

TEORIA DE LA INTERPRETACION OPERATIVA

Materiales para el seminario de Interpretación Constitucional

ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

INTRODUCCION

El interés por la interpretación operativa de los textos normativos es uno de los ejes más dinámicos en la evolución de la teoría jurídica contemporánea. Es un punto de encuentro entre perspectivas de abordaje diversas, nutridas sobre todo por el encuentro entre la teoría y la práctica de la decisión y la moderna teoría de la argumentación. En el campo de la interpretación constitucional, se incorporan incluso perspectivas interdisciplinarias provenientes de la filosofía política, la teoría del gobierno, la economía y disciplinas diversas del espacio de las ciencias sociales. De allí que debate constitucional haya pasado a constituirse en las sociedades actuales, en un verdadero *forum of principles* -foro de los principios-, como apuntaba Ronald Dworkin hace medio siglo.

En la actualidad, el dato central es la ruptura de las perspectivas tradicionales, acuñadas a lo largo del siglo XX en torno a la nación positivista de los textos normativos. Una amplia gama de doctrinas autocalificadas como “post positivistas” o “realistas” pugnan por abrir vías alternativas. Es un campo de innovación y producción creciente.

Las tendencias actuales comparten, en general, una preocupación por encontrar una posición intermedia entre los extremos de un decisionismo metodológico como el planteado desde la dogmática positivista y un escepticismo radical respecto de las posibilidades de una justificación racional de las decisiones, de concepción del papel de la razón en la decisión judicial. “Comparten –escribe V. Iturralde-¹ el intento de rescatar la práctica jurídica de los peligros de la arbitrariedad, tratando de proporcionar un fundamento que pueda pretenderse inter subjetivamente válido y plausible para las valoraciones concurrentes en la determinación de la decisión jurídica” ... “Allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico natural, de intuiciones valorativas, o de la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo, en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de argumentación”. El principio de legalidad, la obligación de motivación de las sentencias, las reglas del razonamiento práctico y las directrices imperantes en la comunidad jurídica se combinan, conformando una matriz que delimitan y limitan el campo de la justificación.

1 ITURRALDE SESMA, V.: Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 251-253

Por sobre diferencias, profundas, todos los sistemas jurídicos de matriz Occidental tienden hoy a compartir principios metodológicos comunes para la interpretación de las leyes. Desde tradiciones y culturas jurídicas diversas, existe una convergencia creciente que mucho tiene que ver con algunas de las funciones del derecho en la vida social. Particularmente, con la idea de que el derecho debe ofrecer un marco objetivo, racional y razonable, confiable, consistente, predecible, eficiente y práctico para la determinación del sentido de los textos legislativos, que facilite la resolución de los problemas que supone su aplicación.

La teoría y los modelos de la interpretación sobre todo legislativa operan, así como un factor de convergencia entre las diversas culturas y tradiciones jurídicas.² Cabría así hablar de una metodología de la interpretación de las leyes que se impone desde diversos puntos de vista, tales como la necesidad de hacer posibles la concreción de los objetivos y propósitos inmediatos de las leyes en particular y de los fines últimos del derecho legislado en general. Se impone también desde la necesidad de que el derecho reduzca los costos sociales que supone un debate abierto ilimitado en torno a los principios y los cánones de una buena argumentación. Una metodología general contribuye no solo al logro de propósitos inmediatos. Contribuye también a una intervención del derecho en la vida social, garantizando instancias de objetividad, confianza y eficiencia indispensables para el logro de los fines del derecho.

Una metodología unificada, básicamente convergente, elaborada a partir de una consideración cuidadosa de los elementos comunes que presentan las diversas tradiciones jurídicas permite, entre otros objetivos, contra con criterios de definición y reconocimiento de conceptos, métodos, procedimientos, esquemas argumentales, directivas, cánones y criterios de decisión comunes.

En el caso de la interpretación de las constituciones, la fuerte carga ideológica de los debates parecería abrir mayor campo a la diversidad y confrontación de puntos de vista. Aun así, es dable apreciar también una cierta convergencia de perspectivas, en torno a algunos principios compartidos que constituyen una suerte de núcleo duro de la teoría y la práctica de la interpretación constitucional contemporánea.

1. El discurso interpretativo. Naturaleza y proyecciones

La investigación propuesta tiene por objetivo el análisis de uno de los aspectos centrales de la decisión judicial: la tarea de interpretación operativa. Es decir, de las

² Sobre la necesidad y posibilidades de una metodología unitaria, elaborada de un modo inductivo, a partir de la diversidad de tradiciones y culturas jurídicas, cfr. especialmente SUMMERS, R.S.: Form and function in a legal system. A general estudio. Cambridge : Cambridge University Press, 2006, págs. 242-244

operaciones orientadas a determinar el sentido de las formulaciones legales en función de las necesidades propias del proceso de aplicación de las mismas por parte de los órganos constitucionalmente investidos de la función jurisdiccional. Cuando la interpretación es desarrollada ante un caso concreto y por un órgano investido por el ordenamiento de la facultad de juzgar, trasciende su dimensión originariamente cognitiva y adquiere una dimensión decisoria y aun creativa.

Contra lo que indica una primera lectura del apotegma clásico "*in claris non fit interpretatio*", -los textos claros no requieren interpretación- la interpretación es una fase esencial y por tanto ineliminable del proceso de aplicación. Sólo puede establecerse la claridad de un enunciado legislativo al cabo de un proceso de interpretación. Toda aplicación supone por ello una interpretación que la informa y orienta.

En tal sentido, lo que se interpretan son tanto actos o conductas humanas –o sea, sus razones, intenciones, motivaciones, objetivos, valores, etc.-, como eventos –acontecimientos sociales, históricos, políticos que producen, condicionan o determinan los hechos y circunstancias de lo que se interpreta- o textos.

El foco concreto de interés del presente esquema es, precisamente, el de la interpretación de un texto en el contexto de un proceso de decisión, En este sentido preciso, interpretar un texto significa atribuirle un significado, sentido o referencia a un determinado fragmento de lenguaje –vocablo, locución, enunciado. 3. La interpretación textual o literal es de hecho un tipo específico dentro de un género que la comprende: la interpretación jurídica.

En este último sentido, interpretar significa clarificar ya sea el *contenido* normativo de una disposición legal, o el ámbito o campo de su aplicación.

Además de clarificar el sentido de un texto, interpretar significa en un caso concreto, calificar el objeto de la interpretación para poder considerarlo efectivamente como un documento normativo válido, determinar prima facie, su aplicabilidad al caso y la inexistencia o exclusión de normas implícitas que impidan su aplicación al caso, resolver posibles antinomias, integrar lagunas, considerar aspectos dogmáticos, reconocer y formular argumentos justificativos y establecer un primer balance de consecuencias de la posible interpretación a proponer.

El objeto de la presente investigación es precisamente el tipo de interpretación que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso decisorio que lleva a la aplicación de la ley. Se trata por tanto de la interpretación *operativa*, cuya naturaleza y alcance deben entenderse siempre en el contexto concreto de la aplicación de la ley por parte del órgano jurisdiccional.

Ello implica la necesidad de precisar lo que se entiende por interpretación judicial de la ley o de la Constitución. En este sentido, las definiciones sólo pueden ser por el momento aproximativas, debido sobre todo a los significados diversos y

3 GUASTINI, R.: L'interpretazione dei documenti normativi, cit. pág. 4.

cambiantes con que expresiones como “aplicación” o “interpretación” son utilizadas, tanto en el lenguaje de los juristas como en el de la propia legislación.

La referencia al proceso de “interpretación y aplicación del derecho” plantea la necesidad de una clarificación previa de algunos elementos de consideración obligada para un análisis semántico del concepto.

Cabe ante todo precisar lo que se entiende por “interpretación de la ley”. En tal sentido, cabe estipular, en una primera aproximación, la fórmula acuñada por Savigny, según la cual, la tarea de la interpretación de la ley comporta un conjunto de actividades tendientes “conocer la ley en su verdad”. En otras palabras, a atribuir significado a un texto normativo. En este caso, el texto de la ley.

Interpretar supone en consecuencia una tarea con aspectos diversos a considerar. Por un lado, el proceso de determinación del sentido y el alcance de las reglas enunciados en el texto legislativo. Es decir, la identificación del contenido de la regla suministrada por el texto de la disposición legislativa interpretada y el dominio temporal, personal y territorial de aplicación de dicha regla. Por otro lado, refiere, en una acepción más restringida, a la tarea de clarificación del sentido de expresiones oscuras, vagas, ambiguas o simplemente discutibles. Finalmente, supone el producto o resultado de las tareas anteriores. Es decir, la decisión acerca de una interpretación considerada como preferible en el caso concreto a cualquier otro significado posible. Interpretar implica entonces el desarrollo por parte del sujeto-interprete de una serie de actividades orientadas a determinar el significado de formulaciones y enunciados normativos.

Por medio de dicha actividad se obtienen como producto, una o varias normas jurídicas⁴. La operación interpretativa determina el significado de una disposición legislativa. No lo descubre ni lo inventa. La norma, producto de la interpretación es uno de los posibles significados del que el enunciado normativo expresado en la disposición interpretada es portador. De allí que la actividad cognitiva del intérprete esta esencialmente volcada a una decisión práctica.

El intérprete conoce para decidir. Para “construir” soluciones superadoras del conflicto sometido a su intervención. La referencia a la “ley” – o disposición legislativa- refiere a un conjunto de enunciados o expresiones lingüísticas dotadas de una forma gramatical completa, redactadas mediante la utilización de los signos gráficos de una lengua natural, aprobados por los órganos investidos de la función legislativa y publicados según los procedimientos establecidos por las normas reguladoras de la producción jurídica, que en tanto aprobados y publicados de ese

4 Cfr. VELLUZZI, V.: Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, pág. 42. Tambien CÔTÉ, P-A.: Interprétation des Lois. 3éme. Ed. Montréal: Les Éditions Thémis, 1999, paga. 3-5.

modo, se presume que expresan “normas”, “reglas” o “preceptos” de un cierto tipo 5.

Por “interpretación” cabe entender a su vez —y de un modo igualmente genérico— al procedimiento intelectual, conducido según reglas semántico-gramaticales, cánones hermenéuticos doctrinales y preceptos de orden legislativo, tendiente a “atribuir significado” a una o más disposiciones.

La atribución de significado es un proceso complejo, a través del cual se avanza hacia la individualización de la función lógica de los vocablos utilizados — sujeto, predicado, complementos, etc.—, la identificación de la estructura sintáctica, la determinación del sentido de los vocablos y las locuciones utilizadas, la explicitación de las partes de comunicaciones implícitas —sintácticamente necesarias o no necesarias— omitidas presumiblemente por razones de economía en la formulación de las disposiciones 6 .

A. Scalia subraya señala algunas de las exigencias actuales de lo que denomina una “lectura imparcial” de la ley. De lo que se trata –afirma desde su neo-textualismo dinámico – es de la aplicación de los textos a los hechos, sobre la base de lo que un lector razonable, lingüísticamente competente habría entendido del texto, en el tiempo en que fue establecido.

Se trata de un empeño que requiere aptitudes lingüísticas, buen juicio, supresión de las preferencias personales acerca del resultado y, de cara a los textos antiguos, capacidad de investigación histórica y lingüística.

Ello requiere también habilidad para comprender el propósito (purpose) del texto legislativo, que es una parte vital de su contexto. Para Scalia, el propósito solo puede ser indagado a partir del texto mismo, de modo consistente con otros aspectos del contexto. Esta referencia referida al contexto no solo abarca propósitos no textuales, sino también asociaciones históricas acerca de patrones recurrentes en el uso de las palabras y sobre todo el significado de las palabras en el marco en que son utilizadas 7. En este punto, la teoría de la interpretación se abre a una discusión central, no saldada, acerca de la posibilidad de investigar propósitos dejando de lado la realidad de las intenciones.

Las “normas” serían así significados atribuidos a los enunciados legislativos, a través de la “interpretación-actividad” y, en tal sentido, configuran el núcleo central

5 Vid. En sentido similar CHIASSONI, P.: L’Interpretazione dei documenti legislativi: nozione introduttive, en BESSONE, M. (Ed): Interpretazione e digito giudiziale. I. Regole, metodi, modelli. Torino: G. Giappichelli Editor, 1999, pág. 21.

6 CHIASSONI, P. Op. cit. págs. 21-22.

7 SCALIA, A.: Reading the Law, cit. pag. 33.

de la “interpretación-producto”⁸. La atribución de significado configura así una “interpretación-actividad “en sentido estricto, definida por diferencia respecto de una “interpretación-actividad” en sentido más amplio, abarcador de toda una serie de operaciones que preparan o implementan a la interpretación en sentido estricto.

Entre estas operaciones cabe mencionar, por ejemplo, la identificación de los documentos legislativos en principio pertinentes o de utilidad para el tratamiento del caso considerado, la calificación de las normas según tipologías presupuestas a la actividad del intérprete. Así, por ejemplo, normas imperativas o supletorias, generales o particulares, anteriores o posteriores al hecho de la causa, etc., identificación y resolución de antinomias, integración de lagunas y el establecimiento de niveles de ambigüedad, oscuridad u otros supuestos determinantes de la situación interpretativa.

Cabe así entender por interpretación judicial muy diversas actividades enmarcadas en el proceso de aplicación concreta de la ley. Así, por ejemplo, la solución de dudas en torno al significado controvertido de un enunciado, el esfuerzo por comprender dicho significado aun en el caso de que no exista una controversia explícita, el proceso de conocimiento y profundización en los alcances del significado, el análisis de las pretensiones de las partes a propósito del significado de la norma aplicable, la labor de calificación, encuadramiento y sistematización del significado en el contexto tanto interno como externo de la decisión y muchos otros aspectos, en los que se producen actos de interpretación que se integran en el proceso de la interpretación.

Toda la teoría contemporánea de la interpretación de la ley se desarrolla alrededor de las posiciones y debates en torno a la cuestión de la naturaleza o contenido de esa actividad de atribución de significado a las leyes que se interpretan.

Para las corrientes formalistas, la interpretación es una actividad básicamente cognitiva, centrada en la investigación, descubrimiento y descripción del significado de las disposiciones interpretadas, a través de la investigación de la voluntad o intención del “legislador” —entendidas éstas desde una amplia variedad de concepciones, ya sean como una voluntad subjetiva o histórico-psicológica o como una voluntad objetiva, cristalizada e independizada de la voluntad histórica que la produjo—.

Para las corrientes realistas se trata, en cambio, de una actividad volitiva, en la medida en que compromete una decisión del intérprete de construir un significado, a partir de la consideración del espectro o abanico de posibles opciones que resultan al cabo de la realización de la tarea propiamente cognitiva. Por su naturaleza, el lenguaje de la ley ofrece márgenes irreductibles de vaguedad, indeterminación conceptual y de ambigüedad semántica y sintáctica. Interpretar es decidir el sentido propio de las disposiciones que se interpretan.

⁸ La distinción entre “interpretación-actividad” e “interpretación-producto” es central en la doctrina, a partir sobre todo de la propuesta de TARELLO, G.: Diritto, enunciati, usi. Bologna: Il Mulino, 1974 y sobre todo TARELLO, G.: L'Interpretazione della legge. Milano: Giuffrè, 1980.

De allí la tendencia de las teorías actuales a desarrollar concepciones más bien mixtas o intermedias, según las cuales la interpretación se desarrolla a lo largo de dos fases integradas, de contenido y alcance variable.

En una primera fase, el intérprete emplea el instrumental analítico —sintáctico y semántico—. Releva en esta fase las interpretaciones que sugieren los precedentes, los materiales históricos, o el análisis de la disposición interpretada en el contexto sistémico a que pertenece. El producto de esta primera fase cognitiva de la interpretación puede ser un precepto semánticamente determinado, susceptible de aplicación inmediata al caso concreto, o bien un precepto parcialmente determinado, no aplicable de inmediato, un precepto absolutamente indeterminado y por ello inaplicable, una pluralidad de preceptos todos ellos aplicables al caso concreto a una pluralidad de preceptos alternativos, algunos de los cuales pueden y otros no ser aplicados de inmediato.

En una segunda fase, el intérprete debe incorporar consideraciones pragmáticas. En esta segunda etapa, el intérprete procede a confirmar el significado previamente alcanzado, bien sea completándolo, precisándolo o sustituyéndolo. También puede optar entre significados alternativos, decidiendo a favor de la alternativa más justa, conveniente, económica o práctica. También puede, por este mismo procedimiento optar por una alternativa independiente de las alcanzadas en la primera etapa, en nombre de un principio que trasciende el campo estricto de la interpretación y procura finalidades de política jurídica superiores a los tenidos en cuenta por el legislador⁹. En este sentido, el intérprete construye un significado.

Conviene, sin embargo, efectuar una distinción clara entre discurso interpretativo y discurso acerca de la interpretación. El discurso interpretativo es un discurso que atribuye significado al objeto interpretado —así por ejemplo, un objeto cultural, una expresión lingüística, una señal luminosa, los versos de un poema, una alegoría religiosa, prescripción legislativa o una cláusula testamentaria—. Los enunciados del discurso interpretativo formulan una decisión interpretativa: adscriben un significado a un texto normativo. El enunciado interpretativo adscribe un significado a un texto.

A su vez, el discurso sobre la interpretación es un meta discurso, es decir un discurso que describe —o prescribe— una o varias interpretaciones alternativas, decididas en otra instancia, sea por quien interpreta o por otro órgano. Es un enunciado que se refiere —por así decirlo— a una decisión interpretativa. Constata, refiere, transmite una información acerca del significado que, en otra instancia, se ha atribuido a un texto normativo. Tal es, por ejemplo, el caso del discurso desarrollado por un tratadista de derecho, exponiendo las interpretaciones que la doctrina ha dado a determinada cláusula constitucional, el de un abogado cuando explica a su cliente las alternativas que se ofrecen para la defensa de su posición, a la luz de las interpretaciones divergentes de la doctrina judicial. Es también el discurso del legislador cuando prescribe una interpretación determinada o el de los

⁹ Vid. CHIASSONI, P. Op. cit. págs. 25-26.

jueces cuando exponen las directivas o criterios a utilizar en la tarea de interpretación o en la resolución de un conflicto entre interpretaciones diferentes.

Sobre la base de la distinción expuesta, cabe distinguir en el lenguaje de la interpretación jurídica al menos tres acepciones del vocablo “interpretación”, referidas a su vez a tres actividades también diversas 10:

a) Aceptión cognitiva: Interpretación como conocimiento, reconocimiento, búsqueda, conjetura, indagación de los significados posibles de un enunciado formulado en una fuente del derecho. Es la que desarrolla el juez en la fase inicial de su tarea de resolución del caso sometido a su jurisdicción. Sobre todo, cuando se ejercita sobre textos claros e inequívocos, a propósito de hechos evidentes y probados.

b) Aceptión volitiva: Interpretación como decisión y propuesta de un significado normativo determinado al texto que se interpreta, dentro del marco de la situación interpretativa. Es la que desarrolla el juez cuando decide un caso sometido a su jurisdiccional o cuando adopta una decisión político-jurídica, ante textos poco claros o ambiguos. En circunstancias de hecho de calificación problemática o ante lo que quien decide percibe como una laguna en el ordenamiento.

c) Aceptión propositiva: Interpretación como construcción de un significado nuevo, más allá de las alternativas reveladas como posibles por interpretación en su fase cognitiva. Es la actividad practicada el órgano jurisdiccional cuando resuelve sobre la base de una interpretación *praeter legem* o *contra legem*, que innova en el orden jurídico establecido.

Un primer elemento caracterizador de la actividad interpretativa es el referido a sus sujetos. El órgano jurisdiccional es definido por cada ordenamiento en particular. Entre todas las diversas instancias de aplicación del derecho, será “judicial” la que es llevada a cabo por el órgano —individual o colectivo— reconocido por el ordenamiento como competente para el ejercicio de la función jurisdiccional. Aun así, más allá de las definiciones constitucionales y legales, lo cierto es que hay una dimensión fáctica, según la cual la decisión reservada constitucionalmente a un órgano determinado —por ejemplo, las cortes o tribunales supremos— puede de hecho pasar a ser desempeñada por los jueces ordinarios cualquiera fue su nivel jurisdiccional, tal como ocurre a partir de la generalización de las diversas formas de control “difuso” de la constitucionalidad de las leyes.

Un segundo elemento es el referido a la actividad en sí misma. En general, la interpretación operativa comprende una labor concreta e individualizada de

10 Vid. En sentido similar, GUASTINI, R.: Distinguiendo. Estudios de teoría y meta-teoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, pág. 206. También, GUASTINI, R.: Problemi di analisis dei discorsi dei giuristi, en CASTIGNONE, S., GUASTINI, R. y TARELLO, G.: Introduzione teorica allo studio del diritto. Genova: ECIG, 1982, págs. 186-187.

determinación con fuerza obligatoria de derechos, deberes o posiciones jurídicas, que se efectúa en ejercicio de competencias definidas y atribuidas por el ordenamiento como aplicativas del derecho. La actividad de aplicación de la ley es, por otra parte, obligatoria para el órgano que debe desarrollarla: el juez debe decidir los casos sometidos a su consideración, cualquiera sea el sentido concreto de su decisión, en función de una regla general —regla de “clausura”— del ordenamiento jurídico.

Un tercer elemento es el efecto de la actividad interpretativa, consistente en general en la determinación de los derechos y deberes de los destinatarios de la decisión. Cabe incluso distinguir entre efectos directos e indirectos de la decisión aplicativa, incluyendo, las consecuencias que, en el plano del comportamiento, trascienden el ámbito estricto de la argumentación —por ejemplo, la ejecución de una pena—. Ello no excluye naturalmente otros efectos —por ejemplo, el de definición general del sentido que habrá de darse a una expresión determinada de la formulación legislativa—. En el caso que, por la vía del precedente, estos efectos trasciendan el contenido estricto de la decisión, forman parte del campo temático de la presente indagación.

Un cuarto elemento para considerar es el objeto de la actividad interpretativa. Es decir, los textos legislativos. En principio, este elemento remite a las reglas subconstitucionales – leyes, decretos, reglamentos, resoluciones generales, etc.- positivas válidas y vigentes en un determinado ordenamiento jurídico. Aun así, la idea de legalidad abre un amplio campo de alternativas. Así bien el ordenamiento estipula las condiciones bajo las cuales la norma aplicada es “ley”, el análisis de dicha estipulación abre a su vez complejas cuestiones de orden interpretativo.

Cabe asimismo recoger una distinción frecuente en la teoría actual de la interpretación entre interpretación en sentido amplio –referida a la actividad de atribución significado a una norma, entendiendo por tal los enunciados del discurso acerca de las fuentes formulados en lenguaje natural- e interpretación en sentido estricto, referida a la labor de atribución de significado ya no a las disposiciones normativas en general, sino a las disposiciones que plantean significados dudosos, oscuros o inciertos.

Esta segunda acepción conecta la teoría actual de la interpretación con campos problemáticos más complejos e intrincados, desconocidos para la teoría clásica elaborada por el positivismo. La investigación de las conexiones con la teoría social, política y moral se vuelve en este terreno inexcusable.

La diferencia entre una concepción interpretativa interesada en acentuar el significado originario de la expresión interpretada y otra más orientada a la búsqueda de la mejor justificación posible de la decisión a adoptar reside, precisamente en una serie de presupuestos de orden filosófico-político. El juez que sostiene el primer enfoque posiblemente no se ve tan exigido como el segundo de dar cuenta de las ideas en que se apoya una orientación dinámica, orientada a dar cuenta de la complejidad de las relaciones entre el precepto que se interpreta, su

historia legislativa, el propósito general de la legislación en que se inserta y las consecuencias prácticas del criterio adoptado 11 .

Como ejemplo de las intersecciones entre la teoría de la interpretación y la teoría política baste considerar que, en el Estado moderno, el campo de la legislación es ocupado también por formulaciones de naturaleza legislativa emanada de cada uno de los poderes del Estado. Ley no es, por tanto, únicamente la formulación legislativa emanada de decisiones del Congreso. De un modo creciente, también es ley la formulación de naturaleza legislativa, emanada del Poder Ejecutivo, en función de mecanismos de delegación cada vez más abiertos, que desplazan el principio clásico de prohibición de toda actividad legislativa. Interesa tanto lo que de hecho constituye el campo de la actividad legislativa, más allá de lo que debería ser acorde con las prescripciones que de un modo general establece el ordenamiento jurídico.

2. Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley.

Las diferencias que cabe establecer entre la tarea de interpretar la Constitución e interpretar las leyes son importantes, aunque, difíciles de precisar en ciertos contextos. Las principales resultan de las diferencias que es dable constatar en lo que se refiere a quienes interpretan una u otro tipo de normas, qué tipo de técnicas utilizan y qué tipo de problemas enfrentan. Aun mediando estas diferencias, se discute si tales diferencias permiten o no hablar de una diferencia referida a la naturaleza de las normas constitucionales y las normas legislativas.

Una Constitución es, entre otras cosas, un programa abierto de vida colectiva. Tal es el sentido y el lenguaje de los procesos constituyentes, sus técnicas y procedimientos, las deliberaciones y acuerdos y en particular el tipo de enunciados expresados en las constituciones. Sus expresiones incluyen declaraciones, principios, estándares éticos y sociales, proclamas ideológicas y también normas dotadas de la estructura lógica y el detalle de las normas legislativas.

Por lo general, la Constitución o sus reformas sucesivas son el resultado de acuerdos o pactos políticos acerca de la necesidad o conveniencia del proceso constituyente. Es por ello el propósito de fundar un nuevo orden institucional se expresa a través de preámbulos fundacionales, que comprometen postulaciones de valores, principios y objetivos de muy diversa índole. La Constitución puede reflejar

. 11 Para una consideración de la importancia de la consideración de las ideas y estructuras políticas presupuestas en la interpretación, cfr. relevancia de las ideas políticas GREENAWALT, K.: Legislation. Statutory Interpretation: 20 Questions. N. York. Foundation Press, 1999, pags. 9-14.

estos valores de un modo sustantivo como, por ejemplo, cuando establece declaraciones de derechos y garantías, límites a la intervención de los poderes públicos en la esfera de la intimidad o los diversos ámbitos de las libertades políticas civiles o económicas. También puede reflejarlos de un modo procedimental, como cuando consagra el principio de reserva de la administración, el principio de legalidad en materia penal, la cláusula económica entre las diversas esferas del gobierno federal, provincial o nacional.

Una constitución propone vías para el ejercicio del poder en su relación con los individuos y la sociedad, establece relaciones de pesos y contrapesos que definen el equilibrio entre los poderes del Estado. En una palabra, no solamente define derechos y estructuras organizativas del poder, sino que también establece, hacia el futuro, objetivos, criterios de actuación y programas de acción colectiva.

La Constitución asume el contenido y objetivos propios de la función promocional del derecho y las instituciones. La única forma cabal de entender las cláusulas constitucionales es, en consecuencia, proceder a una lectura sistémica, integral y armónica de sus instituciones y normas, que permita iluminar lo que los ciudadanos y los poderes públicos pueden y deben hacer en el futuro. La interpretación de la Constitución procura desentrañar el sentido de lo que norma comporta en un caso determinado. Debe, por tanto, considerar, más allá del tenor literal de lo dispuesto por la norma, su sentido histórico proyectado hacia el futuro. Detrás de las palabras de la Constitución se desarrolla, de un modo dinámico todo un programa de organización social, un esquema de distribución de recursos, costos, beneficios, premios y castigos.

Para llevar a cabo estas funciones, una Constitución incluye —aunque no lo haga en términos explícitos— una teoría política y, sobre todo en las sociedades actuales, un conjunto de teorías políticas capaces de operar de un modo armónico, en respuesta a las demandas propias de una sociedad compleja. Debe, como lo hace el Preámbulo de la Constitución argentina siguiendo su precedente norteamericano, reflejar no sólo la estructura en el sentido estricto del Poder —“Quién consigue Qué, Cuándo y Cómo”— sino, sobre todo, en un sentido más general, las aspiraciones generales y los objetivos y proyectos colectivos de la sociedad en su conjunto 12.

Esta complejidad esencial, inherente a la materia constitucional, se proyecta de modo automático al conjunto de operaciones intelectuales destinadas en cada caso a determinar el sentido de la norma constitucional. El proceso de la interpretación constitucional es complejo y siempre controversial. No se trata de interpretar un mero documento: se trata de identificar el sentido profundo del programa de organización de la vida colectiva que estuvo en la intención del legislador, entenderlo dentro de las coordenadas de su tiempo y en sus proyecciones posibles

12 En este sentido, cfr. MURPHY, W. F., FLEMING, J. E. y HARRIS, W. F.: American constitutional interpretation. Mineola, N.Y.: The Foundations Press, 1986, pág. 2. Para una visión de conjunto, cfr.: STACK, K.M.: “The divergence of constitutional and statutory interpretation”, en 75 *University of Colorado Law Review* (2004), pags. 1-58

hacia un futuro previsiblemente diferente. De hecho, la interpretación implementa la Constitución.

Contra lo que podría sugerir la lectura de muchos fallos judiciales, la interpretación no es una labor histórica ni filosófico-jurídica. La decisión interpretativa es una parte del proceso general de las decisiones de gobierno en una sociedad. El Poder Judicial es uno de los “poderes” del Estado, definido por su función de implementación del orden constitucional. Más aún, el resto de los poderes han ido definiendo su naturaleza, contenidos, funciones, responsabilidades y límites precisamente a partir de la interpretación gradual que el Poder Judicial ha ido produciendo respecto al derecho constitucional del Poder.

Explicar el significado de una cláusula constitucional en el contexto de una situación histórica muy diferente y frente a los datos radicalmente nuevos de la situación problemática en que se interpreta supone al mismo tiempo proponer una lectura hacia el futuro, asumiendo la dimensión inevitablemente prospectiva de toda decisión interpretativa. En el acto interpretativo se combinan la teoría y los ideales políticos plasmados en la Constitución con la propia visión del intérprete respecto de lo que, en su situación, constituye una decisión correcta, inspirada en su propia visión de lo que constituye la armonía del orden social. Surgen así posiciones o escuelas acerca de la interpretación constitucional que conforman un panorama complejo y abigarrado. Originalísimo, construccionismo amplio o estricto, funcionalismo, doctrinarismo, textualismo, desarrollismo, contextualismo, estructuralismo son algunas de las posiciones en una disputa abierta y en expansión.

El debate constitucional actual enfrenta así en los extremos, por una parte, posiciones “originalistas”, sustentadoras de una visión según la cual la interpretación debe adherir de un modo estricto a una comprensión “original” del lenguaje constitucional, privilegiando en este sentido una óptica histórica operando en este sentido la Corte como una suerte de y, por otra parte, posiciones que plantean de modo muy diverso, las divergencias entre esa visión originaria y las prácticas efectivas de la interpretación constitucional. En el extremo de estas posiciones, se plantea incluso que la Constitución no es otra cosa que la corporización de un conjunto de principios, cuya interpretación supone una investigación filosófica y sociológica, inspirada en principios morales. Desde este punto de vista – que es el de una Living Constitution o constitución viva- , los principios y estándares constitucionales serían tanto o más importantes que el tenor literal de las cláusulas de la Constitución. La propia intención de los constituyentes puede ser vista, así como un compromiso entre ideas filosóficas y políticas en competencia. Tanto en la época del diseño y sanción de la constitución como a lo largo de las diversas épocas que es dable idéntica en el desarrollo constitucional 13.

13 Para una visión actualizada de un debate central en la teoría y la práctica constitucional, puede verse BENNET, R.W. y SOLUM, L.B.: Constitutional originalism. A debate. Ithaca: Cornell University Press, 2011, pags. 64-77 y 199 y ss. Asimismo y en general, STRAUSS, D.A.: The living Constitution.

Frente al conflicto entre estas dos posiciones, cabe proponer una visión alternativa, según la cual la interpretación constitucional operaría no tanto como una investigación histórica —posiciones “originalistas”— o filosófica —posiciones “principalistas”— sino más bien como una investigación más bien del tipo de la que llevan a cabo los abogados prácticos.

La Corte utiliza a tal efecto modelos de interpretación “operativa” básicamente similares a los que emplean los abogados. Busca fundamentar, convencer, sustentar opiniones decisorias. Ante la falta de claridad, ambigüedad o estructura abierta del lenguaje constitucional, la interpretación constitucional opera un balance entre intereses teóricos y prácticos diversos, aspirando en todos los casos a una solución prudencial, orientada a mediar en el conflicto que se le plantea. Sus resultados no sólo deben contemplar los factores lingüísticos, históricos, lógico-sistemáticos o teleológicos. Su perspectiva es, en muchos sentidos transcategorica, en el sentido de que trasciende categorías dogmáticas y resuelve según lo indica la búsqueda de un balance de consecuencias posibles, entre las que destaca particularmente la aceptabilidad externa de la decisión propuesta. La administración de los tiempos de la decisión es otro aspecto revelador de la dimensión prudencial. El tiempo de las decisiones es, más que el tiempo del derecho, el tiempo de la política.

No por azar —observa R.H. Fallon—, las cortes supremas en todo el mundo están integradas por abogados y no por historiadores, sociólogos o filósofos¹⁴. El tipo de razonamiento que prima en la interpretación de la Constitución es, en buena medida, el del abogado.

De allí que las argumentaciones interpretativas de los jueces constitucionales se abran a recursos basados en argumentos basados en la reconstrucción histórica, el cálculo de eficiencia, el propósito político-jurídico de las leyes o al balance o ponderación del peso relativo de principios en conflicto, que se ordenan en función de la búsqueda de soluciones prácticas capaces de combinar tanto las perspectivas de las partes como las expectativas y el impacto en la comunidad jurídica y, en última instancia en la sociedad ¹⁵.

En su labor de interpretación constitucional, los jueces —no sólo en las cortes supremas sino en cualquier instancia judicial en la que se interprete la Constitución—, diseñan y proponen estrategias, tendientes a afirmar los valores,

N. York: Oxford University Press, 2010 y. GOLFORD, D.J.: The American constitution and the debate over originalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

14 FALLON, R. H.: Implementing the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pág. 3.

15 Para una lectura profundizada de este aspecto, cfr. sobre todo PERELMAN, CH.: L'empire rethorique. Rétorique et argumentation. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1977; PARIOTTI, E.: La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto. Turin : G. Giappichelli Editore, 2000 y AARNIO, A.: Reason and authority. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

estándares y reglas de la Constitución. Interpretar la Constitución no sólo implica determinar el sentido preciso de las normas constitucionales. Implica sobre todo diseñar estrategias de implementación, precisar los ámbitos de responsabilidad y de competencia que asisten al resto de los poderes y a los propios particulares y, en última instancia, *decidir* entre esas alternativas, escogiendo la que presenta mayores ventajas a la luz de criterios diversos. No siempre convergentes entre sí.

La Constitución no está dirigida a los jueces: está dirigida al conjunto de los operadores jurídicos y a la sociedad. De allí que los criterios de decisión trasciendan necesariamente los criterios tradicionales de la interpretación. El tipo de argumentos en que se apoyan las decisiones interpretativas acerca de la constitucionalidad de las leyes tiene rasgos comunes con las decisiones del common law y estos rasgos se trasladan inevitablemente a los argumentos de los tribunales supremos cuando operan en función de casación o de tercera instancia en conflictos regulados por el derecho legislado.

La interpretación constitucional trasciende sobre todo los límites de la propia interpretación en sentido estricto, en la medida en que no se detiene en la determinación del sentido de un texto y se proyecta hacia la construcción y aplicación de doctrinas que contribuyan a consolidar los valores de la Constitución, mucho más allá inclusive del propio texto de la Constitución. A diferencia de las decisiones gubernamentales, las decisiones judiciales son semejantes a las de los abogados en causas públicas. Las decisiones interpretativas en materia constitucional ponderan y balancean desacuerdos muchas veces razonables, en los que no cabe una única respuesta correcta. Es el caso de controversias en que ambas partes tienen razones y argumentos de pareja razonabilidad, puesto que enfrentan derechos que deben complementarse y no oponerse entre sí. Otras veces, las decisiones sobre constitucionalidad deben asumir tareas más de índole moral y política que estrictamente jurídica.

La Constitución no es sólo una regla de juego: es también un programa de vida colectiva, un estándar moral superior que sirve de orientación al resto del ordenamiento jurídico y al funcionamiento efectivo hacia el futuro de los poderes, los grupos de interés, los mercados y los ciudadanos. Como programa, es interpretado de modo diferente según el contexto económico, social y político propio de cada época.

La interpretación de la ley opera sobre una materia esencialmente diferente. Si bien el punto de partida es el mismo —tanto la oscuridad, ambigüedad, vaguedad o falta de generalidad de la norma como sus extremos opuestos—, los materiales sobre los que se opera en la interpretación operativa de la ley son muy diferentes. En la tradición jurídica de los Estados modernos, la ley es la expresión de la Voluntad General¹⁶ expresada al cabo de un proceso de formación de la voluntad legislativa operado a través de los representantes de la ciudadanía. Se trata de la ley en un

¹⁶ Tal la expresión canónica del art. 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

sentido *formal*, tal como es definida y caracterizada en la mayor parte de las constituciones escritas.

En la concepción de la dogmática positivista —sin duda central para la teoría estándar de la interpretación de la ley, desde Savigny hasta nuestros días— el legislador no se limita a investigar, reconocer y precisar el derecho —al modo de las *conclusiones* y *determinaciones* de la noción clásica, grecorromana y medieval de la ley. El legislador *crea* el derecho. Lo hace con una decisión soberana que otorga a la ley un lugar de supremacía y preeminencia sobre el resto del ordenamiento. Desde esta perspectiva, la ley se estructura como un acto proveniente, en la forma prevista y decidida por el ordenamiento constitucional, de la decisión de los órganos del poder legislativo, cuyo contenido es la propia voluntad del Estado 17.

3. Desafíos actuales a la teoría tradicional de la interpretación

Esta noción de ley —adscripta a la tradición del positivismo— se ve desafiada por cambios trascendentales en sus supuestos tanto culturales como instrumentales.

En el plano cultural, la quiebra de la razón ilustrada y su identificación de la ley positiva con la idea de racionalidad pública objetiva tropieza con los nuevos contextos de fragmentación, desformalización y desjerarquización de las fuentes del derecho. Los procesos de decodificación, hibridación, trasplante y globalización alteran profundamente la teoría de la legislación recibida y plantean un escenario en el que la ley deja de ser reconocida como instrumento básico de regulación de sociedades complejas, con procesos diferenciados y paralelos de construcción de consensos. “La idea del derecho como ordenamiento ya no es un dato, como lo era en el Ochocientos, más bien podríamos decir que se ha convertido en un problema, un gravísimo problema —escribe Zagrebelsky 18.

En el marco de una sociedad globalizada se desarrollan procesos aparentemente contrapuestos de fragmentación, oligarquización y concentración de poder. Las soluciones legales pasan a desempeñar un papel secundario y las instituciones democráticas —con el principio de la mayoría— pierden el monopolio de las decisiones normativas 19. Se generaliza la idea del derecho-reflexivo, definido

17 Tal, por ejemplo, la definición de PODERARO, S.: Il concetto di legge. 3ª ed., Roma: Mario Bulzoni Editore, 1971, pág. 187.

18 ZAGREBELSKY, G.: “I diritti fondamentali oggi”, en “Materiali per una Storia della Cultura Giuridica”, 22 (1992), pag. 192.

19 Cabe ampliar al respecto en CABO MARTIN, C. DE: Sobre el concepto de ley. Madrid: Trotta, 2000 y FERRARESE, M. R.: Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bolonia: Il Mulino, 2000, págs. 159 y ss. Para una consideración de los problemas que plantea la relación de la ley con el lenguaje jurídico, cfr especialmente CAZORLA PRIETO, J.M.: Codificación

como un derecho básicamente procedimental, orientado más bien a enmarcar el desarrollo y la reproducción concertada de las autonomías sociales. La ley cede terreno a un proceso de concertación basado en la auto restricción de los actores sociales, el abstencionismo creciente del Estado y la generalización de formas diversas de “gobernanza_sin gobierno” 20.

El dato central deja de ser el ordenamiento jurídico, concebido como un sistema total, pleno y hermético y su desplazamiento por una situación de concurrencia e incluso competencia entre ordenamientos. Cabe señalar, por ejemplo, situaciones que han pasado a ser parte de la experiencia habitual de un juez contemporáneo, tales como, por ejemplo:

a) El trasvase miento directo de uno o más institutos jurídicos desde un ordenamiento a otro ordenamiento, a través de préstamos, hibridaciones, injertos, préstamos o copias, como sería el caso de instituciones propias del derecho norteamericano a países en vías de desarrollo, desde el trust en el derecho privado hasta las propias instituciones de la democracia liberal;

b) La imposición de un principio jurídico de un ordenamiento global a parte de los ordenamientos nacionales, como las reglas de Organización Mundial de Comercio a todos los países adherentes, o las directivas y reglas del derecho comunitario en los procesos de integración;

c) La imposición de un principio jurídico común del derecho global a la totalidad de los ordenamientos nacionales, como ocurre en el caso de los derechos humanos;

d) La imposición de un principio proveniente de un derecho nacional a un ordenamiento global, como es común en países, como Estados Unidos, en el caso de procedimientos administrativos o sentencias extranjeras;

e) El desbordamiento de uno o más institutos que se expanden en ámbitos laterales del derecho global, como puede ser el caso de principios del *Rule of Law*, a través de los procesos de liberalización del comercio 21 .

contemporánea y técnica legislativa. Cizur Menor (Navarra: Editorial Aranzadi, 1999 y El lenguaje jurídico actual. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Aranzadi, 2007.

20 Cfr. En general TEUBNER, G.: Law as an autopoietic system. Oxford: Blackwell, 1993; ROSENAU, J. N. y CZEMPIEL, E. O. (Eds.): Governance without government: order and change in world politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

21 Para diversos ejemplos al respecto, cfr. VIOLA, F.: La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta. Napoles: Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2008, pags. 59.

f) La imposición de un significado proveniente de manuales de estilo o regulaciones de la tarea de drafting o diseño y elaboración de leyes orientadas a fijar significados 22.

Cambian también los supuestos socioculturales legitimaste del concepto de ley. El principio – verdadero mito fundacional en la teoría política del Iluminismo - de un “legislador racional”, omnisciente, económico, siempre congruente y orientado al interés general cede terreno frente al legislador concreto, punto de cristalización de procesos degenerativos impulsados por el corporativismo, la declinación partidocracia, y los procesos de “captura” de las instituciones. La idea de la ley como criterio normativo general, racional, abstracto e igual para todos los ciudadanos se ve desplazado de un modo vertiginoso por la asimilación de la ley con actos gubernamentales singulares, en función de respuestas concretas a problemas igualmente concretos y formas diversas de intervención pública directa.

La eficacia de la ley decae, por otra parte, frente a la generalización de “leyes-manifiesto” o “leyes-panfleto”, dictadas sin más propósito concreto que el de una proclama destinada a comunicar a la sociedad lo que en realidad se aspira a que la piense de sus constituyentes y del propio proceso constitucional.

El cambio más importante a los efectos de una reelaboración de la teoría de la interpretación de la ley es la consideración creciente de la Constitución como una norma jurídica, que ha desplazado a la ley a peldaños secundarios en lo que en otro tiempo se consideró la “pirámide” del ordenamiento jurídico.

Se trata de un proceso que ha determinado nuevas condiciones y exigencias a los procedimientos formales de la producción legislativa. La ley tiende a ser considerada más bien como una herramienta de implementación de la Constitución, privada por tanto del margen de autonomía que le prestaba su condición de expresión directa de la Voluntad General. En términos de la filosofía jurídica clásica podría hablarse la ley como una conclusión o una determinación de la Constitución.

En este marco, el principio de legalidad se ve desplazado por el principio de constitucionalidad. El sistema se “hiperconstitucionaliza”²³ y aun en los ordenamientos europeos, tributarios de un sistema de fuentes distinto del norteamericano o argentino, se expresa en la adopción de formas de revisión constitucional difusa. Toda norma estatal, cualquiera sea su origen es vista como una intervención que pone en situación de riesgo derechos y garantías básicas, constitucionalmente vigentes, con independencia de su nivel de reglamentación.

22 Tal por ejemplo, la reciente opinión del Justice Alito en el caso *Carr vs. United States* planteando a las partes la necesidad de observar el Manual del Senado Federal (Senate Legislative Drafting Manual) y el Manual del Congreso (House Legislative Counsel's Manual on Drafting Style). Cfr. ARD, B.J.: “Interpreting by the Book: legislative drafting manuals and statutory interpretation”, en 120 “The Yale Law Journal” (2010), pags. 185- 200.

23 CABO MARTIN, C. De: Op. cit., pág. 80

La ley pierde así certeza y predictibilidad: una demanda de constitucionalidad o una simple medida precautoria o cautelar amenaza en todo momento su vigencia. Pasa así a ser una indicación general, relativa y siempre dependiente de una interpretación alternativa, a la luz de una lectura nueva del marco constitucional. Bajo estas condiciones, la ley no se presume conocida. Pierde autonomía y, por lo tanto, certeza.

Los márgenes de la ley se acotan y reducen. Crece y se expande, en cambio, la fuerza normativa de la interpretación constitucional. Por importante que sea el nivel de consenso parlamentario, la decisión interpretativa de los jueces puede fulminar casi automáticamente esa voluntad, con independencia inclusive del nivel del tribunal que tiene a su cargo la función revisora. Tiende así a afianzarse un sentido diferente en la interpretación de las cláusulas constitucionales respecto de las cláusulas legales.

La interpretación de la Constitución interpreta hacia adelante. Busca definir estrategias y tácticas de implementación progresiva del programa ideológico, cultural y político de la Constitución. La interpretación de la ley opera, más bien, hacia atrás. Busca definir, jerarquizar, medir, evaluar y distribuir esferas de interés, que se presentan en concurrencia y conflicto ante la decisión judicial. Trata de introducir certidumbre, mediar entre posturas enfrentadas, “repartir” con el menor costo posible lo que se discute y disputa o incluso establecer un esquema de sacrificios compartidos entre las pretensiones de las partes.

En tanto que la interpretación constitucional enfatiza un enfoque transcategorico y consecuencia lista, la interpretación de la ley acentúa la investigación de la voluntad del legislador, expresa en primer término, aunque no de un modo exclusivo, en las palabras y el espíritu de la ley.

Esta posición es discutida de un modo creciente, sobre todo desde posiciones afines con el positivismo legalista más ortodoxo, para las que no existen diferencias de naturaleza entre las actividades de interpretación de las leyes e interpretación de la Constitución. Si tales diferencias existen –se argumenta-, no se refieren a la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal, sino más bien a los agentes de la interpretación, a las técnicas utilizadas y a los problemas a que atienden uno u otro tipo de interpretación. No está claro, para opiniones como la expresada, por ejemplo, por R. Guastini- en qué sentido y bajo qué puntos de vista podría ser considerada diversa la interpretación de una constitución de la interpretación de cualquier otro documento normativo 24. “Puede darse, en otras palabras –escribe R. Guastini- que la Constitución, a diferencia de las otras leyes, este sujeta no a la

24 Para un tratamiento en extenso de la tesis negatoria de diferencias sustanciales entre interpretación legal e interpretación constitucional, cfr. GUASTINI, R.: L'interpretazione dei documenti normativi. Milán: Giuffrè, 2004, Pág. 267-270 y en general, GUASTINI, R.: “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en BONORINO RAMIREZ, P.R. (Ed.): Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica contemporánea. Lima: ARA Editores, 2010. ps. 17-38; Asimismo, GUASTINI, R.: Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Madrid: Trotta, 2008, págs 29-102.

interpretación judicial (de los jueces comunes) sino a la interpretación de agentes diversos. O que para la interpretación de los documentos constitucionales sea necesario (o incluso sólo oportuno) adoptar técnicas de interpretación específicas, diversas de las que se utilizan para la interpretación de las leyes; o, incluso, que los textos constitucionales conlleven problemas interpretativos de los ordinarios que nacen de la interpretación de las leyes” 25. Ante quienes alegan diferencias propias de la “materia” acerca de la que tratan leyes y constituciones, Guastini sugiere la imposibilidad de establecer tales diferencias. Los límites relativos a la materia regulada por uno u otro tipo de documentos normativos son poco nítidos y dependen en definitiva de las diferencias existentes entre diversas tradiciones y culturas constitucionales. En muchos casos, la materia propia de la constitución es delegada a la legislación ordinaria y son también a su vez las leyes las que afrontan materias propias de los documentos constitucionales. Frente a quienes subrayan la especificidad de las constituciones en función de su referencia frecuente a principios y valores, se señala que ni las constituciones contienen solo principios ni las leyes solo disposiciones detalladas que respondan a la estructura lógica de la norma legislativa. Por otra parte, la referencia a valores es también común a uno u otro tipo de documentos legislativos.

Interpretar sería, para esta posición, una actividad doble: por un lado, atribuir significado a un texto normativo; por otro, calificar jurídicamente un supuesto de hecho concreto, en el marco de un proceso de decisión y no se advierten diferencias de naturaleza o sustancia, según se trate de uno u otro tipo de documento normativo.

4. La decisión interpretativa

La interpretación judicial del derecho puede a su vez ser vista desde dos puntos de vista distintos. Por una parte, es un resultado o producto de una actividad determinada del órgano judicial. Por otro, es una actividad, disciplinada a una serie de reglas que permiten tipificarla y calificarla como “aplicación del derecho”, a la luz de los criterios previstos por cada ordenamiento.

También cabría distinguir entre la interpretación considerada desde un punto de vista abstracto, es decir como la actividad de identificar el contenido de significado –es decir el contenido normativo- expresado por el texto interpretado y sin una referencia específica a un supuesto concreto, o la interpretación considerada desde un punto de vista concreto. Este segundo punto de vista consiste en subsumir un

25 GUASTINI, R.: “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en BONORINO RAMIREZ, P.R. (Ed.): Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica contemporánea. , cit. , pags. 17-18.

supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto” 26.

La interpretación en abstracto se refiere a enunciados normativos completos y procura reducir la indeterminación del sistema jurídico en cuanto tal, identificando la norma en vigor. La interpretación en concreto reduce, a su vez, la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos regulados. El lenguaje natural presenta por su propia índole una dimensión ineliminable de ambigüedad y vaguedad que impide saber de antemano si tales o cuales supuesto de hecho pueden de hecho, ser encuadrados dentro de su campo de aplicación. Por riguroso que sea el esfuerzo de los juristas de “tecnificar” el lenguaje del derecho, la “textura abierta” es una característica irremediable de lenguajes naturales como el del derecho 27. Puede incluso tratarse de un caso difícil, en el que la propia aplicabilidad de la norma es objeto de controversia. En primer paso, la interpretación determina en abstracto la norma y su contenido normativo; en un segundo paso, la interpretación “concretiza” su aplicabilidad al supuesto de hecho sometido a la decisión.

Estas distinciones permiten avanzar hacia un reconocimiento de las diversas facetas que presenta la decisión de aplicación del derecho. Una larga discusión en la doctrina procura determinar si la interpretación es un acto de conocimiento o más bien de voluntad. En este sentido, parece importante distinguir entre diversas fases de un mismo proceso 28:

a) **Fase cognitiva**, referida a la identificación mediante las diversas técnicas y procedimientos interpretativos de los diversos significados posibles de un determinado texto normativo. Es un acto de conocimiento orientado a relevar, conjeturar, describir y encontrar los significados posibles de una norma, describir los posibles efectos y consecuencias de la aplicación del arco de alternativas de significado descubiertas por esta tarea.

b) **Fase decisoria**, centrada en la elección de un significado determinado, en el marco de los significados determinados o determinables y excluidos o descartados otros significados no pertinentes. En esta fase, el intérprete opera como autoridad decisoria. Elige de entre las diversas interpretaciones posibles aquella que, por razones de política jurídica, puede ser considerada como preferible. En esta fase,

26 Cfr. Sobre la diferencia aludida, GUASTINI, R.: Teoría e ideología de la interpretación constitucional. cit. , pág. 30.

27 Para una explicación más amplia, cfr. CARRIÓ, G.R.: Notas sobre derecho y lenguaje. 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, págs. 17-36 y sus apuntes acerca de las implicancias de la textura abierta del lenguaje jurídico para la problemática de la interpretación. Cfr. espec. pags. 49 y ss .

28 Para lo que sigue, GUASTINI, R.: L'interpretazione dei documenti normativi, *Cit.* , pág. 43-48.

el intérprete propone, opta, decide atribuir un significado determinado en función de su preferencia respecto de otros.

c) **Fase creativa**, focalizada en la tarea de atribución, a través de razonamientos no deductivos, a un documento normativo de un significado nuevo. Es decir, no comprendido entre los identificados en la fase cognitiva. En esta fase, la interpretación es propiamente operativa y se produce al cabo de una deliberación que deberá plasmarse en una argumentación. A quien toma esta decisión no le basta con el proceso de análisis de alternativas, debe sobre todo asumir la decisión y la necesidad de su justificación.

Desde cierto punto de vista, esta fase creativa consiste en construir —a partir de normas explícitas, expresamente formuladas por las autoridades normativas— normas implícitas o no expresas, que no han sido formuladas por ninguna autoridad competente sea legislativa, administrativa o judicial. Esta actividad de creación puede considerarse una “construcción” del intérprete, a través de un silogismo práctico en el que las normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita la conclusión²⁹. Los procedimientos son diversos y pueden ser estudiados bien sea a la luz de la lógica formal —cuando se trata de razonamientos deductivos a partir de normas explícitas, o de la lógica informal, cuando se trata de razonamientos no deductivos por parte de los intérpretes.

La decisión operativa supone una serie de decisiones parciales, que se van encadenando de un modo convergente en el resultado final. El estilo o la forma típica que las decisiones adoptan en cada ordenamiento reflejan precisamente los elementos que la componen.

En términos generales —y con variaciones en cada ordenamiento jurídico— una decisión aplicativa de derecho supone, además de la formulación del contenido central de la decisión —parte resolutoria de la sentencia—, una referencia precisa al órgano que decide, los nombres de las partes, la descripción de sus pretensiones respectivas, las reglas sustantivas o procedimentales concurrentes en el caso, la descripción de los hechos aceptados y probados, las directivas de interpretación y aplicación utilizadas en el caso, la historia del caso o relato del proceso de decisión previo —sobre todo en el caso de las decisiones de tribunales superiores— y la argumentación justificatoria de la decisión.

El análisis de la decisión interpretativa puede así desarrollarse ya sea como una descripción empírica del caso, de los procesos psicológicos operantes en la decisión o de la funcionalidad de la decisión. El primer punto de partida en el análisis trabaja sobre la base de los materiales que suministra la publicación de la sentencia. El segundo, sobre materiales mucho más complejos y de muy difícil acceso, sobre todo en los órganos judiciales colegiados. De los procesos psicológicos del juez a la hora de decidir no constan más que elementos muy fragmentarios

29 GUASTINI, R. Teoría e ideología de la interpretación constitucional, cit., pags. 36-37.

proporcionados ocasionalmente por quien toma la decisión. El análisis de la psicología de la decisión acude, en consecuencia a la perspectiva de los métodos de observación externa, aunque, aun así, dista mucho de contar con una descripción confiable de la psicología de la decisión.

La descripción funcional acude a materiales externos al caso en sí mismo. Analiza así la decisión aplicativa a la luz de los rasgos propios del contexto decisional, las circunstancias de hecho en que el caso se plantea, la relación de fuerzas existente entre las partes, los intereses que inspiran sus pretensiones, los límites y proyecciones de sus respectivas estrategias, los factores de orden legislativo, judicial y político que operan sobre el proceso de toma de decisiones, la incidencia de la ideología judicial, la presión de la opinión pública y la concurrencia de factores que condicionan o determinan la puesta en marcha de estrategias justificativas pertenecientes al campo amplio y creciente de las lógicas informales. Otro de los factores que operan en una descripción funcional es sin duda, el relativo a las consecuencias legales, económicas, sociales y político institucionales de la decisión.

El análisis de la interpretación operativa de la ley aborda en consecuencia una de las fases constitutivas del proceso decisional de aplicación de la ley. Para entender el contenido de este proceso de toma de decisiones, cabe distinguir 30 , diversas fases, a través del cual el órgano judicial aplica una regla de derecho sustantivo, determinando las consecuencias positivas de los hechos probados ante una situación de inconsistencia que debe ser resuelta, con observancia de las reglas procedimentales previstas, buscando un ajuste final entre las pretensiones en pugna. Las fases constitutivas de ese proceso serían las siguientes:

a) Decisión de validez. Relativa a la determinación de la validez y aplicabilidad de la regla relevante de derecho sustantivo. En un sistema de derecho estatutario, la validez sistémica juega un papel determinante. Una regla es válida en la medida en que ha sido dictada de acuerdo con el contenido y en función de los procedimientos predeterminados por el sistema jurídico. Es necesario asimismo que no haya sido derogada por otras reglas válidas del sistema. Finalmente, es necesario que no sea inconsistente con las reglas del sistema o que, mediando una aparente inconsistencia, la misma haya sido resuelta de conformidad con las reglas que dentro del propio sistema regulan la resolución de conflictos entre reglas. Todo sistema normativo reconoce además la existencia de normas implícitas –en el sentido de normas que no corresponden a algún enunciado normativo en la medida en que no han sido formuladas como tales por la autoridad legislativa, pero que operan de hecho como principios de validez reconocida por los interpretes a través de procedimientos argumentales. La validez debe por ello entenderse en una triple dimensión: sistémica, factual y axiológica.

30 Cfr. WRÓBLEWSKI, J: *The judicial application of law* (Ed. Z. Bankowski y N. MacCormick). Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, Cap. IV y específicamente págs. 30-35.

b) Decisión interpretativa. Relativa a la determinación del significado preciso de la regla en función de la necesidad de resolución del caso concreto que se plantea. Implica la opción por un significado determinado, de acuerdo con la teoría e ideología dominante en materia de interpretación. Ante una situación en la que el significado directo no es claro —para lo cual es menester a su vez realizar una primera tarea interpretativa— se procede a aplicar una serie de criterios interpretativos que permitan resolver el problema planteado en función de las circunstancias precisas y concretas del caso.

c) Decisión de evidencia. Relativa a la aceptación de la prueba de los hechos y a su descripción en los términos de la regla sustantiva bajo aplicación. El proceso decisorio se desarrolla en esta fase a partir de criterios y reglas establecidas por cada ordenamiento. Sus procedimientos varían acorde con el ámbito del derecho de que se trate ya que los principios probatorios experimentan variaciones significativas acordes con la naturaleza propia de la materia regulada. El contenido propio del derecho criminal, laboral, tributario, civil o mercantil ha condicionado el desarrollo de tradiciones científicas y postulados ideológicos en función de los cuales se han desarrollado a su vez las teorías, técnicas y procedimientos probatorios. La decisión de evidencia se atiene a estos factores condicionantes y determinantes. La evidencia disponible demuestra al juzgador la existencia de determinadas circunstancias de hecho. La decisión probatoria traduce el hecho probado en los términos del lenguaje legal y lo incorpora así al proceso decisorio general que culminará en la sentencia.

d) Decisión de consecuencias. Relativa a la determinación de las consecuencias de la subsunción de los hechos probados, de acuerdo con la regla de derecho sustantivo aplicado. La subsunción es la operación según la cual se determina que la circunstancia de hecho probada cumplimenta las condiciones planteadas por la descripción a la que la regla sustantiva adscribe determinadas consecuencias jurídicas. La decisión de consecuencias es entonces la determinación de qué consecuencias entre las enumeradas en la regla aplicada deben ser implementadas, en función de los hechos probados y las circunstancias propias del caso. Esta decisión se mueve dentro de un arco amplio de posibilidades que van desde el extremo en que la regla permite sólo una conclusión única al extremo opuesto en que deja abierto un espectro amplio de posibilidades al arbitrio judicial.

La decisión final se articula, en consecuencia, a partir de la convergencia de la serie de fases decisionales parciales anteriormente enumeradas. Se trata siempre de una decisión entre diferentes alternativas posibles, en la medida en que cada una de las fases que la integran supuso a su vez una serie de decisiones previas entre alternativas igualmente abiertas a la consideración del órgano decisor. La decisión final se produce a partir de una previa *subsunción* de los hechos que se decidió dar por probados bajo la regla de derecho sustantivo que se decidió como relevante, válida y aplicable y a la vista de consecuencias que se decidió aceptar como ajustadas a las necesidades que el caso debe resolver.

Cabe prevenir frente a los riesgos de ciertas modelizaciones del proceso decisorio que establecen secuencias mecánicas, por lo general reñidas con la realidad efectiva de los procesos decisorios. Las decisiones de validez, de interpretación o de establecimiento de consecuencias se interpenetran y condicionan mutuamente. Se trata de un proceso estimativo en el que juegan un papel relevante factores propios de la psicología, la experiencia o el estilo de pensamiento de quien toma la decisión.

Los factores emocionales, intelectuales y volitivos se condicionan mutuamente. La determinación probatoria se ve así muchas veces influida por el juicio acerca de las consecuencias de la decisión y la interpretación operativa jamás puede considerarse como ajena a la precomprensión de sus consecuencias. De hecho – subraya Posner-, los jueces no son gigantes morales o intelectuales, profetas, oráculos o maquinas calculadoras³¹. Sólo son seres (demasiado) humanos, trabajadores que responden, como el resto, a las condiciones del mercado laboral en que trabajan. No son formalistas ni legalistas, tampoco representantes de teorías filosóficas ni profesores universitarios, son funcionarios, condicionados y determinados por condicionamientos no muy diferentes a los del resto de profesionales investidos de poder institucional, que ejercen márgenes de discrecionalidad muchas veces superiores a sus capacidades y posibilidades y soportan en consecuencia el tipo de presiones propias de decisiones en las que el juicio de consecuencias tiende a imponerse por sobre cualquier otro tipo de consideraciones.

Sintetizando los aportes de la doctrina actual sobre el razonamiento jurídico³², E. Diciotti sugiere los siguientes componentes fundamentales de toda justificación interpretativa: una tesis interpretativa, uno o más argumentos interpretativos, un principio metodológico que disciplina el proceso de selección y utilización de argumentos interpretativos, una regla técnica conforme a la cual el uso de determinados argumentos resulta necesario para conseguir una determinada finalidad, un principio teleológico según el cual los jueces deben desenvolver su actividad interpretativa de modo tal de conseguir ese fin, una concepción acerca de las funciones del juez, de la ley y del derecho de la cual se desprende dicho principio teleológico y una concepción moral de la que se desprende la aludida concepción del derecho, de la ley y de la función judicial ³³.

31 POSNER, R.: How judges think. Harvard: Harvard University Press, 2008, Pag. 8.

32 Básicamente AARNIO, A., ALEX, R. Y PECZENIK, A.: "The foundation of legal reasoning" en "Rechtstheorie", Vol . 12 (1981) , n. 2, 3 y 4. Pags. 133 y ss, 257 y ss., 423 y ss y WRÓBLEWSKI, J: The judicial application of law (Ed. Z. Bankowski y N. MacCormick).Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992

33 DICIOTTI, E.: Interpretazione della legge e discorso razionale. Cit., pág. 522. Para una vision de conjunto de las implicancias eticas y políticas del debate acerca de la naturaleza de la decision interpretativa, cfr. GUASTINI, R.: L'interpretazione dei documenti normativi, cit. pags. 49-61.

La visión convencional del proceso interpretativo reposa sobre una visión dialéctica entre texto e intención del legislador –ley y espíritu, en la conceptualización continental-europea-34. Esta perspectiva es hoy cada vez más insatisfactoria y los problemas que deja sin resolver sugieren la inminencia de un verdadero cambio paradigmático, evidenciado en la emergencia de visiones alternativas nacidas de visiones más dinámicas y abiertas. Uno de los puntos centrales, es la conciencia creciente entre los jueces y tomadores públicos de decisiones interpretativas y aplicativas de que la actividad que desarrollan participa de la naturaleza y características básicas de la construcción de nuevo derecho. El texto y la intención dejan de ser elementos exclusivos en la consideración de interprete. Comparten su importancia inicial con la de las razones sustanciales, las consideraciones procesales o la estimación de consecuencias que contribuirán, en medida no menor, a la justificación de la solución al caso planteado. La actividad interpretativa depende de una interdependencia entre sustancial, procedimiento, texto, intención y evaluación de consecuencias 35

Los jueces son responsables por los resultados materiales de su labor y no por los procesos intelectuales que emplean en producirlos. En este sentido, destaca la diferente perspectiva entre el derecho legislado y el Common Law. En el derecho legislado, la labor del juez implica un conflicto de supremacía respecto de la del legislador, que reclama al juez respeto y adaptación al mandato legislativo. En el Common Law, el juez conserva sus propios dominios y fueros, entre otros, su creatividad a la hora de la adopción de una decisión creativa y equitativa desde los diversos puntos de vista en consideración en el caso concreto. Si bien la distancia entre ambas concepciones tiende a atenuarse, está clara la línea de demarcación entre concepciones distintas acerca del modo como los jueces intervienen en el dialogo entre instituciones que toda decisión interpretativa implica.

En el caso del Common Law, los jueces apelan en su razonamiento a principios y razonan de modo incremental. Se apoyan en argumentos analógicos y justifican sus soluciones en referencia a procesos. En el derecho legislado, actúan más bien instrumentalmente, buscando un propósito que sirva de fundamento a su decisión y en la búsqueda de su propósito refieren más a las técnicas de producción del texto y las intenciones que presidieron esa tarea. Si bien ambas perspectivas tienen a la convergencia, en el primer punto de vista el derecho es el resultado de la decisión

34 Para una visión de conjunto de la teoría clásica de la interpretación, desde la perspectiva del derecho continental, sigue siendo insustituible el estudio de conjunto de CASTAN TOBEÑAS, J.: Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947, espec. Pags. 147-300.

35 Cfr. Al respecto POPKIN, W.D. : Materials on legislation. Political language and the political process. Westbury, N.Y: The Foundation Press, 1997, pags. 1-3.

y, en el segundo está en la base del razonamiento interpretativo y la toma de decisiones 36

5. La Interpretación operativa

La determinación de lo que debe entenderse por ámbito propio de la interpretación es objeto de un debate abierto, condicionado por múltiples factores. El desacuerdo es —como se ha visto— abierto e incluso creciente en lo que se refiere a la naturaleza, el contenido, la oportunidad, los criterios y los límites de la interpretación, para no mencionar sino algunos de los campos temáticos en los que se centra hoy el debate de la teoría de la interpretación.

Con vistas a una determinación más precisa del campo de indagación conviene recordar que el ámbito de interés del presente estudio se restringe al de la interpretación operativa que, como una fase dentro del proceso de aplicación de la ley escrita, llevan a cabo los órganos investidos por el ordenamiento jurídico de la función jurisdiccional. Quedan afuera, por tanto, los problemas generales de la hermenéutica e incluso los problemas que suscita la interpretación jurídica en uno de sus campos de mayor expansión actual: el de la interpretación constitucional. Quedan también fuera del foco de interés inmediato los temas y problemas propios de la interpretación de los contratos y de los hechos y actos jurídicos en general y en particular. También los de la interpretación auténtica —propia de los órganos legislativos— y de la interpretación doctrinal. Sólo interesan, de modo exclusivo, los problemas de la interpretación que llevan a cabo los órganos judiciales de la más alta instancia, dentro del proceso de aplicación del derecho legislado o derecho estatutario.

La determinación del campo estricto de la interpretación operativa sugiere la conveniencia de la distinción ya clásica propuesta por Wróblewski³⁷ entre:

36 POPKIN, W.D. : *Materials on legislation. Political language and the political process.. cit.* págs. 6 y 7.

37 WRÓBLEWSKI, J: The judicial application of law, cit. págs 87 y ss. También su An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation, en “Acta Universitaria Lodziensis”, Folia Juridica 32 (1987), págs. 34 y 35, reproducido con modificaciones en IGARTUA SALAVERRIA, J. (Dir): La interpretación de la Constitución. Donostia: Universidad del País Vasco, III Curso de Verano en San Sebastián, 1984, págs. 39-44. Asimismo, WRÓBLEWSKI, J.: Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid, Civitas, 1985, págs. 21-27. Para una utilización de la distinción propuesta por Wróblewski como punto de partida para una descripción de las orientaciones principales de la teoría de la interpretación en la actualidad, cfr. COMANDUCCI, P.: L'interpretazione delle norme giuridiche. La problemática attuale en BESSONE, M. (Ed): Interpretazione e diritto giudiziale. I: Regole, metodi, modelli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, 1-15.

a) Interpretación en su sentido de máxima amplitud —sensu largissimo— , entendida como el entendimiento de cualquier objeto cultural. Es el sentido en que se utiliza la expresión dentro del campo de las ciencias humanas y por oposición a las ciencias naturales. Se trata del proceso de comprensión de objetos que poseen un significado, valor o sentido cultural. Se trata de la interpretación como determinación del sentido de una obra literaria, artística o musical. Esta acepción puede concebirse como hermenéutica, es decir, la atribución por parte del sujeto cognoscente de un significado a cualquier tipo de objeto, fenómeno o proceso. En una acepción extrema, la tesis de la hermenéutica gira en torno a la idea de que todo acto de conocimiento es esencialmente un acto de interpretación. De hecho, una misma realidad puede ser interpretada de modo muy diferente, de acuerdo con la perspectiva de que parta el sujeto al atribuirle un significado. Todo objeto sería para esta tesis la interpretación que del mismo se efectúa.

b) Interpretación en sentido amplio —sensu largo— entendida como comprensión de cualquier texto lingüístico, oral o escrito. Interpretar un texto es comprender su lenguaje. Esta acepción podría denominarse semántica y consiste en la atribución de un significado a entidades lingüísticas verbales o escritas. En el campo jurídico, la interpretación designa, desde este punto de vista, la atribución de significado a los textos normativos, en caso de que no existan dudas acerca de dicho significado.

c) Interpretación en sentido estricto —sensu stricto— entendida como determinación del significado de una expresión lingüística cuando existen dudas acerca de ese significado en un caso concreto de comunicación. Es la interpretación que procede cuando existen dudas acerca de la comprensión del sentido propio del texto en su significado más directo. Este sentido de la palabra “interpretación” refiere a los casos en que la utilización de un lenguaje natural, entendido de un modo directo por todos los miembros de una comunidad lingüística ubicados en una situación normal de comunicación, genera dudas que sólo pueden ser aclaradas a través de la utilización de técnicas específicas de determinación del significado, tales como, por ejemplo, diccionarios, gramáticas, léxicos, glosarios, etc. En el ámbito jurídico, la interpretación refiere la atribución de significado a entidades lingüísticas con forma verbal o escrita, en una situación en la que se plantean dudas respecto del significado a atribuirles.

Para ilustrar estas nociones en el campo del derecho, J. Wróblewski propone una distinción entre una noción derivativa y una noción clarificativa de interpretación. De acuerdo con la primera noción, el objeto de la interpretación es un texto legal, a partir del cual —a través de la interpretación— se reconstruye una “norma” entendida como una regla entendida en su significado propio y único. De acuerdo con la segunda noción, se interpreta un texto legal en la medida en que surge una controversia en torno al significado del mismo que plantea la posibilidad de interpretaciones diversas o incluso contradictorias entre sí.

La situación de claritas —también llamada de isomorfia— es aquella la que, a la luz de la interpretación en sentido amplio ofrece una significación determinada que exime de la utilización de técnicas específicas. En este nivel operan los apotegmas clásicos que, en situaciones de claridad determinan que la interpretación no es

necesaria —“*interpretatio cessat in claris*”, “*clara non sunt interpretatio*”, o bien “*in claris non fit interpretatio*”.

En la situación en que existen dudas —situación de *interpretación* en sentido estricto—, es necesario decidir entre alternativas diversas, empleando para ello técnicas específicas de determinación del significado. En el caso de la aplicación judicial de la ley, la interpretación judicial en función operativa utiliza de hecho las tres concepciones de interpretación, aunque su campo más propio y específico es el de la interpretación en sentido estricto.

Obligado siempre a fallar, el juez avanzará desde una situación inicial en la que la claridad del sentido de las palabras torne superabundante cualquier otra tarea de comprensión hasta una situación en la que la controversia entre diversas alternativas posibles de comprensión del texto obligue a utilizar diversas directivas, reglas y criterios destinados a posibilitar la determinación del sentido de la regla bajo aplicación.

Se ha notado con acierto³⁸ que el criterio de clasificación utilizado por Wróblewski para distinguir la interpretación sensu largissimo y sensu largo no es el mismo que el utilizado para definir la interpretación sensu stricto. Para la primera distinción tiene en cuenta como criterio clasificador el objeto. La interpretación sensu largissimo abarca la tarea de comprensión relativa a cualquier objeto cultural, en tanto que la interpretación sensu largo tiene en cuenta textos. En la interpretación sensu stricto se tiene en cuenta, en cambio, el contexto. Sería así interpretación en sentido estricto aquella en la que, ante el texto, se suscitan dudas o controversias que obligan a implementar técnicas alternativas y complementarias de comprensión.

De acuerdo con esta precisión, la distinción propuesta por Wróblewski no debe entenderse como una escala descendente, en la que el intérprete baja desde una concepción de máxima amplitud de su objeto —entendiéndolo como un objeto cultural dotado de sentido—, a una concepción amplia, desde la cual lo visualiza como un objeto lingüístico, y de allí a una concepción estricta en la que, ante la emergencia de dudas o controversias acerca del significado, se procede a implementar diversas estrategias de delimitación ulterior del significado.

En rigor, el lenguaje jurídico tiene, a pesar de su nivel de relativa sofisticación técnica, características muy acusadas de apertura, vaguedad y ambigüedad. El anacronismo de muchas de sus disposiciones lo sitúa incluso muchas veces más allá de las claves de interpretación del mismo lenguaje natural, aislándolo de convenciones interpretativas casi automáticas que, en otros campos del saber, facilitan la comprensión mutua y el acuerdo entre los hablantes. De allí que la operación de interpretación entendida en sus dos primeros sentidos —hermenéutico y semántico— no resulta suficiente. Se impone una instancia ulterior centrada en la interpretación jurídica en sentido estricto.

38 LIFANTE V IDAL, I.: La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, págs.29 y ss.

Uno de los aspectos distintivos de este nivel de interpretación sensu stricto es el derivado del hecho de que la situación interpretativa es, ante todo, un ámbito de conflicto entre al menos dos posiciones encontradas. En la interpretación operativa, aplicar supone siempre interpretar e interpretar supone a su vez siempre un horizonte decisional. Interpretación y aplicación se suponen así mutuamente, en un contexto siempre problemático como es el de la situación interpretativa. Se interpreta la ley para resolver un conflicto de intereses, en el que quien aplica, tiene la competencia y las facultades para producir una decisión de autoridad. El conflicto de intereses y la existencia de un tercero investido con la autoridad y la obligación de resolver hacen a la esencia de la situación interpretativa considerada sensu stricto.

Interpretar un texto normativo o una regla implica afrontar un dilema. Vale decir, afrontar una situación en la que las reglas —hasta entonces criaturas inertes— cobran vida y presionan una actividad interpretativa como punto de partida para una decisión. En la medida en que una cuestión interpretativa deja de ser abstracta y reclama una decisión pasa a ser realmente espinosa y tiende a perderse claridad acerca de qué significan realmente las reglas³⁹. Las razones sustantivas, las consideraciones procedimentales y la estimación de las consecuencias probables de la decisión configuran una situación interpretativa que comprometen la nitidez del sentido del texto y la validez de la investigación acerca de la intención del legislador.

En un sentido estricto, cabe entender por interpretación jurídica a la tarea de atribución de un significado a los enunciados jurídicos en un caso de duda. Esto supone una situación en la que previamente se ha determinado que se está ante una duda acerca del significado. De allí que, en una acepción más amplia, deba entenderse por interpretación jurídica el proceso de atribución de significado a un enunciado jurídico, dando por sentado que la duda o dificultad depende de circunstancias de sujeto, objeto tiempo y lugar ⁴⁰. Algo que puede ser obvio para un juez puede resultar de muy difícil comprensión para otro.

El objeto primario de la interpretación “jurídica” son los enunciados jurídicos o a través de los cuales se expresa el derecho. El resultado de la interpretación son las proposiciones jurídicas. No es, en sentido estricto la intención, la voluntad, el propósito o la finalidad perseguida por el legislador. Es su expresión objetiva o propósito, en el sentido más amplio del concepto. De allí la necesidad de

39 SCHAUER, F.: Le regole del gioco. Un' analisi filosofico delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana. Bologna: Il Mulino, 2000, pág. 318.

40 ITURRALDE, V.: Voz “Interpretación jurídica”. En VEGA REÑÓN, L. y OLMOS GOMEZ, P. (Eds.): Compendio de lógica, argumentación y retórica. Madrid: Ed. Trotta, 2011, Pag. 316. En sentido similar, DICIOTTI, E: *Cit.*, pág.197, quien afirma que debe entenderse por interpretación la actividad que tiene por objetivo la comprensión del significado de textos jurídicos normativos, considerados como tales —es decir como textos jurídicos *normativos* y no como textos jurídicos de cualquier otro género. Interpretar es adscribir un sentido normativo particular al contenido de un texto determinado, producido a su vez por una actividad normativa desarrollada en función de lo establecido por una determinada norma de autoridad.

considerarla más allá de la voluntad y las circunstancias históricas en que se produjo.

Para asumir que un texto determinado es un texto legal, es necesario a su vez llevar a cabo una tarea previa de establecimiento de la naturaleza propia de su contenido —expresión de normas generales y abstractas—, una calificación de la actividad que lo produjo y una verificación de la competencia y los títulos del órgano que lo produjo.

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. A los efectos de una definición de lo que se entiende por interpretación se utilizan de un modo indistinto las expresiones “comprender” un significado y “atribuir” un significado. No se toma partido en el conflicto entre posiciones cognitivistas —según la cual se toma contacto con un significado ya dado en la propia realidad normativa— o escépticas —se otorga un significado a una realidad que, de por sí, carece de otro significado que el que la decisión interpretativa le adscribe. Se trata de un debate filosófico con importantes proyecciones, pero relativamente secundario a los efectos del desarrollo de un modelo general de interpretación operativa.

Importa sí subrayar que la actividad interpretativa es susceptible de diversos enfoques analíticos, cada uno de los cuales define significaciones diversas entre sí, aunque complementarias a los efectos de una definición de conjunto. Cabría así distinguir, con E. Diciotti, las siguientes acepciones de lo que cabe entender por “interpretación”:

a) **Interpretación-atribución:** actividad intelectual orientada a atribuir a un texto legal uno o más significados. Es decir a determinar ya sea el significado que efectivamente atribuyó a la norma el legislador o bien el significado que, en contextos o situaciones semejantes le acuerda hoy a la norma el uso lingüístico de la comunidad o de un sector determinado como puede ser la comunidad de los operadores jurídicos⁴¹

b) **Interpretación-procedimiento:** Conjunto de operaciones desarrolladas dentro de la ya indicada “interpretación-adscripción” orientadas a trascender el significado *prima facie*, liso y llano o inmediato de un texto. La interpretación es, desde este punto de vista un conjunto de actividades destinadas a rectificar o ratificar el significado que en una primera lectura sugiere el texto interpretado.

c) **Interpretación-decisión:** Conjunto de actividades orientadas a precisar y elegir, dentro del arco de interpretaciones posibles, producto a su vez de la “interpretación-atribución”, aquella lectura que mejor resuelve el tipo de conflicto que el caso concreto plantea. En esta instancia, el intérprete decide adjudicar a la regla un sentido no evidente a partir del examen de los estándares lingüísticos y valorativos vigentes.

41 Cfr. CARRIO, G.: Notas sobre derecho y lenguaje, cit. Pag. 57.

d) **Interpretación-razonamiento.** Conjunto de actividades desarrolladas a los efectos de elegir, siguiendo el razonamiento sobre la base de la cual se produce la elección, entre diversos significados posibles.

e) **Interpretación-formación:** Conjunto de actividades de “interpretación-decisión” orientadas a integrar la ley, colmar lagunas, resolver antinomias y todo aquello que asegure y garantice la coherencia sistémica de la decisión.

Tanto el verbo “interpretar” como el sustantivo “interpretación” puede así ser utilizado en sentido analógico, referido a veces a actividades intelectuales y otras a actividades decisorias. Todas ellas tienden, a través de las argumentaciones interpretativas, a establecer reglas de decisión del caso concreto, más allá del significado prima facie que cabe atribuir a la ley en la situación interpretativa. El significado final podrá confirmar el significado prima facie o podrá alternativamente completarlo, contradecirlo o superarlo.

Lo importante es distinguir entre, por un lado, actividad interpretativa, entendida como conjunto de operaciones intelectuales orientadas a la atribución de significado a un texto legislativo y, por otro, argumentación interpretativa, aludiendo en forma expresa y escrita al desarrollo de razones justificativas de la decisión adoptada. La actividad interpretativa es una actividad intelectual del juez que combina aspectos tanto racionales como emotivos. La argumentación es a su vez un discurso articulado y formalizado, escrito y público, desarrollada en función de directivas, cánones y esquemas de razonamiento afianzados a lo largo de una tradición determinada. La argumentación desenvuelve estrategias justificativas validadas por la tradición y reconocidas como fuentes autoritativas de razones para la decisión. La actividad interpretativa tiene por objeto primario un texto normativo. La justificación versa, en cambio, sobre una tesis acerca del significado en definitiva atribuido a ese texto.

Una demostración de las virtualidades de una distinción como la propuesta es que, en toda cultura jurídica existen determinadas directrices, acuñadas por la doctrina judicial, referidas tanto a la actividad interpretativa como a la argumentación interpretativa. Justificar una interpretación dada es una actividad formalmente diferente de la interpretación que luego será justificada mediante el recurso a la argumentación judicial. Dicha justificación es una actividad altamente pautada. Cada ordenamiento jurídico sirve de escenario a una doctrina de la interpretación diferente, acorde con los rasgos estructurales y la dinámica propia de cada cultura jurídica.

Toda cultura jurídica genera, a lo largo de su desarrollo histórico un corpus de patrones argumentales o esquemas de justificación mínima contextualmente racionales 42. Este cuerpo de doctrina reúne el conjunto de argumentaciones

42 Se utiliza la expresión en el sentido propuesto por DICCIOTTI, E.: Op. cit., pág. 226. TARUFFO, M.: Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 133. En sentido similar, DICCIOTTI, E.: Interpretazione della legge e discorso razionale. Turin:

típicas, reconocidas y validadas por la comunidad de los operadores jurídicos. En otros términos, se trata de discursos basados en reglas, por medio de los cuales es posible reconstruir el conjunto de reglas metodológicas interpretativas aceptadas en el seno de una determinada comunidad jurídica. Acceder, conocer y saber utilizar ese instrumental requiere un proceso de iniciación, educación y entrenamiento profesional. No se trata de argumentos en si mismos obligatorios. Su utilización se impone por razones más bien pragmáticas. Se utilizan en la medida en que se busca persuadir, convencer, proveer a quienes corresponde –jurados, jueces, partes, actores relevantes en un conflicto, etc.- una justificación racional contextualmente suficiente. Es decir, suficiente en relación con las circunstancias del contexto sociocultural e institucional en que se desarrolla el conflicto. No basta con tener razones: es necesario demostrarlas conforme a condiciones, cánones, criterios y procedimientos argumentativos de validez y fuerza socialmente reconocida.

Estos cánones son herramientas, medios o instrumentos que aseguran, por otra parte, la vinculación entre las diversas fases de la actividad interpretativa y la justificación posterior de su producto o resultado final. Incluyen sobre todo técnicas para la comprensión del lenguaje en su contexto y en el de las orientaciones políticas que lo informan⁴³ Ayudan a argumentar y explicitar las razones que han llevado a determinar un significado normativo específico escogido entre el arco de posibilidades que planteaba inicialmente, en sus fases cognitivas, la tarea interpretativa.

Se trata de modalidades aceptadas de argumentación. Patrones socialmente aceptados, cuya lógica interna cuenta con un consentimiento implícito que facilita y automatiza su utilización. Los cánones o argumentos vinculan, en este sentido, el contexto de descubrimiento –proceso intelectual que conduce a la decisión- y el contexto de justificación de la decisión. –razones y argumentos que la sustentan-⁴⁴. Precisamente por ello, en el derecho norteamericano se llaman cánones de “construcción”, aludiendo a la interpretación como proceso de construcción de la decisión judicial. Desde este punto de vista, la doctrina los conceptualiza como

Giappichelli, 1999, para quien “justificar implica mostrar que una tesis teórica o normativa, según la cual una proposición es verdadera o una norma es válida, es de aceptar o, al menos, mayormente aceptable”. Es decir lograr que la tesis sea aceptada por aquellos a los cuales la justificación va dirigida o al menos predisponerlos para una posible aceptación o bien una mejor disposición a aceptarla en el futuro. Para un tratamiento de los cánones interpretativos, cfr. VELLUZZI, V.: Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale.cit. pags. 58-64.

43 Recuerda GREENAWALT, K.: *Legislation. Statutory Interpretation: 20 Questions*, cit. pag. 201, que en un tiempo, se hablaba de “máximas” para referirse a las técnicas para la comprensión del lenguaje y de “cánones” para aludir a las guías políticamente orientadas. Esta distinción a perdido hoy significado y la palabra “cánon” abarca ambas significaciones.

44 VELLUZZI, V.: Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale , cit. págs. 59-60.

“principios interpretativos o presunciones que los jueces utilizan para discernir y a veces construir el significado de las leyes 45.

Toda cultura jurídica desarrolla cánones propios, tanto semánticos, como sintácticos, contextuales o bien sustantivos. Los cánones semánticos, sintácticos y contextuales surgen de generalizaciones acerca del uso del lenguaje, tal como es convencionalmente utilizado y entendido por los ciudadanos, utilizadas por los jueces para “decodificar” los términos de las leyes. Los cánones sustantivos son directivas que tratan de aproximar a la intención del legislador y suelen ser presunciones –con diverso grado de fuerza- acerca de del modo como efectivamente se ejerció el poder legislativo. Son principios contruidos por los jueces, fundados en compromisos y valores constitucionales y aún supraconstitucionales, más que en consideraciones empíricas acerca de la conducta del legislador. Se refieren más a objetivos u orientaciones sistémicas del ordenamiento jurídico, que se suponen presentes en la tarea legislativa, aun cuando, de hecho, no hayan estado presentes en la decisión concreta que produjo la legislación interpretada 46.

La consideración y respeto a los cánones es una parte esencial parte del sistema de garantías sociales que permiten que una resolución judicial pueda ser considerada “conforme a derecho”. Se trata de ideales políticos vinculados a la idea de Estado de Derecho, a considerar en ocasión de la aplicación del derecho como bien se ha indicado, “en los sistemas regidos por el principio de legalidad, la jurisdicción tiene como fin la determinación y la actuación del derecho.

Esto implica que la decisión judicial debe fundarse en la correcta aplicación de la ley a las circunstancias del caso concreto” ...” Asumir que se debe decidir conforme a derecho significa introducir requisitos y garantías de calidad, tanto en las decisiones judiciales como en la actuación de las partes intervinientes en el proceso. “El ideal político del Rule of Law –escribe MacCormick- se basa en el reconocimiento del carácter argumentativo del derecho”⁴⁷ .De allí la importancia central de las directivas y criterios de admisibilidad de los argumentos.

Este tipo de cánones o patrones argumentales limitan, por una parte, los márgenes de libertad del interprete, en la medida en que proveen criterios de lo que es o no

45 Así, por ejemplo, MANNING, J.F. y STEPHENSON, M.C.: Legislation and regulation, cit., pag. 219.

46 Para una vision más amplia, cfr. HART, H.M. y SACKS, A.M.: The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law, cit. Pág. 1376 y ss. Uno de los tratamientos más completos sobre los canones vigentes en la practica interpretative de la Corte estadounidense puede verse en SCALIA, A. y GARNER, B.A.: Reading Law. The interpretation of legal texts. St Paul, MN: Thomson/West, 2012

47 MACCORMICK, N.: Rethoric and the Rule of Law. A theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005, pag. 13 y en general, Cap. 2.

aceptable en el contexto una determinada comunidad jurídica. Constituyen, por otra parte, criterios de valoración de la corrección, consistencia y congruencia de una determinada argumentación. Sin embargo, al mismo tiempo amplían dichos márgenes de libertad, en la medida en que facilitan, simplifican, economizan esfuerzos en la tarea de argumentación justificatoria de las decisiones adoptadas. Baste considerar como ejemplos, el canon de la constancia terminológica –la idea de que el legislador ha utilizado las palabras en una acepción uniforme a través del tiempo, salvo en los casos en que ha establecido lo contrario - , o los diversos aspectos de la argumentación conforme al precedente.

Las consideraciones relevantes sobre la base de las cuales es posible evaluar y justificar una tesis interpretativa son los argumentos de la interpretación. Es decir, el conjunto de razonamientos, razones o consideraciones relevantes para atribuir un significado socialmente aceptable a un texto legislativo determinado, en una situación interpretativa también concreta y circunstanciada

6. La justificación de la decisión interpretativa

La actividad discursiva a través de la cual los jueces justifican sus decisiones interpretativas, atribuyendo significados a las fuentes del derecho utilizadas para sus decisiones, no sólo está compuesta por las reglas generales de la lógica. Incorpora también otras reglas del tipo de las que regulan el discurso práctico en general. Las más importantes son las que caracterizan los juicios morales o los argumentos destinados a persuadir a un auditorio acerca de las condiciones, contenidos y consecuencias de la decisión adoptada.

Como todo razonamiento práctico, el razonamiento jurídico está orientado a la decisión, está dirigido a determinar qué hacer. Como tal, incluye una o varias razones para la acción y tiene como finalidad primordial establecer la verdad de un enunciado que aparece como la conclusión del razonamiento.

Si bien la decisión jurídica se legitima —requiere y obtiene la conformidad de sus destinatarios— más allá de su contenido axiológico, no podría considerarse racionalmente suficiente si no incorporara elementos de persuasión acerca de su valor intrínseco en términos de “mejor solución posible” dadas las condiciones en que se enmarca la decisión. De allí que todo razonamiento práctico pueda ser analizado tanto en términos de su estructura como de su fuerza persuasiva en términos de buenas razones o razones adecuadas para la acción.

La noción de justificación resulta así central para toda teoría de la decisión interpretativa. **Justificación es el resultado de la acción de justificar.** Esto es, de suministrar razones relativas a la conveniencia, la justicia o la oportunidad de la decisión propuesta. En tal sentido cabe distinguir la acción de justificar de su resultado. Entre la justificación-proceso y la justificación-

resultado median relaciones profundas que las tornan mutuamente interdependientes. Justificar es dar razones y sólo cabe hablar de una decisión “justificada” en el sentido de que le asisten razones suficientes, desarrolladas a través de un proceso argumentativo que, si bien no es necesariamente exhaustivo o definitivo, es considerado suficiente a la luz de directivas que, al respecto, reconocen los integrantes de una comunidad jurídica determinada.

Justificar es proporcionar y desarrollar argumentos teórica y prácticamente relevantes. Ello no implica, sin embargo, que la justificación de una decisión interpretativa sea, sin más, un razonamiento o encadenamiento de razonamientos a través de los cuales, a partir de determinadas premisas se llega a una conclusión.

La interpretación tiene una referencia básicamente social. Supone, necesariamente una argumentación dirigida a explicar y convencer a determinados destinatarios, en el contexto de una comunidad dada. La posibilidad de que el argumento realmente convenza o “le cierre” a sus destinatarios —las partes, el resto de los integrantes de la comunidad jurídica de la que se forma parte y en casos de relevancia social la propia opinión pública— hace a la esencia misma de la decisión. El modo como una argumentación es utilizada, es decir el esquema argumentativo, dentro de un determinado contexto de dialogo es una cuestión crucial, de interés cada vez mayor para el análisis argumentativo.

Una decisión interpretativa que en principio no sea capaz de generar una conciencia de razonabilidad, difícilmente pueda aspirar a generar conciencia de obligatoriedad. El objetivo de la justificación es mostrar que una tesis debe ser aceptada, sobre la base de razones relevantes, transmitiendo a tal efecto, informaciones, creencias, convicciones, precedentes y, en definitiva, razones para su aceptabilidad. El razonamiento del juez se orienta a una decisión. La motivación es precisamente el esfuerzo por convencer a terceros de que la decisión adoptada es compatible y congruente con el ordenamiento —analizado en su letra y en su espíritu, en su literalidad, su lógica sistémica, sus tendencias sociohistóricas y su teleología—. El principio de legalidad y los principios del debido proceso fijan además los límites dentro de los cuales esa decisión resulta válida y aceptable.

La noción misma de justificación supone la existencia de un discurso inter subjetivo racional. Uno de los hablantes —en el caso de la interpretación judicial el juez— se dirige a una comunidad de hablantes, en cumplimiento de un deber —el de motivar o justificar las aserciones o prescripciones que integran su juicio interpretativo—. No basta con el desarrollo de estrategias de persuasión en sentido amplio. Se trata de un proceso de argumentación pautado a través de directivas institucionales, reglas técnicas y eventualmente prescripciones legislativas, en el cual las tesis propuestas procuran la aceptación de sus destinatarios. Se trata de una empresa cooperativa, dialéctica, para la que no basta con esgrimir y desarrollar razones. Es menester también producir evidencias previamente establecidas como pertinentes a través de un

procedimiento también preestablecido, tarifado e intersubjetivamente controlado.

Las condiciones de este discurso Inter subjetivo son de diverso tipo y operan sobre la justificación determinando sus alcances y posibilidades⁴⁸.

El resultado a obtener plantea, a su vez, condiciones también estrictas de coherencia y consistencia. Aun cuando las partes avanzan sobre la base de que el resultado surgirá de una síntesis de la contraposición de sus tesis respectivas, la propia constitución de la relación inter subjetiva supone una común aceptación de las condiciones y requisitos del proceso que comparten. El resultado es, por definición, incierto. Más aún, la “verdad jurídica objetiva” que resulte de la decisión final difícilmente cumpla con las expectativas y satisfaga los intereses de todos los partícipes de la situación. Es posible incluso que, una vez agotadas todas las instancias, cada parte quede incluso reafirmada en sus posturas iniciales. Aun así, la aceptación del resultado, reforzada incluso por la coercibilidad de la decisión final, queda definida de antemano, por imperio de las normas que regulan el proceso y el valor de la “cosa juzgada”.

La justificación de la decisión será así el resultado de una producción en 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 este sentido, pretende una aceptación común.

El carácter “racional” de la justificación resulta empero de la concurrencia de tres condiciones que pueden o no operar de un modo simultáneo. Una justificación puede ser considerada como formalmente racional si, en una primera instancia, cumplimenta las condiciones de un razonamiento lógicamente correcto. La conclusión que se propone resulta de una serie de premisas conforme a un modelo válido de inferencia. Cabe, sin embargo, considerar un segundo orden de racionalidad, derivado ya no de la corrección formal del razonamiento sino de su contenido mismo. Se puede hablar en este sentido de una justificación sustancialmente racional. Además de ser racional, la conclusión propuesta sería, desde este punto de vista, también “razonable”⁴⁹.

48 Para el análisis de dichas condiciones, cfr. AARNIO, A.: The rational as reasonable. A treatise on legal justification. Dordrecht/ Boston, 1987, pág. 195-204, ALEXY, R.: A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as theory of legal justification. Oxford: Clarendon Press, 1989, págs. 202 y ss; HABERMAS, J.: Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT Press, 1996, Cap. V; WALTON, D.N.: Informal logic. A handbook for critical argumentation. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

49 Sobre el concepto de razonable, cfr. AARNIO, A.: The rational as reasonable. A treatise on legal justification. Dordrecht/Boston, 1987; Tambien, ATIENZA, M.: “Para una razonable definición de ‘razonable’”, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho”, 4 (1987), págs. 189 y ss. Una discusión

La justicia de la decisión no deriva empero exclusivamente de la corrección del procedimiento. Depende más bien de la concurrencia de una serie de condiciones específicas. En primer lugar, de que la decisión sea el resultado de un proceso formal y sustancialmente ecuánime, en el que se hayan respetado y observado las garantías del “debido proceso”. En segundo lugar, de que la ley haya sido correctamente interpretada y aplicada al caso concreto, observando las garantías del “principio de legalidad”. En tercer lugar, que la decisión se funde en una determinación igualmente correcta de los hechos de la causa. Difícilmente pueda hablarse de una decisión justa y ecuánime, aunque fundada en hechos erróneos. Ninguna de estas condiciones basta por sí misma para determinar la justicia de una decisión. Todas deben concurrir en medida contextualmente suficiente para la corrección de la decisión final⁵⁰.

La racionalidad formal y sustancial no basta sin embargo por sí misma para garantizar su aceptabilidad por parte de los destinatarios del juicio interpretativo o de la comunidad jurídica en su conjunto. Si bien la razonabilidad de los contenidos de la decisión refuerza la capacidad persuasiva de un razonamiento formalmente correcto, no por ello garantiza su aceptabilidad. Bajo ciertas condiciones contextuales, las premisas de un razonamiento pueden resultar inaceptables y una decisión fundada en razonamientos formales y sustancialmente correctos puede de hecho resultar socialmente inaceptable. En el fondo, la validez de una norma significa que “merece” de hecho reconocimiento universal, a causa de su capacidad para vincular la voluntad de sus destinatarios únicamente por medio de razones ⁵¹

Si bien cabría dudar de la calificación de “razonable” de una tesis juzgada como inaceptable, la distinción es procedente. Una cosa es, en efecto, la corrección sustancial de un razonamiento y otra muy distinta su aceptabilidad, condicionada por el desenvolvimiento de las condiciones planteadas por la comunidad de discurso intersubjetivo racional. Para que una determinada interpretación considerada formal y sustancialmente correcta, sea de hecho aceptable, debe mediar una actividad argumentativa capaz de justificarla

amplia, en los trabajos recogidos por LA TORRE, M. y SPADARO, A. (Eds.): La ragionevolezza nel diritto. Torino: G. Giappichelli, 2002, espec. los aportes de Alexy, Pizzorusso y Berteza. Cfr. también los trabajos reunidos en VVAA.: Vernunft und interpretation. Vol. especial de “Ars Interpretandi”, 7 (2002). Münster: Lit Verlag, 2002, en particular los trabajos de Alexy, Viola, Ruggeri, Spadaro y Ost. Asimismo, el tratamiento para el derecho argentino de CIANCIARDO, J.: El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2004, en especial cap. II. También SAPAG, M.: “Interpretación constitucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad”, en “Jurisprudencia Argentina” 2011-III Número Especial coordinado por J. CIANCIARDO, dedicado al tema “La interpretación de los derechos constitucionales. Ir y venir entre la teoría y sus aplicaciones concretas”, págs. 81-96.

50 Cfr. TARUFFO, M.: Simplemente la verdad..., cit. Pag. 136.

51 HABERMAS, J.: La ética del discurso y la cuestión de la verdad. Buenos Aires: Paidós, 2003, pag. 87.

objetiva y subjetivamente. Una argumentación convincente es así un presupuesto constitutivo de lo que podría denominarse una justificación contextualmente racional⁵².

La justificación otorga **plausibilidad** ⁵³ y **verosimilitud** a la decisión judicial. Al mismo tiempo, la justificación legitima la posición institucional del órgano judicial. Abre así la posibilidad de un control social, generalizado y difuso acerca tanto de lo decidido como del debido proceso formal y sustancial seguido por la decisión⁵⁴.

Texto, intención, propósito, procedimiento, razonabilidad y estimación de consecuencias probables son algunas de las facetas tenidas en cuenta, con énfasis diferentes, según la naturaleza del caso considerado.

En esta instancia, los argumentos ideológicos y morales cumplen un papel de relevancia. Una parte de la comunidad intersubjetiva evalúa la argumentación justificadora que se le propone desde principios y normas que no necesariamente comparte con el resto de los miembros. Existen diferencias acerca de las presuposiciones implícitas e incluso acerca de las razones utilizadas en el razonamiento justificatorio de la decisión.

Un desacuerdo sobre la vigencia de principios morales o de concepciones generales del mundo, una discrepancia sobre la existencia misma de ciertas obligaciones morales o sobre el sentido de los procesos sociales puede tornar razonamientos formal y materialmente correctos en expresiones de tipo retórico, desprovistas de la fuerza de convicción necesaria para el logro del nivel de consenso requerido por una justificación contextualmente racional.

⁵² En el mismo sentido DICIOTTI, E: Interpretazione della legge e discorso razionale, cit., pág. 98.

⁵³ Una proposición - un argumento, un razonamiento- se dice plausible cuando declara algo que es normalmente el caso o algo que ocurre por lo regular o al menos es aceptable o se espera que así sea. Una proposición es una aserción creíble o verosímil, digna de crédito. Cfr. al respecto VEGA REÑON, L. y OLMOS GOMEZ, P. (Eds.): Compendio de lógica, argumentación y retórica. Madrid: Trotta, 2011, pag 455. Para un estudio sobre el carácter central de la noción de plausibilidad en la argumentación judicial, cfr. WALTON, D..N.: Legal argumentation and evidence. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2002

⁵⁴ NIETO, A.: El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, págs. 163-165.