999: 301-302). Estas consideraciones ponen en relieve las interacciones complejas que ocurren entre objeto y método en una perspectiva constructivista.

3. interpretación y aplicación

3.1. introducción

La actividad interpretativa se constituye para la Escuela de la Exégesis en el marco de la exposición del significado y alcance de los enunciados legislativos, en tanto, el Derecho es idéntico a la Ley. La idealización del Príncipe provoca “la necesaria idealización de la voluntad soberana y, consecuentemente, de su cristalización normativa en la ley. La que es simplemente la voz del poder consigue encontrar un lugar seguro en el más recóndito sagrario de la conciencia laica”, perfilándose una escrupulosa mística de la ley (Grossi 2003: 75). Agrega –describiendo al monismo en lo relativo a las fuentes– que “la ley es la única fuente capaz de expresar la voluntad general y en virtud de ello impone su primacía en un sistema de fuentes que se cierra en un organización jerárquica” (Grossi 2003: 75). Para determinar la voluntad legislativa¹⁸, debe ocurrirse a la indagación gramatical o semántica, la cual puede ser complementada con una indagación de los antecedentes parlamentarios.

18 Hay en la construcción teórica de la Exégesis una marcada influencia del pensamiento de Rousseau y las categorías de ese pensamiento, a saber: el contrato social y la voluntad general subyacen a la reconstrucción de la metodología propuesta por la Escuela francesa.

Cuando el Código Civil francés de 1804 comenzó a ser aplicado, se fueron constatando insuficiencias de las formulaciones textuales que se tradujeron en la falta de enunciados legislativos concretos que dieran solución al caso concreto que debía resolverse. A partir de esas circunstancias de la práctica, se consideró que la voluntad legislativa explicitada para ciertos casos era extensible a casos similares. Esto supuso reconocer el recurso a la analogía como procedimiento de integración.

Aludiendo a estas cuestiones, señala Rivacoba y Rivacoba¹⁹ refiriéndose al Discurso de Portalis: “Por otra parte, contribuye a dar la medida del pensamiento y de la obra de Portalis el que, habiendo de surgir justamente de la codificación, en gran porción a él debida, la Escuela de la exégesis, con tan recortada comprensión del Derecho y su notoria sumisión a los textos legales, salte aquél con tal agilidad sobre ellos y perfile ya con sorprendente exactitud los procedimientos para salvar su insuficiencia, anticipándose en mucho, en el orden del tiempo, pero diferenciándose en poco, en cuanto a las ideas, de las doctrinas de la libre investigación científica”.

En efecto, señala Portalis que “por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás; viven en constante actividad, y ese movimiento que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún hecho nuevo, algún resultado nuevo. Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces” (Portalis 1978: 36).

Para la Escuela Histórica, las reglas producidas por el espíritu del pueblo a lo largo de su evolución histórica van a ser formuladas de forma clara por la “clase de los juristas”, quienes tenían a su cargo una elaboración científica que consistía en la unificación de lo múltiple en dos niveles: sincrónico y diacrónico. La metodología que se propone en el Discurso sobre la metodología jurídica se articula con tres actividades complementarias entre sí: una actividad gramatical, una investigación lógica y una investigación histórica. En Sistema de Derecho Romano Actual, se agrega un cuarto método: la investigación sistemática.

En cuanto a la interpretación, señala Kelsen (1986: 351-352) que si por tal se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco.

19 En oportunidad de prologar la edición del discurso de Portalis: RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel; Prólogo a Portalis; *Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil francés*, p. 22.

Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación, cuya función es fijar el sentido del texto normativo. Que una sentencia esté fundada en la ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; es una de las normas individuales (no la norma individual) que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general.

Esta concepción teórica importa una ruptura con la concepción tradicional, que supone que la ley, aplicada al caso concreto, siempre implica una única decisión correcta, y que la “corrección” jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Concibe la interpretación hecha por el juez como un mero acto intelectual de esclarecimiento, como si el órgano aplicador sólo pusiera en movimiento su entendimiento o intelecto, y no su voluntad.

3.1.1. definiciones

La actividad de interpretación, cuyo objeto consiste en actividades humanas o productos de las mismas, consiste en la adscripción a dichos objetos de un significado, un sentido o un valor sobre la base de determinados códigos culturales. Constituye la actividad central de las ciencias humanas (Iturralde 2003: 28). En la medida que el objeto se va constituyendo más específicamente, nos encontraremos con actividades interpretativas de adscripción o atribución de significado a expresiones lingüísticas en el marco de un lenguaje determinado y de conformidad con las reglas de aquél.

La interpretación jurídica o del derecho tiene por objeto los enunciados jurídicos de los materiales normativos, esto es, supone la atribución de significado a enunciados dotados de autoridad en tanto pertenecientes al discurso de las fuentes del derecho. Esta tarea, entre otras, constituye el núcleo de la actividad de los llamados científicos del derecho (o doctrinarios)²⁰, a los cuales ya nos hemos referido.

Ahora bien, puede decirse que la interpretación del derecho es un proceso o una actividad sometida a reglas, circunstancia que la distingue de otros tipos de interpretación lingüística, lo cual importa la existencia de reglas de interpretación (Haba 2003: 65). Esta afirmación hace visibles numerosos problemas. Los mismos se vinculan, por un lado, a la complejidad que implica la determinación de dichas reglas: es discutido, por ejemplo,

20 Dejamos planteada la importancia de profundizar el estudio acerca de las características de la ciencia jurídica que dé cuenta de su situación actual, en tanto no contamos en nuestro medio con desarrollos teóricos de envergadura acerca del punto.

si la interpretación exige ubicarse en el momento de la creación del objeto interpretado, si exige reconstruir el sentido querido por el autor del mismo o bien, si hay que atenerse al uso vigente en la comunidad relevante (la de los juristas) al momento de la aplicación. Asimismo, se discute si la asignación de significado a los términos y expresiones de los materiales normativos debe hacerse conforme su significado ordinario o cotidiano o si debe remitirse a nociones de carácter técnico-jurídico (Haba 2003: 65). Estas discusiones alcanzan a la interpretación de todos los materiales normativos, lo cual incluye, en un nivel metanormativo, a las llamadas reglas de interpretación, identificadas en el orden jurídico uruguayo con las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil.

3.1.2. acerca de la concepción de la función judicial y la comprensión de la propia actividad

De las entrevistas realizadas en oportunidad de la ejecución de la investigación sobre la jurisprudencia de la SCJ, surge la tematización de los problemas reseñados en el apartado anterior, lo cual se complementa con el lugar atribuido a la seguridad jurídica como valor, con la cuestión de la atribución de claridad a los textos normativos y con el lugar de los principios en la decisión judicial. En efecto, se sostuvo en esa oportunidad²¹ que se entiende pacíficamente que el Título Preliminar del Código Civil es aplicable en todas las materias, no solamente a la materia civil; que en cuanto a las reglas que la ley establece en relación a la interpretación, lo primero que hay que atender es al tenor literal; que la ley también prevé los procedimientos para llenar las lagunas de la ley. En primer lugar, el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de sus partes, pero también puede acudir a lo que prevé el Código Civil (art. 16) que, para los casos de lagunas, establece que habrá de acudirse a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

De acuerdo con ello, se afirmó que el texto establece claramente un orden de prioridad para la integración en caso de lagunas. Asimismo, acerca de las circunstancias en que es posible atribuir la claridad a un texto normativo, se señaló, descartando que la interpretación sea procedente sólo en casos de oscuridad, que “es muy difícil que no haya que interpretar; siempre hay que interpretar. Los términos de la ley no siempre están definidos. El lenguaje humano es muy impreciso. Muchas veces hay expresiones en la ley que dependen de otros conceptos que tampoco están definidos por la ley. Entonces, la labor de interpretación se da casi en forma permanente. Ahora, también la ley nos dice cómo entender las palabras de la ley: según el sentido natural y obvio (una casa es una casa, un

21 Entrevista al Dr. Daniel Gutiérrez (25/11/2005).

ropero es un ropero, no hay dudas acerca de eso). Cuando hay un uso especial de un término, hay que estar a lo que haya definido el legislador. Cuando utiliza palabras técnicas, de cualquier ciencia o arte, se toma el sentido que le dan los que profesan la ciencia o arte en cuestión. En definitiva, hay todo un sistema legal que, en principio, cubre todos los pasos de la interpretación y la integración. Ahora, siempre hay conceptos vagos, incluso en las pautas de interpretación que da la propia ley. Por ejemplo: ¿cuáles son los principios generales del derecho? ¿Cuáles son las doctrinas más recibidas? Y ahí está la labor del intérprete: determinar cuáles son los principios generales del derecho, que son los que derivan de nuestra Constitución, básicamente. Lo que entiende la SCJ en forma pacífica es que lo que se debe perseguir es una interpretación de la ley en función de los principios recogidos en la Constitución”.

Con relación a la denominada cláusula de derechos implícitos se señaló que “el art. 72 de la Constitución es la manifestación de un iusnaturalismo extremo, que se complementa con el art. 332”.²² Con respecto al lugar de la seguridad jurídica en la función jurisdiccional sostuvo que la misma es un valor constitucional a tutelar (art. 7) y que, por tanto, la interpretación de la ley debe inspirarse también en ese valor.

Otro de los Ministros entrevistados se refirió a la distancia del paradigma dogmático con la actividad real de los jueces: “A nosotros en la Facultad nos enseñaron el derecho con un criterio férreamente positivista. La panacea era Kelsen. Se pagaba tributo a una concepción decimonónica del rol del juez, con un rol muy secundario, muy poco creativo, que tiene que encontrar en el ordenamiento jurídico la solución del caso, haciendo un silogismo. Lo cual es una falsificación ideológica brutal de la actividad del juez. A mi se me ha atribuido erróneamente que yo propicio una suerte de autorización a los jueces de fallar *contra legem*, y no es así (...) Las soluciones legislativas se vuelven obsoletas con el paso del tiempo, especialmente teniendo en cuenta cuestiones relativas al avance tecnológico, etc. Es cada vez más difícil que una norma solucione todos los conflictos, como creían los revolucionarios franceses. Entonces, si no tenemos a los jueces capacitados en principios y valores, difícilmente puedan llegar a soluciones de justicia buscando desesperadamente una norma que tenga la solución para el caso. Además, no es así la tarea intelectual del juez. El juez siempre busca la fundamentación jurídica. El Código General del Proceso (CGP) prevé que se pueda decidir y postergar los fundamentos. Eso no es porque el juez llegó a la justicia del caso haciendo una argumentación jurídica impecable en forma silogística, sino porque sabe quién tiene razón y entonces falla y difiere la fundamentación. Lo que prevé el CGP es la situación real en la conciencia del juez. Además, la libertad de elección que tiene el juez respecto de la premisa normativa y la libertad de elección de los hechos relevantes, también nos llevan a la conclusión de que el silogismo fracasa como

22 Idem.

explicación. (...) Los principios se encuentran básicamente en la Constitución. El juez es, cada vez más, un juez constitucional. Quizás tengamos que repensar el sistema jurídico y dejar de entender que el derecho y la moral son dos órdenes normativos separados. La moral está en la base de toda norma jurídica y los principios generales son moral positivada o, como nosotros, los iusnaturalistas modernos, entendemos: son derecho natural positivado. Eso es lo que entendemos nosotros, y lo aplicamos permanentemente. A los que nos adjudican que con esto perjudicamos la seguridad jurídica o la predictibilidad de la seguridad jurídica o judicial, más concretamente, les diría que es absurdo; que no existe la predictibilidad o previsibilidad y prueba de ello es la existencia de pronunciamientos contradictorios, incluso en las mismas salas con diferentes integraciones. Además, en la puja entre dos valores superiores como son la seguridad y la justicia, para mí claramente el balance debe dar prioridad a la justicia, sin la cual, en definitiva, no hay seguridad. No hay ningún iuspublicista que no diga que los artículos 72 y 332 de la Constitución son la recepción del iusnaturalismo humanista. Entonces...¿cómo se puede sostener hoy todavía en Uruguay una posición positivista a ultranza y una interpretación literalista o exegetista de las normas? Es absurdo. La revolución francesa no pudo tener su cuerpo propio de magistrados y tuvo que someter a los jueces a cuerpos normativos exhaustivos, para asegurarse de que el juez estuviera sujeto a la ley. La ley era omnipotente porque era la expresión de la voluntad popular. (...) Pero ahora... ¿por qué la desconfianza hacia el juez?²³ Acerca de la atribución de claridad a los textos normativos, señaló que “no existe eso de *in claris*..., siempre es necesario interpretar”.

Surge de las entrevistas, evidencia de la presencia en el máximo órgano jurisprudencial de al menos dos concepciones de la interpretación jurídica y, en consecuencia, de concepciones correlativas del juez como intérprete del derecho. Estos elementos confirman la pertinencia de la investigación orientada a dar cuenta de las características de la teoría de la interpretación que mejor permita reconstruir las prácticas discursivas analizadas, correlacionando lo anterior con el modelo de juez-intérprete consistente con dicha teoría. Sin perjuicio de los diversos trasfondos teóricos, esa divergencia no se presenta como problemática en la toma de las decisiones ni en la justificación de las mismas, teniendo en cuenta que las discordias constatadas en el corpus de sentencias controlado, no evidencian que lo que condujo a la discordia haya sido la divergencia teórica a la que nos referimos. A su vez, la concordancia de los entrevistados en cuanto a la cuestión de la atribución de claridad a los materiales normativos y en cuanto a la identificación de los principios de conformidad al texto constitucional, disuelve el problema teórico (relevante precisamente en este ámbito) en el discurso del ejercicio cotidiano de la jurisdicción y fortalece la hipótesis que postula el carácter de tópicos argumentales respecto de los cánones de la interpretación.

23 Entrevista al Dr. Van Rompaey (14/11/2005)

Cuando Dworkin (1988: 16-19) distingue los diferentes tipos de desacuerdo sobre el derecho hace referencia a que los mismos versen sobre cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y cuestiones entrelazadas de moralidad y fidelidad políticas. El debate sobre si los jueces hacen o encuentran la ley es parte del desacuerdo teórico sobre los fundamentos del derecho, “pero ello no contribuye en nada a su resolución porque la verdadera cuestión nunca sale a la superficie”.

Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus convicciones personales acerca del sentido o propósito que justifica la práctica legal como un todo. Dworkin afirma que, a pesar de ello, toda comunidad posee paradigmas de derecho que mitigan las diferencias y conducen a la convergencia. Creemos que esa convergencia se refleja en el ejercicio cotidiano de la jurisdicción, en tanto, forma parte de dichos paradigmas compartidos lo aconsejable de no incluir, en la medida de lo posible, la discusión teórica en la justificación de la decisión. Señala Dworkin que “el conservatismo inevitable de la educación legal formal y del proceso de seleccionar abogados como funcionarios judiciales y administrativos agrega una mayor presión centrípeta” (1988: 73).

Parece oportuno recordar la noción de acuerdos teorizados en forma incompleta, propuesta por Sunstein (2006: 145): “A menudo es posible resolver espinosos asuntos de legislación y de políticas sin resolver cuestiones profundamente polémicas acerca de la justicia, la democracia y los fines del Estado. Con frecuencia le resulta posible a gente que difiere en cuanto a muchos temas ponerse de acuerdo respecto de una práctica social. En muchas áreas de la legislación y de las políticas públicas, la gente puede llegar a una conclusión acerca de lo que debe hacer a pesar de sus desacuerdos o incertidumbre respecto de por qué, exactamente, debería hacerlo”.

3.2.

sentido amplio y sentido estricto de interpretación

En la teoría del derecho contemporánea no hay unanimidad en cuanto a la caracterización de la interpretación, situación cuya relevancia epistemológica no debe desatenderse, en tanto nos encontramos, precisamente, caracterizando en la metateoría a las principales producciones de la ciencia del derecho. En términos generales, suelen distinguirse un sentido estricto y un sentido amplio de interpretación (Guastini 1993, Wróblweski 1985, entre otros). En sentido estricto, refiere a la atribución de significado a un enunciado normativo en casos de duda o controversia acerca del campo de aplicación del mismo. En sentido amplio, refiere a la atribución de significado a los enunciados normativos sin tener en

cuenta la existencia de dudas o controversias, esto es, sin calificar contextualmente la pertinencia o la oportunidad de la actividad interpretativa, lo cual implica que el significado es una variable dependiente de la interpretación y, en consecuencia, la interpretación es un presupuesto necesario de la aplicación. Wróblewski (1985) propone reservar el término interpretación para la actividad de atribución de significado en casos de duda o discusión (sentido estricto) y emplear comprensión para la atribución de significado en los casos de claridad.

Ahora bien, autores como Guastini (1998) y Hernández Marín (1999) prefieren emplear el concepto amplio de interpretación. Conforme esta opción, podemos definir a la interpretación como la atribución de sentido a un texto normativo. La aplicación²⁴ del derecho, en consecuencia, consiste en las actividades (entre ellas, la interpretación) implicadas en el proceso por el cual un tribunal (en sentido amplio²⁵) determina, en base al derecho, las consecuencias jurídicas de ciertos hechos (Iturralde 2003: 31). Son rasgos caracterizadores de la aplicación (que la diferencian de la interpretación), siguiendo a Iturralde, su carácter institucional (ocurre en el marco del proceso), los sujetos competentes (potestad), su finalidad (dar solución a un caso individual), sus consecuencias (carácter vinculantes respecto de las partes en el proceso) y su carácter definitivo²⁶ (cosa juzgada). En ese sentido, “lo que define a la interpretación judicial como operativa es el hecho de que las actividades que comprende procuran obtener una regla de decisión para un caso concreto” (Zuleta 2003: 38), distinguiendo en dicha actividad institucional la actividad interpretativa y la argumentación interpretativa. Con la primera actividad se alude al conjunto de operaciones intelectuales dirigidas a la atribución de significado a un enunciado normativo, y, con la segunda, se hace referencia a la exteriorización de las razones de la decisión, esto es, al desarrollo de las razones que justifican la decisión adoptada: “La actividad interpretativa es una actividad mental del juez. La argumentación es (...) discurso escrito y público, desarrollada en función de directivas, cánones y

24 Señala Tarello (1980: 40) la cuestión de la ambigüedad proceso/producto del término *interpretación* (consecuencia sintáctica y semántica de su carácter de derivado deverbal o nominalización del verbo transitivo *interpretar*), en la medida que designa la actividad o el proceso de atribución de significado y también el resultado o producto de dicha actividad o proceso. Lo mismo puede decirse con relación a *aplicación*.

25 Nos remitimos al uso del término *tribunal* propuesto por Alf Ross (1970).

26 Es interesante en este punto recordar la distinción que hace Hart entre definitividad e infabilidad de las decisiones judiciales. La definitividad, obviamente, supone la inmodificabilidad de la decisión, pero no supone que la misma haya sido la respuesta correcta para el caso individual. La apelación de las decisiones recurriendo a una autoridad superior supone atribuirle, en alguna instancia, el carácter de decisión con autoridad definitiva, lo que no elimina la posibilidad de error, abuso o violación de determinadas reglas, pero, en tanto las reglas secundarias establecen la institución de una autoridad cuyas decisiones son finales, “*para los fines del juego, el resultado del mismo es lo que el árbitro dice que es*” (Hart 1998: 142, *apud* Iturralde 2003: 33).

esquemas de razonamiento afianzados a lo largo de una tradición determinada. La argumentación desenvuelve estrategias validadas por la tradición y reconocidas como fuentes autoritativas de razones para la decisión. La actividad interpretativa tiene por objeto un texto normativo. La justificación versa, en cambio, sobre una tesis acerca del significado en definitiva atribuido a ese texto” (Zuleta 2003: 39).

3.3. objeto de la interpretación

Las discrepancias en el campo de la teoría del derecho respecto del objeto de la interpretación jurídica y su denominación reflejan las controversias conceptuales relativas a la interpretación y, también, a la norma jurídica como elemento clave en una teoría del derecho. La discusión acerca del concepto de norma jurídica está vinculada a entenderlo como el significado del enunciado normativo o formulación normativa, por un lado, o, por otro, como proposición normativa.

3.3.1. las categorías analíticas propuestas por Hernández Marín y Guastini

Es oportuno recordar la clasificación propuesta por Hernández Marín (1999) que incluye tres tipos de enunciados relativos a la cuestión de la interpretación jurídica:

- a) Enunciados interpretados (son el objeto de interpretación. Normalmente, son textos y podemos referirnos a ellos como enunciados legales o jurídicos o más genéricamente, como materiales normativos);
- b) Enunciados interpretativos (constituyen el resultado de la interpretación, son metalingüísticos, asertivos y no jurídicos);
- c) Enunciados interpretantes (son citados o mencionados por los enunciados interpretativos, y consisten en sinónimos de los enunciados interpretados. El enunciado interpretante implica un análisis de un enunciado interpretativo).

Por otra parte, distingue el sentido parcial de los enunciados (el que tiene un enunciado en sí mismo, al margen de cualquier circunstancia que rodee su formulación) y el sentido total de los mismos (el que tiene un enunciado en sí mismo, pero considerando o atendiendo, además, al conjunto de circunstancias que rodean la formulación, lo cual es denominado

habitualmente el contexto del enunciado). El sentido parcial coincide con el sentido literal y el total con el contextual. El sentido literal depende, a su vez, de factores de dos tipos:

- a) el sentido de las palabras que componen el enunciado (relaciones paradigmáticas), y
- b) la forma en que esas palabras se relacionan entre sí (relaciones sintagmáticas).

Por su parte, el contexto se subdivide en contexto lingüístico y extralingüístico. El primero (cotexto), está formado por otros enunciados, contiguos o próximos (en el espacio o el tiempo). La relación puede consistir en su unidad temática (toda la normativa sobre cierto tema) o en que procedan de un mismo autor. Entre un enunciado E (objeto de interpretación) que forma parte de una Ley y los demás enunciados de esa ley (contexto lingüístico) hay una relación de proximidad física, en el espacio y el tiempo, y también relaciones de proximidad por la unidad de origen (autor) y, eventualmente, por unidad temática. El segundo (contexto extralingüístico) tiene que ver con factores de naturaleza no-lingüística que condicionan el sentido del enunciado, vinculados a la persona que lo formula (creencias, intenciones, deseos, expectativas) y las circunstancias de lugar y tiempo²⁷.

Según Hernández Marín, la tarea del intérprete consiste en determinar el sentido de los enunciados jurídicos, teniendo en cuenta el sentido total (el sentido de las palabras y el conjunto de circunstancias que rodean la formulación). De este modo, armoniza su tesis con el pensamiento de Savigny, relativo a la distinción de los elementos lógico (Savigny lo describía como “la descomposición del pensamiento del legislador en sus diferentes partes”), gramatical (factores gramaticales a tener en cuenta son las relaciones sintácticas, especialmente el orden de las palabras), sistemático (relaciones existentes entre los diversos enunciados jurídicos, esto es, el contexto lingüístico) e histórico (circunstancias en que han sido creados los enunciados de la interpretación, esto es, el contexto extralingüístico).

Por su parte, Guastini (2001a), siguiendo a Tarello (1980), formula la distinción entre disposición y norma, entendiendo por disposición todo enunciado perteneciente a una fuente de derecho y, por norma el contenido significativo de la disposición. La norma es, entonces, una variable dependiente de la interpretación. De acuerdo con esto, la disposición (o el enunciado normativo) es el objeto de la interpretación y la norma su resultado.

27 Sin perjuicio de ello, tratándose de enunciados jurídicos resulta problemático concebir el contexto extralingüístico de un modo tan amplio: por ejemplo, cuando un enunciado ha sido emitido por un órgano integrado por más de una persona, nociones como las de intención, deseo o creencia, parecen difícilmente aplicables, salvo apelando a la creación de ficciones.

3.4. interpretación literal

En primer lugar, el abordaje de la cuestión de la interpretación literal debe comenzarse en el campo de la filosofía del lenguaje.

Grice (1957 y 1969) distingue entre el significado de la oración y el significado (intención) del hablante, donde es pertinente preguntarse por las coincidencias o discrepancias entre lo que el hablante significa y lo que dice (si dice lo que significa y significa lo que dice, esto es, si el significado de la oración coincide con el significado del hablante, tenemos literalidad). Con relación a la intención del hablante, conforme Grice (1957: 493), habrá casos en los cuales una emisión suponga un plan conciente o esté precedida de una formulación explícita de intención, lo cual pesa, no necesariamente en modo conclusivo, en favor de que el significado del hablante o emisor sea adecuado al plan. Ahora bien, las intenciones lingüísticas explícitamente formuladas no son corrientes. Por tanto, “a un emisor se le toma como intentando comunicar lo que normalmente se comunica (o lo que se intenta normalmente comunicar) y necesitamos una buena razón (...) para aceptar que un uso particular diverge del uso general” (Grice 1957: 494). En los casos en los cuales hay duda acerca de lo que intenta comunicar el emisor, suele recurrirse al contexto lingüístico o extralingüístico de la expresión de que se trate e interrogar acerca de cuál de las alternativas significativas sería relevante habida cuenta del contexto. La propuesta semántica de Grice incluye la distinción entre el significado del hablante o emisor, el significado de la oración o proferencia y el significado de la palabra, distinción que puede ponerse en relación con las nociones de significado atemporal, significado atemporal aplicado y significado ocasional del hablante, de modo que la noción de significado ocasional del hablante (que puede interpretarse en la teoría de Grice como equivalente al significado no-natural, por oposición al significado natural) es explicable en términos de la noción de intención del hablante (1969: 498-499).

La relación entre el significado literal y el significado metafórico es abordada por Davidson (1978) postulando que las metáforas significan lo que las palabras significan, en su interpretación más literal, y nada más, en contra de las posiciones que sostienen que las metáforas poseen, además de significado literal, otro significado (precisamente, el metafórico o figurado), posiciones que, a su vez, pueden o no sostener que es posible formular paráfrasis literales de las metáforas. Para Davidson, “la metáfora es un dispositivo legítimo no sólo en la literatura, sino también en la ciencia, la filosofía y el derecho; es efectiva en el elogio y en la injuria, en la plegaria y en la promoción, en la descripción y en la prescripción” (1978: 569), y recurre a la distinción entre lo que significan las palabras y aquello para lo cual se las usa, situando a la metáfora en el dominio del uso.

En ese sentido, la noción de significado metafórico no tiene rendimiento para explicar la metáfora, sino que ocurre precisamente lo contrario: es la metáfora la que permite explicar la noción de significado metafórico o figurado. El significado literal puede atribuirse a palabras y enunciados aparte de los contextos particulares de uso, por ello, remitirnos a ellos (a los contextos) tiene rendimiento explicativo (Davidson, 1978: 570).

Davidson (1986: 486 y ss) se refiere al *first meaning*, atribuyéndole carácter sistemático, en tanto un hablante competente es capaz de interpretar enunciados en base a las propiedades semánticas de las palabras en la estructura del enunciado. Para ello es necesario que existan relaciones sistemáticas entre los significados, que tengan carácter compartido (lo cual garantiza el éxito de la comunicación) y, que estén regulados por convenciones aprendidas.

Dascal (1986: 33), por su parte, caracteriza lo que podría ser una concepción tradicional del significado literal como aquella que: en primer lugar, entiende que el significado literal del enunciado se deriva, composicionalmente, de los significados literales de las palabras que lo conforman; en segundo lugar, entiende que el significado literal es independiente del contexto de uso; en tercer lugar, depende de nuestro conocimiento del lenguaje y no de nuestro conocimiento del mundo y; finalmente, entiende al significado literal como determinante de las condiciones de verdad y las condiciones lógicas del enunciado.

Señala Iturralde (2003: 94-95), haciendo referencia a Schauer, que “cuando se habla de significado literal se está haciendo referencia a la autonomía semántica del lenguaje, al hecho de que éste está guiado por reglas, pero también a que ciertos aspectos del contexto son imprescindibles para establecer el significado y que los significados son compartidos (lo que hace necesario tener en cuenta a los usuarios)”. Por oposición, una concepción contextualista supone sostener que las expresiones lingüísticas carecen de significado literal establecido de conformidad con las reglas de la lengua y que, el significado es función del contexto en el que las expresiones son usadas, revitalizando con ello la dimensión pragmática en el análisis lingüístico.

Según Luzzati (1990: 210 y ss), la interpretación literal es aquella que repite o reproduce determinadas fórmulas verbales; que atiende al sentido de las expresiones independientemente del contexto (lingüístico o extralingüístico), excluyendo la dimensión pragmática del análisis; que atribuye a las palabras su sentido ordinario (no técnico); y, que se asocia a una atribución *prima facie* de significado suficientemente claro y unívoco, lo cual se vincula con la interpretación tradicional que se hace del brocardo latino *in claris non fit interpretatio* y a las distinciones entre textos claros y oscuros y casos fáciles y difíciles.

Señala Zuleta, que la situación de *claritas* o de isomorfía se asocia a los casos en que, conforme la interpretación en sentido amplio, se obtiene una significación que exime del empleo de técnicas interpretativas específicas y que, es en este nivel en donde operan los brocados o apotegmas clásicos que excluyen la interpretación en situaciones de claridad: *interpretatio cessat in claris, clara non sunt interpretatio, in claris non fit interpretatio* (2003: 36).

Asimismo, la interpretación literal aparece asociada a estrategias argumentales dirigidas a justificar una cierta atribución de significado: “aquella que adopta el argumento a contrario o que trata de restringir el significado de los enunciados (interpretación restrictiva)” (Iturralde 2003: 96).

Refiriéndose al uso de los juristas, señala Luzzati que por interpretación literal se entiende aquella interpretación que no introduce innovaciones en la atribución de significado, sin apartarse de los significados habituales en el léxico de los juristas (1990: 225), entendiendo por “usos consolidados del lenguaje de los juristas” a aquellos usos que se caracterizan por su naturaleza social (en tanto son compartidos por los integrantes de la comunidad juristas) y por no ser establecidos según las exigencias del momento, sino que están preconstituidos.

Señala Iturralde (2003: 97) que, en el campo del derecho, se alude a la interpretación literal con dos propósitos: negar la necesidad de interpretación (*in claris...*) y contraponerla a la interpretación correctora. Esta última es aquella que se aparta del significado propio de las palabras, o bien, les asigna un significado diferente del literal, más estricto o más amplio (Tarello 1980: 36). Los argumentos que fundamentan la interpretación correctora (extensiva o restrictiva), intuitivamente se asemejan al empleo de las categorías de Grice ya reseñadas, en tanto, se basan en la contraposición entre la interpretación literal y la intención del legislador (histórico) o la voluntad (abstracta) de la ley. Son empleados:

- a) el argumento *ad absurdum* (se apela al dogma del legislador racional, de lo que se sigue que el legislador no puede haber formulado enunciados absurdos o que conduzcan a decisiones absurdas o inmorales en la aplicación, por lo que se aconseja no atribuir el sentido literal);
- b) la invocación del cambio de las circunstancias que conlleva un desfase de la solución normativa con la realidad social y cultural, siendo conveniente atribuir un significado diverso del literal (interpretación evolutiva);
- c) en la interpretación extensiva se incluyen en el campo de aplicación de la norma supuestos fácticos que, si el enunciado fuese interpretado literalmente, no estarían incluidos (suelen emplearse los argumentos *a fortiori* y *a simile*);

- d) en la interpretación restrictiva, que consiste en circunscribir el significado *prima facie* de un enunciado excluyendo del campo de aplicación supuestos que, conforme una interpretación literal, estarían incluidos, se emplea como justificación la técnica de la disociación, conforme la terminología propuesta por Guastini (2001b: 40) que consiste en “introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción en la que éste no ha pensado en absoluto, con el fin de reducir el campo de aplicación de una disposición sólo a algunos supuestos de hecho previstos por ella (previstos por ella, se entiende, según una interpretación literal)”.

4. in claris non fit interpretatio. estudio de un caso.

4.1. introducción

Incluimos en este trabajo el estudio de una decisión judicial concreta en virtud de que la temática involucra cuestiones que serán objeto de nuestra reflexión orientada a la incidencia del rol del juez intérprete del derecho en el diseño y funcionamiento de las instituciones de una democracia constitucional.

En efecto, la sentencia 174 de 2002 de la SCJ²⁸ hace referencia al brocardo latino *in claris non fit interpretatio* para no hacer lugar a la interpretación literal, frente a la decisión de segunda instancia que había justificado la decisión a partir del argumento de la literalidad y citando el famoso brocardo.

La SCJ emplea el brocardo como cita a una posición que se entiende superada, superación que constituye el fundamento del apartamiento del canon gramatical. Sin embargo, en numerosas sentencias (por ejemplo, la sentencia N°258/97 refiere a “los

28 El contenido de este apartado incorpora el comentario de jurisprudencia de la autora “El lugar de la interpretación literal en la decisión judicial”, en *Revista de Derecho Penal*, N°14, 2004, FCU, Montevideo, pp. 228-241.

claros términos contractuales”; la sentencia N°993/96 se apoya en que “el tenor literal es claro”) se asume implícitamente la posición que la sentencia N°174/02 explícitamente rechaza por pertenecer a un paradigma superado. En efecto, la aparición de argumentos interpretativos cuyo eje radica en la atribución de claridad al material normativo involucrado, permite afirmar que la concepción tradicional de la interpretación (que asume lo literal como neutral, incontrovertido y como garantía de univocidad) permanece latente en la gestión temática del discurso de justificación de la interpretación. En definitiva, dicha gestión temática del discurso importa la administración de tópicos (cánones de interpretación, técnicas argumentales y posiciones doctrinarias), que no son necesariamente predecibles, en la medida que no puede fácilmente percibirse cuál es el trasfondo teórico y de filosofía política al que se remite el órgano jurisdiccional²⁹.

4.1.1. algunas precisiones metodológicas

A los efectos del análisis del empleo del brocardo mencionado, recurriremos a categorías y conceptos que, si bien ya han sido expuestos en este informe, consideramos pertinente tener presente, por su especificidad para el análisis de la decisión concreta y, por ello, haremos las reiteraciones del caso.

Para reflexionar metateóricamente acerca de la interpretación literal del derecho, como ya hemos afirmado, es necesario, en principio, visualizar las derivaciones prácticas que se originan en las denominadas matrices teóricas o paradigmas del derecho.

Desde esa posición de partida, diremos que el tema de la interpretación literal de los textos normativos evidencia dos concepciones de la interpretación jurídica (Mazzarese 2000: 46) y, por tanto, dos concepciones de las normas jurídicas y de la actividad del juez: la tradicional (formalismo o normativismo), conforme la cual no hay interpretación cuando la formulación lingüística del texto es clara (es decir, el concepto de interpretación en sentido estricto a la que hicimos referencia *supra*) y, la no tradicional o heterodoxa, según la cual siempre hay interpretación, independientemente de la claridad de la formulación normativa (sentido amplio de Wróblwski). Haremos referencia a la concepción de la interpretación de los materiales jurídicos que parece subyacer al discurso judicial en general y que refleja el paradigma teórico dominante en nuestro país y a la importancia que, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, reviste la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N°174 de 18/6/2002, que puede

29 Precisamente en el trasfondo teórico es donde se encuentran las diferencias. Nos remitimos al parágrafo 7.5 para mayor abundamiento sobre este punto.

ser entendida como respaldo, en el discurso de los operadores, al diagnóstico de algunas de las anomalías³⁰ que exhibe, desde nuestra perspectiva, el paradigma tradicional en la experiencia jurídica.

La decisión judicial comentada nos permitirá evaluar la operatividad del paradigma tradicional, es decir, acudiendo a producciones discursivas concretas de los aplicadores, intentaremos analizar el poder explicativo de dicha matriz, en lo que tiene que ver con la interpretación literal de los textos normativos. En el estudio de las prácticas institucionales, nos encontramos frente a problemas, en el sentido epistemológico del término, cuando no existe correspondencia entre lo que se dice y lo que se hace, de manera que hay aspectos de las prácticas que son claramente visibles pero difíciles de enunciar, así como hay aspectos que se dicen y que es muy difícil ver.

Esas disyunciones entre lo visible y lo enunciable (Díaz 1995: 19)³¹, entre la teoría y la práctica, configuran los desencuentros que posibilitan la filosofía: “En esa escisión entre las palabras y las cosas se instauran las problematizaciones [que son] una de las condiciones de posibilidad de la filosofía” (Díaz 1995: 13). Las anomalías a las que hicimos referencia se vinculan, concretamente, al uso de argumentaciones de tipo lingüístico para encontrar una aparentemente científica y neutral justificación para los casos difíciles, en un esfuerzo por no consignar expresamente otros aspectos decisorios que tienen que ver con la opinión del juez.

4.1.1.1.

puntualizaciones terminológicas

- a) La argumentación, como género discursivo, “utiliza el lenguaje para justificar o refutar un punto de vista con el propósito de asegurar un acuerdo en las ideas” (Emeren 2000: 305). Asumimos, entonces, que en la justificación de las deci-

30 El término “anomalías” se emplea aquí en su sentido kuhneano, es decir, aludiendo a aquellos aspectos o lugares del fenómeno jurídico donde el paradigma pierde potencial explicativo. Un *paradigma* es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una comunidad científica consiste en unas personas que comparten un paradigma. En su significado “sociológico”, un paradigma supone toda la constelación de creencias, valores, técnicas, métodos, etcétera, que comparten los miembros de una comunidad dada. En definitiva, se trata de aquellos compromisos de un grupo que conforman una matriz disciplinaria (Kuhn 1996: 92-111).

31 De alguna manera, este planteo engloba la distancia entre las *funciones manifestas* (funciones que se enuncian en el discurso oficial) y las *funciones latentes* (funciones que realmente se cumplen en la sociedad) de las instituciones a las que alude Zaffaroni. “La disparidad entre ambas es inevitable, pero cuando la distancia entre lo que se ‘dice’ y lo que se ‘hace’ llega a ser paradójica, esa disparidad se vuelve disparate, o sea, que se ‘dispara’ contra la propia institución, desbaratándola (...) Una sana política institucional, se orientará siempre a alejarse del ‘disparate’, procurando acercar la estructura a la idoneidad para el cumplimiento de las funciones manifestas” (Zaffaroni 1994: 14-15).

siones encontramos discurso argumentativo, cuyos rasgos básicos (siguiendo a Calsamiglia y Tusón, 1999: 295) son:

- a.1. Objeto: un tema controvertido, discutido, dudoso, problemático, que admite varios tratamientos.
- a.2. Locutor: toma una posición, realiza una elección y expone su opinión dando razones, a través de expresiones moralizadas y axiológicas.
- a.3. Carácter: polémico, marcadamente dialógico; basado en la contraposición de posturas (creencias aceptadas o posiciones defendidas). Los enunciados son formulados en relación con otros enunciados (entre ellos, los materiales normativos).
- a.4. Objetivo: provocar la adhesión, convencer, persuadir a los destinatarios de la aceptabilidad y la fuerza de una idea o conclusión, de una forma de ver el tema controvertido.

La pragmadialéctica³² “parte del supuesto de que el propósito de la argumentación es resolver una diferencia de opinión (...). Se considera al argumento como una clase de interacción que surge en el contexto de otras actividades de interacción, cuando algo que se ha dicho, sugerido o transmitido hace evidente que existe una diferencia de opinión entre dos partes” (Eemeren 2000: 318).

- b) Los argumentos de tipo lingüístico son aquellos que tienen que ver con el significado de los materiales normativos y con cuestiones de sintaxis de los enunciados normativos; en otras palabras, son aquellos argumentos que tienen como tópico³³ la cuestión del significado literal de los textos. Un caso claro de este tipo de argumento, es la interpretación de los giros “en lo que fuere pertinente” y “aún así sólo”, contenidos en el artículo 178 de la Constitución.
- c) Por “casos difíciles” entendemos, siguiendo a Hart (1963: 155 y ss), aquellos en que los juristas pueden estar en desacuerdo sobre lo que es el derecho en algún punto, por oposición a los “casos fáciles”, en los cuales existe un

32 La teoría pragmadialéctica es una de las teorías pragmáticas de la argumentación, que brinda “un modelo de discurso argumentativo, no en términos de forma y contenido sino en términos de procedimientos de discusión (...) el modelo pragmadialéctico ofrece reglas para la interacción argumentativa y preconiciones asociadas que se relacionan con elementos tales como las destrezas, las actitudes y el poder de los participantes” (Eemeren 2000: 318-319).

33 El término admite varios usos. En esta oportunidad, lo empleamos en el sentido de elemento temático a nivel clausal o discursivo.

acuerdo³⁴ general sobre su inclusión en el campo de aplicabilidad de una regla. La calificación de un caso como difícil aparece directamente relacionada, en la construcción teórica de Hart, con la “textura abierta”³⁵ del Derecho, que supone que los textos normativos sancionados por el legislador, debido a rasgos propios de la lengua pero también a decisiones de política legislativa, constituyen una guía que posibilita la elección de diversas alternativas al momento de la aplicación (Segura 1998: 82).

4.2. los paradigmas del derecho

Como postulado básico es necesario distinguir, en lo que respecta a la aplicación del derecho, dos posibles niveles de descripción, cuales son el nivel de descripción de la forma en que los jueces deciden los casos y el nivel de descripción de la justificación de las decisiones tomadas.

4.2.1. el paradigma tradicional

Puede caracterizarse, a grandes rasgos, señalando que describe la conducta de los jueces en términos del recurso del “silogismo judicial”, esto es, una aplicación algorítmica del derecho y por tanto, la justificación de las decisiones deberá describir el proceso por el cual se llega a la decisión. Las normas jurídicas se identifican con las disposiciones normativas: los textos sancionados son las normas, en tanto objetos dados posibles o no de interpretación.

34 Dichos acuerdos dependen no sólo de convenciones lingüísticas compartidas, sino que también es necesario tomar en cuenta las convenciones especiales de uso técnico de ciertas palabras o los propósitos (explícitamente establecidos o generalmente atribuidos) de las disposiciones normativas que pueden desambiguar o determinar el significado de las palabras. Es en los casos difíciles donde las novedades teóricas (“la emergencia de los descubrimientos”, según Kuhn) proveen herramientas conceptuales, terminología y nuevas explicaciones que intentan dar una interpretación más adecuada de las circunstancias, y que por tanto, pretenden solucionar cuestiones que, desde la perspectiva del paradigma en crisis, se presentan como anomalías.

35 “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 (...) En la zona marginal de las reglas y en el campo que la teoría de los precedentes deja abierto, los tribunales desempeñan una función productora de reglas (...) Este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la intención del legislador y el derecho que ya existe” (Hart 1963: 168-169).

La interpretación, por su parte, constituye una actividad tendiente a desentrañar el sentido preexistente de los textos. Un ejemplo de justificación al abrigo del paradigma tradicional, en el cual se emplea el tópico de la literalidad, lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal (TAP) 2º T., N°45 (14/3/01): “...Más allá del acierto de la solución, tema por completo ajeno a la decisión judicial, es indiscutible que la razón y el propósito de la norma, determina que los efectos o consecuencias jurídicas sobre la situación del Ministro (y Ex) sea similar a la vista en el caso del artículo 172 (...) Que reiteradamente se ha sostenido en estos autos que colide con el sistema democrático la existencia de gobernantes irresponsables por cuanto se afectaría el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 8 de la Constitución. Más allá de las bondades o no de la hipótesis, cuestión que puede importar al Constituyente, al Legislador o al estudioso y crítico del Derecho, no al Juez que debe limitarse a aplicar la norma (...)”.

Ahora bien, la justificación de la discordia en la sentencia del TAP también recurre al tópico de la literalidad en el desarrollo argumental: “...aún partiéndose de la propia interpretación literal del precepto, llego a la conclusión opuesta: (...) la expresión clave ‘y aún durante el ejercicio del cargo’ (...) [supone que] mientras un Ministro de Estado está en el ejercicio del cargo, no se le puede enjuiciar penalmente por hechos cometidos durante la función, si previamente no se aplica el mecanismo –prerrogativa procesal– del juicio político (...). En tal situación, la Constitución está protegiendo la normal actividad funcional del órgano respectivo, sin consagrar una patente de impunidad a favor del titular del órgano (...) Pero, en ningún momento pudo estar en la mente del constituyente, consagrar un estatuto de inmunidad ‘*sine die*’ a favor de un Ministro de Estado, que lo pudiese poner, en todo tiempo, al margen de la ley penal (...) tal posibilidad resulta incompatible con principios básicos del sistema constitucional, en un sistema democrático y republicano (...) sostener lo contrario (...) significa lisa y llanamente ambientar una suerte de impunidad absoluta a favor de los gobernantes, en hechos de corrupción”.

4.2.2. el paradigma heterodoxo

La versión realista³⁶ más radical sostiene que el razonamiento hecho en los considerandos de la sentencia es una racionalización de la parte dispositiva, esto es, la motivación de

36 Este tipo de consideraciones son propias del realismo norteamericano, especialmente en la versión de Jerome Frank, autor de *Law and the Modern Mind* (1930), quien sostuvo que el derecho no consiste en absoluto en reglas sino únicamente en la suma total de las decisiones individuales; por tanto, mientras un tribunal no se haya pronunciado sobre alguna cuestión, no existe derecho sobre el punto, sino sólo conjeturas hechas por la doctrina y los prácticos acerca de lo que podrían decidir los tribunales si esa cuestión determinada llegara a la instancia judicial.

las sentencias no sería más que una racionalización de una operación que no obedece en absoluto al esquema de la lógica.

Esta visión teórica se ha ido matizando y, en atención a los niveles de descripción ya mencionados, podríamos decir que, teniendo presente la distinción entre el proceso psicológico de decisión y lo que sería una reconstrucción racional del mismo, lo más importante desde la perspectiva teórica general es el segundo nivel de descripción, es decir, el de la justificación. Una decisión racional, en este contexto, es una decisión justificable.

Con relación a las nociones de norma jurídica e interpretación, la primera se presenta como el resultado de la actividad interpretativa. Las normas, ontológicamente, no son los textos sino los sentidos de esos textos. Los textos son marcos dentro de los cuales el intérprete atribuye sentidos posibles, respetando la resistencia semántica del texto, así como su capacidad argumentativa, siendo el momento de aplicación aquél en el cual se fija el sentido del texto.

4.2.2.1. el lugar de la argumentación en la aplicación del derecho

Ahora bien, siguiendo a Atienza (1999: *passim*) puede decirse que una teoría adecuada de la argumentación jurídica debe considerar el aspecto formal, el aspecto material y el aspecto pragmático de la aplicación:

- A Desde el punto de vista estrictamente formal, “lo que importa no es cómo se pasa de las premisas a la conclusión, sino establecer si un determinado paso es o no lógicamente correcto. Y así, por ejemplo, el hecho de que, desde el punto de vista psicológico, se alcance primero la conclusión y luego se formulen las premisas mediante un mecanismo de racionalización a posteriori, no afecta para nada la cuestión de si el paso –la inferencia– está o no justificada lógicamente” (Atienza 1999: 46).
- B El aspecto material de la argumentación se vincula al uso de tópicos, en el sentido de argumentos materiales, esto es, a la introducción por el decisor de enunciados de contenido que ofrecen un apoyo para la resolución del problema. Se refiere a la “justificación externa” o justificación de las premisas, lo que no puede hacerse sin recurrir a teorías sobre la interpretación y a métodos concretos de interpretación. En este sentido, es importante que el aplicador dé una explicación del uso de esos tópicos, en el caso que nos interesa, el tópico de la literalidad.
- C El aspecto pragmático o dialéctico de la argumentación importa considerar el aspecto de acción o interacción lingüística y, especialmente, a los sujetos que argumentan. Supone ver a la argumentación como una actividad lingüística, que se ofrece como alternativa a la fuerza física o a otras presiones exteriores al discurso.

Señala Atienza (1999: 44-45), que estos tres aspectos o enfoques deben tenerse en cuenta porque “el Derecho en cuanto práctica racional, y en particular el Estado de Derecho, el Estado constitucional, presupone –o implica– no sólo valores de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), sino también de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo pragmático o político (conectados a la noción de aceptación)”.

4.2.3.

acerca del tópico de la literalidad en la decisión

4.2.3.1.

descripción

Aceptado el carácter fundamentalmente argumentativo de las prácticas propias de la experiencia jurídica, nos centraremos en la descripción del uso del tópico³⁷ de la literalidad. Se ha señalado que “los juristas continúan considerando primordial la interpretación literal y, por tanto, la noción subyacente de significado literal como el nodo central de la actividad interpretativa”, afirmación que se apoya: en primer lugar, en la importancia que el legislador sigue atribuyendo al canon literal al fijar las directivas para la interpretación y aplicación del derecho; en segundo lugar, en la convicción por parte de los jueces de que fundan sus actividades en una interpretación literal de los textos, en cumplimiento de lo que les es requerido por las directivas del legislador y; en tercer lugar, en la importancia que los teóricos siguen atribuyendo a las nociones de significado literal y de interpretación literal.

4.2.3.2.

in claris non fit interpretatio

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que en la actualidad, cuando se cita el brocardo (Mazzarese 2000: 8) “*in claris non fit interpretatio*” (que en el derecho romano hacía referencia a la jerarquía de las fuentes, es decir, a la prioridad de la *lex* sobre la *interpretatio* o doctrina), se le atribuye el sentido de directiva genérica de atenerse a la letra de la ley en todos los casos en que los documentos legislativos tengan un sentido aparente o inmediato. Se presenta, entonces, como una directiva metodológica que, como tal, puede ser abandonada por la preferencia de otra directiva metodológica o en base a

37 La gestión temática del discurso implica la existencia de ciertos conceptos y proposiciones que son más centrales a los efectos del desarrollo del discurso y que “proporcionan el marco o andamiaje entorno del cual se ubican los detalles del discurso.” La noción de **tema o tópico** puede delinearse de la siguiente forma: a) el tema es el asunto (*aboutness*) del que trata la oración o el discurso; b) el tema es el *punto de partida* de la emisión de un mensaje; c) el tema es el *centro de atención* de la oración o el discurso. (Tomlin 2000: 133-134).

consideraciones prácticas, la cual prescribe atenerse a una interpretación declarativa, esto es, considerar el significado más inmediato e intuitivo, cuando la letra no sea oscura (*interpretatio cessat in claris*). Siguiendo a Tarello, puede señalarse como conveniente que en la actividad jurídica actual se prescinda de emplear expresiones como ley clara, interpretación declarativa, interpretación extensiva o restrictiva, por tratarse de expresiones cuyo uso implícitamente se inspira en dos creencias fundamentales (Mazzarese 2000: 8):

- a) que los textos normativos tienen un significado propio, independiente de la actividad interpretativa de los usuarios de los materiales normativos y;
- b) que la norma es una entidad anterior a la interpretación.

4.2.3.3.

la figura del intérprete

Una de las cuestiones que la descripción tradicional exhibe, es el descuido del aspecto pragmático del lenguaje, descuido que supone el olvido de las variables que tienen que ver:

- a) con los destinatarios del texto normativo: los aplicadores, en tanto intérpretes que fijan el sentido de los textos en el caso concreto.

El significado del texto no puede disociarse de la recepción y de la activa participación del receptor. No puede entenderse al significado literal como un significado claro y antecedente, que no depende del contexto de recepción, de la particular ocasión de uso y, en el caso del discurso jurídico (perteneciente al género del discurso práctico racional, según la distinción que hace Habermas, que es seguida por Alexy, y que la sentencia de la SCJ recoge) con la necesidad de fundar moralmente las pretensiones de corrección³⁸. La característica clave de los discursos prácticos es que se llevan a cabo siguiendo determinadas reglas³⁹. Alexy afirma que la argumentación jurídica representa un caso especial del discurso práctico general, o dicho de otra forma, constituye una modalidad institucional de la argumentación moral;

38 “Corrección” o “rectitud”, en términos de la teoría de Habermas, significa aceptabilidad racional, aceptabilidad basada en buenos argumentos. Una teoría discursiva del fenómeno jurídico hace depender la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso argumentativo, lo cual supone que “las propiedades constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de la estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo” (Habermas 2000: 297).

39 Reglas referidas: 1) a la esfera lógica de los productos, construcción argumental, reglas para la comprensión semántica de los enunciados; 2) a la esfera dialéctica de los procedimientos: supuestos pragmáticos; 3) al círculo retórico de los procesos: excluyen las posibles distorsiones comunicativas y se vinculan a la igualdad de derechos de todos los participantes y a la ausencia de coacción (Velasco 2000: 126).

- b) con la competencia lingüística⁴⁰ de los intérpretes (ya que puede decirse que el significado literal de un texto no es otra cosa que una función de la competencia lingüística de aquél que lo decodifica), y;
- c) con el contexto de aplicación, lo cual importa tener presente el contexto institucional (obligación de fallar fundamentando la decisión) que es, en definitiva, la diferencia fundamental entre la argumentación jurídica y la argumentación moral.

4.2.3.4. consideraciones

Algunas posibles motivaciones de la permanencia de argumentaciones que descuidan los aspectos reseñados y conciben las normas jurídicas como datos dados al aplicador podrían ser los siguientes:

- I Según el punto de vista habitual, la interpretación literal es aquella que no atribuye a las disposiciones normativas nada más que su “propio” significado. Señala Guastini, siguiendo la línea de Tarello, que esta perspectiva debe rechazarse, por encontrarse fundada en la idea de que las palabras están dotadas de un significado propio, intrínseco y unívoco. Desde el momento en que las palabras son susceptibles de diversos usos, debe redefinirse la interpretación literal como aquella que atribuye el significado más inmediato, el significado sugerido por el uso común de las palabras y, dándole cabida también al significado etimológico de éstas. Por tanto, ante la falta de rigor de la noción brindada, puede concluirse que el significado literal es una variable de la competencia lingüística y de la intención lingüística de cada intérprete, y por ello, ampliamente subjetivo.
- II Tienen también rendimiento teórico y metodológico los aportes de la hermenéutica jurídica y de la teoría de la argumentación, en tanto los materiales normativos no tienen, ni tienen la posibilidad de tener, una “forma semántica tal que de ella resultase una determinación que sólo dejase ya al juez la tarea de una aplicación algorítmica” (Habermas 1991: 157). En ese sentido, señala Habermas que “las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que constituyen un desarrollo del derecho (1991: 157-158). En cuanto a los procedimientos de justificación de las decisiones, Habermas sostiene que

40 De manera muy general, la expresión –identificada con los conceptos metodológicos de Noam Chomsky– alude al conjunto de posibilidades del hablante en tanto poseedor de una lengua determinada –el español– de construir y reconocer la infinidad de frases gramaticalmente correctas, de interpretar cuáles de ellas (también en número infinito) tienen sentido, de descubrir las ambigüedades, de captar que ciertas frases, eventualmente muy diferentes en la forma, tienen sin embargo una fuerte similitud gramatical y que otras, formalmente muy cercanas, son gramaticalmente muy desemejantes (Ducrot 1976: 145-146).

“en el Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir las cargas de argumentación e institucionalizar las vías de fundamentación y justificación que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales. Habermas se refiere con esto a una moralidad que es de naturaleza procedimental; de modo que no flota sobre el derecho como un conjunto suprapositivo de normas, sino que emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en el derecho positivo. Esa moral, señala este autor, “se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles” (1991: 168). La práctica de toma de decisiones puede reconstruirse desde el punto de vista de “hasta qué punto los procedimientos jurídicos dejan espacio suficiente a la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coerciones externas.” (Habermas 1991: 169). Es interesante —de acuerdo a lo señalado— la siguiente opinión del TAP en la sentencia citada: “En el decurso de este pronunciamiento, los firmantes del fallo han procurado evitar cualquier juicio de valor, en torno a lo que se entiende disponen las normas constitucionales, en relación al litigio planteado. Y ello por cuanto, es convicción de los Ministros acordantes, que los jueces deben aplicar los textos legales, procurando evitar caer en la tentación de que sus posturas filosóficas o posiciones políticas distorsionen la solución que el Constituyente o el Legislador han considerado conveniente para el adecuado funcionamiento del sistema político establecido y organizado en la Constitución...”.

A la distorsión argumental aludida en la cita de Habermas, se agregan varios errores, en el proceso de justificación, que son observados por Sarlo (2001: 6-7), en tanto el TAP presupone que en las cuestiones constitucionales hay una sola solución que emana de los textos; no incluye entre los textos aplicables a los principios constitucionales que son el fundamento del orden constitucional todo y; supone que los únicos juicios de valor posibles son los personales de los jueces, esto es, concebidos como juicios arbitrarios, sin considerar que hay valores aceptados como fundamento del sistema todo.

III Con relación al brocardo asociado a la concepción tradicional (*in claris non fit interpretatio*), corresponde señalar, y efectivamente lo hace la Corte en la sentencia comentada, que, adjudicar el atributo claridad a un texto es, en realidad, un postulado interpretativo sobre el que se construye la consecuencia legal. Señala Segura que “parece que hoy existe unanimidad a la hora de afirmar que siempre y en todo caso la aplicación del Derecho implica una necesaria labor de interpretación que se proyecta sobre las normas (y los hechos). El viejo brocardo “*in claris non fit interpretatio*” se ha desterrado definitivamente de la mentalidad de los juristas de modo que

aunque las normas sean claras sigue siendo necesario interpretarlas” (1998: 93). En este sentido, la sentencia N°174 descarta la interpretación literal, y señala que: “...el principio subyacente a la tesis de ese tipo de interpretación [la literal] –*in claris non fit interpretatio*– “paradigmático para la Escuela de la Exégesis, es puesto en tela de juicio por la moderna teoría del derecho. En realidad, la claridad de la norma es el resultado de una inmediata interpretación, que significa comprender la norma en su significado jurídico, y es propiamente la interpretación –que siempre resulta una tarea necesaria– la que nos muestra que aquella norma se entiende en tal o tal otro modo, y, por lo tanto es clara (...) El tenor gramatical del texto objeto de interpretación no es entonces, el único elemento a tener en cuenta en la tarea interpretativa, ha de acudir a otros criterios hermenéuticos”.

En el mismo sentido, en la sentencia N°294/99 se consigna una reflexión acerca de la superación del argumento de la literalidad como criterio interpretativo jerarquizado, caracterizándolo como un “criterio pregonado en su momento por la escuela clásica, pero ya abandonado por la más recibida doctrina y por la mayoría de las legislaciones en el derecho comparado, porque hay que poner el énfasis en el ‘sentido de la ley’”.⁴¹ Se discute, por tanto, la interpretación del sintagma “deuda original” basada en el tenor literal⁴² y se señala que la “única interpretación que no sólo respeta el ‘sentido de la ley’, teniendo en consideración su ‘*ratio legis*’ y la ‘historia fidedigna de su sanción’, sino que permite la armonía entre las distintas normas es aquella que [entiende por ‘deuda original’ las existentes a la fecha correspondiente, sin considerar otros antecedentes o cancelaciones]. La discusión, en cada una de las instancias del litigio, acerca de la inclusión o no de determinadas deudas en el campo de aplicación de la norma se produce a partir de la asignación de significado a varios sintagmas que contienen el calificativo “original” o bien, que incluyen su forma adverbial, a saber: “montos originales”, “deuda original”, “deudas contraídas originalmente”, “deuda originalmente pactada”. En definitiva, la sentencia desestima el recurso de casación, señalando que la interpretación propuesta de las normas relativas a endeudamiento interno y refinanciación, no es violatoria de las pautas que da el legislador para la interpretación, sino que, al contrario, muestran una adecuada aplicación de éstas, en tanto entienden al adjetivo “original” en su “sentido natural y obvio”, no siendo legítimo incursionar en su “espíritu”.

IV Desde la perspectiva epistemológica, la oposición de paradigmas resulta relevante en tanto el proceso interpretativo adquiere una connotación de carácter cognoscitivo-declarativo⁴³, en el caso de la concepción tradicional, mientras que, en el otro caso,

41 LJU, tomo 121, Año 2000, caso 13915.

42 Alcanzando a cualquier deuda antecedente, sin importar su cancelación.

43 Siguiendo la propuesta de Mazzarese (2000) en el artículo citado.

adquiere una connotación de carácter decisorio-constitutivo. En efecto, señala la Corte, recogiendo la opinión de Sarlo (2001: 6), que: “situados en el punto de vista interno, los actores [se refiere a los jueces] no pueden prescindir de las valoraciones al actuar y por consiguiente, la negación de este hecho sólo puede deberse a una finalidad de ocultamiento de la realidad o a una ingenuidad grave”.

A continuación, la Corte hace referencia al pensamiento de Alexy señalando que desde el punto de vista del participante “es innegable la conexión necesaria entre derecho y moral” y también hace referencia al pensamiento de Dworkin (1988: 164-191), quien sostiene que el Juez, para argumentar moralmente, debe argumentar racionalmente y, en ese sentido, otorga una gran relevancia al peso argumentativo de los principios. Nótese la importancia que tienen estas consideraciones, desde la perspectiva de la teoría general del derecho, para poder explicar los niveles de descripción⁴⁴ a los que hicimos referencia al comienzo, en la medida que la Corte reflexiona sobre su propia práctica⁴⁵, incluyendo en la argumentación consideraciones relativas a la forma en que se deciden los casos difíciles: “...si el juez siempre decide (...) en base a valoraciones, si no las plantea, quedan en la penumbra y se cercena la posibilidad de control social sobre las mismas, que es lo que requiere una democracia republicana. Por otra parte, no puede decirse (...) que la decisión se obtuvo sin valoraciones, porque ello es lógicamente imposible, dada la ambigüedad de los hechos y las normas del caso. Es decir que, antes que nada, el Juez debe hacerse cargo de los valores que están en juego en su decisión, y asumir la carga de fundar su decisión”.

Para ello –se establece a continuación– deberá atender a los valores que la Constitución consagra bajo la forma de principios, prestando especial atención al valor de “la forma republicana de gobierno”.

Señala Sarlo (2001: 7), que “es universalmente admitido que el juez está obligado a fundar racionalmente su fallo, como garantía de las partes; aquí se advierte que lo que para un punto de vista externo es una decisión, desde un punto de vista interno no lo es, porque los fundamentos requeridos deben ser ampliamente compartidos por los participantes de la experiencia jurídica”.

Dworkin, que sustenta la concepción del derecho como integridad, en el entendido de que toda interpretación de los textos normativos refleja una teoría subyacente sobre el carácter general del derecho, sostiene que: “Los jueces que aceptan el ideal interpretativo

44 El paradigma tradicional exhibe una confusión de niveles, en tanto no distingue analíticamente el proceso de decisión y la justificación de la decisión, con lo cual corre el riesgo de desviar sus conclusiones por confundir niveles discursivos con datos de la realidad.

45 Citando nuevamente el artículo de Sarlo mencionado *supra*.

de la integridad deciden los casos difíciles tratando de hallar un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes [de] las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad.” (1988: 183). En ese sentido, la historia es tenida particularmente en cuenta por la concepción del derecho como integridad, integridad que no exige coherencia de principio en todas las etapas históricas del derecho de una comunidad y tampoco exige que los jueces traten de comprender la ley que aplican como una comunidad de principio con la ley abandonada un siglo anterior o una generación anterior (Dworkin 1988: 165). En efecto, “el derecho como integridad comienza en el presente y continúa el pasado sólo en la forma que lo dicte su foco contemporáneo (...) Su objetivo no es recapturar para el derecho actual los propósitos prácticos de los políticos que primero lo crearon. Su objetivo es más bien justificar lo que hicieron (a veces incluyendo lo que dijeron) en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un reclamo: que la actual práctica puede ser organizada y justificada con principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable” (Dworkin 1988: 166). De acuerdo con esto, podríamos decir que esta construcción teórica le reclama al juez que tenga conciencia de la historia efectual, que en términos de la hermenéutica gadameriana supone, en primer lugar, tener conciencia de la situación (Gadamer 2001: 372 y ss) hermenéutica, concepto que implica, a su vez, la noción de horizonte. El juez se enfrenta a una tradición que pretende comprender y, a su vez, integra esa tradición.

La elaboración de la situación hermenéutica significa la obtención del horizonte correcto para las cuestiones que se plantean de cara a la tradición: comprender es siempre el proceso de fusión del horizonte del pasado y el horizonte del presente. Esta perspectiva es coherente, por ejemplo, con la argumentación de tipo consecuencialista en la justificación de las decisiones.

Señala Aragón (1999: 155), que en el caso de la interpretación constitucional la consideración de las consecuencias de la decisión es irrenunciable. En perspectiva consecuencialista, la Corte desestima como interpretación literal la esgrimida por la mayoría del TAP por entender que la misma conduce a un resultado absurdo, cual es la consagración de un régimen de inmunidad para los Ministros de Estado por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, incompatible con las bases de la institucionalidad democrática y la forma republicana de gobierno: “Ello impone una interpretación axiológica-apagógica del precepto, que lleva a descartar aquella intelección que supone consecuencias absurdas bajo el pretexto de una supuesta claridad gramatical”.

En definitiva, las consideraciones teóricas expuestas fundamentan el recurso por la Corte a una interpretación constitucional, que podríamos llamar “en clave de Estado democrático republicano de Derecho” y a su vez nos permiten identificar en el discurso de los

aplicadores, señales inequívocas del valor de la argumentación racional en la justificación de las decisiones, en tanto facilitadora del control social de las mismas y nos permite, asimismo, reafirmar también “en clave de Estado democrático republicano de Derecho”, pero desde el metalenguaje de la teoría general del derecho, la importancia de la argumentación racional y de la explicitación de los presupuestos teóricos y conceptuales que subyacen a la actividad interpretativa del derecho, de manera de superar algunos de los desacuerdos entre teoría y práctica, entre lo que se dice y lo que se hace.

V Aceptada la relevancia de las consideraciones expuestas, podemos afirmar que la interpretación literal es uno más del elenco de tópicos posibles de los que dispone el juez para justificar sus decisiones de manera jurídicamente plausible. Por tanto, aceptada la injerencia del elemento valorativo en las decisiones, puede señalarse que una de las razones por las cuales los juristas continúan invocando el significado literal de los textos normativos, a pesar de la falta de univocidad de la noción en cuestión, parece ser una razón política o ideológica⁴⁶.

Señala Mazzaresse que no es la falta de actualización de sus conocimientos ni la proverbial resistencia a modificar sus propias categorías conceptuales, sino que, la razón por la que los juristas siguen recurriendo a la interpretación literal como tópico en la justificación de las decisiones, es la defensa del valor “certeza jurídica” o “seguridad jurídica”. La interpretación literal puede ser considerada, entonces, como uno de los tópicos de los que dispone el aplicador para construir discursivamente la justificación de sus decisiones, constituyendo uno de los tópicos más aceptados “por su fuerza evocativa, más que por su capacidad heurística” (Mazzaresse 2000: 54).

En el mismo sentido, señala Segura (1998: 104) que “... la decisión no está determinada, al menos de un modo absoluto, ni por los criterios de interpretación de las mismas. El hecho de que los jueces invoquen tales normas y criterios como fundamento de su resolución no significa que efectivamente tales elementos constituyan el factor fundamental de su decisión. (...) Probablemente, la personalidad del juez es el factor más decisivo y curiosamente es el que se ha tratado de ocultar reiteradamente, al menos hasta los inicios del siglo XX. La razón de esta actitud responde a una auténtica ficción que se ha justificado en la necesidad de proporcionar seguridad jurídica”.

Los juristas continúan haciendo referencia a la interpretación literal (a veces en su sentido más sensato, es decir, como opuesta a la interpretación contextual⁴⁷, pero la mayoría de las veces utilizando diferentes sentidos de la expresión, mayoritariamente relativos al “significado propio” de las palabras) y al significado literal porque “estas nociones les per-

46 Esto es, se apoya en las representaciones sociales compartidas por los miembros de un grupo.

47 Siguiendo las categorías de análisis formuladas por Hernández Marín (1999: 101 y ss).

miten defender y (re)afirmar el valor de la seguridad jurídica, ignorando (sino negando) la importancia del intérprete en la aplicación del derecho” (2000: 9).

Sin perjuicio de lo que señala Mazzaresse, no creemos que deba desestimarse como una razón posible la resistencia de los operadores a modificar sus categorías conceptuales. Esta hipótesis es pertinente en nuestro medio en la medida que la concepción tradicional (propia de la Escuela de la Exégesis y de la matriz savigniana del pensamiento acerca del objeto jurídico) tiene un peso determinante en la formación de los juristas⁴⁸, lo cual repercute directamente en el discurso judicial y en la argumentación que tiene lugar en la práctica forense.

4.3. algunas conclusiones primarias

1. De los textos normativos no siempre es posible una interpretación literal, si por “literalidad” se entiende atenerse al sentido de los enunciados sin considerar su contexto, lingüístico o extralingüístico. A su vez, debe tenerse presente que la dicotomía texto claro/texto oscuro es una función de la competencia lingüística del intérprete.
2. La interpretación literal constituye un tópico presente en la justificación de las decisiones, en algunos casos invocado como directiva metodológica general que no excluye otros métodos y otras veces como canon privativo, salvo casos de oscuridad. Esto refleja la convicción que tienen los operadores jurídicos, propia del paradigma tradicional en crisis, de que al fundar sus propias actividades en la interpretación literal del derecho cumplen con las directivas interpretativas del legislador, arribando por tanto a decisiones “objetivas”, en el entendido que el “significado literal” permite fundar un criterio interpretativo aceptable de forma

48 Esto se refleja claramente en la estructura del plan de estudios de nuestra Facultad y en los contenidos de los programas de las asignaturas. En efecto, se le asigna un rol fundamental al discurso de la doctrina y no se asigna la relevancia apropiada al estudio de la jurisprudencia, circunstancia ésta que va en dirección opuesta a la que surge de las producciones de la teoría del derecho, desde Kelsen a nuestros días. A su vez, el paradigma tradicional puede constatar en la mayoría de la dogmática nacional (conforme los datos que surgen de una muestra de bibliografía de autores de la doctrina nacional, que abarca la totalidad de los libros empleados en las asignaturas de contenido dogmático de la formación de grado de la Facultad de Derecho de los últimos cinco años. Esa muestra constituye el *corpus* del proyecto de investigación “Referencias teóricas en la dogmática jurídica de la Facultad de Derecho”, financiado por CSIC (2002), cuya docente responsable es la autora de esta publicación).

incontrovertida. Continuar atados a la interpretación literal, tradicionalmente entendida, es signo de una cultura jurídica que sigue apoyándose en los dogmas de la exégesis, de la aplicación mecánica de las normas y de la subsunción, y muy poco en los paradigmas teóricos del siglo XX (Cárdenas 2002: 20).

3. El efecto tranquilizador de la negación de la existencia de valoraciones morales en la labor del juez, que el paradigma tradicional muestra como una ingenuidad grave o un ocultamiento de la realidad⁴⁹, puede ser sustituido –al menos puede decirse que eso ocurre en la sentencia relacionada– por un discurso más racional que reconoce algunas tendencias teóricas contemporáneas y que señala, como ya fue dicho, que: “si el juez decide en base a valoraciones, si no las plantea quedan en la penumbra y se cercena la posibilidad de control social sobre las mismas, que es lo que requiere una democracia republicana”.
4. Por otra parte, las inseguridades que pueden provocar en los juristas formados dentro del paradigma tradicional los postulados del paradigma heterodoxo, quedan corregidas por el uso de la argumentación racional en la justificación de las decisiones, como garantía de las partes. De este modo, siguiendo a MacCormick, el carácter argumentable del Derecho se reconcilia con el Estado de Derecho, en tanto situación alcanzable y que asegura los valores “certeza jurídica”, “seguridad de expectativas jurídicas” y la seguridad de los ciudadanos frente a la injerencia arbitraria del Estado y sus agentes (MacCormick 1999: 8)⁵⁰.
5. De este modo, el modelo argumentativo mencionado no es opuesto a la seguridad jurídica sino que pretende asegurarla de una manera más realista y profunda. Señala Aarnio (1990: 26-27) que “en los Estados modernos los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad justificando las decisiones de una forma bien conocida. Ésta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos (...) no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a aquella cuestión es usar argumentos apropiados (razones) (...) Desde el punto de vista de la certeza jurídica sólo son importantes las razones jurídicas aceptables y públicas, porque sólo ellas permiten valorar la relevancia jurídica de la

49 No es algo sencillo admitir que se ha estado trabajando con construcciones con datos falsos, no solamente porque la crisis de legitimidad del discurso tradicional se vuelve ostensible, sino porque dicha admisión supone reconocer que se ha sufrido una larga capacitación (en el sistema de formación universitaria y en las propias prácticas institucionales) para interiorizar como científicos esos datos falsos.

50 Por su parte, Habermas señala como paradójico que el elemento que aumenta la seguridad jurídica sea el que, por otro lado, resulta proclive a estar inficionado de ideología. “Los paradigmas se consolidan formando ideologías en la medida que se cierran sistemáticamente contra todas las nuevas interpretaciones de la situación...” (Habermas 2000: 292).

decisión. Si las razones permanecen ocultas y/o son inaceptables, carecen de valor para el control público”.⁵¹

6. En definitiva, la necesidad de remover ciertos dogmas, a través de la introducción de nuevas definiciones desde la teoría general del derecho y la ciencia jurídica, se reflejan en la pieza de discurso judicial seleccionada, que reconoce expresamente la importancia de la argumentación racional en la justificación de las decisiones, ante “la obligación del juez de fundar racionalmente su fallo, como garantía de las partes”.

En este sentido, Aarnio (1991: 29) sostiene, como ya fue dicho, que en las sociedades actuales los ciudadanos no sólo exigen decisiones dotadas de autoridad sino que exigen razones y esto se extiende a la administración de justicia⁵², de forma que “...la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones”. Es necesario, entonces, reconocer la necesidad de un paradigma explicativo que dé cuenta del poder mediador de la palabra en el proceso de construcción de sentido. Igualmente, se vuelve prioritaria como tarea académica, poner el foco en el problema de la legitimación de la actividad judicial (y sus relaciones con la ideología normativa de los tribunales y los discursos institucionales).

51 En el mismo sentido, señala Zaffaroni, refiriéndose a la interpretación (entendida como actividad creativa y no meramente silogística) constitucional por los jueces y respondiendo al cuestionamiento de que la producción normativa es competencia exclusiva de los órganos electos popularmente: “...una institución no es democrática sólo por provenir de elección popular (...) Una institución es democrática cuando es funcional para el sistema democrático, es decir, cuando es necesaria para su continuidad, como sucede con el judicial (...) la legitimidad democrática no se juzga únicamente por el origen, sino también (...) por la función (...) lo prioritario en el judicial, es su función democrática, o sea, su (...) utilidad para la estabilidad y continuidad democrática” (1994: 41- 43). El cuestionamiento por la forma de elección también es esgrimido por la crítica de Dworkin al postulado de la discrecionalidad judicial en Hart. Podríamos interpretar este tipo de objeciones como “ingenuas”, en la medida que implican la aceptación de que en el discurso institucional lo que se dice coincide con lo que se hace, en el sentido que fue señalado al comienzo de este trabajo, ingenuidad que tiene sentido a la luz del paradigma exegético en el cual el juez es *la boca de la ley*, consecuencia de una esgrimida confianza absoluta en el legislador y una absoluta desconfianza hacia el juez.

52 Vinculado a ello, sostiene Habermas: “La comprensión procedimentalista del derecho insiste (...) en que los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación...” (2000: 648).

directrices y cánones de la tradición

Sostuvimos *supra* que, en cada cultura jurídica, operan directrices, cánones y otros recursos operativos, que son acuñados por la tradición judicial y doctrinaria, referidos tanto a la actividad interpretativa como a la argumentación interpretativa (Zuleta 2003: 39). La existencia de dicho corpus de técnicas argumentales, constituye el conjunto de argumentaciones que, pese a no ser obligatorias, son reconocidas y valiosas para una comunidad jurídica, en principio (pero no siempre), por su incidencia en la justificación racional de las decisiones.

Justificar es dar razones, es decir, implica ofrecer y desarrollar argumentos con relevancia teórica y práctica, con la finalidad de mostrar que una tesis debe ser aceptada, a la luz de las razones relevantes. La justificación presupone la existencia de un discurso intersubjetivo racional (Aarnio 1991). Sostiene Zuleta: “La justificación de la decisión será así el resultado de una producción común de evidencias, razones, objeciones y respuestas, al cabo de las cuales queda conformada una garantía en el sentido de que una determinada proposición es cierta o una determinada norma es válida. Esta garantía ha respondido de modo eficaz a las objeciones que se le plantearon, ha propuesto y probado razones consideradas como más fuertes y consistentes que las que se le opusieron y, en ese sentido, pretende una aceptación común” (2003: 43).

A través de las dimensiones formal, sustancial y contextual (Aarnio 1991) de la justificación racional se pretende anclar la teoría de la interpretación en el marco de la actividad racional, de modo que la atribución de significado a los enunciados normativos incluye una dimensión argumentativa que permite afirmar que interpretar supone justificar tanto el proceso como el resultado (Zuleta 2003: 45).

la argumentación interpretativa

Haremos referencia a los argumentos lingüísticos en la justificación de las decisiones judiciales, entre los cuales, suele distinguirse el argumento del significado literal o de la

literalidad, el argumento del significado ordinario o del sentido natural y obvio de las palabras de la ley, y, el argumento del significado técnico.

Con respecto al argumento del significado literal, los autores coinciden en atribuirle el carácter de significado-base, primera fase o punto de partida para la argumentación. En otras palabras, puede postularse la existencia de una directiva metodológica de segundo grado, que confiere prioridad a las directivas lingüísticas (y a las de sistematicidad).

En general, entonces, la gestión temática del discurso jurisprudencial invoca el argumento del significado literal como primer argumento en caso de conflicto entre argumentos, siendo las palabras empleadas el criterio decisivo en la determinación de la “intención del legislador”. También suele desarrollarse a partir del significado de los componentes del enunciado interpretado y, la mayoría de las veces, como freno o criterio para descartar interpretaciones alternativas a las tradicionales.

El argumento del significado ordinario de las palabras de la ley está estrechamente vinculado al de la literalidad, en tanto las palabras deben ser interpretadas atribuyéndoles el significado o la acepción más común u obvia.

Si el enunciado normativo incluye términos de algún lenguaje técnico específico (técnico - jurídico o propios de otros saberes o disciplinas), debe preferirse en la atribución el significado técnico, en detrimento del ordinario.

Algunas de las directivas metodológicas relativas a lo lingüístico que intervienen en la actividad interpretativa pueden ser reconstruidas a partir del discurso judicial siguiendo la tipología de Ost y Van de Kerchove (apud Zuleta 2003: 86 y ss). Se consideran directivas lingüísticas aquellas directivas referidas a la investigación del contexto lingüístico de los enunciados normativos interpretados, el cual tiene, a su vez, dos dimensiones: la dimensión semántica o relativa a la significación de las expresiones contenidas en los enunciados normativos (que comprende las investigaciones de tipo terminológico, etimológico y lexicográfico), y, la dimensión sintáctica, relativa a la estructura y construcción gramatical de los enunciados.

Algunas directivas específicas de primer grado, siguiendo la enumeración de Zuleta, son:

- a) a los términos contenidos en los enunciados normativos deben serle atribuidos significados del lenguaje natural, salvo que existan razones suficientes para lo contrario;
- b) a términos o expresiones idénticas no debe serle asignado diferente significado, y su contraria;
- c) no debe asignarse el mismo significado a términos o expresiones diferentes;

- d) regla de la no redundancia de los términos legales;
- e) para la atribución de significado a los términos o expresiones de los enunciados interpretados deben emplearse las reglas sintácticas del lenguaje natural.

A su vez, se relevan algunas directivas semánticas referidas a la importancia de las palabras de la ley, a la necesidad de considerar las definiciones legales, a los conflictos entre el significado ordinario y el significado técnico, a la relevancia de la evolución histórica de los conceptos, a la consideración del reenvío entre reglas y al establecimiento de acepciones generales y particulares para los términos (Zuleta 2003: 87).

6.1. el lugar de la dogmática en la asignación de significado

Más allá de la fuerza que la estrategia argumental le asigna a las directivas del legislador en materia de interpretación, se constataron casos en los cuales el “sentido natural y obvio” de los términos cede ante interpretaciones propuestas por la doctrina. En punto al alcance de los cuantificadores (por ej., el cuantificador universal) en relación al tema del fuero de atracción concursal, por ejemplo, dice la Corte que “si bien es cierto que de una interpretación literal de la expresión ‘todos los negocios judiciales pendientes o que se inicien después’, podrían entenderse comprendidos los reclamos por créditos laborales, tal interpretación nunca fue sostenida por la más recibida doctrina comercialista...”⁵³

53 SCJ, Sentencia N°1227/02, de fecha 4/12/2002.

7. el juez como intérprete

7.1. el problema de la banalización del momento interpretativo en la estrategia de justificación

La presencia de argumentos relacionados con un modelo jurisdiccional tradicional (o clásico) en cuanto a su abstinencia interpretativa se constata, en general, en sentencias que desestiman inconstitucionalidades promovidas, sea por vía de acción o de excepción. De acuerdo con esto, recurrir al modelo del juez propio de la escuela exegética en estos casos está en función con el denominado principio de conservación de la ley. Asimismo, la invocación de tópicos relacionados al juez como aplicador mecánico así como argumentos que involucran una percepción de la propia función como exclusivamente burocrática, suelen remitir a consideraciones acerca de la imposibilidad de evaluar la disposición legislativa: “En definitiva, la disposición no es inconstitucional. Se podrá afirmar que la solución no es justa o no todo lo justa que debiera serlo, pero ello no está comprendido en el ámbito de actuación del control constitucional. La Suprema Corte de Justicia no puede juzgar los motivos que inspiraron al legislador, no puede valorar la conveniencia, justicia u oportunidad de los actos legislativos, aunque considere que se trata de una ley injusta, inconveniente o inoportuna. Uno, es el campo de la política legislativa, reservado –naturalmente– al Parlamento y otro, diferente, el del control constitucional –ámbito jurídico o, en todo caso, jurídico-político– propio de la Corporación. Y, es obvio, el máximo órgano jurisdiccional, no puede invadir la esfera de actuación de otro Poder del Estado, so pena de desconocer el “pacto” o las “seguridades del contrato” por el que se formara la propia República. Como se dijera antes de ahora: ‘La norma legal que dentro de la competencia constitucional dispone la solución equivocada, errónea, desacertada, respecto al punto que regula, será una mala ley, pero no por ello es inconstitucional (Sentencia N°107/91)’”.⁵⁴

El argumento de la literalidad, entonces, permite abordar el tema del control de constitucionalidad y, en ese sentido, la evaluación del régimen normativo uruguayo al respecto.

54 SCJ, Sentencia N°211/98, fecha 30/9/1998.

Puede reconstruirse un argumento central representativo del principio de conservación de la ley en los términos que lo recoge la jurisprudencia de la Corte de nuestro país, del modo siguiente: la inconstitucionalidad de una ley (tanto por vía de acción como excepción) procede solamente cuando la ley impugnada admite una sola, única y clara interpretación, estando impedida de pronunciarse la Corporación sobre alcances normativos de diferentes interpretaciones⁵⁵, lo que implica idealmente una actitud deferente hacia el legislador (*in dubio pro legislatore*) (Mendonca y Guibourg, 2004: 165).

De modo consistente con lo anterior, admite la Corte, en sede de inconstitucionalidad de leyes penales, la pertinencia de teorías que entienden que el principio de legalidad no resulta vulnerado por la presencia de un cierto grado de generalización en el texto de la ley (oponiendo dicho grado de generalización a un casuismo estricto). Argumentos de este tipo, en el discurso del máximo órgano jurisdiccional, suponen una disminución de las garantías del estado constitucional de derecho, en la medida que el control de constitucionalidad constituye un mecanismo de defensa de la ley, relegando a la Constitución a un plano subsidiario de la ley en tanto fuente. Creemos que, si se ponen en relación los argumentos que incorporan este criterio jurisprudencial que morigerla la fuerza del principio de legalidad y aquellos argumentos que, cuando caracterizan la competencia del órgano jurisdiccional banalizan el momento interpretativo, se visualiza una estrategia discursiva de justificación de las decisiones que opera encubriendo la discrecionalidad que rebaja garantías, exaltando, por otro lado, el papel pasivo del juez burócrata. En otras palabras, evidencia una distancia mayor del estado de derecho fácticamente alcanzado en relación al modelo normativo del estado de derecho. Por el contrario, un avance del estado de derecho supondría incorporar a la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de las leyes penales, por ejemplo, el denominado principio de legalidad estricta (Ferrajoli 1995 *passim*).

7.2. garantías en el control de constitucionalidad de las leyes⁵⁶

En definitiva, los argumentos banalizadores del momento interpretativo encubren el margen de acción del cual disponen los decisores. El grado de discrecionalidad en la in-

55 SCJ, Sentencias N°14/96, N°24/99, N°74/02, N°181/02 y 162/02, entre otras.

56 Un mayor desarrollo de estas cuestiones puede verse en Bardazano (2007); “De descripciones y propuestas: la aplicación del derecho y la justificación de las decisiones”, en *Revista Crítica de Derecho Privado* N°4, pp. 13-32.

interpretación y, por tanto, en la aplicación de la ley, depende esencialmente de la taxatividad del lenguaje de la ley (principio de legalidad estricta), de la precisión del significado de los términos de la ley y del cuidado del legislador por evitar las ambigüedades semánticas o sintácticas (problema de técnica legislativa). Señala Ferrajoli, que la Constitución restringe los espacios de discrecionalidad de los jueces, en tanto, frente a una disposición que en sede de interpretación admita significados diversos se debe excluir, por inadmisibles, los significados que contrasten con normas constitucionales, debiéndose admitir sólo los significados coherentes con dichas normas (Carbonell y Salazar 2005: 524).

El principio de legalidad estricta como criterio de evaluación de la constitucionalidad de las leyes penales pone de relieve una comprensión diferente del ejercicio del principio de conservación de la ley. En efecto, si consideramos la distinción analítica entre disposición (significante legal) y norma (significado legal), tenemos que lo que se aplica a los sujetos sometidos al aparato judicial es una interpretación de la disposición legal. El principio de conservación de la ley en los términos que lo introduce la Corte en sus decisiones no necesariamente es consistente con el principio de legalidad, ya que si la ley admite un significado constitucional la misma no es declarada inconstitucional, independientemente de que, en la especie, se asigne un significado (la norma para el caso) inconstitucional. En efecto, la Corte “tiene jurisprudencia firme —que ratifica en su actual integración— en cuanto a que no son admisibles aquellos planteos de inconstitucionalidad subordinados o condicionados a cierta interpretación de la ley (...), el planteo de inconstitucionalidad sólo es procedente cuando la norma impugnada sea de aplicación ineludible y necesaria (...). [Si] la interpretación del Juez de la causa fuera desacertada o errónea, el itinerario a seguir es la interposición de los recursos procesales pertinentes, pero no pretender, ante la eventualidad de sobrevenir una posible interpretación que volviera infraccional al texto legal, que la Corte asumiera una función preventiva de regularidad constitucional de las leyes, que ninguna norma le atribuye”.⁵⁷ Sin perjuicio de ello, el ministro Guillot, en su discordia señala que ha cambiado su opinión acerca de la inadmisibilidad de una excepción de inconstitucionalidad planteada de manera subsidiaria a determinada interpretación del texto legal (cuyo antecedente es la sentencia N°843/01 de 21/8/2001). Sostiene que “no existe ningún fundamento jurídico o racional para excluir un planteo subsidiario de la excepción de inconstitucionalidad...”. Con relación a la exigencia de aplicación ineludible y necesaria (recogida por la Corte en virtud de una interpretación (¿literal?) del giro “siempre que ella deba aplicarse” incluido en la redacción del artículo 508 de CGP), Guillot señala que lo que excluye la disposición citada es “la mera declaración abstracta de inconstitucionalidad en sí misma, sin que esté referida a un concreto conflicto de intereses”. Esto es, el giro citado está en función del diseño institucional del

57 SCJ, Sentencia N°181/02

control de constitucionalidad, que no admite su aplicación con carácter general, sino para el caso concreto, no constituyendo un requisito para la admisibilidad del recurso. En efecto, señala Guillot citando el artículo 259 de la Constitución, “el fallo de la Corte se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”. En todo caso, “si la Corte declara inadmisble una excepción de inconstitucionalidad en mérito a que esa disposición no será aplicada al caso (...) esa interpretación de la Corte debería tener preceptivamente efecto vinculante en el proceso en que se plantea la cuestión, para mantener la congruencia lógica del instituto de contralor de constitucionalidad de las leyes. De lo contrario se daría el absurdo de que la Corte declarara inadmisble una excepción de constitucionalidad por tratarse –la impugnada– de una norma que no habrá de aplicarse y en cambio, el Juez llamado a fallar el asunto, que no está obligado por la interpretación de la Corte, interpretara la disposición según su leal saber y entender”, pudiendo perfectamente aplicar la disposición en un sentido que (según la posición de la Corte acerca del punto) habría resultado contraria al texto constitucional, lo que priva al litigante del derecho de defensa.

En definitiva, la presencia del argumento banalizador del momento interpretativo evidencia una inadecuada fundamentación de la legitimidad democrática del órgano judicial, al asociar la interpretación o la creación de normas al órgano representativo (el legislador). El fundamento de la legitimación del Poder Judicial y su independencia radica en la intangibilidad de los derechos fundamentales. En ese sentido, la legitimación no se relaciona con la democracia representativa sino con lo que Ferrajoli llama “democracia sustancial” (Ferrajoli 2001: 26-27). Esto implica una forma diferente de entender el principio de sujeción del juez a la Ley: “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la letra de la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución” (Ferrajoli 2001: 26). La interpretación constitucional de la ley realizada por el órgano jurisdiccional aparece como marco continente de la vinculación del juez a las decisiones del legislador.

Ahora bien, desde la perspectiva analítica, es pertinente dejar esbozada la potencialidad transformadora en el modo de comprender la declaración de inconstitucionalidad que tiene la distinción entre ley (disposición, texto o formulación) y norma (significado atribuido por la decisión interpretativa), y, por tanto, con la respuesta a la pregunta acerca de qué es lo que debe declararse inconstitucional. En ese sentido, dos jueces con opiniones diversas acerca del sentido de la disposición, “no difieren entre sí en la interpretación de una norma: cada uno propone una norma distinta como resultado de su propia interpretación del texto del que ambos parten” (Mendonca y Guibourg, 2004: 85-86). Ello tiene, sin duda, consecuencias en la crítica de la gestión temática jurisprudencial de la inconstitucionalidad, especialmente en relación a la función conservadora que cumple el

principio de conservación de la ley, en tanto invisibiliza la incidencia de la interpretación judicial en la determinación de la norma del caso.

La interpretación constitucional plantea las dificultades que aparecen en la interpretación de cualquier texto o material normativo, agravadas por las características del texto constitucional (contiene numerosas formulaciones imprecisas o indeterminadas; posee un fuerte contenido político; y, su interpretación proyecta consecuencias en todo el derecho positivo de un Estado, así como en las relaciones políticas de sus poderes). Teniendo en cuenta lo anterior, señalan los mencionados autores citando a Sagüés, en relación a la interpretación constitucional, que “se trata de una cuestión importante, polémica y tendenciosa. Importante, porque la suerte de la propia constitución y sus instituciones depende, en gran medida, de su interpretación; polémica, porque encubre normalmente una disputa entre posturas ideológicas, conservadoras o progresistas, autoritarias o liberales; y tendenciosa porque, con frecuencia, la interpretación propuesta protege en forma no siempre bien encubierta poderosos intereses sectoriales” (Mendonca y Guibourg, 2004: 92).

Dejamos anotado, por su elocuencia, lo que los autores citados denominan el meollo teórico del problema de la inconstitucionalidad: “Si la interpretación de las normas –aunque asequible a cualquiera– es una función eminentemente judicial, y si el legislador ha de ajustarse a la constitución y no la constitución al legislador, ¿por qué los magistrados, en el ejercicio del control de constitucionalidad, habrían de adoptar hacia el legislador una actitud más deferente que la que el juez penal brinda al acusado de un delito? (2004: 167). La perplejidad que se encuentra en el trasfondo de interrogantes como esa se vincula a la aporía de la cosa juzgada (2004: 168). Entre varias explicaciones a la cuestión, mencionaremos la de Hart (1961-176-183): “Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal ‘se equivocó’ carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes”, de modo que una vez asignada a un órgano la competencia de interpretar la formulación normativa jerárquicamente superior, el contenido de la misma depende de las decisiones del órgano en cuestión; pero, esas decisiones interpretativas “enmarcan en un contexto político que les sirve generalmente de límite. Una interpretación que traspase groseramente aquel marco implica, de hecho, el riesgo de desobediencia o destitución⁵⁸” (Mendonca y Guibourg, 2004: 172). La opinión de

58 La conclusión política (no metodológica) que se plantea, si se acepta que la constitución es, en lo inmediato y desde cierta perspectiva, una función de la interpretación (lo que los jueces dicen que es), lo que dicen los jueces es, en el mediano plazo, lo que los ciudadanos están dispuestos a admitir que digan. “Y, mientras tanto, los depositarios e intérpretes directos de la voluntad de los ciudadanos son los órganos electivos: precisamente aquellos cuyas decisiones deben ser juzgadas por los tribunales a la luz de la constitución” (Mendonca y Guibourg 2004:175).

Hart, entonces, no propone una solución interna de la dificultad planteada, sino que da cuenta del poder que la función interpretativa confiere a los tribunales, si bien recuerda que el sistema normativo se alimenta y se encuentra condicionado por circunstancias (económicas, políticas, éticas, de poder) de la vida social (2004: 173).

7.3. algunas consecuencias de las exigencias relativas a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad. reflexiones en torno al derecho de acceso a la justicia⁵⁹

Los obstáculos o denegaciones al ejercicio del derecho de acceso a la justicia implican, por vía de consecuencia, obstáculos o denegaciones a los demás derechos, constituyendo, por tanto, el primero condición de posibilidad del ejercicio y la defensa de otros derechos. La universalidad de las formulaciones normativas que hacen referencia al derecho de acceso a la justicia no constituye, sin políticas públicas y un diseño institucional apropiado, un dato suficiente como para que afirmemos que los habitantes del Uruguay tienen ese derecho o, en otras palabras: es posible afirmar que, materiales normativos como los que citaremos en el apartado siguiente, no se encuentran vigentes en nuestro país. Esta última afirmación, de cuño realista, está en la base de las objeciones teóricas habituales al carácter jurídico de los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, a partir de la discutible existencia de las garantías de dichos derechos.

Señala Ferrajoli, que la aludida crítica realista supone identificar, o bien, confundir los derechos y sus garantías, lo que supone descalificar “en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes” (2001: 59).

59 Algunas de las reflexiones incluidas en este apartado fueron incluidas en Bardazano (2006); “Una aproximación al problema del acceso a la justicia”, en *Espacio Abierto*, Revista del CIEJ-AFJU, pp. 22-26.

Intentaremos abordar, en lo que sigue, las diversas perspectivas que la afirmación de Ferrajoli involucra. En efecto, desde la perspectiva teórica del autor, la diferenciación entre derechos y garantías supone que el nexo entre expectativas y garantías no es empírico sino normativo, ya que puede ser contrastado mediante la existencia de las primeras y la inexistencia de las segundas. En ese caso, la falta de garantías constituiría una laguna (en sentido técnico-jurídico⁶⁰) que los poderes públicos están obligados a colmar.

Por su parte, el autor describe la función de la distinción (nivel metateórico) como un papel descriptivo⁶¹, pero también crítico y normativo, y, por ello, vinculado a la tarea de la ciencia jurídica y la determinación de su objeto (Ferrajoli 2001: 63).

El problema se construye y se redimensiona, entonces, según sea, más allá de lo que hemos señalado en relación a la función judicial, el modelo de ciencia jurídica que se considere y según se tracen los límites de su objeto. Siguiendo la propuesta de Bovino y Courtis (2001: 195), consideramos que la actividad de lo que suele denominarse “ciencia jurídica” abarca funciones descriptivas, en cuanto sistematiza, ordena y expone los sentidos posibles de los enunciados de las fuentes del derecho; funciones normativas y de política jurídica (principalmente dirigidas a los tribunales), en cuanto recomienda a los decisores preferir una interpretación de los materiales normativos en detrimento de otra, propone soluciones concretas para casos difíciles y soluciona problemas lógicos de los materiales, y; funciones crítico-prescriptivas (principalmente dirigidas al legislador), en cuanto formula proposiciones de *lege ferenda* y critica las soluciones que habilitan las fuentes, abogando por su modificación.

7.3.1.

las formulaciones de las fuentes internacionales

Numerosos materiales normativos (Declaración Universal de Derechos Humanos, PIDCIP⁶², CADH⁶³, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados⁶⁴, entre otros)

60 Esto es: “ausencia de norma que cancela la aplicación de otra norma” (Carbonell y Salazar 2005: 525).

61 En clave descriptiva, diríamos que tener un derecho subjetivo significa tener el poder de tomar parte en la producción de una norma jurídica individual por medio de una acción específica, como la demanda, la queja o el recurso (Kelsen 1960: 146-149). Ferrajoli entiende la relación entre los derechos y sus garantías en términos de implicación normativa (Andrés Ibáñez, Perfecto; Prólogo a Ferrajoli (2001: 12).

62 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 13.751.

63 Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por ley 15.737.

64 Aprobados por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente.

establecen el derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad⁶⁵, a ser oída por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes. La Asamblea General de Naciones Unidas (RES/50/181 de 22/12/1995) reconoce que el imperio del derecho y la adecuada administración de justicia son elementos importantes para un desarrollo económico y social sostenible y cumplen un papel central en la promoción y protección de los derechos humanos; y que la administración de justicia, incluidos los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento y, en particular, un poder judicial y un colegio de abogados independientes, son esenciales para la plena realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables para los procesos de democratización y el desarrollo sostenible. Asimismo, la Asamblea General hace un llamamiento a los gobiernos para que en sus planes nacionales de desarrollo incluyan a la administración de justicia como parte integrante del proceso de desarrollo y asignen los recursos necesarios a la prestación de servicios de asistencia jurídica con miras a la promoción y protección de los derechos humanos; e invita a los gobiernos a que impartan capacitación en materia de derechos humanos en la administración de justicia, a todos los jueces, abogados, fiscales, asistentes sociales y otros profesionales interesados, incluidos los agentes de policía y de inmigración. El grado de realización, en una comunidad determinada, de los estándares reseñados es indicativo de la distancia real del estado tácticamente alcanzado en relación al modelo del estado democrático de derecho⁶⁶.

7.3.2. sobre el (no) acceso a la justicia

La titularidad de los derechos, específicamente, del relativo al acceso a la justicia, formulada en términos universales por los materiales normativos, se vuelve problemática si consideramos que, jurídicamente, es relevante poner el foco en las deficiencias de los mecanismos institucionales y las políticas públicas, por su relación directa con la cuestión de las garantías de los derechos. Podría decirse, sirviéndonos de la distinción de Ferrajoli, que la formulación lingüística del mencionado derecho, para todas las personas y en condiciones de igualdad, no se ha visto acompañado por las garantías adecuadas.

65 Sin discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra condición.

66 No es tema de este trabajo profundizar en los defectos del diseño y las prácticas institucionales de nuestro país y evaluar el grado de consolidación del estado de derecho.

El tema es preocupante para teóricos del derecho, sociólogos del derecho y filósofos políticos, así como para ciudadanos, gobernantes, técnicos y operadores del sistema de administración de justicia, en la medida que “registra la pronunciada distancia que existe entre ciertas garantías del régimen democrático y su efectiva realización práctica; en el caso, la distancia entre las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa, la igualdad de derechos, el principio de reserva y otras promesas consagradas constitucionalmente, por una parte, y, por la otra, una panorama social y cultural que indica que enormes contingentes de individuos (...) se encuentran materialmente privados de tales derechos, que no están en condiciones de reclamarlos, que no acceden a la jurisdicción...” (Cárcova, s/f).

La cuestión también fue abordada por el Proyecto Florentino⁶⁷, que relevaba como obstáculos fundamentales al efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia a la pobreza y la exclusión social y, a su vez, incorporaba al análisis lo relativo a intereses difusos, la implementación de medios técnicos que pudieran contribuir a la mejora del relacionamiento de la ciudadanía con la Administración de Justicia (simplificación de procedimientos, mecanismos alternativos a la solución de controversias, descentralización de la administración de justicia, institución nacional de derechos humanos, entre otras).

Un concepto interesante, que ilustra sobre el aspecto negativo del derecho de acceso a la justicia es el de pobreza legal, entendido como “la incapacidad de muchas personas para hacer cabal uso de la Ley y sus instituciones” (Capeletti y Garth 1996: 11) o como la incapacidad de personas o grupos para utilizar las leyes, las instituciones del Estado y otros mecanismos alternativos como medio para ejercer derechos y solucionar conflictos.

Resulta ilustrativo, asimismo, para referirse a la negación de derechos el concepto de alienación legal, como forma de denominar a aquellas situaciones, como la exclusión social y la pobreza extrema, en las cuales “el derecho [sirve] a propósitos contrarios a aquéllos que, finalmente, [justifican] su existencia” (Gargarella 2005: 20). Un mayor desarrollo de las consecuencias, en el orden de la reflexión filosófica, de las cuestiones relevadas, así como de los conceptos mencionados, supone abordar la problemática de las actitudes morales hacia el derecho, entre otras, la desobediencia civil⁶⁸.

7.3.3. algunas propuestas

Las siguientes propuestas no agotan, obviamente, las posibles modificaciones a los materiales normativos, pero constituyen un conjunto de proposiciones suficientemente con-

67 Dirigido por Mauro Capeletti y Bryan Garth, desarrollado en los años setenta.

68 Tarea que excede nuestras pretensiones en esta ocasión.

sensuadas en la comunidad jurídica, a saber: la ampliación de mecanismos alternativos a la solución de controversias y el fortalecimiento de los ya existentes, fortalecimiento de las prácticas de mediación, la descentralización territorial de la administración de justicia, la creación de juzgados de causas de pequeña cuantía, la creación de una institución nacional de derechos humanos, la incorporación al ordenamiento del amparo colectivo.

Por otro lado, destacamos la importancia que tiene en este tema la formulación de políticas públicas que mejoren el acceso a la justicia de las personas y grupos más desfavorecidos, así como el diseño de políticas sociales consistentes con el compromiso del Estado de adoptar medidas, especialmente técnicas y económicas, tendientes a lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁹, teniendo en cuenta que la falta de garantías de éstos es parte fundamental de el concepto negativo del derecho de acceso a la justicia, en tanto, hacen a la constitución de la autonomía del sujeto.

El derecho de acceso a la justicia en tanto posibilidad formal de acudir a los tribunales requiere ser acompañado de políticas públicas que garanticen el ejercicio del derecho, así como de la adopción de institutos y mecanismos que promuevan y fortalezcan la participación ciudadana.

7.4.

consideraciones acerca de un diseño institucional compatible con la autonomía personal y la democracia

Intentaremos presentar algunos aspectos de lo que, desde la reflexión acerca del derecho como institución social y, especialmente, como instrumento para la implementación de nuevos diseños institucionales que incide, inclusive, en la redefinición de preferencias, aceptando que las instituciones sociales deben contribuir al incremento de las libertades fundamentales de los individuos (Conill 2004: 222): “Pues no debería olvidarse que los individuos viven y actúan en un mundo de instituciones. Nuestras oportunidades y perspectivas dependen sobre todo de las instituciones que existen y de cómo funcionan; por tanto, resulta posible evaluar la contribución de las instituciones al desarrollo de la libertad [real]” (Conill 2004: 224).

La trascendencia para el estado de derecho y la democracia que, conforme hemos analizado, revisten las facultades del juez en materia de interpretación y aplicación de la ley,

69 Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Ley 13.751.

así como las particularidades del diseño del control de constitucionalidad en nuestro país, tornan pertinente, en este punto, el abordaje de algunas cuestiones, propias de la reflexión filosófico-política.

Las instituciones modernas son, de alguna manera, “plasmaciones del principio de la libertad”; siendo su sentido intrínseco instituir y promover la libertad (Conill 2004: 216). Poner el énfasis en el valor en sí de la libertad y de la justicia importa esperar de las instituciones sociales que contribuyan a aumentar y garantizar las libertades fundamentales de los individuos, en detrimento de lo meramente instrumental (Conill 2004: 222).

Con esa motivación nos ocuparemos, a continuación, de la noción de autoridad (política) propuesta por Raz y de la concepción de las reglas jurídicas que se sigue de ella, en tanto consideramos que pueden enriquecer la reflexión acerca de la redefinición de preferencias, normas, roles y significados sociales.

Presentaremos, entonces, las nociones mencionadas, para luego reflexionar acerca de su relación con la noción de autonomía personal y con la democracia constitucional (y el diseño de sus instituciones desde el punto de vista técnico jurídico), entendiendo que ese es el sistema político que la teorización de Raz presupone (2001a: 402).

Asumiremos, además, que la tesis de la dependencia social de los valores (2001b: 19), la caracterización del bienestar personal en función, fundamentalmente, de formas sociales y, los rasgos del perfeccionismo estatal que propone, incorporan notas comunitaristas al liberalismo de Raz que son claramente compatibles con la intangibilidad del derecho a participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas y su trascendencia en las prácticas institucionales.

7.4.1. presupuestos

7.4.1.1. concepción del derecho

El Derecho, como otras instituciones, se ocupa de los aspectos del comportamiento individual que pueden ventilarse en los tribunales; por tanto, constituye un sistema de normas que guían nuestra conducta: “No representa un sistema de razonamiento práctico, sino de normas operativas destinadas a guiar la acción” (Raz 2001a: 283). Desde esa concepción del derecho y las reglas jurídicas puede pensarse la contribución de lo jurídico a la reflexión acerca de la posibilidad de cambiar valores, hábitos y estructuras propios del modelo del consumo, en el sentido sugerido por Conill (2004: 222).

El derecho consiste en un sistema de directivas (en sentido amplio: proposiciones, normas, reglas, estándares, principios, doctrinas, etcétera) que está dotado de autoridad, si y sólo si sus directivas resultan autoritativamente obligatorias (Raz 2001a: 236).

Los rasgos que caracterizan a los sistemas jurídicos (frente a otros sistemas institucionalizados) son: su comprehensividad (pretenden autoridad para regular cualquier forma de conducta en una comunidad determinada); su pretensión de supremacía (pretenden autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones para el establecimiento y funcionamiento de otros sistemas institucionalizados de la comunidad); su apertura (contiene normas que dan fuerza vinculante dentro del sistema a normas que no pertenecen al mismo) (Raz 1999: 150-153).

7.4.1.2.

función expresiva del derecho

Muchas leyes o, en general, muchos materiales normativos del sistema jurídico tienen una función expresiva, en tanto promueven una cierta forma de evaluar determinados bienes. Dichos materiales jurídicos están destinados a expresar que determinados bienes deben ser apreciados, de forma de desalentar o impedir que los mismos sean considerados como meros objetos de uso (Sunstein 1997: 64). Por su parte, algunas de estas directivas con función expresiva pueden justificarse en su aptitud para afectar significados, roles y normas sociales y redireccionarlos. El derecho constitucional y el derecho penal constituyen dos claros ejemplos de materiales jurídicos cuya función expresiva es indiscutible. En efecto, la Constitución constituye el ordenamiento jurídico jerárquicamente superior protector de las libertades fundamentales de los ciudadanos que, a su vez, establece el diseño normativo de las instituciones públicas. Por su parte, la individualización de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal (lo cual implica decidir qué ofensas o amenazas a derechos autorizan a limitar los derechos de libertad), así como la regulación de las garantías penales y procesales, es tarea del derecho penal.

7.4.2.

razones excluyentes para la acción (Raz 1999: 182)

Las directivas u órdenes dotadas de autoridad tienen como característica que, al cumplirlas, los gobernados (o quienes están sujetos a la autoridad) actúen como lo harían en virtud de razones que se aplican a ellos independientemente del proceder de la autoridad (Raz 1999: 41). Una autoridad es legítima y sus órdenes son vinculantes en la medida que cumplan la condición de legitimidad expresada, “en un grado tal que sus goberna-

dos se adecuen mejor a las razones que les son aplicables si tratan de seguir las órdenes de la autoridad que si no lo hacen” (Raz 2001a: 382); lo que supone que la emisión de las órdenes de la autoridad esté precedida por el mejor esfuerzo en la consideración de cómo deberían actuar los gobernados y de qué es lo mejor para ellos, de forma de que las órdenes satisfagan la condición de legitimidad.

Asimismo, la autoridad solamente se considerará legítima si la misma se refiere a cuestiones respecto de las cuales el actuar de conformidad con las razones correctas resulte más importante que decidir cómo actuar a través del propio balance de razones. La autoridad, si se verifican las dos condiciones de legitimidad⁷⁰ descritas, resulta coherente con la autonomía de los individuos sujetos a la misma, con lo cual se disipan las dudas que nos podrían caber en relación a las repercusiones que, en la noción de autonomía, podría tener la pretensión de la autoridad de relevarnos de la tarea de decidir lo que debemos hacer con respecto a determinadas cuestiones⁷¹. Más adelante nos ocuparemos de las repercusiones que la noción de autoridad tiene en la de democracia.

7.4.2.1.

razones

Raz (1999: 39-43) distingue entre razones de primer orden (razones para la acción o para no realizar la acción) y razones de segundo orden (razones para actuar según razones o razones para no actuar según razones). Las razones para no actuar según razones son denominadas razones excluyentes. Esto no supone que una razón excluyente sea una razón para actuar según razón alguna, sino una razón para abstenerse de actuar según una determinada razón o conjunto de razones (Raz 1999: 48). Por otra parte, las denominadas por Raz *content-independent reasons*, constituyen hechos que alcanzan estatus de razones en virtud de cuestiones diferentes de su contenido (1986: 35-37).

7.4.2.2.

concepción de la autoridad

Una aproximación a la noción de autoridad nos lleva a relacionarla con las de poder e influencia, en tanto supone el poder de cambiar lo que los individuos deben hacer o, más exactamente, el poder de establecer y cambiar las razones que se aplican a los individuos, esto es: modificar sus situaciones normativas. Ahora bien, Raz denomina “razones protegidas” a aquellas que son, a la vez, razones de primer orden para la acción y razones

70 El lugar del consentimiento de los gobernados en relación a la autoridad en la comprensión de la legitimidad de la autoridad es un tema estrechamente conectado a la cuestión que venimos tratando, pero su tratamiento excede las pretensiones de este trabajo.

71 Nos remitimos, además, al apartado sobre la noción de autonomía personal propuesta por Raz.

excluyentes. La autoridad supone el poder de cambiar las razones protegidas de los otros. Las autoridades legítimas cambian las razones protegidas, no lo hacen las autoridades meramente de facto. Raz señala que la doctrina legal de la cosa juzgada captura esta característica de la autoridad (*the pre-emptive thesis*: tesis de la preferencia o exclusividad) (1986: 46-47 y 57). En efecto, la decisión judicial pasada en autoridad de cosa juzgada (*res judicata*) es una nueva razón para la acción de las partes, que excluye y reemplaza las razones que éstas tenían previamente. La tesis de la exclusividad postula que “el hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar que hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas” (Raz 2001a: 231).

7.4.2.3.

legitimidad: la autoridad como servicio

La cuestión de la legitimidad esta asociada a las circunstancias que justifican la aceptación de las directivas de un tercero como una razón protegida para la acción. En el uso que le da Raz a la noción de legitimidad, la misma incluye la obligación de obedecer, en la medida que la legitimidad de una autoridad política forma parte de una cuestión más amplia: la legitimidad de un gobierno⁷². El criterio que da cuenta de la manera más apropiada, conforme Raz (1986: 53), de la justificación de una autoridad es expresado por la tesis de la justificación normal (*normal justification thesis*), cuyo contenido es el siguiente: la manera normal de establecer que debe reconocerse la autoridad de una persona sobre otra implica la demostración de que el supuesto gobernado probablemente cumplirá mejor con (o se ajustará a) las razones que se le aplican (que son distintas a las supuestas directivas dotadas de autoridad) si acepta las directivas de la supuesta autoridad como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas, que si intentara seguir las razones que se le aplican directamente (Raz 2001a: 231).

La tercera tesis que conforma la concepción de la autoridad en el planteo de Raz es la llamada tesis de la dependencia (1986: 42-43), la cual postula que todas las directivas dotadas de autoridad deben basarse, entre otros factores, en razones que se apliquen a sus destinatarios y que sean aplicables a las circunstancias que la directiva prevé (razones dependientes) (Raz 2001a: 231).

Por tanto, las tesis de la preferencia o exclusividad (*pre-emptive thesis*), de la justificación normal (*normal justification thesis*) y de la dependencia (*dependence thesis*) conforman la lo que Raz denomina la “concepción de la autoridad como servicio” (1986: 427). Esta

⁷² La cuestión de la legitimidad del gobierno es mas amplia porque los gobiernos no solamente desarrolla lo que podría entenderse como ejercicio de la autoridad, sino que también es propietario, participa en el mercado, tiene empleados, etc.

concepción supone que las autoridades median entre las personas y las razones correctas que se les aplican, de forma tal que la autoridad juzga y se pronuncia sobre lo que las personas deben hacer, de conformidad con la razón correcta. Por su parte, las personas aceptan las directivas de la autoridad, cuyo dictamen reemplaza para ellas la fuerza obligatoria de las razones dependientes (Raz 2001a: 232).

7.4.3.

democracia constitucional como trasfondo de la concepción de la autoridad raziana

Se ha señalado (Herskovitz 2003: 208) que la concepción de la autoridad como servicio no resulta adecuada para entender varias características del derecho en las sociedades democráticas. Antes de intentar desarrollar esta objeción, dejaremos anotadas algunas afirmaciones de Raz relativas al Estado de derecho que, en definitiva, complementan lo que señalamos anteriormente respecto de la legitimidad de la autoridad.

7.4.3.1.

sobre las fuentes y los límites del derecho

El hecho de que el derecho tenga una pretensión de autoridad se relaciona con la tesis de las fuentes del derecho, en tanto se vincula a una concepción del derecho como mediador entre las razones últimas y las decisiones y acciones de las personas. Para desarrollar ese papel mediador, se supone que el derecho es una expresión del juicio de alguna persona o institución (fuentes) acerca de los meritos de las acciones u omisiones exigidas. De ese modo, identificar una norma como jurídica supone atribuirla a una persona o institución relevante, como representación de su decisión y expresión de su juicio (Raz 2001a: 250). Ahora bien, que se sostenga que la existencia y el contenido del derecho depende de hechos sociales que puede establecerse sin recurrir a argumentos morales (ese es el contenido fundamental de la tesis de las fuentes) no implica que todas las cuestiones de hecho sean incontrovertidas ni que todas las cuestiones morales sean controvertidas. Esto es: la tesis de las fuentes no asume que todo el contenido del derecho es explícito (por el contrario, mucho de lo que no está explícitamente establecido en las fuentes, es jurídicamente obligatorio), ni se apoya en el supuesto de que el derecho no pueda ser controvertido. La tesis se basa en el papel mediador del derecho y nos conduce a concluir que, con frecuencia, los tribunales ejercen su discrecionalidad (esto nos remite a la cuestión de los límites del derecho) y participan en la creación del derecho (Raz 2001a: 253), lo cual no quiere decir que, al ejercer la discrecionalidad, deban actuar arbitrariamente. El ejercicio de la discrecionalidad remite a los tribunales a emplear consideraciones ajenas a lo

jurídico, esto es, los remite al empleo de consideraciones morales y, con ello, a la influencia de consideraciones sociales y políticas en el desarrollo del derecho (Raz 2001a: 276).

Por otro lado, la tesis de las fuentes del derecho se refiere a hechos sociales que pueden ser identificados sin recurrir a argumentos morales. No afirma que se trate de hechos que no impliquen ninguna consecuencia moral; por tanto, señala Raz, que la tesis no supone una posición ética no naturalista: “Aunque el hecho social determinado implique ciertas consecuencias morales, puede sin embargo ser una fuente de derecho. Será una fuente de derecho en tanto hecho social, tal cual es, y no una fuente de derechos y obligaciones morales. Será una fuente de derecho según su descripción naturalista y no su descripción moral” (Raz 2001a: 254).

Asimismo, sostiene Raz que su consideración de la significación moral y política del Estado de derecho se limita a su función dentro de las sociedades democráticas. Los derechos civiles y políticos sin los cuales la democracia no puede prosperar, se encuentran presupuestos. Entonces, desde el punto de vista formal, nos encontramos ante un Estado de derecho cuando un determinado número de principios jurídicos es respetado (publicidad, legalidad, irretroactividad, etcétera), evitando que la administración y los tribunales gocen de una discrecionalidad completa. En las democracias contemporáneas, el Estado de derecho encierra la idea del proceso de toma de decisiones basado en principios constitucionales y se vincula al mecanismo de separación de poderes (Raz 2001a: 402-403).

7.4.3.2.

desarrollo de algunas objeciones a la concepción de la autoridad raziana

Si nos preguntamos por las implicaciones normativas que puede tener la aspiración de autoridad del derecho, la tesis de la justificación normal de la autoridad (que tiene carácter sustantivo, en la medida que la legitimidad depende de las directivas que la autoridad formula) debe complementarse con una dimensión procedimental de la legitimidad, es decir, acerca de cómo se arriva a las directivas que la autoridad formula⁷³. Parece claro que la corrección del procedimiento (del cómo se decide) es distinguible de la corrección de sus productos (del qué se decide): en nuestro caso, las directivas autoritativas entendidas como razones excluyentes. Desde el primer punto de vista, un procedimiento posee un mayor o menor valor intrínseco; desde el segundo, un menor o mayor valor instrumental, que dependerá de la mayor o menor probabilidad de que los

73 No pretendemos agotar aquí el análisis de la cuestión de si la tesis de la justificación normal formulada por Raz es incompleta y admite ser complementada con aspectos procedimentales o si, por el contrario, debe ser sustituida por una tesis exclusivamente procedimental y, en caso de que esto último sea lo que corresponde, cuál es el estatus de la obligación de obedecer el derecho que, como dijimos, está incluida en la caracterización de la legitimidad de la autoridad hecha por Raz.

productos (las directivas) que arroje sean correctas. A su vez, el valor de la participación de las personas en los procesos de toma de decisiones que son relevantes para sus vidas, nos obliga a preguntarnos, nuevamente, por las relaciones entre las nociones razianas de autoridad y autonomía. En ese sentido, puede señalarse que el valor de los aspectos procedimentales de la democracia (los aspectos deliberativo y público del procedimiento, especialmente) también está asociado a las contribuciones (beneficiosas) para el carácter de los individuos y para la construcción y redefinición de sus preferencias, tal como el contenido sustancial de una directiva dotada de autoridad puede hacerlo.

7.4.4.

autonomía personal y bien común

7.4.4.1.

aproximación al concepto raziano de autonomía

Raz sostiene que los individuos tenemos deberes relativos al bien común, fundados en los derechos de los individuos de realizar sus planes de vida. La importancia de los deberes hacia el bien común constituye, de alguna manera, del mismo modo que su caracterización de la autonomía (en un contexto pluralista y perfeccionista) un apartamiento del núcleo conceptual de la tradición liberal de la cual Raz forma parte.

La crítica de Raz a la neutralidad liberal y, alternativamente, el postulado de que el Estado tiene un derecho a promover concepciones válidas del bien (perfeccionismo), supone considerar que los legisladores y administradores están facultados para evaluar qué es bueno o valioso en la vida y qué es malo o disvalioso a la hora de redactar las leyes y de fijar el marco de convivencia social, lo cual es coherente con la aceptación de la función expresiva del derecho. En otras palabras, la tarea del legislador incluye desalentar aquellas formas de vida consideradas moralmente peores en comparación con otras.

7.4.4.2.

pluralismo de valores y perfeccionismo

Si bien Raz afirma que el pluralismo está asociado fuertemente a la autonomía, parece necesario encontrar en su teoría una fundamentación acerca de cómo, a su vez, el perfeccionismo es compatible con la autonomía. Esta última tiene dos aspectos principales. El primero es la autodefinición, que refiere a una idea del bienestar individual que remarca la importancia de la actividad al juzgar el éxito de una vida, en el entendido de que somos aquello en lo que nos hemos convertido a través de nuestra conducta (Raz, 2001a: 131). El segundo aspecto supone que la autonomía es

valiosa sólo si tomamos un curso para nuestras vidas a través de elecciones significativas entre la gama de opciones valiosas a disposición (2001a: 132). En este segundo aspecto encontramos algunos elementos que nos pueden ayudar a vincular de modo armónico la autonomía, el perfeccionismo y el pluralismo de Raz, en tanto el valor de la autonomía está relacionado a la capacidad de elegir entre planes alternativos (y valiosos) incompatibles. En este contexto perfeccionista, el pluralismo implica aceptar que existen diversas formas de vida moralmente valiosas.

En ese sentido, sostiene que el pluralismo en una sociedad implica que “no sólo reconoce la existencia de la multiplicidad de valores sino que hace de su búsqueda una opción real al alcance de sus miembros. No se trata simplemente de que la autonomía y el pluralismo requieran la disponibilidad de una amplia gama de opciones. También requieren unánimemente que tales opciones sean valiosas” (Raz, 2001a:132). La armonización del perfeccionismo y el pluralismo se centra en que el pluralismo de Raz alude a la existencia de una multiplicidad de opciones valiosas. A su vez, la exigencia de que el individuo cuente con un abanico de opciones valiosas disponibles, implica que la elección entre lo bueno y lo malo o bien, entre una forma de vida buena y una mala, no constituye propiamente una elección (Mulhall y Swift, 1996: 423) o no es una opción relevante en términos de la autonomía personal.

7.4.4.3.

función de la autonomía personal en la caracterización de la libertad

La pregunta por lo que se entiende valioso cuando se exige la libertad como un derecho fundamental de las personas es respondida por Raz con la noción de autonomía personal: “The autonomous person’s life is marked not only by what it is but also by what it might have been and by the way it became what it is. A person is autonomous only if he had a variety of acceptable options available to him to choose from, and his life became as it is through his choice of some of these options” (Raz, 1986: 204).

Ahora bien, el perfeccionismo de Raz queda de manifiesto en la calificación de la autonomía como relevante o significativa. Se consideran significativamente autónomas aquellas personas que, cuando ejercen su capacidad de optar, eligen proyectos personales, desarrollan relaciones con otras personas, se comprometen con causas, a través de las cuales concretan su integridad personal y su sentido de la dignidad (Raz, 1986: 154). La forma en que las personas ejercen su capacidad de optar trasunta una concepción acerca del éxito o el fracaso respecto de sus propias vidas.

Raz entiende que, en última instancia, lo relevante en una persona (aquello que le confiere dignidad) es el hecho de tener la capacidad de formular su propio plan de vida⁷⁴, esto es: el hecho de ser autónoma. Lo anterior nos lleva a considerar la necesaria relación entre la autonomía y las alternativas disponibles. Las objeciones que puedan hacerse diferirán, en principio, según se haga referencia a la autonomía de los hombres concretos (la cual será posible o no conforme sean las alternativas y las necesidades⁷⁵ de cada uno) o, conceptualmente, a la concepción normativa de la persona y de la autonomía. Sostiene Raz, que la satisfacción de necesidades básicas en una condición previa de la capacidad de adoptar racionalmente nuevas metas y descartar otras (1986: 297). La privación de ciertos bienes reduce el valor de la autonomía, de la misma forma que la presencia de coerción reduce el valor de la libertad negativa.

El liberalismo perfeccionista basa el respeto liberal por la libertad en la preocupación política por el bienestar individual (Raz, 2001a: 133). Esta forma del liberalismo supone una concepción más amplia acerca de lo que constituye una buena persona y una buena sociedad, si se la compara con la doctrina de la neutralidad liberal (2001a: 133).

7.4.4.4.

condiciones de posibilidad de la autonomía

En la propuesta de Raz, la autonomía depende del entorno y constituye una condición de prosperidad del individuo en las sociedades modernas. Las personas son autónomas solamente si están insertas en un entorno rico en posibilidades; por tanto, “ocuparse de la autonomía es ocuparse del entorno” (Raz, 2001a: 133). Ello implica la exigencia a las instituciones políticas de asegurar las condiciones de una cultura pública que sostenga y defina las opciones disponibles. Sostiene Raz que, “en la medida en que las condiciones de la autonomía exigen una cultura pública adecuada, dependen del bien común (...), de un bien que, de estar disponible para uno, lo está para todos...” (2001a: 134).

La importancia de la autonomía para el bienestar personal es el fundamento, en la propuesta de Raz, de la preocupación por la libertad individual. En ese sentido, el lugar de la libertad individual se vincula a los fines disvaliosos y el uso de la coacción estatal. La promoción de opciones valiosas no excluye la tolerancia pasiva (la no interferencia) de las elecciones erróneas, salvo que éstas supongan la necesidad de intervenir en aras de proteger el interés de otros (2001a: 137). La autonomía es incompatible, entonces, con una visión de la moral que se pretenda imponer por la fuerza. La autonomía exige que los individuos elijan sus planes de vida por sí mismos, libremente; de modo que el pluralismo de valores, la autonomía y la acción perfeccionista del Estado no tienen como

74 “His life is, in part, of his own making” (Raz, 1986: 204).

75 Más allá de lo que desee o elija.

objetivo lograr que las personas adopten efectivamente decisiones valiosas, sino generar las condiciones de posibilidad para ello.

7.4.5.

la justificación de los derechos: deberes relativos al bien común

Señalamos *supra* que Raz sostiene que los individuos tenemos deberes relativos al bien común, fundados en los derechos de los individuos de realizar sus planes de vida.

Ahora bien, la noción de bien común resulta pertinente para intentar explicar lo que podría entenderse como desajustes entre el valor que para el titular tienen los derechos y la consideración e importancia que se les asigna por las leyes y las estructuras sociales. Señala Raz que la circunstancia de que el valor de los derechos difiere del valor de los intereses a los que corresponden, hace que la justificación de los derechos no se encuentre en el hecho de que sirve a los intereses del titular de los mismos sino en consideraciones de otro tipo, adicionales o independientes (Raz 2001a: 59). La existencia de obligaciones o deberes para otros como correlato de los derechos, según Raz, es una demostración de que el derecho supera en importancia al interés que protege.

Un tipo de reglas jurídicas que se propone como ejemplo para explicar cómo los intereses de los titulares de los derechos constituyen sólo un aspecto de la razón que justifica tales derechos, son las leyes de bienestar social. En esos casos (i.e. beneficios otorgados por tener menores de edad o incapaces a cargo), los intereses de los demás también son relevantes, pero en la medida en que éstos se benefician al beneficiar a los titulares: “el derecho nos ayuda a cumplir nuestro deber (...), los deberes a menudo definen avenidas a través de las cuales podemos promover nuestro bienestar” (Raz 2001a: 64).

Ahora bien, el concepto de bien común alude a aquellos bienes que, en una comunidad dada, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente (Raz 2001a: 65). El goce de este tipo de bienes por una persona no disminuye el goce de las demás personas.

La protección de muchos de los derechos civiles y políticos en las democracias liberales se justifica, según el argumento de Raz que venimos desarrollando, por el hecho de que los mismos se encuentran al servicio del bien común. Es esa circunstancia, y no tanto su contribución al bienestar del titular, la razón que justifica la especial consideración y aprecio que en la cultura pública se tiene por dichos derechos, así como el hecho de que su defensa implique un costo considerable para el bienestar de muchas personas (Raz 2001a: 66). Al proteger el derecho de un individuo se protege el bien común. Por ejemplo, la libertad de contratación, la libertad de trabajo y la libertad de matrimonio,

en tanto afectan la forma en que el individuo ingresa a determinadas relaciones e instituciones, afectan la naturaleza y el contenido de los roles sociales y la significación de los mismos y, afectan a todos en la comunidad en cuestión.

Uno de los derechos que mejor evidencia la relación de los derechos civiles y políticos con el bien común, es la libertad de expresión: “Todos quienes viven en una democracia se ven afectados por el hecho de que se trata de una sociedad que disfruta del libre intercambio de información (...). [El] verdadero valor [de estos derechos] reside en su contribución a una cultura liberal común. Esta cultura sirve a los intereses de los miembros de la comunidad” (Raz 2001a: 68); de manera que, la razón que explica la discordancia entre el aprecio y la importancia del derecho y la medida de su contribución al bienestar del titular, se encuentra en el hecho de que parte de la justificación del derecho se refiere a su contribución al bien común.

En definitiva, el bien común es un presupuesto del derecho; “la jerarquía y naturaleza de los bienes comunes determinan las opciones disponibles para los individuos en sus vidas; determinan los canales que definen su bienestar” (Raz 2001a: 72).

Señala Raz, que los tribunales constituyen un foro apropiado para la gestión de la “política del bien común”, donde los derechos y el papel central que cumplen en nuestra cultura son fundamentales: “Al servir a los derechos individuales, sirven a la comunidad, contribuyendo a la protección y al desarrollo de su cultura común” (2001a: 72).

Con ello, la propuesta de Raz se acerca claramente a la de Dworkin, en la medida que los tribunales como gestores de la política del bien común deben involucrarse con las tradiciones políticas de la comunidad y con los cambios en el bien común, que suelen ser continuos y graduales y no obedecer a alternativas transitorias de la política (Raz 2001a: 71); lo cual remarca la relevancia para el adecuado desempeño del papel político de los tribunales, de la existencia de un poder judicial con independencia externa e interna⁷⁶.

7.4.6.

conclusiones primarias acerca de la noción de autonomía personal

La autonomía personal está concebida en referencia a la elección entre fines moralmente valiosos, esto es, el principio de la autonomía es un principio perfeccionista (Raz 1986: 417). Supone, entonces, una elección calificada por los fines.

El bienestar del individuo no se relaciona con vivir una vida que él considere como una buena vida, sino que, por el contrario, el valor de una forma de vida depende de razones

⁷⁶ Esto es: libre de presiones externas y que su funcionamiento no sea el de una corporación verticalizada.

que son independientes de la creencia del individuo en relación a lo que es o no valioso, lo cual es consistente con la tesis de la dependencia social de los valores como justificación de la validez de una forma de vida.

De modo que el bienestar de un individuo depende del verdadero valor moral de sus metas y no de sus creencias. Lo mismo puede afirmarse, siguiendo a Raz, para las creencias del Estado, en la medida que el hecho de que algo sea considerado como valioso por el Estado o las instituciones no es una razón suficiente para hacerlo o no, sino que lo que es relevante es que sea realmente valioso⁷⁷ (1986: 412).

7.4.7. qué diseño institucional en términos de técnica jurídica: a manera de conclusión

Al comienzo de este apartado señalamos que el sentido intrínseco de las instituciones consiste en promover las libertades fundamentales de los individuos. Hicimos referencia también a la relevancia de la función expresiva del derecho, especialmente del derecho constitucional. Asimismo, dijimos que, para Raz, en las democracias contemporáneas, el Estado de derecho encierra la idea del proceso de toma de decisiones basado en principios constitucionales y se vincula al mecanismo de separación de poderes (Raz 2001: 402-403).

7.4.7.1. un posible diseño institucional

Ahora bien, la idea de libertades o derechos fundamentales suele definirse a partir de la concurrencia de dos caracteres. En primer lugar, esas libertades o derechos constituyen límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio, es decir, que los mismos atrincheran ciertos bienes que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, poniéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en condiciones agregativas. En segundo lugar, constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, en tanto delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir⁷⁸ (Bayón 2003: 211).

⁷⁷ Podríamos ver, a partir de estas consideraciones, cuál es la perspectiva de Raz respecto de la desobediencia civil en hipótesis de reglas de conducta respaldadas por la autoridad que no estén justificadas moralmente y el alcance de la coacción, pero es un tema que excede las pretensiones de este trabajo.

⁷⁸ Nos remitimos a la noción de Dworkin (1977) de los “derechos como triunfos”, si como a la noción de Garzón Valdés (1993) del “coto vedado”.

Habitualmente se admite que el diseño institucional específico para una comunidad política, sobre la base de la aceptación de la denominada “tesis del coto vedado” como ideal sustantivo, es el constitucionalismo. En ese sentido, la traducción en términos de técnica jurídica del ideal del coto vedado supondría, por un lado, establecer el conjunto de los derechos fundamentales en una Constitución rígida⁷⁹ y, por otro lado, establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (Bayón 2003: 212).

Es importante tener presente que, tradicionalmente, a la concepción de este diseño institucional se ha opuesto la denominada “objeción contramayoritaria”, la cual cuestiona la solución constitucionalista señalando que, por una parte, la primacía constitucional implica restricciones a lo que la mayoría puede decidir y, por otra parte, en cuanto al control jurisdiccional de constitucionalidad, se pregunta qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático.

La pregunta que cabría hacerse, teniendo en cuenta la objeción contramayoritaria, es acerca de la viabilidad de algún diseño institucional que, a la vez que respete el mayor valor intrínseco del procedimiento democrático (lo que supone que no sean los jueces constitucionales los que, en la práctica, tengan la última palabra sobre el contenido y el alcance de los derechos), aproveche las posibles ventajas instrumentales del control jurisdiccional de constitucionalidad (Bayón 2003: 234).

A la luz de lo que señalamos acerca del bien común, así como del trasfondo democrático de su teorización, sería consistente con el planteo de Raz afirmar que uno de los derechos (de los pertenecientes al coto vedado) es el de participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas. En ese sentido, un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos nos orientaría hacia la adopción de la clase de diseño institucional que reconoce un núcleo irreformable (formulable en forma de reglas); que asimismo reconoce las ventajas de tipo instrumental en las que el resto del contenido del coto vedado (sólo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y, que reconoce como beneficio el control jurisdiccional de constitucionalidad, en tanto opere como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación (Bayón: 234-235).

Ello permitiría un diseño del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes dirigido a la tutela de las condiciones del procedimiento democrático y también a la tutela de la autonomía personal, en la medida que los tribunales constituyen un foro apropiado para la gestión de la política del bien común.

79 Supone el establecimiento de un procedimiento de reforma constitucional más exigente que el de modificación legislativa es determinante de la superioridad jerárquica de la Constitución, así como de la indisponibilidad de los derechos básicos para el legislador

La aceptación, en términos normativos, de una concepción de la democracia en términos deliberativos, implica, desde la perspectiva cognoscitiva, aceptar que los intereses, las opiniones y las elecciones de los individuos se forman en el seno de instituciones que pueden contribuir a modificarlos y ello, en principio, es consistente con la idea de la función expresiva del derecho y la noción de autoridad propuesta por Raz, que nos propusimos analizar al inicio de este apartado.

7.5. conclusiones acerca del rol del juez como intérprete del derecho

7.5.1. factores de incidencia y trasfondo filosófico

Los aportes, desde una perspectiva teórica, así como desde una perspectiva normativa, que pueden realizarse desde los estudios de teoría de la interpretación, se sintetizan del modo siguiente. Una constatación, desde el punto de vista teórico, consiste en que la discrecionalidad judicial en sede de interpretación es, en cierta medida, inevitable, y ello depende tanto de factores objetivos como subjetivos. Algunos de esos factores son extraños o ajenos a la intervención judicial y otros, por el contrario, pueden ser controlados por el propio juez.

Los factores de tipo objetivo obedecen a elementos del orden semántico y que, en cierto modo se vinculan también con la textura abierta del lenguaje. La incidencia de estos factores puede ser regulada por el legislador, confiriendo atención a elementos como la precisión de los términos empleados en la redacción de la ley, la posibilidad de univocidad de sentido cuando correspondiere, el control de la ambigüedad semántica y sintáctica, el manejo de expresiones indeterminadas, entre otros. Pero hay un margen de textura abierta inevitable, que es propio de lo lingüístico y que se presenta como un rasgo de los sistemas jurídicos en tanto el discurso de las fuentes es lenguaje natural.

Los factores de tipo subjetivo se asocian a la incidencia de cuestiones ideológicas y de intereses en la decisión judicial. La pregunta que corresponde responder, entonces, es acerca de la posibilidad de compatibilidad de estos rasgos de la actividad interpretativa que, implican el reconocimiento del hecho de que los jueces crean normas jurídicas, con el modelo normativo de la separación de poderes.

Se admite, en general, que el poder normativo, entendido como el poder de producir normas vinculantes para la colectividad está repartido o dividido entre diversos órganos, cuales son el legislador, los jueces (en cierta medida), el gobierno y la administración pública. Ahora bien, es pertinente considerar cuál es el tipo de normas que se producen a través de la actividad interpretativa (Comanducci s/f).

Conforme la teoría tradicional, el juez tiene asignada la función de producir normas individuales y concretas. Más allá de la adecuación o no de esta descripción con relación a la actividad efectivamente desarrollada por los jueces, un aspecto interesante consiste en la constatación efectuada por algunas teorías (Comanducci s/f) en relación a que los jueces producen, además, normas generales. Las crean en la justificación de la decisión.

Los jueces crean, a través de la interpretación, aquellas normas generales que son el fundamento de la decisión del caso concreto. Comanducci se pregunta por la pertenencia de dichas normas al sistema jurídico. Considera inadecuada una respuesta construida desde la categoría de la validez, en tanto la misma se predica de las normas conforme a una lógica binaria (las normas son válidas o no lo son), esto es, pertenecen al sistema jurídico o no pertenecen.

En ese sentido, no entiende que la noción de validez pueda ser empleada para referirse a aquellas normas generales que son producto de la actividad interpretativa del juez. Para éstas, algunos autores realistas emplean la categoría de la vigencia, la cual, a diferencia de la validez, admite grados. El concepto de vigencia refiere a una predicción, es decir, a la posibilidad de prever que en sucesivas decisiones la norma general elaborada a través de la interpretación pueda fundar nuevas decisiones. En caso que sea factible predecir, como sucede en el caso de algunas normas generales producidas por la jurisprudencia consolidada del máximo órgano jurisdiccional, que esas normas serán el fundamento de ulteriores decisiones, que tienen un grado importante o bastante de vigencia. Si, por el contrario, el órgano productor es un juez de jerarquía inferior, es menos probable que una predicción del estilo se confirme o verifique, en la medida que es poco probable que la norma sea utilizada como fundamento en futuras decisiones, por lo cual tendrá un bajo grado de vigencia, o ninguno.

Señala Comanducci, que una teoría como la expuesta no brinda respuesta a la pregunta que cualquier juez puede hacerse en relación a cómo debe interpretar el derecho, sino a cómo lo hacen, es decir, que no importa pretensiones normativas sino sólo descriptivas (en tanto para conocer cuál es el derecho vigente en un determinado sistema jurídico es preciso predecir cuál será la interpretación de los materiales normativos que aplicarán los jueces, funcionarios y legisladores en el futuro).

En términos normativos, entonces, la teoría ha construido un modelo relativo a la interpretación del derecho y a la justificación de la decisión interpretativa (esto último como

consecuencia del valor que se asigna a la certeza jurídica, a la vez que se acepta el carácter inevitablemente vago, ambiguo, indeterminado y con estándares valorativos de los materiales lingüísticos normativos). En ese sentido, la teoría contemporánea se interesa por la justificación racional de la interpretación.

Ahora bien, que una decisión interpretativa sea racional puede ser entendido en el sentido de que la misma sea explícita, de forma de habilitar su control público. Asimismo, para ser racional una interpretación debe ser coherente. Según sea la aproximación teórica, la coherencia exigible será de carácter sincrónico (coherencia interna de la decisión y consistencia lógica interna y con el entorno normativo en cada caso concreto) o diacrónico (coherencia en el tiempo).

La exigencia de coherencia diacrónica podría identificarse con el modelo de la integridad propuesto por Dworkin o con el garantismo propuesto por Ferrajoli, en tanto postulan el carácter de criterios o guías para la interpretación de los principios morales o de los valores constitucionales, respectivamente. Compartimos la duda de Comanducci en relación a las consecuencias, en relación al impacto negativo en la certeza, que acarrea la ponderación en los casos de conflicto de principios o valores constitucionales (que serían los criterios o guías para la interpretación). Si la ponderación se efectúa a la luz de las circunstancias del caso, el resultado será un aumento de la falta de certeza, en tanto el criterio puede variar caso a caso. Sería necesaria la introducción de metacriterios sobre la base de los cuales se efectuará la ponderación. Esos metacriterios vienen dados por una filosofía política que opere como trasfondo, como marco de referencia común a todos los operadores jurídicos (y muy especialmente para los jueces encargados del control de constitucionalidad de las leyes). A falta de ese trasfondo, la ponderación entre valores constitucionales en conflicto queda librada al juego mutable de las mayorías al interior de los tribunales, con el resultado de disminuir el grado de certeza del derecho, en lugar de aumentarlo.

7.5.2. consideraciones finales

En definitiva, la afirmación de la existencia del fenómeno de la discrecionalidad está asociada a la última de las tres tesis centrales de la teoría jurídica positivista, tesis que suele denominarse también “de los límites del derecho” y que, pese a que ha tenido varias formulaciones en la tradición positivista podemos proponer como enunciación conmensurable la siguiente: el contenido de las normas jurídicamente válidas⁸⁰ no determina la calificación normativa de todas las acciones. En estos casos, entonces, los jueces tienen discreción a

80 Esto, obviamente, se sigue de las dos tesis restantes: de las fuentes sociales del derecho y de la separación conceptual entre derecho y moral.

la hora de decidir las controversias. De acuerdo con Raz, diríamos que el ejercicio de la discrecionalidad remite a los tribunales a emplear consideraciones ajenas a lo jurídico, esto es, los remite al empleo de consideraciones morales y, con ello, a la influencia de consideraciones sociales y políticas en el desarrollo del derecho (2001a: 276).

Volviendo a la definición de textura abierta de Hart, la cuestión de la discrecionalidad implica la distinción entre casos fáciles y difíciles (según se sitúen en la zona de certeza o en la de penumbra del campo de aplicación de las reglas o de los predicados morales incluidos en el discurso de las fuentes), cuyo criterio de distinción se funda en el alcance de las convenciones lingüísticas y en la trascendencia del consenso de los participantes en la práctica como indicador.

Dijimos que la tesis de la discrecionalidad forma parte de los aspectos descriptivos de la teoría positivista, lo que, por tanto, debe tomarse, para decirlo groseramente, como la afirmación de la discrecionalidad como dato, no como idea regulativa.

Una de las críticas más fuertes que ha recibido la tesis positivista ha sido la formulada por Dworkin que, en la medida que niega tanto la tesis de las fuentes sociales como la de la separación, sostiene que los jueces nunca tienen discreción (en sentido fuerte, esto es: “ausencia de criterios que guíen su decisión”, que es el alcance semántico que Dworkin le atribuye a la noción positivista de discrecionalidad). Ahora bien, ni siquiera un declarado antipositivista como Dworkin niega, en términos descriptivos, que haya discrecionalidad (al menos en sentido débil) en situaciones que abarcan a los tribunales de última instancia y a los casos en los cuales la decisión implica la ponderación entre principios en ocasión de un conflicto de derechos o valores constitucionales, como afirmamos en el apartado anterior.

Es importante tener en cuenta en el análisis de la relación de los conceptos de indeterminación legislativa y discrecionalidad judicial, la discusión, al interior de la teoría del derecho⁸¹, en relación a la repercusión que, en las formulaciones teóricas, debe importar la presencia de estándares morales y predicados morales en los textos constitucionales, así como la incorporación de las convenciones de derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales. Entonces, el *factum* de la discrecionalidad (entendida como facultad de elección, ya sea en los casos difíciles de aplicación de reglas como en la ponderación de principios) exige, visualizar y explicitar los modelos normativos de la decisión judicial y de la justificación de la interpretación que, además, deben ser complementados con los modelos normativos de la dogmática y de la argumentación legislativa.

Hacemos referencia, entonces, a nivel judicial, a lo que podríamos denominar conciencia de la situación hermenéutica, cuyo contenido implica la funcionalidad de las justifi-

81 Entre las corrientes teóricas conocidas como positivismo inclusivo y positivismo exclusivo.

caciones de las decisiones al estado constitucional de derecho, asegurando la publicidad de los criterios y el control de las decisiones institucionales. Estas prevenciones relativas a la construcción argumental que justifica la decisión disminuyen los márgenes de funcionalidad al avance de un estado autoritario o de policía, en la medida que fortalecen el control público de la racionalidad de las decisiones. El *factum* de la discrecionalidad, en términos normativos, permite que las razones de la decisión, al ser públicas e intersubjetivamente controlables, responsabilicen a aquél que las presenta, “mientras que las fundamentaciones normativistas se basan en unas ‘evidencias’ iusmísticas [que], por escapar a la posibilidad de ser verificadas o falsadas intersubjetivamente, hacen que elegir entre una y otra respuesta jurídica venga a ser, al fin de cuentas, una cuestión de ‘gustos’ doctrinarios, [quedando con ello] diluida la responsabilidad intelectual de quien recurre a ellas” (Haba 2002: 528-529).

Si la gestión discursiva de la decisión se orienta hacia el modelo normativo propuesto, puede sugerirse la eliminación, en todo o en parte, de dicha gestión temática, de aquellos tópicos presentes en los enunciados de las fuentes cuya irracionalidad sea irreductible, promoviendo una lectura que asegure el avance del principio republicano y la protección de los derechos humanos, como contenido esencial de un estado democrático de derecho.

A la objeción ingenua que niega la existencia e discrecionalidad en términos descriptivos, se opone un modelo de argumentación que no promueve la arbitrariedad judicial ni es contradictorio con la certeza jurídica, sino que pretende afirmar la certeza jurídica de una forma más realista, ya que “en los Estados modernos los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad justificando las decisiones de una forma bien conocida. Ésta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos (...) no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a aquella cuestión es usar argumentos apropiados (razones) (...) Desde el punto de vista de la certeza jurídica sólo son importantes las razones jurídicas aceptables y públicas, porque sólo ellas permiten valorar la relevancia jurídica de la decisión. Si las razones permanecen ocultas y/o son inaceptables, carecen de valor para el control público” (Aarnio 1990: 26-27).

Dejamos anotado que, a nivel dogmático, creemos que el modelo que resulta consistente con el modelo judicial y legislativo a que hicimos referencia, es aquél explicitado por Courtis y Bovino (2001) en términos de “una dogmática conscientemente política”, así como a lo que señala Zaffaroni respecto de la afirmación de que el derecho penal, como todo saber, exige una definición política “previa a la delimitación de su horizonte, que haga manifiesta su intencionalidad, para permitir el control de su racionalidad” (2002: 4). Esa definición implica una valoración política del grado de funcionalidad del saber jurídico al poder punitivo e involucra la colaboración de la dogmática como insumo en la tarea de aplica-

ción. El saber jurídico penal, “mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho” (Zaffaroni 2002: 5). En ese sentido, la actividad interpretativa de la dogmática implica, entre otras cuestiones, la determinación semántica del lenguaje de las fuentes y la construcción de insumos para la tarea de aplicación.

Esta actividad supone, además, en los mismos términos que fue señalado para el discurso judicial, la eliminación de las soluciones interpretativas aquellos tópicos presentes en los enunciados de las fuentes cuya irracionalidad sea irreductible⁸², teniendo en cuenta que los estados fácticamente alcanzados por la dogmática, deben evaluarse en relación al modelo.

A nivel legislativo, el reconocimiento de la indeterminación del derecho⁸³ y la consecuente discrecionalidad judicial es un requisito ineludible en la reflexión acerca del impacto que la indeterminación puede tener en las garantías individuales. En esta dimensión, puede tener rendimiento el principio de estricta legalidad (Ferrajoli 2004: 35) en tanto regla semántica metalegal (que forma parte del trasfondo de filosofía política al que nos hemos referido) para la elaboración del discurso legislativo, del mismo modo que se hace necesario explicitar el modelo de elaboración legislativa en tanto proceso de decisión susceptible de control.

En definitiva, el Estado constitucional y democrático de derecho, en tanto modelo normativo propuesto para los tres niveles o dimensiones como ideal regulativo, tiene como función principal la de servir como criterio de evaluación y de crítica de los estados institucionales alcanzados fácticamente.

En esa perspectiva, resulta de importancia superlativa para la crítica y la elaboración dogmática, así como para la gestión argumental de la justificación de la decisión judicial y de la justificación de la interpretación, el abordaje de temas como los criterios de individualización judicial de la pena, los criterios de ponderación en casos de conflictos de principios, el grado de participación ciudadana en los procesos deliberativos con miras

82 En ese sentido, no es consistente con el Estado constitucional y democrático de derecho, que la producción interpretativa de la dogmática, en su actividad de guía de la función jurisdiccional, incorpore como legítimos (o como términos a los cuales es posible asignarles sentido a la luz del modelo propuesto) tópicos como, por ejemplo, *peligrosidad o alarma social*, y todos aquellos que son propios de una doctrina de la defensa social y un derecho penal de autor. La asunción, propia del modelo exegético, de que a cada palabra del legislador debe serle asignado un sentido, pierde sentido si la actividad (en las tres dimensiones consideradas) se orienta a un modelo de Estado constitucional, democrático y respetuoso de los derechos humanos.

83 Que, entre otras cosas, supone tener en cuenta que la actuación legislativa opera dentro del margen que la Constitución y los instrumentos de protección de los derechos humanos dejan abierto.

a incorporar nuevos materiales normativos, la evaluación responsable de la indeterminación intencional en la delegación de algunas funciones, entre otros.

Frente a modelos teóricos perimidos de la función judicial, lo que, en definitiva, se propone es visualizar los efectos adormecedores de la actividad teórica crítica que consiguen las formulaciones tradicionales acerca de la función judicial, la actividad de la ciencia jurídica y el legislador racional, en cuanto a que:

- a) los jueces **de hecho** son la boca de la ley;
- b) a los juristas el derecho **de hecho** se les presenta completo, coherente y dotado de univocidad de sentido y que, por tanto, su tarea consiste en describir neutralmente semejante objeto de estudio;
- c) el legislador **de hecho** es racional, coherente y conoce las mejores soluciones para los problemas de relevancia jurídica que puedan presentarse.

Ser conscientes de que el estado constitucional y democrático de derecho constituye un modelo normativo repercute en el ejercicio cotidiano de los juristas exigiéndonos la permanente crítica y evaluación de los estados institucionales alcanzados fácticamente, empleando como criterio para ello el modelo normativo.

Más allá de las dificultades epistemológicas que acarrea realizar una distinción entre lo genuinamente descriptivo y lo genuinamente normativo, es importante, creemos, tener en cuenta la trascendencia en la orientación de la práctica que tiene reconocer aquello preponderantemente descriptivo de una teoría y distinguirlo de las pretensiones normativas de un modelo teórico determinado.

7.5.3.

síntesis de las conclusiones de la investigación

- a) La “interpretación literal de la ley” es invocada por los tribunales en el procedimiento de justificación de algunos fallos como herramienta retórica o argumentativa y no como un elemento de incidencia en el contexto de descubrimiento.
- b) Parece desprenderse de algunos fragmentos del discurso del órgano jurisdiccional seleccionado la convicción de que el “significado literal” permite fundar un criterio interpretativo aceptable de forma incontrovertida, en la medida que asegura la univocidad en la lectura del discurso de las fuentes del derecho.
- c) La invocación a la “interpretación literal” y al “significado literal” continúa siendo un recurso significativo en las decisiones, a pesar de las limitaciones de dichas categorías, porque ello se asocia, en cierto sentido, a la defensa y (re)afirmación

del valor seguridad jurídica, en el entendido de que con ello se evita que la justificación de los fallos sea penetrada por el problema de la discrecionalidad. Esto hace que la literalidad, como otros tópicos argumentales, cumpla una función ideológica (que hacia el exterior funciona reforzando la idea de certeza y hacia el interior encubre la discrecionalidad).

- d) La interpretación literal, como tópico del discurso jurisdiccional, se opone a la interpretación contextual.
- e) La interpretación literal y los tópicos asociados a ella⁸⁴ constituyen lugares argumentales.
- f) La actividad judicial, en tanto práctica social, presupone acuerdos teorizados en forma incompleta.
- g) El control de constitucionalidad en nuestro orden jurídico constituye un mecanismo de defensa de la ley. En ese sentido, de las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad surge la subsidiariedad de la Constitución respecto de la ley. A pesar de ello, de las entrevistas surge la tendencia a incluir la Constitución como pauta o directiva para la interpretación de la ley, lo que introduce un margen de flexibilización en la tarea del juzgador, en un Estado que suele definirse como Estado Constitucional de Derecho, a pesar de que el diseño institucional (y el instituto de la declaración de inconstitucionalidad de la ley es un claro ejemplo) se acerca más al Estado Legal de Derecho y que la aplicación directa de la Constitución por los tribunales es poco frecuente.
- h) El valor procedimental del derecho y la Administración de Justicia, que es su valor intrínseco, es opacado u obturado por los tópicos tradicionales asociados al modelo de juez “boca de la ley” y, también, por las críticas a las decisiones de los jueces que se reducen a tener en cuenta la incidencia o el apartamiento de las *policies* o de cuestiones políticas instrumentales o estratégicas, en general. Esto supone una contradicción, ya que los tópicos tradicionales cumplen una función tranquilizadora acerca de lo que constituye la tarea de decir cuál es el derecho en una sociedad y, por otro lado, asignarle a la actividad de juzgar un valor estratégico, descuidando lo procedimental, es la negación del discurso del esclavo de la ley. Pero ninguno de los dos discursos acerca de la actividad judicial es compatible con el ideal regulativo del Estado constitucional y democrático de derecho.
- i) Una teoría adecuada acerca de la función judicial debe dar cuenta de la discrecionalidad judicial, de los aspectos cognoscitivos y creativos que hacen a la actividad

84 Como las variantes de la interpretación correctora: extensiva y restrictiva.

interpretativa del derecho, de la libertad de elección en la decisión acerca de los hechos relevantes en los casos concretos, así como en la construcción de la norma del caso. Desde el punto de vista normativo, el valor procedimental del derecho y el Estado constitucional y democrático como ideal regulativo constituyen el eje de la crítica a la actividad judicial.

- j) La necesidad de reflexionar acerca de las exigencias y características de un diseño del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes dirigido a la tutela de las condiciones del procedimiento democrático y también a la tutela de la autonomía personal, queda planteada como una prioridad en la agenda de la discusión e investigación, entre otros temas que este trabajo ha dejado abiertos.

referencias bibliográficas

- AARNIO, Aulis (1990); “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Nº8, p. 23-37, <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>
- AARNIO, Aulis (1991); *Lo racional como razonable*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert (1999); “La tesis del caso especial” en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, Nº21, CSIC, Madrid, nov. 1999.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1994); “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial y ausencia del formalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº15-16, pp. 861-882.
- ARAGÓN, Manuel (1999); *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, <http://www.bibliojuridica.org>
- ATIENZA, Manuel (1986); “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto Vernengo”, en *Doxa* Nº3, pp. 297-311.
- ATIENZA, Manuel (1999); “El derecho como argumentación” en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, Nº21, CSIC, Madrid, nov. 1999, pp. 37-47.
- BARDAZANO, Gianella (2004); “El lugar de la interpretación literal en la decisión judicial”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº14, pp. 228-241.
- BAYÓN, Juan Carlos (2003); “Derechos, democracia y constitución”, en CARBONELL, Miguel (ed.) (2003); *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- BECCHI, Paolo (1999); “Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell’ideologia neoscettica” en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 1-14.
- BOSQUE, Ignacio y DEMONTE, Violeta (1999) (dir.); *Gramática Descriptiva de la Lengua Española*, Real Academia Española - Colección Nebrija y Bello, 1ª Edición, Espasa, Madrid.
- BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (2001); “Por una dogmática conscientemente política”, en COURTIS, Ch. (comp.); *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, pp. 183-222.
- CALSAMIGLIA, Helena y TUSÓN, Amparo (1999); *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, Ariel, Barcelona.
- CAPELETTI y GARTH (1996); *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, FCE, México.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (2005) (eds.); *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid.

- CÁRCOVA, Carlos María (s/f); “Acceso a la justicia: exclusión y aculturación”, en *Urbe et Ius. Revista de Opinión Jurídica*, <http://www.urbeetius.org>.
- CÁRCOVA, Carlos María (1996); *Derecho, política y magistratura*, 1ª ed., Biblos, Buenos Aires.
- CÁRDENAS GARCÍA, Jaime (2002); “Remover los dogmas” en *Cuestiones Constitucionales*, N°6, México, ene-jul 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst>
- CASTANHEIRA NEVES, A. (2003); *O Actual Problema Metodológico da Interpretação jurídica I*, Coimbra Editora, Coimbra.
- CHIASSONI, Pierluigi (2005); “A Nice Derangement of Literal-Meaning Freaks: Linguistic Contextualism and the Theory of Legal Interpretation”, en GUASTINI, R. y COMANDUCCI, P., (*a cura di*) *Analisi e diritto*, 2005.
- COMANDUCCI, Paolo (s/f); “L’interpretazione delle norma giuridiche”, www.AmbienteDiritto.it
- CONILL, Jesús (2004); *Horizontes de economía ética. Aristóteles, Adam Smith, Amartya Sen*, Tecnos, Madrid.
- DASCAL, Marcelo (1986); “Una crítica reciente a la noción de significado literal”, en *Crítica*, Vol. XVIII, N°53, México.
- DAVIDSON, David (1978); “Lo que significan las metáforas”, trad. Luis Valdés Villanueva, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis (1999) (comp.); *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, pp. 568-587.
- DAVIDSON, David (1986); “A nice derangement of epitaphs”, en LEPORE (ed.); *Truth and Interpretation. Essays in the Philosophy of Donald Davidson*, Blackwell, Oxford.
- DÍAZ, Esther (1995); *El pensamiento de Michel Foucault*, 1ª edición, Biblos, Buenos Aires.
- DIJK, Teun A. van (1990); *La ciencia del texto. Un enfoque interdisciplinario*, Paidós, Barcelona.
- DIJK, Teun A. van (1998); *Texto y Contexto. Semántica y pragmática del discurso*, trad. Juan Domingo Moyano, Madrid, Cátedra.
- DIJK, Teun A. van (2000) (comp.); *El discurso como estructura y proceso*, Gedisa, Barcelona.
- DIJK, Teun A. van (2000) (comp.); *El discurso como interacción social*, Gedisa, Barcelona.
- DUCROT, Oswald (1982); *Decir y no decir. Principios de semántica lingüística*, trad. Walter Miento y Amparo Hurtado, Anagrama, Barcelona.
- DUCROT, Oswald (1984); *El decir y lo dicho*, Hachette, Buenos Aires.
- DUCROT, Oswald y TODOROV, Tzvetan (1976); *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, 3ª edición, Siglo XXI Argentina editores, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald (1977); *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

- DWORKIN, Ronald (1988); *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, 1ª edición, trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald (2002); *Los derechos en serio*, 5ª reimpresión de la 1ª ed. española de 1984, trad. Marta Gustavino, Ariel, Barcelona.
- ECO, Umberto (1992); *Los límites de la interpretación*, trad. Helena Lozano, Lumen, Barcelona.
- ECO, Umberto (1995); *Semiótica y filosofía del lenguaje*, trad. Helena lozano, Lumen, Barcelona.
- EEMEREN, Frans H. van y otros (2000); “Argumentación”, trad. Elizabeth Maiuolo, en DIJK, Teun A. van (comp.); *El discurso como estructura y proceso. Estudios sobre el discurso I. Una introducción multidisciplinaria*, 1ª edición, Gedisa, Barcelona, pp. 305-333.
- FERNÁNDEZ LAGUNILLA, Marina (1999); “Las construcciones de gerundio”, en BOSQUE, Ignacio y DEMONTE, Violeta; *Gramática Descriptiva de la Lengua Española*, tomo 2, pp. 3443-3501.
- FERRAJOLI, Luigi (1995); *Derecho y razón*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, 6ª edición, Trotta, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi (2001); *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª Edición, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2006); *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid.
- GADAMER, H.G. (2001); *Verdad y Método*, tomo I, 9ª edición, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca.
- GARCÍA SUÁREZ, Alfonso (1997); *Modos de significar. Una introducción temática a la filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid.
- GARGARELLA, Roberto (1996); *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.
- GARGARELLA, Roberto (2005); *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires.
- GARZON VALDES, Ernesto (1993); *Derecho, ética y política*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid.
- GONZÁLEZ OROPEZA (1996), Manuel; “La interpretación jurídica en México” en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°5, ITAM, oct. 1996, pp. 65-76.
- GRICE, Paul (1957); “Significado”, trad. Aline Menassé, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis (1999) (comp.); *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, pp. 485-494.

- GRICE, Paul (1969); “Las intenciones y el significado del hablante”, trad. J. José Acero, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis (1999) (comp.); *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, pp. 495-523.
- GUASTINI, Riccardo (1993); *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano.
- GUASTINI, Riccardo (1997); “Enunciati interpretativi” en *Ars Interpretandi*, pp. 35-52.
- GUASTINI, Riccardo (1998); *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano.
- GUASTINI, Riccardo (1999); *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, 1ª edición, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona.
- GUASTINI, Riccardo (2001a); “Il diritto come linguaggio. Lezioni”, en *Analisi e diritto*, Serie teórica, N°46, Giappichelli, Torino.
- GUASTINI, Riccardo (2001b); *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3ª edición, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa - UNAM, México.
- GUASTINI, Riccardo (2002); “Escepticismo y cognitismo en la teoría de la interpretación”, en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Año II, N°2.
- HABA, Enrique Pedro (1977); “En torno al concepto de interpretación literal” en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho*, San José de Costa Rica, N°33.
- HABA, Enrique Pedro (2003); *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico (Observaciones sobre el carácter opcional de las interpretaciones que se escogen para las leyes)*, tomos I y II, 1ª ed., Corte Suprema de Justicia - Escuela Judicial, San José (Costa Rica).
- HABERMAS, Jürgen (1991); *Escritos sobre moralidad y eticidad*, 1ª edición, trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona - Buenos Aires.
- HABERMAS, Jürgen (2000); *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2ª edición, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.
- HART, H. L. A. (1963); *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HART, H. L. A. (1977); “American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream”, en *Georgia Law Review*, vol. 11, N°5, sep. 1977, pp.969-989.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1999); *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- HERSHOVITZ, Scott (2003); “Legitimacy, democracy, and Razian authority”, en *Legal Theory* 9, pp. 201-220.

- ITURRALDE SESMA, Victoria (2003); *Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- KELSEN, Hans (1960); *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, UNAM, México, 1986.
- KUHN, Thomas (1996); *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contin, FCE, México.
- LIFANTE, Isabel (1991); *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LOZANO, Jorge y otros (1999); *Análisis del discurso. Hacia una semiótica de la interacción textual*, Cátedra, Madrid.
- LUZZATI, Claudio (1990); *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano.
- LYONS, John (1989); *Semántica*, trad. Ramón Cerdà, Teide, Barcelona.
- MacCORMICK, Neil (1999); “Retórica y Estado de Derecho” en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Nº21, CSIC, Madrid, nov. 1999, pp. 5-21.
- MAZZARESE, Tecla (2000); “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº23, <http://publicaciones.ua.es>
- MENDONCA, Daniel (1998); *Interpretación y aplicación del derecho*, 2ª edición, Universidad de Almería, Almería.
- MENDONCA, Daniel (2000); *Las claves del derecho*, 1ª edición, Gedisa, Barcelona.
- MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo (2004); *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid.
- MORTARA GARAVELLI, Bice (1991); *Manual de Retórica*, trad. María José Vega, Cátedra, Madrid.
- MULHALL, Stephen y SWIFT, Adam (1996); *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, trad. Enrique López Castellón. Ed. Temas de Hoy, Madrid.
- PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina (1996); *Dogmática jurídica. Escorço de sua configuração e identidade*, Livraria do Adrogado, Porto Alegre.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie (1801); *Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil francés*, trad. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valaparaíso, 1978.
- RAZ, Joseph (1986); *The Morality of Freedom*, Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (1999); *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (2001a); *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melon, Gedisa, Barcelona.

- RAZ, Joseph (2001b); "The practice of value", en WALLACE, R. Jay (ed.); *The practice of value, The Berkeley Tanner Lectures*, Clarendon Press, Oxford, 2005.
- ROSS, Alf (1970); *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª edición, trad. Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael (1995); *Metodología de la ciencia del derecho*, Porrúa, México.
- SARLO, Oscar (2001); "Inmunidad ministerial, interpretación constitucional y argumentación racional - O por qué la sentencia del Tribunal Penal 2º deberá ser casada", en *Estado de Derecho*, N°69, julio de 2001, pp. 6-7.
- SASTRE ARIZA, Santiago (2001); "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", en *Doxa*, N°24, pp. 579-601.
- SEGURA ORTEGA, Manuel (1998); *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid.
- SUMMERS, Robert (1997); "Sobre la interpretación legislativa ideal" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°6, ITAM, México.
- SUNSTEIN, Cass (1997); *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass (2006); *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medio ambiente*, trad. José María Lebrón, Katz, Buenos Aires.
- TARELLO, Giovanni (1980); *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- TOMLIN, Russell y otros (2000); "Semántica del discurso", trad. José Ángel Álvarez, en DIJK, Teun A. van (comp.); *El discurso como estructura y proceso. Estudios sobre el discurso I. Una introducción multidisciplinaria*, 1ª edición, Gedisa, Barcelona, pp. 107-170.
- TONTII, Jarkko (2002); "Tradición, interpretación y derecho", en NAVARRO, Pablo y REDONDO, Ma. Cristina; *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 1ª edición, Gedisa, Barcelona.
- VALDÉS VILLANUEVA, Luis M. (2000) (comp.); *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos (2000); *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia*, en HABERMAS, col. "El Derecho y la Justicia", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- VELLUZZI, Vito (2000) (a cura di); *Significato letterale e interpretazione del diritto*, colección Analis e Diritto, N°41, Giappichelli, Torino.
- VILLA, Vittorio (1999); "Constructivismo y Teoría del Derecho", en *Doxa*, N°22, pp. 285-302.
- VERNENGO, Roberto (1994); *La interpretación literal de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- WAISMANN, Friederich (1976); "Verificabilidad", PARKINSON, G. (ed.); *La teoría del significado*, FCE, México-Buenos Aires, pp.57-94.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (1985); *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid.

ZAFFARONI, Raúl (1994); *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Raúl y otros (2002); *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires.

ZULETA PUCEIRO, Enrique (1981); *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Editoriales de Derecho Reunidas S. A.

ZULETA PUCEIRO, Enrique (2003); *Interpretación de la Ley. Casos y materiales para su estudio*, La Ley, Buenos Aires.

índice

I. preliminares metodológicos	11
1. presentación	13
2. fundamentación y antecedentes	14
3. delimitación del corpus de la investigación	18
II. aplicación del derecho y exigencias institucionales de la democracia constitucional	23
1. aproximación al tema	25
1.1. planteo general acerca de la función judicial	25
1.2. acerca del razonamiento judicial	26
1.3. el campo de aplicación de las reglas	27
2. concepciones de la interpretación del derecho	28
2.1. el paradigma dogmático	28
2.1.1. caracterización	28
2.2. concepciones contemporáneas de la interpretación jurídica	33
2.2.1. concepción cognoscitivista	33
2.2.2. concepción escéptica	35
2.2.3. concepción intermedia	35
2.2.3.1. la dicotomía certeza / penumbra	36
2.2.3.2. la dicotomía claridad / oscuridad	37
2.3. evaluación	39
2.4. caracterización constructivista	40
3. interpretación y aplicación	41
3.1. introducción	41
3.1.1. definiciones	43

3.1.2. acerca de la concepción de la función judicial y la comprensión de la propia actividad	44
3.2. sentido amplio y sentido estricto de interpretación	47
3.3. objeto de la interpretación	49
3.3.1. las categorías analíticas propuestas por Hernández Marín y Guastini	49
3.4. interpretación literal	51
4. <i>in claris non fit interpretatio</i> . estudio de un caso.	54
4.1. introducción	54
4.1.1. algunas precisiones metodológicas	55
4.1.1.1. puntualizaciones terminológicas	56
4.2. los paradigmas del derecho	58
4.2.1. el paradigma tradicional	58
4.2.2. el paradigma heterodoxo	59
4.2.2.1. el lugar de la argumentación en la aplicación del derecho	60
4.2.3. acerca del tópico de la literalidad en la decisión	61
4.2.3.1. descripción	61
4.2.3.2. <i>in claris non fit interpretatio</i>	61
4.2.3.3. la figura del intérprete	62
4.2.3.4. consideraciones	63
4.3. algunas conclusiones primarias	69
5. directrices y cánones de la tradición	72
6. la argumentación interpretativa	72
6.1. el lugar de la dogmática en la asignación de significado	74
7. el juez como intérprete	75
7.1. el problema de la banalización del momento interpretativo en la estrategia de justificación	75
7.2. garantías en el controlde constitucionalidad de las leyes	76
7.3. algunas consecuencias de las exigencias relativas a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad. reflexiones en torno al derecho de acceso a la justicia	80
7.3.1. las formulaciones de las fuentes internacionales	81
7.3.2. sobre el (no) acceso a la justicia	82

7.3.3. algunas propuestas	83
7.4. consideraciones acerca de un diseño institucional compatible con la autonomía personal y la democracia	84
7.4.1. presupuestos	85
7.4.1.1. concepción del derecho	85
7.4.1.2. función expresiva del derecho	86
7.4.2. razones excluyentes para la acción	86
7.4.2.1. razones	87
7.4.2.2. concepción de la autoridad	87
7.4.2.3. legitimidad: la autoridad como servicio	88
7.4.3. democracia constitucional como trasfondo de la concepción de la autoridad raziana	89
7.4.3.1. sobre las fuentes y los límites del derecho	89
7.4.3.2. desarrollo de algunas objeciones a la concepción de la autoridad raziana	90
7.4.4. autonomía personal y bien común	91
7.4.4.1. aproximación al concepto raziano de autonomía	91
7.4.4.2. pluralismo de valores y perfeccionismo	91
7.4.4.3. función de la autonomía personal en la caracterización de la libertad	92
7.4.4.4. condiciones de posibilidad de la autonomía	93
7.4.5. la justificación de los derechos: deberes relativos al bien común	94
7.4.6. conclusiones primarias acerca de la noción de autonomía personal	95
7.4.7. qué diseño institucional en términos de técnica jurídica: a manera de conclusión	96
7.4.7.1. un posible diseño institucional	96
7.5. conclusiones acerca del rol del juez como intérprete del derecho	98
7.5.1. factores de incidencia y trasfondo filosófico	98
7.5.2. consideraciones finales	100
7.5.3. síntesis de las conclusiones de la investigación	104
referencias bibliográficas	107

COLOFÓN