

LOS DERECHOS IUS-FUNDAMENTALES COMO ALTERNATIVA A LA VIOLENCIA: ENTRE UNA TEORÍA LINGÜÍSTICA OBJETIVA Y UNA TEORÍA OBJETIVA DE LA JUSTICIA

[CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AS AN ALTERNATIVE TO VIOLENCE: BETWEEN AN OBJECTIVE LINGÜISTIC THEORY AND AN OBJECTIVE THEORY OF JUSTICE]

Pilar ZAMBRANO*

Sumario: 1. Introducción: La abstracción del lenguaje ius-fundamental y la creatividad interpretativa, 2. A La unidad intencional de la norma como acto del habla corresponde la unidad de sentido en la interpretación, 3. Las dificultades en la determinación de la intención pragmática del Derecho, 4. Los límites de la creatividad en la justificación: el reconocimiento del objeto y la exigencia de coherencia o encaje, 5. Desde una semántica objetiva hacia una teoría de la justicia objetiva: El Derecho como alternativa a la violencia, 6. Conclusión.

Contents: 1. Introduction: The abstract character of constitutional language as a cause for creativity in Interpretation, 2. The unity in intention and the unity in interpretation, 3. The difficulty of the determination of the pragmatic intention in Law, 4. The recognition of the object and the exigency of coherence as limits for the creative dimension of interpretation, 5. From an objective semantics to an objective theory of Justice: Law as an alternative to violence, 6. Conclusions.

1. INTRODUCCIÓN: LA ABSTRACCIÓN DEL LENGUAJE IUS-FUNDAMENTAL Y LA CREATIVIDAD INTERPRETATIVA

Cómo señaló Hart con mucha lucidez, la referencia de los conceptos se proyecta desde los casos “centrales” o claros, hacia los casos más oscuros que constituyen lo que denomina “zona de penumbra”¹. La proscripción de la esclavitud podría entenderse como un caso claro de referencia para el principio ius-fundamental básico de respeto a la dignidad de las personas. La proscripción de la comercialización de estupefacientes parece en cambio un caso un poco más oscuro de referencia de este mismo principio. Y

* La autora agradece a Luis Zambrano y a Juan Cianciardo por sus valiosos aportes a una primera versión del trabajo que ahora se publica.

1. HART, H.L., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2ª ed., pp. 127 ss.

la proscripción de la tenencia para uso personal parece un caso todavía más oscuro, o si se quiere, discutible.

El margen o espacio de la creatividad en la interpretación jurídica, según esto, es directamente proporcional al margen de penumbra de los conceptos y de los enunciados normativos. Cuanto mayor sea la amplitud de la “zona de penumbra”, mayor el espacio para la creatividad interpretativa; y cuanto menor sea el margen de penumbra —y más amplio el espacio de casos centrales—, menor el espacio para la creatividad interpretativa. Y dado que en definitiva se trata de comprender el sentido de una expresión lingüística y de una práctica que en su totalidad opera con la intermediación del lenguaje, la relevancia respectiva del “caso central” y de la “zona de penumbra” de los enunciados normativos depende de la mayor o menor abstracción del lenguaje en que está expresada la norma que se intenta interpretar.

Dejando a un lado los casos de deficiencia en el uso de la técnica legislativa, la utilización de un lenguaje altamente abstracto es funcional a normas que se pretenden perdurables en el tiempo, y generales en su campo de aplicación. Los principios constitucionales que reconocen derechos fundamentales —o que en casos como el español reconocen también valores— constituyen quizá la mejor expresión de lo señalado. La enmienda XIV de la Constitución norteamericana establece que “ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su propiedad o su libertad sin el debido proceso legal, ni negará a persona alguna en su jurisdicción de la igual protección de la leyes”. No aclara la cláusula qué es el “debido proceso legal”, ni qué concretos ejercicios de la libertad quedan resguardados contra la injerencia de los Estados, o qué tratos podrían considerarse violatorios de “la igual protección de las leyes”. Ninguno de estos silencios puede, sin embargo, considerarse una “falla” de técnica legislativa, sino más bien lo contrario: una muestra de buena técnica legislativa, apropiada al documento en que se inserta la norma. La elevada abstracción del lenguaje utilizado en la norma es lo que ha permitido que la enmienda XIV sirviera desde 1868 en que fue sancionada, hasta nuestros días, como guía de solución para problemáticas tan distintas entre sí y tan distantes en el tiempo, como la constitucionalidad de las restricciones estatales al libre comercio y a las más variadas dimensiones de la privacidad².

2. Cfr. sobre las diversas interpretaciones y aplicaciones de la enmienda XIV en el tiempo CORWIN, E.S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, LEAL, A. (trad.),

De modo que la típica abstracción del lenguaje en que se expresan las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales da cuenta de la mayor amplitud del margen de creatividad en su interpretación, en relación con otras áreas del Derecho, donde la buena técnica legislativa requiere un cuidado por el detalle en la descripción de la situación de hecho regulada y de sus consecuencias jurídicas. La mayor abstracción del lenguaje y el mayor espacio para la creatividad interpretativa obedecen a la vocación de perdurabilidad y de generalidad característica de las normas constitucionales. La vocación de perdurabilidad y generalidad se entienden, por último, a la luz del objeto propio del Derecho ius-fundamental, que no es otra cosa que los fines últimos de la práctica social que denominamos “Derecho”.

La abstracción del lenguaje constitucional y la correlativa amplitud del margen de creatividad interpretativa posibilita, pues, que la autoridad interpretativa —el juez— participe de una construcción continuada de los principios de justicia fundamentales que expresan normativamente aquellos modos y bienes básicos de la organización política³.

El sentido de justicia o, si se quiere, de lo razonable que guía esta construcción se plasma en cada una de las interpretaciones y aplicaciones de las normas jurídicas ius-fundamentales. En la interpretación y aplicación de principios como el de libertad de expresión se actualiza una concepción de la publicidad de los actos de gobierno en un sistema democrático y también, por tanto, una concepción de la democracia. En la interpretación y aplicación de las reglas constitucionales que reparten competencias legislativas, se actualiza una determinada concepción del sistema republicano de gobierno. Seguridad jurídica, publicidad de los actos de gobierno, democracia y república, son presupuestos o puntos de partida de los debates

Editorial Fraterna, 1987, Buenos Aires, p. 590 y ss. Más recientemente, y en español, puede consultarse BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, TI, pp. 312 y ss.

3. Más allá de las discusiones en torno cuáles son los rasgos definitorios del llamado “neoconstitucionalismo”, es incuestionable que una de sus preocupaciones centrales, como movimiento teórico, es el estudio de las consecuencias que posee la abstracción del lenguaje constitucional en la interpretación no sólo del texto constitucional, sino también del resto del ordenamiento jurídico sobre el cual se proyecta el poder normativo de la Constitución. Cfr. en este sentido, PRIETO SANCHIS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 111-114, 117 y ss.; CRUZ, L.M., *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, p. 1; del mismo autor, Estudios sobre el Neoconstitucionalismo, Porrúa, México, 2006, *passim*; y “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”, *Archiv fur rechts-und sozialphilosophie*, 106 (2007), pp. 22-33.

políticos y jurídicos en un Estado de Derecho y, por lo mismo, los modos y bienes básicos de la organización política.

Los debates en el ámbito constitucional norteamericano acerca de la interpretación constitucional han girado de modo prioritario en la determinación del modo en que los jueces deberían participar en la determinación colectiva e institucional de la referencia de cada uno de estos modos y bienes básicos de organización política. ¿Deben hacerlo procurando la mayor fidelidad posible a las intenciones pragmáticas concretas de los redactores de la Constitución? ¿O acaso la utilización de un lenguaje abstracto manifiesta la intención de estos mismos constituyentes, de que los intérpretes se independicen de sus intenciones pragmáticas concretas? Cualquiera sea la posición que se asuma en este debate, la respuesta no debe buscarse de modo único en la letra de la Constitución, sino en una pre-concepción del intérprete acerca del sentido del principio republicano de división de poderes y del principio de mayorías, entre otros⁴.

En el trasfondo de estas discusiones subyace, pues, una cuestión más básica o abstracta de cuya respuesta pende la utilidad de las primeras. A saber, ¿puede el texto constitucional o ius-fundamental significar y referir de modo estable, limitando los pre-conceptos desde los cuales el intérprete determina el sentido de la norma constitucional? ¿Los casos centrales de los conceptos constitucionales son siempre los mismos? ¿O acaso las normas ius-fundamentales son, tomando la metáfora de Waluchow, un árbol vivo que puede crecer hasta cambiar de especie?⁵ ¿Puede el concepto de libertad utilizado en la enmienda XIV de la Constitución Norteamericana significar cosas opuestas, y ser referida a casos opuestos, en momentos

4. La principal dificultad que desvela al constitucionalismo norteamericano es el argumento de la llamada "premisa contra-mayoritaria", esbozada por Alexander Bickel en BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, Bobbs Merrill Company Inc., 1962, pp. 16 y ss., según la cual el poder de los jueces norteamericanos de declarar la inconstitucionalidad de las normas, o el judicial review, sería antidemocrático, además de no tener asiento en el texto de la constitución. Para salvar esta dificultad se han planteado soluciones políticas, como la supresión del judicial review, y soluciones interpretativas, como el orginalismo y el textualismo. Sobre ambos planteos pueden consultarse, además de las referencias de nota 8, entre muchos otros, LIPKIN, R.J., "The New Majoritarianism", *University of Cincinnati Law Review*, 69 (2000), p. 107, discutiendo la propuesta renovadora de Mark Tushnet en, TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999; y BENETT, R.W., "Counter-Conversationalism and the Sense of Difficulty", *Northwestern University Law Review*, 95 (2001), p. 841.

5. Cfr. WALUCHOW, W., "Constitutions as Living Trees: An Idiot's Defense", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 18 (2005), p. 207.

históricos diversos? ¿Podría alguna vez interpretarse correctamente que la esclavitud es un modo de libertad? No preguntamos si de hecho los jueces pueden hacerle decir cosas opuestas a la Constitución, pues la respuesta a esta pregunta es obvia. La pregunta es si hay algo en la esencia del Derecho que determine que el lenguaje jurídico constitucional tenga un núcleo duro de significación.

En las páginas que siguen se intentará responder a estos interrogantes, a partir de un estudio de las características propias de la interpretación como actividad comprensiva; y de las características propias de la interpretación jurídica, como dimensión de una práctica social que se propone ser una alternativa a la violencia. En los apartados 2) y 3) se pretende mostrar el carácter ineludible del llamado método “teleológico-sistemático” en la interpretación jurídica, a partir de la consideración de toda norma jurídica como un caso especial de “acto del habla”. Se repara en este primer nivel en la vinculación entre la dimensión teleológico-sistemática o justificativa de la interpretación, y el carácter ineludible de la creatividad en la interpretación jurídica. En el apartado 4) se aborda el intento de Ronald Dworkin de poner un coto a la creatividad interpretativa, y se advierte en el carácter circular de su propuesta. En los dos últimos párrafos se propone la tesis de que, aunque toda interpretación jurídica es circular, no es necesariamente tautológica. No lo es si se parte de una teoría lingüística objetiva y se tiende a una teoría objetiva de la justicia, como perspectivas para la determinación del sentido del texto. La opción por la objetividad en la teoría lingüística y en la teoría de la justicia como perspectivas de interpretación se propone por último, no solamente como un recurso teórico para sortear la tautología, sino también como la condición de que el Derecho sea una alternativa a la violencia como modo de coordinación social de las conductas.

2. A LA UNIDAD INTENCIONAL DE LA NORMA COMO ACTO DEL HABLA CORRESPONDE LA UNIDAD DE SENTIDO EN LA INTERPRETACIÓN

En la medida en que la producción de una norma —la sanción de una ley o el dictado de un recedente— forma parte de una práctica hablada u oral puede ser descrita como un acto del habla que, como todo acto del habla, sintetiza por lo menos tres intenciones. En primer lugar, la intención de producir un cambio en el mundo físico: producir un sonido y/o un grafismo. En segundo lugar, la intención lingüística de nombrar un concepto

y, mediante éste, referirse a algo con el sonido y/o el grafismo introducidos en el mundo físico. Finalmente, la intención pragmática de hacer algo con lo que se dice: mandar, pedir, informar, etc.⁶

Mover la boca y emitir sonidos no constituye un acto del habla mientras no se asocie a la intención lingüística de nombrar algo. Por esta razón, el parloteo de una cotorra o de un loro no es propiamente lenguaje, aún cuando emita los mismos sonidos que en el lenguaje humano se asocian con un concepto o con una proposición. Y no es lenguaje precisamente porque falta la intención de sentido en el animal que emite tales sonidos. Si no quiere reducirse el Derecho a un juego de sonidos o de grafismos sin sentido, deberá aceptarse que no hay norma si no hay intención de significar y referir en quienes pronuncian los sonidos o grafican los signos correspondientes a los enunciados normativos; y si no hay intención de determinar significado y referencia de los signos normativos, por parte de quienes interpretan su contenido.

Desde el punto de vista de las intenciones estructurales de un acto del habla, podría afirmarse, pues, que toda interpretación de una norma jurídica —legal o jurisprudencial— procura responder a la pregunta por la intención lingüística de la autoridad: ¿qué quiso nombrar la autoridad —significar y referir— cuando utilizó estas palabras? La pregunta que se impone en este punto es si, además de lo que tradicionalmente se ha denominado método literal —tendente a determinar cuál es la intención lingüística de la autoridad—, toda interpretación jurídica actualiza el método teleológico, tendente a responder a la pregunta por las intenciones pragmáticas de la autoridad.

Aunque analíticamente puedan distinguirse en cada acto del habla (1) la intención de producir un cambio físico en el mundo; (2) la intención lingüística de nombrar algo; y (3) la intención pragmática de hacer algo con lo que se dice, desde el punto de vista existencial se trata de un acto in-

6. La distinción entre estos tres niveles intencionales está tomada de MOORE, M., "A Natural Law Theory of Interpretation", *S. Cal. Law Review*, 58 (1985), p. 339. Se trata, sin embargo, de una distinción que ha devenido clásica en el análisis del lenguaje, a partir de la teoría Austin de los actos del habla realizativos (performative acts), entendidos como aquellos que no se proponen describir sino generar un estado de cosas nuevo. En nuestro caso, generar o ratificar una obligación legal. Cfr. AUSTIN, J.L., *Cómo hacer cosas con palabras*, CARRIO, G., RABOSI, E.A (trads.), Paidós, 1981 (1ª edición en español), pp. 45 y ss. Estas tres dimensiones de análisis del lenguaje aparecen también con algunas variaciones, en otras obras clásicas, como CARNAP, R., *Introduction to Semantics*, Cambridge, Mass., 1948, pp. 9 y ss. y RUSSEL, B., *An Inquiry into Meaning and Truth*, Unwin Paperbacks, London, 1980, p. 27.

tencional unitario⁷. Y a la unidad existencial del acto del habla corresponde también la unidad existencial del acto interpretativo. La determinación de sentido de un acto del habla se resuelve, pues, en la simultánea determinación de las intenciones mínima o lingüística y pragmática del emisor.

El siguiente ejemplo puede resultar clarificador. En el nivel intencional lingüístico (2), el enunciado “arriba las manos” denota o expresa una determinada posición de los miembros superiores del cuerpo, en relación con alguna otra parte del cuerpo o con algún objeto. En el nivel intencional pragmático (3) este mismo enunciado puede expresar una intención descriptiva, un mandato, una invitación, o un consejo, dependiendo del contexto comunicativo en el cual se inserte.

Así, si el enunciado “arriba las manos” se pronuncia como respuesta a la pregunta “¿qué es eso que se ve allá arriba?”, la intencionalidad pragmática del orador parece descriptiva. Si el enunciado se pronuncia, en cambio, en un contexto social amistoso como un concierto de rock, parece claro que, desde el punto de vista pragmático (3), manifiesta una invitación a participar del encuentro alzando los brazos con un ánimo festivo. Pero si el mismo enunciado se contextualiza en una situación de violencia, como un asalto a mano armada, manifestará un mandato imperativo que pretende forzar al interpelado a hacer lo que se le dice: o bien éste obedece alzando los brazos, o bien padece las consecuencias que conforman la amenaza de violencia. Finalmente, si el enunciado es esbozado por un médico pediatra a un paciente en un consultorio, parecería que se trata más bien de un consejo o, a lo sumo, de un mandato “hipotético”, que podría traducirse del siguiente modo: “si quieres que diagnostique las causas de tu dolencia, deberás alzar los brazos”.

En todos los casos el orador quería decir que los interpelados levantarán los brazos y las manos. Sin embargo, la intencionalidad pragmática (3) introduce una diferencia sustancial en el sentido de la expresión: en un

7. El carácter analítico, no existencial, de la distinción entre los tres niveles intencionales del habla se asume cada vez que se distingue la aproximación abstracta a las reglas que rigen el uso del lenguaje, del estudio del habla o del discurso, como instancia de uso concreto o plasmación existencial de estas reglas. Para un estudio muy completo de este concepto de “discurso” y, correlativamente, de la estructura intencional de los actos del habla, cfr. FERNANDEZ PEDEMONTE, D., *La producción del sentido en el discurso poético. Análisis de Altazor de Vicente Huidobro*, Edicial, Buenos Aires, 1996, p. 15 y ss. Sobre la proyección de la unidad existencial del acto del habla a la unidad existencial del acto interpretativo, cfr. RICOEUR, P., *Del texto a la acción*, CORONA, P. (trad.), Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2000, p. 170 y ss.

caso se trata de una descripción, en otro de una invitación, en otro de un mandato, y en el último de un consejo.

La captación de la diferencia entre las intenciones pragmáticas depende de que el intérprete capte, a su vez, los fines propios del contexto comunicativo en que se inserta la expresión “arriba las manos” en cada caso: informar; divertirse; robar; diagnosticar, curar y/o aconsejar. John Austin resume la función del contexto comunicativo en la configuración de los actos del habla realizativos, señalando que, para que un acto tal cumpla con su función (obligar, mandar, invitar, etc.), deben darse una serie de condiciones que incluyen las intenciones del locutor, pero no que se agotan en ellas. En lo que aquí interesa, explica que “debe haber un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional” y que “el procedimiento debe llevarse a cabo en todos sus pasos”⁸.

En el ejemplo propuesto, el que los invitados al concierto de rock comprendan que no se les está dando una orden, sino que se los está invitando gentilmente a participar activamente del encuentro alzando los brazos, depende de que compartan con el cantante una concepción sustancialmente semejante acerca de cómo se participa de un concierto de rock, lo cual depende, a su vez, de que compartan una concepción sustancialmente semejante acerca de los fines —efectos del procedimientos señalado por Austin— de la práctica social de reunirse multitudinariamente para escuchar música en vivo.

Cuando menor sea el nivel de correspondencia entre las concepciones del orador y las concepciones del intérprete acerca del significado y la referencia de los conceptos, y acerca de los fines del contexto comunicativo en que se insertan los enunciados, menos eficaz será la comunicación. En esta línea, si el intérprete confunde los brazos o las manos con las piernas (nivel intencional 2), podría decirse que la comunicación fue fallida, en la medida en que el orador no logró transmitir su intención lingüística básica, a saber, referir su deseo de que, lo que se alce, sean los brazos. Si, en cambio, lo que el intérprete confunde es una invitación con un mandato en un concierto de rock, la comunicación será indudablemente más pobre que si la invitación se hubiera comprendido como lo que es, una invitación; pero no por ello diríamos que la comunicación ha quedado “trunca”. Viceversa,

8. AUSTIN, J.L., *idem*, p. 56. Por lo demás, la función del contexto en la interpretación del discurso, oral o escrito, es también indiscutida entre los analistas del discurso. Cfr. por todos, FERNANDEZ PEDEMONTE, D., *ibid.*

si en un asalto a mano armada el intérprete confunde el mandato de levantar la mano con una invitación –suponiendo, claro está, que acepta la invitación– la comunicación quedará sólo en parte trunca.

En cualquier caso, lo que hace posible la comunicación en el lenguaje cotidiano es precisamente esta correspondencia sustancial entre una y otra comprensión acerca de las reglas de uso del lenguaje, y acerca de la finalidad de la práctica social en que se insertan los conceptos y enunciados que son objeto de interpretación. Normalmente esta correspondencia opera de modo inconsciente: las partes parten de “pre-conceptos” lingüísticos y pragmáticos semejantes, y esta semejanza es lo que permite una comunicación fluida y eficaz.

Dado que el Derecho opera lingüísticamente, en la interpretación de los mandatos jurídicos se reproduce el esquema recién descrito: los intérpretes de las normas jurídicas, ya sea los ciudadanos *qua* ciudadanos, los jueces o los juristas, determinan el sentido de los mandatos interpretados contextualizando el significado y la referencia de los enunciados normativos en su intencionalidad pragmática. La intencionalidad pragmática se determina, a su vez, a la luz de los fines del contexto comunicativo en que se inserta la norma: los fines del área o campo del Derecho al que pertenece, y los fines del Derecho considerado globalmente. Emilio Betti explica en este sentido, siguiendo a Schleiermacher, que toda interpretación supone poner en relación el objeto interpretado con el discurso en el que se inserta, y el discurso con la “esfera de espiritualidad” de la obra a la que pertenece⁹.

Al igual que en la comunicación coloquial, la lectura pragmática de las normas opera muchas veces de modo espontáneo. Cuanto más evidente es

9. Cfr. BETTI, E., *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Dott. A. Giuffré Editore, Milan, 2da. ed., 1971, p. 17. En igual sentido, cfr. COTTA, S., *El derecho en la existencia humana*, PEIDRÓ PASTOR, I. (trad.), Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 21-22; MASSINI, C.I., “Determinación del Derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *Revista chilena de derecho*, vol. 31, n. 1 (2004), p. 159 ss., siguiendo a WRÓBLEWSKI, J., “Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation”, en *Lógica et Analyse*, n. 21-24, Louvain, Paris (1963), 411. En el ámbito anglosajón contemporáneo, Ronald Dworkin es quizá el autor que con mayor insistencia ha señalado la inevitable dimensión teleológica de la interpretación de las prácticas sociales, y en las prácticas sociales, incluido, por supuesto, el Derecho. Cfr., DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, que aquí se cita por la edición castellana, *Los Derechos en serio*, GUASTAVINO, M. (trad.), 1984, Ariel, Barcelona, pp. 129-130, 176-198; *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1985, pp. 38-57, 163-4; *Law's Empire*, Cambridge Mass, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 62-65; *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 75; *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2006, pp. 4-12, cap. VI.

la vinculación entre una norma, sus fines propios, y los fines globales del Derecho, más espontánea es su comprensión y la aquiescencia interna a su obligatoriedad. Cuando la evidencia de esta vinculación instrumental se quiebra, con la misma espontaneidad se desencadena un proceso racional de reconsideración del sentido y de la obligatoriedad de la norma, a la luz de los fines globales del Derecho.

Un ejemplo puede aclarar. Podría entenderse que cuando los conductores detienen su marcha frente a un semáforo en rojo lo hacen sin tomar en consideración la vinculación entre el mandato de detención y la seguridad como fin propio de las reglas de tránsito; ni la vinculación entre la seguridad y los fines o bienes últimos a los que tiende el Derecho. En rigor, esta triple vinculación se asume de modo espontáneo hasta que la obediencia al mandato de detención obstaculiza el paso de una ambulancia en una situación de emergencia. En esta situación, los conductores se ven interpelados por el ruido y por las luces de las sirenas a decidir si la orden de detención se mantiene; si opera una suerte de excepción implícita en la finalidad de seguridad propia del mandato de detención; o si esta excepción no está implícita en la norma considerada aisladamente, pero sí, en cambio, en los fines globales del Derecho.

Podría muy bien argumentarse que sería mejor para la garantía de la seguridad vial que los conductores “interpretaran menos” y se dedicaran más a obedecer de forma indefectible. Sea o no esto cierto, en cualquier caso se asienta en una lectura finalista de la norma y del Derecho, que otorga prioridad a un modo de garantizar la seguridad vehicular sobre otro, a un modo de garantizar la vida sobre otro y, en última instancia, a una comprensión de los fines del Derecho sobre otra.

3. LAS DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LA INTENCIÓN PRAGMÁTICA DEL DERECHO

La intencionalidad humana no se dirige nunca a un objeto o fin único, sino a una cadena o sucesión de fines u objetos¹⁰. Una norma de blanqueo

10. Aunque la vinculación entre la moralidad y la teleología del obrar humano es fundamentalmente un aporte de Aristóteles, en su *Ética* a Nicómaco, la consideración de la dificultad que la pluralidad de niveles intencionales del obrar humano plantea, no sólo para la determinación de la moralidad de cada acto, sino también y de modo especial, para la determinación de la especie de cada acto, fue puesta de manifiesto por Tomás de Aquino en *Suma Teológica*, I-II, qq. 6-21, especialmente, q. 12. Para un estudio sobre las fuentes de Aquino en este tema, cfr. *Suma*

de intereses por créditos fiscales puede haber sido promulgada con la intención inmediata o próxima de facilitar el pago de las obligaciones fiscales. Lo cual a su vez puede ordenarse a la intención mediata de recaudar más para financiar obra pública, y/o a la intención de beneficiar ilegítimamente a un grupo de deudores leales al gobierno. Lo cual a su vez puede ordenarse a la legítima intención más mediata de promover el empleo entre toda la población, y/o a la intención de beneficiar ilegítimamente a un sector empresarial. Lo cual a su vez puede ordenarse a la legítima intención más remota de garantizar ciertos derechos constitucionales, y/o a la menos legítima intención de aumentar la popularidad del gobierno en vistas a la próxima elección. Por cada fin o intención racionalmente vinculable con una decisión legal, la cadena intencional podría continuar desplegándose tanto dentro de cada nivel intencional, como hacia adelante, en dirección a niveles intencionales más altos de abstracción.

En una comunicación ordinaria, la situación de inmediatez entre el orador y el intérprete facilita tanto la determinación del nivel intencional en el cual se mueve el orador, como la determinación de su intención o motivación real, dentro de cada nivel. Además de contextualizar la comunicación oral en la comunicación gestual, la inmediatez hace posible la rectificación y la aclaración. En cambio, el ejercicio colegial e institucional de la autoridad, así como la expresión textual, plantea al intérprete jurídico dificultades peculiares para ambas determinaciones¹¹.

En cuanto la autoridad se ejerce colegiadamente —en una legislatura, en un congreso, en un tribunal— el intérprete se ve precisado a determinar cuál es la intencionalidad próxima, mediata, o remota, como si existiere una única intención para cada uno de estos niveles intencionales. En cuanto la autoridad se ejerce institucionalmente, el intérprete debe unificar nuevamente esta motivación o intencionalidad sintetizada, con las motivaciones de los individuos y de los grupos que ejercen o han ejercido “la autoridad sobre la autoridad”. Esto es, con las motivaciones pragmáticas de autoridad que produjo las normas constitucionales, procesales, administrativas, y otras —secundarias en términos de Hart— que rigen el ejercicio de la autoridad que produjo la norma que es objeto de interpretación primaria o principal. Sin embargo, las motivaciones de cada individuo que

Teológica, BAC, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 17-24. Sobre la novedad del planteo tomista, cfr. LARRAÑETA OLLETA, R., “Introducción general a la I-II”, en *Idem*, pp. 8 y ss.

11. Sobre la ausencia de inmediatez en la interpretación textual como rasgo diferencial respecto de la interpretación oral, cfr. RICOEUR, P., cit., p. 173.

ejerce la autoridad, de modo primario y secundario —la autoridad sobre la autoridad— pueden ser variadas y no pocas veces contrapuestas, tanto dentro de cada nivel intencional, como en los niveles intencionales más altos de abstracción¹².

De modo que, a la dificultad que en cualquier comunicación ordinaria se plantea para determinar cuál es el nivel intencional pertinente y, dentro de cada nivel, cuál es la intención real; se le agrega en la comunicación jurídica —entre autoridad e intérprete— la dificultad de sintetizar o unificar la intenciones de una pluralidad de actores en una contexto comunicativo textual, no inmediato, que no ofrece espacio o lugar para la rectificación y la aclaración.

En el otro extremo de la comunicación, no hay un único intérprete, ni un cuerpo colegiado de intérpretes, sino un público difuso con convicciones, intereses y, en palabras de John Rawls, concepciones comprensivas del mundo diversas y hasta contrapuestas. A esta dificultad se suma el hecho señalado por la tradición hermenéutica de que, ni los fines pragmáticos de la autoridad, ni los fines de la práctica jurídica en su conjunto, son una realidad externa, ajena al intérprete en su ser y en su dinamismo existencial. No se trata de interpretar la teleología de una entidad natural distinta del hombre. Ni siquiera se trata de interpretar los fines de una obra humana extraña al intérprete, como ocurriría en el caso de la interpretación de una

12. A modo de ejemplo, puede consultarse acerca de la dificultad para determinar en sede judicial las motivaciones que subyacen a la toma de decisiones legales en el plano económico, SACRISTÁN, E., "Control judicial de las medidas de emergencia", en SCHEIBLER, G. (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia IV-V*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, pp. 111-140. Dworkin ha esgrimido argumentos parecidos a éstos contra la interpretación voluntarista o subjetiva, especialmente frente a los denominados "originalistas", que defienden un apego lo más fiel posible a las intenciones de los constituyentes. Incluye en este grupo a autores como el Juez Antonin Scalia, en "Originalism: The Lesser Evil", *The University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (1980), p. 1175 (cfr. Freedom's Law, cit., p. 349, n.4), y otros como BORK, R., en *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990 y a ELY, J., en *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, 43-72 (cfr. *A Matter of Principle*, cit., pp. 34 y ss.; *Freedom's Law*, cit., pp. 75-75, y 359, nn. 4 y 6; *Law's Empire*, cit., pp. 369-369). Un buen trabajo sobre la dificultad que la pluralidad de fuentes plantea para la determinación de la intención original de los redactores de la constitución norteamericana puede hallarse en ABRAM, S.L., "Problems of Contemporaneous Construction in State Constitutional Interpretation", *Brandeis Law Journal*, 38 (2000), 613. Con argumentos semejantes se ha criticado también la pretensión de fidelidad plena a la voluntad legislativa, típica del positivismo decimonónico y, en particular, de la denominada Escuela de la exégesis. Cfr. BETTI, E., cit., pp. 261 y ss.; LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova, 1995, pp. 25-39.

obra de arte, o incluso de una práctica jurídica no vinculante para el intérprete. Se trata, en cambio, de interpretar una obra humana social de la cual el intérprete participa.

La consecuencia más marcada por la hermenéutica en relación con la interpretación de una práctica a la cual el intérprete pertenece, radica en el peso del universo conceptual subjetivo —o de los pre-conceptos del intérprete— involucrado en la configuración del objeto conocido. Como se trata de determinar el sentido de un obrar humano intencional que es de algún modo propio, los pre-conceptos a partir de los cuales se desarrolla la interpretación involucran intencionalmente al intérprete. En la determinación del sentido o de los fines del obrar social, se pone en juego de forma ineludible una auto-comprensión acerca de los fines que dotan de sentido al propio obrar¹³.

Estas peculiaridades del contexto comunicativo en el que opera el Derecho explican que, a diferencia de lo que ocurre en el lenguaje coloquial, la interpretación jurídica no repose sobre una coincidencia sustancial entre las concepciones de la autoridad y las concepciones del intérprete acerca de las finalidades de la norma, del área del Derecho en que se inserta la norma y del Derecho en su totalidad. Por lo mismo, como ha señalado insistentemente Ronald Dworkin, la dimensión justificativa o teleológica de la interpretación abre un espacio de creatividad interpretativa, donde el intérprete agrega o pone algo que sólo está pre-configurado en la norma interpretada¹⁴.

13. Iluminando este punto respecto de Dilthey, sostiene Ricoeur: “Dilthey busca en la psicología el rasgo distintivo de la comprensión (...). En el conocimiento natural, el hombre sólo incorpora fenómenos distintos de él, cuyo carácter fundamental de cosas se le escapa. En el orden humano, por el contrario, (...) por más extraño que otro hombre nos parezca, no es algo ajeno en el sentido en que puede serlo la cosa física incognoscible. La diferencia de estatuto entre la cosa natural y el espíritu preside pues la diferencia de estatuto entre explicar y comprender”, cfr. *idem*, p. 78. Cfr., en igual sentido, BETTI, E., *cit.*, pp. 10-11. Una buena síntesis de la evolución del debate en torno a la pertinencia de esta distinción puede hallarse en ROUSE, J., “Interpretation in Natural and Human Sciences”, en HILEY, D.R., BOHMAN, J.F., and SHUSTERMAN, R. (eds.), *The Interpretive Turn*, Cornell University Press, 1991, pp. 42-56. Sobre la utilización de la distinción metodológica entre comprensión y explicación en la teoría legal anglosajona actual, cfr. TAYLOR, Ch., “Hermeneutics and Critique in Legal Practice: Critical Hermeneutics. The Intertwining of Explanation and Understanding as Exemplified in Legal Analysis”, *Chicago Kent Law Review*, 76 (2000), p. 1001.

14. Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, *cit.*, pp. 49-53, 62-72; “In Praise of Theory”, *Arizona State Law Journal*, 29 (1997), p. 361; “Reply”, *Arizona State Law Journal*, 29 (1997), p. 447; “Darwin's New Bulldog”, *Harvard Law Review*, vol. 111 (1998), pp. 1731-1732; “The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?”, *Journal of International Criminal Justice*, 1 (April 2003), p. 9.

4. LOS LÍMITES DE LA CREATIVIDAD EN LA JUSTIFICACIÓN: EL RECONOCIMIENTO DEL OBJETO Y LA EXIGENCIA DE COHERENCIA O ENCAJE

Ronald Dworkin ha intentado precisar los límites de la creatividad en la interpretación jurídica, partiendo de un dato evidente: una decisión jurídica es una decisión que se funda en normas jurídicas. Su posibilidad se asienta, pues, en otra posibilidad: la de distinguir el universo normativo jurídico de otro tipo de universo normativo. Una primera condición de corrección de una interpretación jurídica, por muy abstracto que sea el lenguaje interpretado, es que la interpretación sea de un objeto, en el sentido de lo que está frente al sujeto, y que el objeto pueda ser eficazmente distinguido tanto de las pre-concepciones del intérprete sobre lo que el objeto podría ser, como de otros objetos.

Esta delimitación del objeto se hace efectiva, dice Dworkin, a través de lo que denomina “juicio pre-interpretativo”, en el cual el intérprete reconoce la juridicidad de las normas en función de las cualidades externas o, en palabras de Sergio Cotta, de la “morfología externa” de la práctica jurídica en que se inserta su acto interpretativo. En este nivel pre-interpretativo, el intérprete procura captar en una primera mirada qué es lo que hace de una norma, una norma jurídica, respondiendo a preguntas del tipo, ¿fue producida por el órgano que detenta el uso del poder público, en ejercicio del poder público? El juicio pre-interpretativo perfila así los contornos del coto normativo dentro del cual el intérprete debe tomar su decisión, si pretende que sea una decisión jurídica¹⁵.

Pero esta delimitación sería vana si el intérprete no hiciera un esfuerzo adicional, una vez delimitado el objeto —la o las normas jurídicas— a interpretar, por mantenerse fiel al mismo. Este esfuerzo adicional se plasma en lo que Dworkin denomina juicio de encaje, que apunta a verificar que la justificación teleológica de la norma interpretada se acomoda o encaja con el contenido de los principios que de hecho rigen en el área del Derecho en que se inserta la norma, y en el resto de la práctica¹⁶.

Los juicios de encaje y pre-interpretativo operarían señalando, respectivamente, las características formales externas de las normas en que se funda una decisión jurídica, y el contenido o sentido material con el cual,

15. Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 65 ss.; COTTA, S., *El Derecho en la existencia humana* (Peidro Pastor, I., trad.), Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 16-17.

16. Cfr. DWORKIN, R., *A Matter of Principle...*, cit., pp. 2, 17, 28-31; *Law's Empire...*, cit., p. 67; cap. VII, especialmente, pp. 228-238; 255; 404-407; y *The Moral Reading...*, cit., pp. 7-12.

de modo necesario, debe poder conciliarse la justificación teleológica-sistemática de la norma.

¿Pero qué quiere decir exactamente que una justificación deba encajar con el contenido material de los principios de un área del Derecho y de la práctica en su totalidad? ¿Cómo se verifica este encaje, acomodamiento o coherencia? Esta verificación, parece obvio, no puede realizarse si antes no se determina el sentido de estas otras normas con las cuales debe encajar la norma interpretada. Y la determinación del sentido de cada una de estas otras normas y de su compatibilidad o coherencia con el sentido de la norma interpretada, supone un nuevo esfuerzo interpretativo que consta al menos de tres elecciones: (a) la elección de cuáles son las normas relevantes para establecer la comparación con la norma interpretada; (b) la determinación del sentido de cada una de estas normas “relevantes”; (c) la determinación del sentido global del conjunto de las normas.

Si no se quiere regresar al infinito, sujetando estas elecciones a otros tantos juicios de encaje, habrá que concluir que el juicio de encaje es inseparable del juicio justificativo. Cuando el intérprete determina que su interpretación “encaja” o “es coherente con” el resto de la práctica, asienta su juicio en una concepción acerca del fin global de la práctica y del modo de realizar ese fin en el caso concreto.

Lo mismo cabe señalar respecto de la exigencia de encaje de la justificación con las características formales externas del Derecho (el juicio pre-interpretativo). Aunque este juicio pretende determinar qué normas fueron de hecho incorporadas a la práctica por las instituciones políticas pertinentes, no es sin embargo un juicio puramente empírico. La razón es simple: las cualidades morfológicas que determinan la pertenencia o no de ciertas normas a una práctica están definidas a su vez por otras normas (las normas secundarias de Hart), que no pueden interpretarse sin atender al fin pragmático de lo mandado. De modo que tampoco la verificación en el juicio pre-interpretativo de que las normas interpretadas son normas jurídicas, y no otra cosa, es una verificación a-valorativa autónoma del juicio justificativo¹⁷.

17. Dworkin señala explícitamente la vinculación entre las diversas dimensiones de la interpretación al explicar que los juicios de encaje (fit) depende de las convicciones previas del intérprete acerca de cómo se concibe la práctica como totalidad. Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., pp. 67, 239, 248, 254-258. Sobre el juicio pre-interpretativo, señala que el nivel de consenso entre los intérpretes acerca del contenido este juicio debe ser lo suficientemente sólido como para que pueda decirse que todos participan de la misma práctica. Sin embargo,

Son usuales en este orden de ideas las discusiones constitucionales acerca de las facultades del poder ejecutivo para promulgar cierto tipo de normas, aún cuando nadie discuta que existan normas que delimiten claramente las competencias legislativas. ¿Qué se discute entonces cuando se discute si una norma emanada del poder ejecutivo es constitucionalmente válida por su origen? Se discute el sentido de las normas que distribuyen competencias legislativas, a la luz de los fines pragmáticos de tales normas y de la práctica en su conjunto (normalmente, el resguardo de la forma republicana de gobierno)¹⁸.

Ahora bien, así como los juicios de encaje y pre-interpretativo están modulados por el juicio justificativo; éste no opera tampoco autónomamente de los primeros. De entre todos los fines que uno podría reconocer en una práctica y en una norma en particular, si efectivamente quiere participar de la práctica, deberá optar por aquellos fines que respondan a las cualidades morfológicas externas de la práctica interpretada (identificadas en el juicio pre-interpretativo), así como a sus cualidades internas (definidas en el juicio de encaje).

5. DESDE UNA SEMÁNTICA OBJETIVA HACIA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA OBJETIVA: EL DERECHO COMO ALTERNATIVA A LA VIOLENCIA

Se dijo hasta aquí que la intención lingüística manifestada en los enunciados normativos no es suficiente para determinar su sentido, pues la dinámica intencional del lenguaje exige poner en juego también la intención pragmática. Constatada la falta de evidencia y uniformidad de las intenciones pragmáticas de los autores de los enunciados normativos, se determinó que el punto de vista o la perspectiva para su determinación era

también aquí acepta que, más allá de este sustrato consensual, hay lugar para el disenso. Cfr. idem, pp. 90-92. Hemos discutido la influencia recíproca entre los juicios de la interpretación en ZAMBRANO, P., "Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral", *Persona y Derecho*, 56 (2007), pp. 296-299.

18. Un caso paradigmático en Argentina fue Peralta Luis Arcenio c/Estado Nacional y Ministerio de Economía (BCRA) s/amparo, CSJN, 27/12/1990, Fallos 313: 1513, publicado en LL, 1991-C, 158, donde se declaró la constitucionalidad del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, mediante los llamados "decretos de necesidad y urgencia". Cfr. el comentario al caso de BIANCHI, A., "La Corte Argentina ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL, 1991-C: 141, donde se critica el recurso argumentativo de la Corte, consistente en ligar inadecuadamente las medidas cuestionadas, de modo necesario e indispensable, con los fines últimos del ejercicio del poder público.

el de los fines globales de la práctica en que se inserta el enunciado. Pero como los fines globales de la práctica —del contexto comunicativo “Derecho”— están enunciados en un lenguaje deliberadamente abstracto —el lenguaje ius-fundamental—, se reparó en la inevitable dosis de creatividad que conlleva la interpretación jurídica en general, y la interpretación ius-fundamental en particular.

Esta creatividad no sería absoluta, siguiendo a Ronald Dworkin, sino marginal: operaría condicionada por una doble exigencia de encaje a las cualidades formales y materiales de la práctica en que se inserta la norma interpretada. Sin embargo, se ha visto que la determinación de cuáles son estas exigencias requiere determinar nuevamente una concepción acerca de los fines de otras normas y, en última instancia, acerca de los fines de la práctica en su totalidad. Requiere, volver sobre los mismos enunciados normativos ius-fundamentales cuya abstracción se trataba de concretar.

La circularidad es inocultable¹⁹. Pero circularidad no es de modo necesario tautología. No lo es si cada punto del círculo aporta una perspectiva propia o peculiar que no se confunde con la otra, sino que la complementa. ¿Cuál es, pues, la perspectiva propia de la exigencia de encaje de la interpretación, y cuál es la perspectiva propia de la dimensión teleológica?

La exigencia de encaje pretende fidelidad al objeto interpretado: pretende que lo que se justifique sea esa norma, en tanto forma parte de esa práctica. Y como el único modo que poseen esa norma y esa práctica para distinguirse de otras normas y prácticas es el lenguaje, la perspectiva propia o específica de la exigencia de encaje es, pues, la perspectiva de las reglas de uso del lenguaje. El lenguaje de la norma interpretada, el lenguaje de los principios que rigen el área del Derecho al que pertenece la norma, y

19. La reparación en la circularidad en la interpretación y aplicación del Derecho constituye quizá el aporte más propio de la hermenéutica jurídica, como señalan, entre muchos otros, BETTI, E., cit., p. 19, calificando la interpretación como un proceso de “iluminación recíproca entre el todo y la parte”; COTTA, S., idem, p. 14 ss.; KAUFMANN, A., “Sobre la argumentación circular en la determinación del Derecho”, RABBI BALDI, R. y GONZALEZ DORTA, M.E. (trads.), *Persona y Derecho*, 29 (1993-2), pp. 19 y ss.; SERNA, P., *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*, Porrúa, México, 2006, p. 117 ss.; OLLERO, A., “Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, en KAUFMANN, A., *Hermenéutica y Derecho*, Comares, Granada, 2007, pp. 18 y ss.; VIOLA, F., ZACCARIA G., *Derecho e interpretación. Elementos para una teoría hermenéutica del Derecho*, CEBEIRA, A., DE PRADA, A., RICHART, A. (trads.), Dykinson, 2007, pp. 187 y ss.

el lenguaje de los principios que rigen la práctica en su totalidad. La perspectiva del juicio de encaje es la perspectiva del "texto".

¿En qué medida pone pues, el texto, un coto a la interpretación? En toda comunicación oral o escrita se parte de la base de que el orador utiliza las palabras que quiere utilizar y de que, al utilizarlas, elige someterse a sus reglas de uso. Esto es lo que pone de relieve Raz al indicar que en toda interpretación legal habrá de tenerse en cuenta lo que él denomina la "intención mínima" de la autoridad y que consiste, en primer lugar, en querer decir lo que se dice²⁰. El resultado de la aplicación de estas reglas de uso a los casos no es siempre uniforme, por supuesto. Pero tampoco es infinito. Ofrece un campo reducido de respuestas, dentro de las cuales el intérprete tendrá que indagar acerca de la intención pragmática, a la luz del fin de la norma y de la práctica. Las reglas lingüísticas cercenan pues la determinación de la intención pragmática de los enunciados normativos con una regla como la que sigue: no puede atribuirse a una norma una motivación pragmática que no se adecue a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje en que se expresa.

¿Cómo determina el intérprete cuál es la intención pragmática del enunciado normativo, de entre todas las intenciones pragmáticas compatibles con las reglas de uso del lenguaje? Se ha concluido más arriba que la intención pragmática se determina, de modo necesario y más o menos espontáneo, según los casos, a la luz de los fines globales del Derecho. ¿Pero cómo determina el intérprete cuáles son estos fines globales, dentro del margen dado por las reglas de uso del lenguaje? ¿Es esta determinación pura creación desde los pre-conceptos del intérprete, o es en cambio descubrimiento de un sentido global objetivo?

Hart advirtió en su famosa crítica a Austin, que la pretensión de reducir el Derecho a un conjunto de mandatos coactivos peca de insuficiencia y, en esa misma medida, de falsedad. El Derecho, decía Hart, no es pura y exclusivamente coacción: es coacción que se supone legítimamente ejercida. ¿Y qué es ejercer legítimamente la coacción? Es ejercerla, no según los designios de una voluntad caprichosa, sino de acuerdo a reglas. ¿Qué reglas? Reglas creadas consuetudinariamente por la misma comunidad a la que se dirige el Derecho²¹. Hart no arriesgó más. Cesó su descripción

20. Cfr. RAZ, J., "Intention in Interpretation", en GEORGE, R.P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 267.

21. Cfr. HART, H.L., *The Concept...*, cit., pp. 51-61.

con esta referencia última a la costumbre. En una línea sustancialmente parecida, Raz expresa que:

“Surge del carácter del Derecho como una estructura de autoridad, el que sea un sistema estructurado y coordinado de autoridades. Y las autoridades son legítimas únicamente si facilitan la conformidad con la razón. La tarea del Derecho, definida abstractamente, es asegurar una situación donde se realicen los objetivos morales que, dada la situación social actual en el país de cuyo Derecho se trata, difícilmente se realizarían sin ella”²².

Lo que en todo caso conviene retener aquí es aquello sobre lo cual insiste Raz: la distinción entre la pura violencia y el Derecho como un orden de coordinación coactivo que al menos tiene una pretensión de razonabilidad y, en esa medida, de moralidad, es un punto de encuentro entre la tradición positivista del Derecho y la tradición de la ley natural²³. Pues bien, si el juicio justificativo o teleológico forma parte necesaria de toda interpretación, y si la finalidad intrínseca del Derecho es el reemplazo de la violencia por la razón (práctica/moral) como método de coordinación social, se concluye que toda interpretación jurídica implícita o explícitamente incorpora en la determinación del sentido de los mandatos un juicio acerca de lo justo (lo razonable por oposición a lo violento). El juicio acerca de lo justo es estructural a toda interpretación jurídica y no, en cambio, un elemento contingente de algunas prácticas jurídicas.

Recapitulando, pueden señalarse dos limitaciones, o mejor, orientaciones, para la determinación interpretativa de los fines particulares y globales del Derecho por parte del intérprete. En primer lugar, el intérprete debe atenerse a las reglas de uso del lenguaje de las normas para determinar el fin lingüístico del legislador, o lo que Raz denomina “intención mínima”. En segundo lugar, y dentro de este campo acotado por la lingüística, habrá de determinar el fin pragmático dentro de otro sub-campo: el de los modos posibles de realizar la justicia en el caso.

Es cierto que “lo justo” es un concepto excesivamente abstracto, y dado que la reproducción exacta del sentido de lo justo implícito en la norma exigiría una indagación psicológica infructuosa, podría volver a insistirse sobre lo mismo: el intérprete que pretende reproducir este sentido en rigor está creando, y excluye o desplaza a la autoridad.

22. Cfr. RAZ, J., “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, 43 (2003), p. 13 (la traducción es nuestra).

23. Cfr., idem, p. 3.

También el concepto de Derecho ofrecido por Raz limita una vez más las posibilidades interpretativas. Más allá de las múltiples concepciones acerca de lo razonable que se han ofrecido desde distintas tradiciones políticas, hay un punto de encuentro que torna factible esta discusión. A saber, que lo razonable se opone a arbitrariedad. Si esto es así, y si el Derecho es una práctica que se propone coordinar conductas razonablemente, es estructural al Derecho la exclusión de perspectivas morales de interpretación que abran espacios para la arbitrariedad²⁴.

6. CONCLUSIÓN

Si lo anterior es admisible, la objetividad en la interpretación jurídica y en la interpretación ius-fundamental en particular depende por igual de dos extremos. En la base, de una teoría lingüística objetiva, según la cual los conceptos y los enunciados significan y refieren de modo unívoco muy pocas veces; de modo equívoco algunas veces; y de modo análogo la mayor de las veces. En cualquiera de estos supuestos, las reglas de uso del lenguaje permiten al intérprete determinar un campo de referencia amplio pero acotado para los conceptos. De modo que desde el punto de vista lingüístico puede haber muchas respuestas correctas, pero no infinitas. La creación interpretativa parte de este piso, más abajo del cual, o al costado del cual, deja de ser creación interpretativa y se transforma en creación sin más. En el techo o en la mira, por continuar con la metáfora de la construcción, la interpretación creativa se orienta hacia un sentido de justicia objetivo, más allá del cual no sólo hay creación sin interpretación, sino además creación destructiva. Si dentro del margen de creación lingüísticamente aceptable el intérprete opta por sentidos irrazonables, arbitrarios o injustos, no sólo no interpreta, sino que además destruye.

Puede sostenerse, como se ha hecho especialmente contra Dworkin, que el texto es incapaz de poner un coto a la interpretación, porque la construcción continuada del lenguaje carece de reglas objetivas en cualquier

24. Para un estudio completo y reciente sobre el rol del principio de razonabilidad en la interpretación ius-fundamental, coincidiendo en la oposición de lo razonable con lo arbitrario, cfr. Cianciardo, J., "Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad", LL, 16 de abril de 2009, pp. 1-4; del mismo autor, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ábaco, Buenos Aires, 2009, en prensa, *passim*.

contexto comunicativo, incluido el Derecho²⁵. Esta afirmación, como es obvio, echa por tierra también al techo de la interpretación, por cuanto si no hay reglas objetivas para la determinación del sentido del lenguaje en general, tampoco hay reglas morales objetivas. Por la sencilla razón de que la Moral, como el Derecho, se expresa lingüísticamente.

Si esto fuera así, el Derecho, claro está, sería indistinguible de la violencia. Más todavía, el concepto de violencia sería vacío, por cuanto es de la esencia de la violencia el desorden en el uso de la fuerza. O, lo que es lo mismo, el uso de la fuerza sin razón. Y si no hay bienes objetivamente determinables por el lenguaje y cognoscibles por la razón; si no hay razones para actuar, ni jurídicas ni morales, no hay tampoco parámetro para distinguir el uso legítimo de la fuerza de su uso ilegítimo o violento. No se ha procurado mostrar en este trabajo que una teoría semántica objetiva o, más ampliamente, que una teoría lingüística objetiva sea posible o defendible. El objeto ha sido, en cambio, el más modesto de mostrar que si el Derecho se concibe como un orden de razones, habrá que vincularlo de modo necesario con una teoría lingüística tal que haga posible el reconocimiento y comunicación y, por tanto, la interpretación fiel de tales razones.

Pero como la interpretación fiel de razones jurídicas incluye de modo necesario una referencia a la justicia; debe concluirse que, si el Derecho es una alternativa a la violencia, la teoría de la justicia desde la cual el intérprete determina la referencia de las razones jurídicas deberá ser, como la teoría lingüística, objetiva o reconocible por la razón. Tampoco se intentó mostrar que la objetividad, inteligibilidad o razonabilidad de la especulación moral es posible o defendible, sino que una tal objetividad es un presupuesto de la concepción del Derecho como una alternativa a la violencia.

25. Nos referimos en especial a Stanley Fish, que sobre la base de su escepticismo radical generó un debate con Dworkin que se plasmó en los siguientes trabajos: FISH, S., "Working on the Chain Gang", *Texas Law Review*, 60 (1982), 551; la respuesta de Dworkin en "My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk About Objectivity Any More", en *The Politics of Interpretation* (W.J.T. Mitchell ed.), 1983, 287; y la respuesta de Fish en "Wrong Again", *Texas Law Review*, 62 (1983), 299. Una buena síntesis de este debate puede hallarse en SADOWSKI, M., "Language is not Life", *Connecticut Law Review*, 33 (2001), pp. 1099 y ss. Stanley Fish asumió abiertamente las consecuencias de su escepticismo radical, sosteniendo que el Derecho no es otra cosa que el uso de buenos modales en la confrontación de intereses contrapuestos, o una versión moderada en el uso de la fuerza. Textualmente: "Force, in short, comes in hard and soft versions, and all things being equal, soft is better than hard", en FISH, S., "Almost Pragmatism: Richard Posner Pragmatism", *University of Chicago Law Review*, 57 (1997), 1454.

Resumen: *Este trabajo se propone determinar cuáles son los límites de la creatividad en la interpretación ius-fundamental, a partir de un estudio las características propias de la interpretación como actividad comprensiva en el seno de una práctica social que se propone ser una alternativa a la violencia. Con este fin, se pone de manifiesto el carácter ineludible del llamado método "teleológico-sistemático" en la interpretación jurídica, a partir de la consideración de toda norma jurídica como un caso especial de "acto del habla". La creatividad en la interpretación se mostrará, en esta instancia, como una consecuencia necesaria de la dimensión teleológico-sistemática o justificativa de la interpretación. A partir de esta conclusión provisional, se aborda el intento de Ronald Dworkin de poner un coto a la creatividad en la justificación interpretativa, y se advierte el carácter circular de su propuesta. Por último, asumiendo la propuesta de Dworkin como una fenomenología válida de la interpretación, se propone la tesis de que, aunque toda interpretación jurídica es circular, no es necesariamente tautológica. No lo es si se parte de una teoría lingüística objetiva y se tiende a una teoría objetiva de la justicia, como perspectivas para la determinación del sentido del texto normativo.*

Palabras clave: Interpretación Constitucional, Hermenéutica, Ronald Dworkin, Comprensión y Objetividad.

Abstract: *This paper aims at elucidating which, if any, are the limits of creativity in the interpretation of constitutional principles, from the perspective of the conceptual characters of interpretation and of Law, understood as a comprehensive practice which purports to be an alternative to violence. With this final object, the systematic-teleological method of interpretation is shown as unavoidable, in the light of consideration of laws as acts of speech, and creativity is shown as a necessary consequence of the systematic-teleological method of interpretation. Starting from this provisional conclusion, Ronald Dworkin's attempt to constrain creativity in interpretation is displayed and proposed as a coherent, although circular proposal. The final thesis of this study is that the circularity of interpretation is not necessarily tautological, only if it assumes an objective linguistic theory and if it tends to an objective theory of Justice as points of view for the determination of the meaning of the law text.*

Key Words: Constitutional interpretation, hermeneutics, Ronald Dworkin, comprehension and objectivity.

Copyright of *Persona y Derecho* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.