

# EL DESAFÍO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

## THE CHALLENGE OF LEGAL INTERPRETATION

*Federico Arena\* - Paula Gaido\*\**

**Resumen:** Un modo de entender la tarea de la magistratura es como encargada de determinar los derechos y deberes jurídicos impuestos por el ordenamiento. Sin embargo, en qué consista esa actividad no posee una respuesta pacífica entre quienes hacen filosofía y teoría del derecho. Hay un aspecto, sin embargo, en el cual parece coincidir buena parte de las diferentes teorías, y es que la magistratura, en su tarea de adjudicar casos, tiene que ofrecer razones justificatorias de sus decisiones. En las sentencias judiciales las razones que dan sustento a las decisiones tienen una importancia central. Tal como están diseñadas nuestras instituciones, no solo les pedimos a las cortes que resuelvan nuestras disputas jurídicas, sino que también les exigimos que lo hagan de una manera justificada (motivada). Pero, ¿cuáles son estas razones jurídicamente relevantes en el ámbito de la adjudicación judicial? En lo que sigue, nos proponemos dejar planteadas algunas distinciones conceptuales para el análisis de estas razones. En tal tarea, nos centraremos en los desafíos que plantea la interpretación jurídica. Nuestro objetivo es proponer un conjunto de herramientas que puedan servir en la evaluación de las premisas normativas de los argumentos jurídicos, y, dentro de ellos, los judiciales.

**Abstract:** The judiciary is often conceived as in charge of determining the existent and content of legal duties. However, there is no agreement between legal scholars as to what is involved in that activity. There is one aspect, however, in which good part of different theories seem to coincide, to wit, that courts adjudicating cases must provide justificatory reasons for their decisions. In court rulings, the reasons that support decisions are of central importance. As our institutions are designed, we not only ask courts to decide our legal disputes, but we also require them to do so in a justified (motivated) way. But which are the legally relevant reasons in judicial adjudication? In what follows, we advance some conceptual distinctions for the analysis of these reasons. In doing so, we will focus on the challenges posed by legal interpretation. Our aim is to propose a set of tools that can serve in the evaluation of the normative premises of legal arguments, and, within them, the ones made by courts.

**Palabras clave:** interpretación – argumentación – adjudicación.

**Key words:** interpretation – argumentation – adjudication.

Es común concebir a la magistratura como encargada de determinar el contenido de los derechos y deberes establecidos por el ordenamiento jurídico.<sup>1</sup> Sin embargo, en qué

---

Artículo recibido el 20/8/2021 – aprobado para su publicación el 17/12/2021.

\* Investigador adjunto, CONICET-UNC, director del proyecto de investigación “Teorías y técnicas de interpretación jurídica. Un análisis teórico-práctico de los cánones de interpretación vigentes”, acreditado como proyecto del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Resolución CIJS 30/18, 24/7/2018, fjarena@conicet.gov.ar.

\*\* Investigadora adjunta, CONICET-UNC, directora del proyecto de investigación “Teorías y técnicas de interpretación jurídica. Un análisis teórico-práctico de los cánones de interpretación vigentes”, acreditado como proyecto del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Resolución CIJS 30/18, 24/7/2018, paula.gaido@conicet.gov.ar.

<sup>1</sup> De manera relacionada, existen perspectivas que ponen énfasis en que la tarea de la magistratura consiste

consista esa actividad no posee una respuesta pacífica entre quienes hacen filosofía y teoría del derecho. Para algunos, al hablar de la existencia de derechos y deberes jurídicos, las cortes no hacen más que disfrazar los distintos conflictos de poder que afloran en una sociedad.<sup>2</sup> En lugar de decir, por ejemplo, que el Estado logró contener el gasto a expensas de los jubilados del sector público, se afirma que no existe un derecho constitucional a mantener un cierto modo de calcular los haberes previsionales. O en lugar de decir que el patriarcado continúa con la opresión sobre el cuerpo de las mujeres, se afirma que no existe el deber jurídico de permitir a las mujeres interrumpir voluntariamente un embarazo. Para otros, en cambio, determinar el contenido de los derechos y deberes jurídicos es equivalente a identificar las exigencias de la moral,<sup>3</sup> por lo que las personas de cierta edad tendrán el derecho de mantener sus ingresos si es que ello es moralmente correcto. O existirá el deber jurídico de permitir a las mujeres interrumpir voluntariamente el embarazo si es que así lo imponen las normas morales. Ciertamente, entre estos extremos existe una gran variedad de propuestas alternativas. De todas formas, hay un aspecto de la práctica jurídica, y judicial en particular, respecto del cual parece coincidir buena parte de las diferentes teorías, a saber, la existencia de ciertas estructuras argumentativas. Es decir, la existencia de formas acerca de cómo proceder y de qué manera fundar enunciados sobre la existencia y el contenido de derechos y deberes jurídicos.<sup>4</sup> Nuestra percepción es que la teoría se ha concentrado sobre todo en las discusiones sobre la ontología de las razones jurídicas relevantes y se ha detenido menos en los diferentes procedimientos a través de los cuales los juristas argumentan sobre la existencia de determinadas razones jurídicas. En este texto procuraremos presentar con mayor detalle lo que entendemos por estructuras argumentativas en el ámbito jurídico (en el ámbito judicial, en particular), y, sobre todo, su vinculación con la interpretación.

No es sencillo presentar la cuestión que queremos introducir sin asumir los compromisos conceptuales y terminológicos de alguna de las diferentes posiciones acerca de la naturaleza del derecho o de los deberes jurídicos. Tampoco quisiéramos que el análisis que propondremos resulte asociado a alguna de ellas. Por lo que nos limitaremos a asumir el vocabulario y las distinciones de una teoría ubicada en algún punto intermedio entre los extremos mencionados en el apartado inicial. Desde este punto de vista, el derecho es una práctica social regulatoria, constituida por el intercambio de razones para la

---

más bien en determinar con autoridad final las controversias que se someten a su juicio, incluso cuando no existan derechos y deberes jurídicos determinados de antemano o, existiendo, deban ser dejados de lado. HART Herbert, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593-629; HART Herbert, *The Concept of Law*, segunda edición, Oxford University Press, 1994 [1961]. Hay traducción al español de la primera edición de Genaro Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

<sup>2</sup> Este es un modo obviamente demasiado breve y simple de hacer referencia a algunas de las tesis del realismo jurídico y del movimiento de los *Critical Legal Studies*. Para los primeros puede verse OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, Londres, Oxford University Press, 1939 (hay traducción al español de Gerónimo Cortés Funes, *El derecho como hecho*, Buenos Aires, Depalma, 1959) y para los segundos KENNEDY Duncan, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Ma. - Londres, Harvard University Press, 1997.

<sup>3</sup> De nuevo, se trata de un modo breve y simplificado de hacer referencia a las tesis del iusnaturalismo, entre otras posiciones. Puede verse como ejemplo, entre muchos otros, MOORE Michael S., *Objectivity in Ethics and Law*, Aldershot, Ashgate, 2004.

<sup>4</sup> Según Walton, "los esquemas argumentativos son formas de argumentos (estructuras de inferencias) que representan estructuras comunes de argumentos usados en el discurso de todos los días, además de especiales contextos como los jurídicos y científicos". WALTON William et al., *Argumentation Schemes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pág. 1.

justificación de cómo debemos comportarnos.<sup>5</sup> Ahora bien, la práctica jurídica no es la única que funciona de este modo. Es decir, no es el único ámbito en el que se intercambian razones acerca de cómo debemos comportarnos. La pregunta siguiente es entonces: ¿existe un modo de razonar específicamente jurídico?, ¿el razonamiento jurídico es una instancia más de un modo más general de razonamiento práctico?, ¿cabe adscribir al razonamiento judicial características específicas?

Para comenzar a responder estas preguntas vale la pena notar que, en las prácticas jurídicas no todas las razones disponibles cuentan, sino aquellas que son jurídicamente relevantes, y estas son las constituidas por las normas jurídicamente relevantes. Cuáles sean y cómo identificar estas normas jurídicamente relevantes es algo controvertido y depende de cuál sea la concepción del derecho que se asuma como punto de partida.<sup>6</sup> En las sentencias judiciales, en particular, las razones que dan sustento a las decisiones tienen una importancia central. Tal como están diseñadas nuestras instituciones, no solo les pedimos a las cortes que resuelvan nuestras disputas jurídicas, sino que también les exigimos que lo hagan de una manera justificada (motivada). Es decir, no nos alcanza con que resuelvan nuestras disputas jurídicas (que decidan). Les exigimos que articulen las razones que dan sustento a sus decisiones (que justifiquen).<sup>7</sup> Aquí nos concentraremos únicamente en (algunos de) los procedimientos interpretativos a través de los cuales los/as juristas, y las cortes en particular, identifican y justifican la selección de esas razones jurídicamente relevantes. En lo que sigue, nos proponemos: (i) dejar planteadas algunas distinciones conceptuales; (ii) presentar, si bien esquemáticamente, las principales teorías de la interpretación jurídica; (iii) reflexionar sobre el particular desafío que presenta la interpretación de cláusulas abstractas; (iv) esbozar algunas propuestas sobre el rol de las cortes ante las cláusulas abstractas. Al final cerraremos con unas breves conclusiones. En esta exploración dejamos de lado toda aspiración de exhaustividad. Nuestro objetivo, más bien, es plantear un conjunto de herramientas que puedan servir en la evaluación de las premisas normativas de los argumentos jurídicos y, dentro de ellos, los judiciales.

## 1. Algunas herramientas conceptuales

Decir que las decisiones en ámbito jurídico acerca de cómo debemos comportarnos están basadas en una práctica constituida por el intercambio de razones, es equivalente a decir que se trata de una práctica constituida por el intercambio de argumentos. Los argumentos jurídicos, como todos los argumentos prácticos referidos a cómo es debido actuar, están constituidos por premisas (normativas y fácticas) y conclusiones. Una conclusión acerca de cómo es debido actuar está justificada jurídicamente si y sólo si está justificada interna y externamente.<sup>8</sup> Un argumento jurídico está internamente justificado si y sólo si la

---

<sup>5</sup> BAYÓN Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; REDONDO Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; RAZ Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Oxford University Press, 1975 (segunda edición, 1999).

<sup>6</sup> Lo cual impacta luego en el modo de entender a la interpretación jurídica. A su vez, en la línea de lo que venimos señalando, es controvertido si un compromiso con cierta teoría de la interpretación jurídica (y del derecho) nos ata a una determinada manera de entender la adjudicación judicial; cfr. CARACCILO Ricardo, “Paradigmas de decisión judicial,” en *Revista Brasileira de Filosofia*, 238, pp. 63-90.

<sup>7</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, GARCÍA FIGUEROA Alfonso, *La argumentación en el derecho*, Palestra, 2017.

<sup>8</sup> Para un análisis actualizado de las herramientas conceptuales en cuestión, se puede consultar RODRIGUEZ Jorge, *Razonamiento y decisión judicial. La justificación de decisiones judiciales en las democracias constitucionales*, Programa de formación en áreas de vacancia de la abogacía, 2017,

conclusión se deriva lógicamente de las premisas (normativas y fácticas) de las que se parte. Por ejemplo, dadas: (a) la premisa normativa: a todo sujeto que cometa un homicidio, se le debe castigar con pena de muerte; y (b) la premisa fáctica: el sujeto S ha cometido un homicidio; se sigue (c) la conclusión: a S se le debe castigar con pena de muerte. Este argumento es impecable desde el punto de vista lógico, ya que la conclusión se sigue de las premisas. Podemos, por tanto, decir que la conclusión está justificada internamente. Pero, ¿está la conclusión acerca del deber de castigar a S justificada jurídicamente de acuerdo al ordenamiento jurídico argentino? Responder a esta pregunta exige, a su vez, determinar si el argumento posee justificación externa. Mientras que la justificación interna se refiere a la validez lógica que une a las premisas con la conclusión de un argumento, la justificación externa consiste en controlar la adecuación de sus premisas.

¿Cómo determinar que se satisfacen las condiciones apenas indicadas para la justificación externa? Para que el argumento expuesto estuviera externamente justificado, sería necesario que: (a) la norma contenida en la premisa normativa fuera una norma jurídicamente relevante, según el ordenamiento jurídico argentino actual; (b) que la premisa fáctica fuera la expresión de una proposición verdadera (que sea cierto que S haya cometido un homicidio). En el ejemplo mencionado, el problema se presenta respecto de (a), la premisa normativa, ya que no refiere a una norma jurídicamente relevante, según el ordenamiento jurídico argentino actual. En este escrito y en el resto del dossier nos interesa hacer foco en los problemas que surgen en torno a las premisas normativas de los argumentos jurídicos. En particular, nos ocuparemos de los problemas interpretativos asociados a la justificación externa de esa premisa. Revisaremos algunos de los principales argumentos esgrimidos para fundamentar cuáles son las herramientas interpretativas que tenemos disponibles a tales fines. Así, nuestro objetivo en los próximos apartados consistirá en repasar las principales teorías de la interpretación jurídica contemporáneas y explorar si cabe trazar un vínculo con ciertos métodos interpretativos.

Antes de adentrarnos en esta tarea, queremos advertir sobre la relevancia de distinguir entre disposiciones normativas y normas.<sup>9</sup> Una distinción que estimamos central para el abordaje de los problemas que involucra la justificación externa de la premisa normativa. En este sentido, una cosa son los textos usados para la comunicación de normas, y otra distinta las normas mismas. A partir de una misma disposición normativa podemos llegar a diferentes normas. Sólo por poner un ejemplo, el artículo 80 inc. 1 del Código Penal argentino dice que: “Se impondrá prisión o reclusión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: a su ascendiente, descendiente o cónyuge, ex cónyuge o a la persona con quien mantiene o ha mantenido relación de pareja, mediar o no convivencia.” En muchos casos la cuestión que se ha planteado es cómo debe ser entendida la expresión “relación de pareja”: ¿cuenta la duración del vínculo?, ¿son constitutivos los buenos sentimientos?, ¿es posible considerar que una persona tiene una relación de pareja con más de una persona? El ejemplo muestra cómo una misma disposición normativa, puede estar comunicando más de una norma, según cuál sea el significado que adscribamos a la expresión. Por otra parte, una norma puede ser comunicada a través de diferentes disposiciones normativas. Las disposiciones

---

[http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/razonamiento-decision-judicial\\_rodriguez.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/razonamiento-decision-judicial_rodriguez.pdf)

<sup>9</sup> GUASTINI Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 63 y ss. Hay traducción al español de traducción al castellano de S. Alvarez, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2014.

normativas: “Prohibido estacionar de 8 a 20 horas” y “Permitido estacionar Tan sólo de 21 a 7 horas”, comunican una misma acción como debida, y, por lo tanto, la misma norma.

Las normas jurídicas podrían ser comunicadas por diferentes medios, y no sólo a través de textos. Pero en este escrito, en principio, haremos foco en la interpretación jurídica entendida como interpretación textual. La interpretación jurídica, entonces, será entendida como la actividad de determinar el significado de ciertos textos normativos y, de este modo, el derecho.<sup>10</sup> El resultado de esta actividad consiste en (la formulación de) un enunciado interpretativo de la forma “D significa N”, donde D está por el texto normativo (la disposición) y N por su significado (la norma).<sup>11</sup>

Para llegar a las normas jurídicas, tendremos que atribuir significado a diferentes textos normativos, y, para ello, disponemos de diferentes herramientas interpretativas. Surgen así las primeras preguntas: ¿existe una herramienta o combinación de herramientas interpretativas correcta?, ¿existe un criterio jurídico a partir del cual evaluar el uso de las diferentes herramientas interpretativas disponibles?

## 2. Teorías de la interpretación jurídica

Las preguntas presentadas al final de la sección anterior se vinculan con uno de los problemas que con mayor insistencia ha ocupado a los teóricos de la interpretación, a saber, la discusión sobre el significado y el valor de verdad (o criterios de corrección) de los enunciados interpretativos. Con relación a este problema, es posible identificar dos grandes posiciones: el cognitivismo y el escepticismo. En general, las posiciones cognitivistas afirman que es posible predicar corrección o incorrección de los enunciados interpretativos, i.e. que poseen valor de verdad, mientras que las posiciones escépticas niegan esa posibilidad. Las distintas posiciones se diferencian respecto del contenido que dan a tres tesis referidas a: (i) el significado de los textos normativos, (ii) el valor de verdad de los enunciados interpretativos y (iii) la naturaleza de la actividad interpretativa. A su vez, dentro de cada una de estas dos posiciones podemos encontrar una versión extrema y una versión moderada.

Así, podemos diferenciar las cuatro posiciones del modo siguiente:

El cognitivismo extremo o formalismo<sup>12</sup>, sostiene que:

- (i) los textos normativos poseen un único significado objetivo.
- (ii) los enunciados interpretativos poseen siempre valor de verdad.

---

<sup>10</sup> GUASTINI Riccardo, "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, 11, 2012, pág. 27; GUASTINI Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffré, 2011, pp. 13 y ss.

<sup>11</sup> GUASTINI Riccardo, "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, 11, 2012, pág. 45.

<sup>12</sup> En este grupo podría incluirse el interpretativismo de Ronald Dworkin, dado que el núcleo de su teoría apunta a que el derecho puede ser conocido y que ofrece siempre una respuesta al caso que hay que resolver. Sin embargo, sus tesis resultan a menudo difíciles de clasificar. En este caso, porque su teoría no es acerca del significado de textos, sino acerca de cómo, a través de la argumentación político moral, ofrecer la mejor interpretación de nuestra práctica jurídica para apoyar un enunciado acerca de cuáles son nuestros deberes jurídicos. En el contexto de esa argumentación, el significado de los textos es tan sólo un punto de partida en la identificación del contenido del derecho; cfr. DWORKIN Ronald, *Law's Empire*, Hart Publishing, 1998. Así y todo, cuando Dworkin hace foco en la interpretación constitucional, la interpretación textual se vuelve central, por un lado, para distinguir entre cláusulas concretas y cláusulas abstractas y, por otro, para dar contenido precisamente a estas últimas. Más adelante volvemos sobre las ideas de Dworkin.

(iii) la actividad interpretativa es siempre una actividad de conocimiento.

El cognitivismo moderado o teoría ecléctica *à la Hart*, sostiene que:

- (i) los textos normativos poseen un significado, a veces claro a veces oscuro.
- (ii) los enunciados interpretativos poseen valor de verdad cuando el significado es claro y carecen de valor de verdad cuando el significado es oscuro.
- (iii) la actividad interpretativa es una actividad de conocimiento en los casos claros y una actividad decisoria en los casos oscuros.<sup>13</sup>

El escepticismo extremo, sostiene que:

- (i) los textos normativos no poseen significado antes de la interpretación.
- (ii) los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad.
- (iii) la actividad interpretativa es siempre una actividad creativa.

El escepticismo moderado, sostiene que:

- (i) los textos normativos poseen una pluralidad de significados.
- (ii) los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad.
- (iii) la actividad interpretativa es siempre una actividad decisoria, aunque puede ser de conocimiento cuando se limita a describir otras interpretaciones.

A continuación, nos concentraremos en las versiones moderadas para caracterizar en más detalle a cada una. Esto porque entendemos que son las que mejores herramientas ofrecen para advertir el papel de los métodos interpretativos en nuestras prácticas jurídicas.

## 2.1. El cognitivismo moderado: el lugar de las convenciones interpretativas.

Hart es considerado un autor clave de esta vía intermedia entre cognitivismo extremo o formalismo y las diferentes variantes de escepticismo. Para advertir con mayor precisión los alcances de la teoría de la interpretación que puede ser atribuida a Hart, nos parece indispensable hacer algunas breves referencias a su modo de concebir el derecho. Hart está preocupado por ofrecer una teoría que nos explique cómo es que nosotros entendemos el derecho. Y la llave para la comprensión de lo que el derecho es para nosotros, dice Hart, es doble. Por un lado, la noción de regla social y, por otro lado, la noción de validez. A partir de ello introduce una distinción que considera clave en la comprensión del derecho, a saber, la diferencia entre reglas primarias y secundarias.<sup>14</sup> El derecho es un tipo específico de sistema regulatorio, que funciona a partir de la unión de reglas de diferente naturaleza: reglas que prescriben conductas y reglas que otorgan competencias. La validez de las primeras depende de haber sido creadas respetando las segundas, entre las cuales se encuentran aquellas que nos dicen cuáles son los agentes con competencia legislativa, aquellas que establecen los procedimientos para incorporar y quitar reglas de nuestro sistema, y aquellas que determinan quiénes son los agentes que tienen el poder para resolver con autoridad final nuestras controversias jurídicas. En última instancia, la validez de las reglas de conducta y de competencia depende de la existencia de una regla social, que se manifiesta en la actividad de los jueces y las juezas

---

<sup>13</sup> Véase capítulo VII “Formalism and Rule-Scepticism” de HART Herbert, *The Concept of Law*, segunda edición, Oxford University Press, 1994 [1961].

<sup>14</sup> HART Herbert, *The Concept of Law*, op. cit, esp. Capítulo V.

(y otros funcionarios) cuando procuran identificar qué es lo que cuenta como derecho. Regla social a la que Hart denomina regla de reconocimiento. El derecho tiene que ser comprendido en términos de seguimiento de esta trama compleja reglas. El ajuste o desajuste de estas reglas con la moral es irrelevante. El punto central es que no hay derecho sin aceptantes de la regla de reconocimiento y esa aceptación no se apoya necesariamente en razones morales. Por lo que aceptar el derecho es compatible con afirmar que, todas las razones consideradas, es debido actuar de manera contraria a lo que el derecho ordena.<sup>15</sup>

Esta comprensión del derecho y de las reglas que lo estructuran, tiene impacto en su manera de comprender qué constituye el significado de las disposiciones normativas. Pues, para que sea posible sostener que la aceptación de la práctica jurídica es independiente de su aceptación moral resulta indispensable que la identificación del contenido de los derechos y deberes establecidos por el ordenamiento jurídico no exija necesariamente involucrarse en consideraciones morales.<sup>16</sup> En este sentido, dado que el derecho es un asunto de reglas y no hay reglas sino hay casos claros de aplicación, es fundamental precisar qué es lo que constituye a estos casos claros de aplicación. La respuesta puede encontrarse advirtiendo que el derecho es una práctica eminentemente comunicativa, en la que las autoridades con competencia legislativa buscan guiar el comportamiento de los destinatarios de las normas procurando que estos comprendan un mensaje. Para que ello sea posible, las autoridades han de utilizar el lenguaje común, al menos como punto de partida general, pues únicamente de ese modo pueden asumir que los destinatarios comprenderán el mensaje. Por ello, en la teoría de Hart, las convenciones lingüísticas que fijan el significado de los términos utilizados por la autoridad normativa juegan un rol fundamental para la identificación de la norma que se nos quiere comunicar, lo que permite identificar casos claros de aplicación de las reglas. Así, para la identificación de las normas comunicadas a través de textos normativos, Hart considera que tenemos que recurrir a las convenciones lingüísticas. Cuáles son las normas que las autoridades normativas nos quieren comunicar, es algo que captamos, la mayoría de las veces sin necesidad de interpretar, tal como lo hacemos con el lenguaje ordinario y, en caso de dificultad, interpretamos según las convenciones lingüísticas ordinarias.<sup>17</sup>

De lo anterior se sigue que el derecho termina donde termina lo dicho de manera clara por las convenciones lingüísticas. Esto significa que el núcleo claro del significado convencional de los términos usados por las autoridades legislativas agota el contenido de las normas jurídicas y, por lo tanto, agota el derecho. Pero, así como como las

---

<sup>15</sup> Véase la discusión que mantiene con Lon Fuller en HART Herbert, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), op. cit.

<sup>16</sup> En efecto, y al menos bajo una primera aproximación, la identificación del contenido de una convención (sea lingüística o de otro tipo) exige llevar a cabo una investigación únicamente empírica. Ello en cuanto, no se trata de otra cosa más que de interpretar un conjunto de acciones humanas. No es necesario, para conocerlas, involucrarse en consideraciones morales o, más en general, normativas. La compatibilidad o incluso la necesidad de la relación entre convenciones y consideraciones morales o normativas es, como es de suponer, controvertida. La incidencia o no de consideraciones morales respecto de la existencia y/o el contenido de las normas jurídicas ha dado lugar al debate entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente. Para una presentación de este debate puede verse HIMMA Kenneth Einar, *Derecho y moral. El debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Bogotá, Universidad Externado, 2011 y SCHIAVELLO Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert Hart*, Turín, Giappichelli, 2004, entre muchos otros.

<sup>17</sup> HART Herbert, *The Concept of Law*, op. cit., esp. cap. VII. Otra lectura posible de la tesis de Hart es afirmar que, para este autor, cuáles son las normas que las autoridades normativas nos quieren comunicar es algo que captamos, y que toda duda se dirime en un ejercicio interpretativo que descansa, en última instancia, en una decisión basada en un elemento extra-jurídico.

convenciones lingüísticas determinan casos claros de aplicación del significado, también poseen una zona de penumbra que, ciertamente, se refleja en que las normas, si bien tienen un núcleo claro de aplicación, también tienen una zona de penumbra. Y hay casos que caen en esa zona de penumbra; estos son los casos difíciles. En los casos difíciles el derecho no ofrece una respuesta concluyente, sino que ofrece más de una alternativa. Y la elección entre estas alternativas es discrecional.<sup>18</sup> ¿Qué quiere decir que es discrecional? Quiere decir que el derecho no provee de un criterio para inclinarse por una u otra alternativa. Para la elección entre una u otra alternativa aquí será necesario realizar una tarea interpretativa. Habrá que buscar entre las razones y propósitos subyacentes a las normas jurídicas y realizar un argumento que justifique la elección entre las diferentes alternativas posibles.

Es importante advertir que lo que Hart quiere marcar es que los propósitos y razones subyacentes de las normas en los casos difíciles no indican una única solución correcta. Los propósitos pueden constreñir y guiar la decisión, pero no proveen una única respuesta correcta. Se presenta un abismo inevitable, en donde quienes están encargados/as de decidir tienen que recurrir a un criterio extra-jurídico, para la opción entre alternativas igualmente válidas en términos jurídicos.<sup>19</sup> A Hart le importa distinguir entre “resolver discrecionalmente” y “resolver arbitrariamente”. Quienes deciden discrecionalmente tienen que rendir cuentas sobre las razones que justifican su decisión. Tienen que ofrecer una razón general para su decisión: su decisión no puede ser el resultado del puro antojo o deseo. Pero Hart no profundiza sobre la noción de racionalidad que tiene en mente. No establece con claridad cuáles serán consideradas razones válidas para justificar su decisión discrecional.<sup>20</sup>

Una dificultad adicional de estas tesis de Hart es que resultan demasiado estrechas respecto de la caracterización del núcleo claro de las normas jurídicas, ya que no parece ser el caso que en la práctica se considere agotado el derecho cuando se agota el significado lingüístico de los términos usados por las autoridades legislativas. Es por eso que, dentro del mismo cognitivismo moderado, se proponen adiciones al convencionalismo simple de Hart. Según esta crítica interna, el convencionalismo de Hart no daría cuenta de la complejidad de la actividad de dar con el contenido de las normas en el ámbito jurídico. Sostienen que en ese ámbito se usan convenciones interpretativas que no se limitan a las del lenguaje natural, sino que, por lo general, son más complejas y variadas.<sup>21</sup> Es decir, el significado literal u ordinario de un enunciado jurídico no agota el conjunto de convenciones que determinan el contenido del derecho. Además de las convenciones semánticas del lenguaje ordinario, existe un conjunto de convenciones interpretativas jurídicas que fijan el procedimiento a través del cual los intérpretes pueden atribuir significado a los textos jurídicos.

En este sentido, vale la pena recurrir a las herramientas que ofrece un teórico escéptico como Chiassoni para caracterizar estas convenciones o métodos interpretativos.

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid. Una lectura crítica de este vacío dejado por Hart, a partir de la publicación de su texto póstumo HART Herbert, “Discretion,” en *127 Harvard Law Review* 652, es posible encontrar en LACEY Nicola, “The Path not Taken. H. L. A. Hart’s Harvard Essay on Discretion” *127 Harvard Law Review* 636; SHAW Geoffrey, “H. L. A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *127 Harvard Law Review* 666.

<sup>21</sup> BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en NAVARRO, Pablo E. Y REDONDO, M. Cristina (eds.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 63-64.

Chiassoni afirma que un código interpretativo (o código hermenéutico) consiste en un conjunto de directivas hermenéuticas. Estas directivas están estructuradas, a su vez, en diferentes niveles, por lo que encontramos directivas primarias<sup>22</sup>, directivas secundarias<sup>23</sup> y directivas axiomáticas<sup>24</sup>. Cada código incluye así un conjunto de reglas que definen un cierto tipo de método interpretativo y establecen cómo usarlo. Estas reglas permiten evaluar, al menos de manera relativa, los resultados interpretativos. Es por ello que puede afirmarse que tales códigos son convenciones constitutivas.<sup>25</sup> Esto permite también dar cuenta del hecho que quienes interpretan, las cortes, en particular, al otorgar a un texto un determinado sentido, no lo hacen por lo general de manera aislada y sobre la base de métodos interpretativos de creación individual. Por el contrario, el hecho que un determinado método sea utilizado en la práctica jurídica, o específicamente en la práctica judicial, es una razón para usarlo. Ciertamente, cuál sea, de hecho, el contenido de cada código hermenéutico usado en una comunidad jurídica y qué tipos y niveles de directivas incluya, es una cuestión de hecho.

Volviendo al cognitivismo moderado, de acuerdo con la versión sofisticada del convencionalismo, los métodos interpretativos forman parte de las convenciones sobre la base de las cuales las cortes y diferentes operadores jurídicos asocian un significado a una disposición. Estas convenciones, acerca de cuáles son, y cómo usar, los procedimientos para obtener ciertos resultados interpretativos, amplían los estrechos límites del convencionalismo simple. De todas formas, también el convencionalismo sofisticado está comprometido con la tesis que, cuando se acaban las convenciones, en este caso, las convenciones interpretativas en conjunto y no únicamente las lingüísticas, se acaban los criterios para la determinación de cuáles asignaciones de significado son correctas y cuáles no, y, junto a ellos, se acaba el derecho.

## 2.2. El escepticismo moderado.

Al contrario de lo afirmado por el cognitivismo, el escéptico moderado sostiene que no es posible determinar la corrección de los enunciados interpretativos.<sup>26</sup> El fundamento principal de esta tesis escéptica es que los significados, que pueden en abstracto ser

---

<sup>22</sup> Las directivas primarias “son aquellas directivas que indican a los intérpretes recursos sobre la base de los cuales una disposición puede ser *traducida* en una o más normas explícitas” CHIASSONI Pierluigi, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007. Las citas son de la traducción al español de Maribel Narváez y Pau Luque, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág 90. Un ejemplo de directivas de este tipo es el conjunto de directivas que conforma la interpretación lingüística, dentro del cual podemos encontrar la que impone atribuir a una disposición el significado que resulta del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural en la que está formulada.

<sup>23</sup> Las directivas secundarias “regulan el uso de las directivas primarias y establecen los criterios para evaluar la corrección [...] de las interpretaciones [...] obtenidas sobre la base de éstas” CHIASSONI Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, pág. 111.

<sup>24</sup> Por último, las directivas axiomáticas constituyen “el conjunto (la base) de principios últimos -de axiomas- de un código hermenéutico, y consisten habitualmente en reglas finales, que prescriben qué objetivo (normalmente general) de política del derecho debe ser perseguido al interpretar las disposiciones”. (CHIASSONI Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, pág. 134). Véase también CHIASSONI Pierluigi, “Codici interpretativi: Progetto di voce per un *Vademecum* giuridico”, *Analisi e diritto*, 2002-2003, 2004, pág. 63.

<sup>25</sup> Sobre la noción de convención constitutiva puede verse MARMOR Andrei, *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

<sup>26</sup> GUASTINI Riccardo, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, 11, 2012, pág. 38

atribuidos a una disposición, son por lo general numerosos (o, al menos, más de uno). Siempre según el escéptico, este rasgo de los textos jurídicos no depende del carácter “objetivamente” equívoco del lenguaje, sino que proviene de otras fuentes tales como, sobre todo, la multiplicidad de métodos interpretativos, pero también de las distintas teorías dogmáticas y el sentimiento de justicia de quienes interpretan, i.e., sus preferencias éticas y políticas.<sup>27</sup> Como vimos en la sección anterior, el cognitivismo moderado, en su variante sofisticada no solo acepta, sino que postula la existencia de convenciones interpretativas más allá del significado ordinario de los términos. Bien, el escéptico moderado comparte esta tesis, pero agrega que los criterios de corrección establecidos por las convenciones interpretativas tienen límites, ya que no suele existir una convención última que desempeñe el papel de criterio último para elegir entre los diferentes métodos interpretativos. Esto es advertido incluso por Nino (que no es, ciertamente, un escéptico), cuando señala que en “Gedes Hnos.,” “Mórtola y Cía.,” “Piccardo” y “Bergamino” la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que la interpretación de la Constitución debe atenerse a su letra y a su tenor literal; sin embargo, en “Bressani” sostuvo que el valor mayor de la Constitución no está en su texto escrito sino en su obra práctica, realista, de conciliación de intereses que exige, para que se la siga cumpliendo, una interpretación flexible y elástica, a fin de adaptarla a nuevas ideas y circunstancias.<sup>28</sup>

Podría decirse que para el escéptico moderado la causa fundamental de la equívocidad de los textos es la mencionada en primer lugar: los métodos interpretativos. Ello en cuanto cada cultura jurídica pone a disposición de los juristas un abanico bastante amplio de procedimientos a partir de los cuales atribuir significado a textos jurídicos (tenor literal, intención del legislador, propósito de las normas, evolución histórica, coherencia sistemática, coherencia valorativa, etc.). Y, por lo general, dentro de ese conjunto de procedimientos siempre es posible encontrar al menos dos que permiten atribuir al mismo texto dos significados diferentes e incompatibles entre sí. Para el escéptico moderado, dado que cada texto normativo puede ser, y de hecho es, interpretado de numerosas maneras diversas, no tiene sentido decir que quien ha interpretado se ha equivocado en asociar al texto una norma (falsa), en lugar de otra norma (verdadera). Esto implica que no existen criterios (objetivos) que permitan predicar error respecto de los enunciados interpretativos y, por lo tanto, que toda afirmación de este tipo no es más que una expresión ideológica o resultado de asumir cierta actitud valorativa respecto de la interpretación en cuestión.

El siguiente ejemplo permite ilustrar lo que sostiene el escéptico moderado. El inciso 6 del artículo 163 del Código Penal argentino agrava la pena del hurto cuando “fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público”. Al menos dos veces la Cámara Nacional de Casación Penal tuvo que decidir en recursos interpuestos por condenados en primera instancia por robo agravado (167 inc. 4 en función del

---

<sup>27</sup> GUASTINI Riccardo, "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, 11, 2012, pág. 40. Cabe recordar que si bien Guastini toma la idea de marco de Kelsen (KELSEN HANS, *Reine Rechtslehre*, segunda edición, Franz Deuticke Verlag, 1960, capítulo 8), realiza una formulación más completa de esta tesis.

<sup>28</sup> NINO Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 105. Para un registro y crítica más reciente de los diferentes métodos interpretativos usados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, también se puede consultar el intercambio entre SAGÜES Néstor, "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", *JA* 2003-IV-1220 y GARGARELLA Roberto, "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina", en GARGARELLA R. (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 233-247.

mencionado art. 163 inc. 6 del Código Penal) en virtud de haberse apoderado de una bicicleta (satisfaciendo las demás condiciones típicas). En esos casos, el recurrente sostenía que el término “vehículo” incluido en ese inciso no comprende a las “bicicletas”. El 16 de febrero del año 2001, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo, en la causa “Vilchez”, que “la bicicleta, debe considerarse incluida en el concepto de vehículo del inc. 6 del art. 163 del C.P.”<sup>29</sup>. Unos años más tarde, el 20 de noviembre de 2012, la Sala II de la misma Cámara sostuvo, en la causa “Benítez”, que respecto del alcance del vocablo vehículo utilizado en la ley es menester “concluir en la exclusión de este medio del ámbito de la agravación punitiva”.<sup>30</sup> Se trata de dos decisiones consideradas válidas dentro del ordenamiento jurídico argentino y, sin embargo, cada una atribuye a una misma disposición normativa (término “vehículo” del inciso 6 del artículo 163 del Código Penal) dos significados completamente opuestos (uno que comprende y el otro que no comprende dentro de su ámbito de aplicación a las bicicletas), lo cual se traduce en dos normas diferentes.

Ejemplos como los anteriores muestran, sostendría el escéptico moderado, que los métodos interpretativos disponibles en la cultura jurídica argentina permiten a las cortes atribuir a una misma disposición normativa significados diferentes por lo que, en definitiva, cuál de esos significados sea asociado al texto normativo dependerá de una decisión de cada corte. En efecto, por un lado, la Sala III en “Vilchez” se apoyó, entre otros, en dos métodos o técnicas interpretativas centrales. Primero, en el método literal formal, es decir, basado en lo señalado por los diccionarios de la lengua:

(...) la palabra vehículo en su definición académica no hace referencia a bicicleta; ni en la explicación de bicicleta se menciona “vehículo” pero sí velocípedo, y en este vocablo el Diccionario de la Real Academia Española dice que es un vehículo (21a. edición, Madrid, 1992); en consecuencia, semánticamente la bicicleta es un vehículo y en este vocablo están comprendidas las bicicletas (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2001).

Segundo, en el método intencionalista, apoyado en las intenciones aplicativas (*i.e.*, acerca de alcance del término) del legislador histórico. Así, citando las actas del debate parlamentario se indica que el legislador Villarroel sostuvo que:

(...) con este proyecto se amplía la protección penal, no circunscribiéndola exclusivamente a los vehículos de cuatro ruedas o más. Vale decir a toda clase de vehículos. [...] desde el punto de vista de la política criminal que tanto vale o puede valer la propiedad de un automóvil como la de una bicicleta (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2001).

Por otro lado, la Sala II, en “Benítez”, se apoyó, a su vez, en dos técnicas o métodos interpretativos centrales, entre otros. Primero, también en el método literal; pero en este caso en un argumento literal más sofisticado apoyado en el uso (y conectado con un argumento valorativo acerca de la incidencia de la indeterminación). Sobre la base de este método se afirma que “bicicleta” no es un caso paradigmático de “vehículo”, *i.e.* una bicicleta no es el primer ejemplo que se le viene a la mente a un usuario competente del lenguaje cuando piensa en el significado de la palabra “vehículo”. Así como “usar como medio de pago” no es el significado que se le viene en mente a un usuario competente del

---

<sup>29</sup> Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa n° 2884 “Vilchez, Carlos Abelardo s/ recurso de casación”, sentencia del 16 de febrero de 2001.

<sup>30</sup> Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa n° 15.268 “Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación”, sentencia del 20 de noviembre del año 2012.

lenguaje cuando piensa en el significado de “usar arma de fuego”.<sup>31</sup> Sobre esta base, y a partir de la consideración de que el derecho penal debe ser de aplicación restrictiva, se sostiene que no debería aplicarse a aquellos casos que no constituyen el significado paradigmático de los términos usados en el texto legal. El segundo método usado por la Sala II en “Benítez” es también el del legislador histórico, pero en este caso basado en la intención como finalidad (*i.e.*, aquello que el legislador pretendía lograr con la modificación legislativa) y se señala que “en efecto, de la lectura del debate parlamentario se puede colegir —sin mayor esfuerzo— que evidentemente la expresión ‘vehículo’ se refiere, sin lugar a dudas, a los automóviles”.

En definitiva, cada Sala, recurriendo a métodos interpretativos disponibles en la cultura jurídica argentina, interpreta de manera diferente una misma disposición y ambas interpretaciones son igualmente aceptadas dentro de esa cultura. Esto no es más que un ejemplo, sostiene el escéptico moderado, de la indeterminación del ordenamiento jurídico; en el sentido de que no sabemos qué normas pertenecen al ordenamiento (“obligatorio castigar de manera agravada el hurto/robo de bicicletas” o “prohibido castigar de manera agravada el hurto/robo de bicicletas”) hasta que una corte haya interpretado la disposición normativa y resuelto así la equívocidad producida por la variedad de métodos interpretativos disponibles. De ello se sigue que no es posible sostener que existe entre jueces y juezas una convención de interpretar “vehículo” de un modo o el otro, o, puesto en otros términos, de interpretar la disposición del Código Penal de un modo u otro. No hay convención porque no hay regularidad, ya que las interpretaciones son dispares. Y, concluye el escéptico como crítica al cognitivismo, dado que no hay convención, tampoco hay criterios de corrección.

Nuestra intención aquí no es resolver la controversia entre cognitivismo y escepticismo. Como decíamos en la introducción pretendemos únicamente presentar ambas posiciones, con la finalidad de introducir herramientas analíticas para abordar la práctica de interpretación del derecho y, además, mostrar la centralidad que de todos modos tienen los métodos o convenciones interpretativas dentro de esa práctica.

### 3. El singular desafío de la interpretación de cláusulas abstractas

Luego de referirnos a la controversia más general entre cognitivismo y escepticismo, quisiéramos en las secciones restantes abordar un punto más específico. Esto nos permitirá, además, presentar otro perfil de esa controversia. Dada la variedad de tipos de textos incluidos en las fuentes de derecho, las estructuras argumentativas también son de distinto tipo. En el ámbito de la interpretación constitucional eso se debe, entre otras cosas, a la existencia de diferentes tipos de disposiciones o cláusulas constitucionales. Así, las Constituciones que integran nuestros sistemas jurídicos contemporáneos incorporan ciertamente cláusulas concretas como, por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución Nacional (“Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”). Frente a cláusulas de este

---

<sup>31</sup> Si bien el juez hizo referencia a la distinción hartiana entre casos claros y casos de penumbra, es usual hacer referencia al argumento del juez Antonin Scalia desarrollado en “United States Supreme Court, *Smith v. United States* (1993)” cuando se analizan argumentos de este tipo, por haber sido, a su vez, un teórico de derecho líder en la defensa de la tesis que sostiene que para la atribución de significado a los textos normativos jurídicos hay que recurrir a su significado público razonable (*fair*); cfr. SCALIA Antonin, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, en *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997, pp. 3- 47.

tipo encontramos, en gran medida, cláusulas que consagran fórmulas abstractas, compatibles con diferentes contenidos, y esto ha dado lugar a un nutrido debate sobre el modo de argumentar en estos casos.<sup>32</sup> La determinación del contenido de las cláusulas abstractas típicamente desata desacuerdos razonables. Y la cuestión, entre quienes entienden que en estos casos también se trata de conocer (y no de crear) la respuesta que da el derecho, es si alcanza con un argumento empírico o si, en cambio, es necesario involucrarse en un argumento normativo. Para repasar las principales propuestas acerca de cómo esta controversia se refleja en la interpretación de las cláusulas abstractas, desarrollaremos en la próxima sección los puntos principales de las teorías avanzadas por algunos teóricos líderes en la temática, tales como Scalia, Dworkin y Alexy. Todo ello con la finalidad de identificar los puntos salientes de la discusión y advertir la singularidad de la interpretación jurídica en estos casos. Como un intento por sortear los problemas que se plantean a estas teorías, continuaremos luego, en el apartado sucesivo, con un esbozo de las reflexiones aportadas por Sunstein y representantes del constitucionalismo dialógico.

### 3.1. El argumento empírico: la propuesta de Scalia

Autores como Scalia entienden que en la atribución de significado a cláusulas abstractas sigue siendo necesario, y suficiente, un argumento empírico.<sup>33</sup> Según este autor, el significado que importa es aquel que está determinado por el significado público que los términos utilizados por el constituyente tenían en el momento que se pronunció. Ello en cuanto el texto aprobado es lo único con lo que objetivamente contamos. Pero critica tanto a quienes recurren a la intención del autor del texto cuanto a quienes proponen adaptar el significado de los textos a las circunstancias de su aplicación actual. Recurrir a la intención del autor del texto nos conduce a una empresa infructuosa, ya que no existe tal cosa como “la” intención de un legislador colectivo. Ajustar el significado del texto a las circunstancias actuales implicaría desconocer a quienes han sido sus autores. Las cortes deben leer las palabras de los textos normativos, aún las contenidas en cláusulas abstractas, como lo habría hecho cualquier miembro de la asamblea constituyente en el momento de la promulgación.<sup>34</sup> Este es el único modo de ser gobernados por el derecho, y no por el arbitrio de las cortes, ya que conocer ese significado es una cuestión objetiva.

Sin embargo, Scalia introduce una idea que podría resultar intuitivamente incompatible con lo que, a primera vista, parecería una posición cercana al textualismo. Sostiene que el método interpretativo que propone para identificar el significado de los textos no es el del tenor literal, sino que hay que atribuir el significado “razonable”, de acuerdo con el contexto de promulgación.<sup>35</sup> Para ello hay que recurrir a todos los materiales que permitan reconstruir ese significado razonable ya que son los que, cabe asumir, han debido tener

---

<sup>32</sup> Para una formulación de esta distinción entre diferentes tipos de cláusulas puede verse DWORKIN Ronald, “The Moral Reading and the Majoritarian Premise” en *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, pp. 1-59 (Hay traducción al español: “La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria,” en *Derecho, libertades y jueces*, UNAM, 2015, pp. 227-275).

<sup>33</sup> SCALIA Antonin, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws,” en *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997, pp. 3- 47. La aclaración de “suficiente” es necesaria pues las teorías rivales no niegan que una investigación empírica sea parte indispensable de la tarea consistente en identificar el contenido de cláusulas abstractas. Afirman, en cambio, que ello no basta puesto que el fundamento es en última instancia normativo.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

en cuenta quienes se pronunciaron en su momento. Los materiales en cuestión son todos aquellos que hagan posible reconstruir el punto de vista de las personas inteligentes, informadas, cercanas al proceso legislativo de ese tiempo.<sup>36</sup> El problema con esta propuesta es que la idea de lo que era razonable en el contexto de promulgación puede ser controvertida, tal como lo es en el contexto de su aplicación, y dirimir la cuestión parece exceder los alcances de una investigación estrictamente empírica. Ello abre la cuestión referida a cómo saldar esa controversia. Así como ahora desacordamos razonablemente en aquello que está garantizado con el derecho a la vida o a la libre disposición de nuestro cuerpo, del mismo modo pudo haber desacuerdo al momento de la promulgación de las disposiciones normativas en cuestión<sup>37</sup>. Es a partir de este punto crítico que autores como Dworkin y Alexy entran en la discusión, con la tesis común que dice que en la determinación del contenido de las cláusulas abstractas es necesaria la articulación de un argumento normativo.<sup>38</sup>

### 3.2. El argumento normativo I: la propuesta de Dworkin.

Para visualizar la idea que está tras la tesis de un autor como Dworkin, veamos un ejemplo. El artículo 19 de la Constitución Nacional establece que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Este artículo es considerado por numerosos intérpretes como expresión del principio de autonomía personal, a pesar que el texto constitucional no emplea esas palabras. Ello ha dado lugar a una encendida controversia acerca de cómo concebir las exigencias de esta cláusula constitucional abstracta.<sup>39</sup> En general, puede decirse que las distintas interpretaciones del artículo 19 se han esforzado, sobre todo, por elucidar el significado de la expresión “acciones privadas”.<sup>40</sup> Para Dworkin, en cambio, la tarea de determinar cuál es el contenido de esa cláusula constitucional, y del principio que ella expresa, no consiste en una empresa meramente descriptiva de significados, sino que exige asumir una tarea constructiva.<sup>41</sup>

Como primer paso hay que identificar el conjunto de textos y decisiones autoritativas dadas en el pasado y, luego, hay que leerlas a la luz de la teoría moral que muestra ese material bajo su mejor luz. Esta última exigencia se satisface cuando se logra ofrecer un argumento moral que muestra al conjunto de ese material como instanciando un conjunto coherente de valores o principios político-morales. Aquello que arroje la interpretación

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Una versión más estricta del textualismo que persigue evitar estas objeciones es la defendida por Lawrence Solum. Véase SOLUM Lawrence B., “The Fixation Thesis: The Original Meaning of the Constitutional Text”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 91, 2015.

<sup>38</sup> ALEXY Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1979; DWORKIN Ronald, *Law’s Empire*, op. cit.

<sup>39</sup> Para un panorama reciente de esta controversia pueden verse los textos reunidos en GARGARELLA Roberto, ALVAREZ MEDINA Silvina y IOSA Juan, *Acciones privadas y constitución*, Rubinzal Culzoni, 2021.

<sup>40</sup> La propuesta quizás más conocida es la avanzada por Carlos Nino. Este autor sostiene que esa expresión, junto a las demás contenidas en el primer párrafo del artículo, a saber, “[acciones] que de ningún modo atenten contra el orden y la moral pública” y “[acciones] que no perjudiquen a terceros”, refieren al mismo conjunto de acciones. Por lo que, sostiene Nino, las tres expresiones significan lo mismo. NINO Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

<sup>41</sup> DWORKIN Ronald, *Law’s Empire*, op. cit.

que ponga bajo su mejor luz a esa práctica jurídica, en eso consiste aquello que el derecho ordena. Por lo tanto, hay respuestas jurídicamente correctas y para determinar su corrección o incorrección hay que articular, entonces, un argumento normativo. De esto también se sigue, siempre según Dworkin, que los desacuerdos sobre aquello que esos principios ordenan no son desacuerdos sobre quién identifica mejor un hecho (el contenido de una decisión) que ocurrió en el pasado, sino desacuerdos genuinamente normativos acerca de cuál es el mejor argumento político-moral. Ello quiere decir que el estándar de corrección no está constituido por hechos empíricos complejos (prácticas sociales), sino por argumentos normativos acerca de cuáles son los valores o principios instanciados por esas decisiones políticas pasadas y que permiten tomar una decisión acerca de cuáles son los deberes jurídicos en el caso actual. Que se trate de una cuestión normativa ciertamente no implica que no haya una respuesta correcta a esa disputa. Todo lo contrario, esta respuesta existe a pesar de que a veces podamos tener dificultades para encontrarla. Se trata simplemente de mejorar nuestros argumentos morales para identificarla.

En la elaboración del argumento moral, Dworkin sostiene que hay que construir una interpretación orientada por el valor “integridad”, esto es: coherente, principista y persuasiva, lo que implica ir más allá del texto.<sup>42</sup> Pero Dworkin no habla de dar con el mejor sentido imaginable. Hay que buscar el mejor sentido que se ajuste con la práctica. Por ejemplo, si le preguntaran qué significa la cláusula abstracta “igual protección de las leyes”, incluida en la enmienda catorce de la Constitución estadounidense, Dworkin como teórico diría que, entre otras cosas, exige que todas las personas tengan una vivienda digna y cobertura universal de salud. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos no debería entender a la cláusula constitucional norteamericana de ese modo, eso sería un error jurídico, porque, tal como ha evolucionado la práctica constitucional de ese país hasta el momento, no habría margen para elaborar un argumento normativo que muestre que las decisiones políticas pasadas instancian el principio de igualdad así concebido. Del mismo modo, hay decisiones que sí es posible decir que son jurídicamente inconsistentes con el derecho norteamericano. Por ejemplo, si a la luz de la cláusula constitucional de “igual protección de las leyes” en la práctica se han tomado decisiones que garantizan a las personas de diferentes razas su voto en las elecciones, no se entiende cómo, bajo esa misma cláusula constitucional pueda ser justificado mantener la segregación por razas en las escuelas: ambas decisiones no pueden ser justificadas por ella.

De todos modos, aún cabría preguntar si el método que Dworkin propone para la determinación del contenido de cláusulas constitucionales abstractas permite tener control sobre la actividad interpretativa que desarrollan operadores jurídicos en general, y las cortes en particular, o si, en cambio no ofrece herramientas para su monitoreo. A tales fines podríamos explorar una teoría como la de Alexy, que comparte con la de Dworkin, como dijimos, algunos presupuestos teóricos básicos, pero que aspira a ofrecer herramientas alternativas para la estructuración y control de estos argumentos normativos.

### 3.3. El argumento normativo II: la propuesta de Alexy.

Alexy coincide con Dworkin en que la tarea de determinar el contenido de las cláusulas constitucionales abstractas es el resultado de un argumento normativo. Pero difiere con Dworkin en su manera de entender la naturaleza de este argumento normativo. Para Alexy

---

<sup>42</sup> Ibid.

este argumento normativo tiene que satisfacer un test de ponderación estructurado, el cual ofrece herramientas para controlar a quienes busquen determinar el contenido de estas cláusulas abstractas en casos concretos.<sup>43</sup> El test de ponderación que propone Alexy está guiado por la proporcionalidad en la afectación de los principios en pugna, plasmados en las cláusulas constitucionales abstractas. En la ponderación operan tres subprincipios: (a) adecuación (que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido), (b) necesidad (que no exista otro sacrificio que sea menos lesivo para preservar el derecho o bien constitucionalmente requerido), (c) proporcionalidad en sentido estricto (que se afecte el ejercicio del derecho en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio de otro derecho).<sup>44</sup>

La afectación y satisfacción de los principios no es a todo o nada, sino gradual.<sup>45</sup> Para Alexy los principios han de ser entendidos como mandatos de optimización; esto es: tienen que ser realizados en su mayor medida posible. Y la determinación de su grado de afectación y satisfacción, canalizados a través del test de proporcionalidad, permitirá concluir en una fórmula cuasi-matemática, que determinará la norma que deberá ser tomada para la resolución del caso.<sup>46</sup> También se ha discutido que el test propuesto por Alexy pueda realizar la racionalidad a la que aspira.<sup>47</sup> Según la crítica, la determinación del grado de afectación de los principios en conflicto son operaciones que están inevitablemente permeadas por valoraciones, no son operaciones neutrales. Y ello hace que el test de proporcionalidad alexyano sea en gran medida inútil en el monitoreo “racional” de la determinación del contenido de las cláusulas abstractas.

Los límites que plantean los test para la determinación del contenido objetivo de las cláusulas abstractas reinstalan la pregunta de si en realidad quienes adscriben a ellos no lo hacen en base a asumir una objetividad jurídica inexistente. La duda apunta a si no sería más clarificador y fructífero asumir los límites del derecho, y el rol creador de las cortes en la adjudicación, al menos en algunos casos.<sup>48</sup> Si esto último es el caso, todavía quedaría por analizar cómo deberían las cortes afrontar esa tarea y cuáles serían sus límites. En la próxima sección analizamos propuestas al respecto.

#### 4. La creación de derecho y el rol de las cortes

##### 4.1. El minimalismo

Hay autores que aun cuando entienden que es deseable que haya espacio para la creación judicial del derecho, mantienen que esta tarea creativa tiene que ser ejercida con modestia

---

<sup>43</sup> ALEXY Robert, “Die Konstruktion der Grundrechte”, en L. CLÉRICO Laura Y SIECKMANN Jan (eds.) *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden Baden, 2009; ALEXY Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, *Ratio Juris*, Vo.16, Num. 2, pp. 131-140.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Se puede consultar, entre tantos otros, el trabajo de BERNAL PULIDO CARLOS, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, Vol. 23, pp. 225-238.

<sup>48</sup> En este sentido, los/as diferentes autores/as que adscriben a alguna versión de cognoscitividad y escepticismo moderado, al que referimos supra.

y cautela. Sunstein, por ejemplo, aboga por una restricción en la tarea judicial.<sup>49</sup> Si el derecho presenta límites y se debe desarrollar una tarea creativa, las decisiones judiciales deben ser estrechas, no amplias (referidas al caso en cuestión, sin involucrarse en temas de mayor alcance) y superficiales, no profundas (evitar cuestiones vinculadas con valores o principios básicos). Una decisión alcanzada de este modo es lo que Sunstein denomina un acuerdo teorizado de manera incompleta. Lo que le interesa a Sunstein tiene que ver con la posibilidad de llegar a resultados concretos sin el respaldo de teorías abstractas - como la de Dworkin, por caso- sino a partir de un razonamiento no ambicioso, sobre el cual puedan converger distintas personas, aun cuando defiendan fundamentaciones diversas, o aun cuando se encuentren frente a una situación de incerteza respecto de los fundamentos más apropiados. Es decir, no es necesario acordar sobre fundamentaciones profundas o resolver todas las incertezas para poder acordar en la solución de un caso particular. Volviendo a la cuestión que nos interesa aquí, ello quiere decir que las cortes pueden así converger en torno a cómo resolver un determinado caso que involucra la defensa del valor de la autonomía, aún cuando no estén completamente de acuerdo acerca del contenido de la cláusula abstracta que lo expresa.<sup>50</sup>

Sunstein está a favor de que las decisiones judiciales dejen cosas sin decidir, abiertas para el futuro. Un modo de promover este modo de decidir es apoyar las decisiones en argumentos por analogía, y no en grandes principios.<sup>51</sup> Su idea es que facciones opuestas pueden resolver el caso en el cual ocasionalmente se ven enfrentadas, a partir de otros casos en los que sí están de acuerdo, y sin la necesidad de acordar en principios más básicos. Se opone a los pronunciamientos amplios y ambiciosos: los desarrollos judiciales deben ser pequeños e incrementales. Desde su punto de vista, las cortes deben ejercer sus virtudes pasivas: deben dejar cosas sin decidir. Deben ser humildes respecto de sus propias capacidades para resolver controversias morales complejas, y avanzar con conciencia de su racionalidad limitada.<sup>52</sup>

#### 4.2. La justicia dialógica

Hay otra línea teórica, que es posible adscribir a lo que se ha denominado como “justicia dialógica”, que entiende que para dirimir los inevitables desacuerdos sobre el contenido de estas cláusulas abstractas (y no tan sólo ellas) hay que diseñar instituciones que den cabida a que la ciudadanía y, en particular, quienes se encuentran especialmente afectados por las disposiciones, puedan expresar su parecer.<sup>53</sup> Se parte de asumir la existencia de divergencias interpretativas irresolubles (desacuerdos interpretativos genuinos), y se concluye que la única vía de solución es el diseño de instituciones más igualitarias para decidir el contenido de las disposiciones bajo interpretación. La cuestión central deja de ser con qué métodos interpretativos contamos o cuál es el método interpretativo correcto o el mejor método interpretativo, para pasar a ser qué instituciones tenemos que darnos para la determinación más igualitaria posible de cuáles son nuestros derechos y deberes

---

<sup>49</sup> SUNSTEIN Cass, “Incompletely Theorized Agreement in Constitutional Law”, *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper N 147/2007*.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> A.A.V.V., *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, GARGARELLA Roberto (comp.), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

jurídicos. En esta línea, se insta a las cortes a ponerse al servicio del debate público, dando lugar a la justicia dialógica.

Como podrá ser advertido, uno de los desafíos que la propuesta de la justicia dialógica enfrenta es cómo dar cuenta de la intuición sobre la objetividad del derecho, y de las cláusulas constitucionales abstractas, en particular. Es decir, si la solución de los desacuerdos depende del diseño de ciertas instituciones y su funcionamiento, entonces, el contenido del derecho (y de las cláusulas constitucionales) no está determinado hasta que el proceso institucional igualitario se lleve a cabo, algo que resulta, al menos en principio, incompatible con las funciones de garantía asignadas al derecho, y muy especialmente a la Constitución.

## 5. Palabras finales

La tarea de determinar las premisas normativas que constituyen el fundamento de nuestros argumentos jurídicos tiene una importancia sin discusión. De ella depende cuáles serán nuestros derechos y deberes jurídicos. La interpretación jurídica juega un rol central en tal tarea. El recorrido que hemos propuesto exhibe las tensiones principales que ella impone enfrentar y los compromisos que requiere asumir. Muchos de ellos en la práctica de los/as operadores/as jurídicos/as, las cortes incluidas, pasan desapercibidos. Las diferentes herramientas interpretativas se perciben como un menú del cual proveerse, en la determinación de las premisas normativas, sin mayor fundamento, explícito o tácito. Entendemos que advertir la relevancia de estos fundamentos es central en la construcción de una mejor práctica jurídica, típicamente entendida como un foro para el intercambio de razones en la determinación de eso que debemos jurídicamente hacer. Además, una mayor precisión en las exigencias y en los modos de formular tales fundamentos ofrece un marco de estabilidad y previsibilidad a las decisiones judiciales.