

LEGISLACIÓN E INTERPRETACIÓN: ¿UNA RELACIÓN CONTROVERTIDA?¹

Eduardo Martín Quintana

DOI: 10.46553/prudentia.89.2020.p163-177

1. Relación entre legislación e interpretación. Generalidades

Las instituciones que integran el orden jurídico, lejos de asemejarse a las islas de un archipiélago, distanciadas unas de otras, presentan un profundo grado de imbricación recíproca que torna inviable su tratamiento aislado. Por ello, la interpretación se relaciona íntimamente con las fuentes del Derecho. De aquí el título de esta exposición, pues pretendo realizar un análisis, aunque sea somero en razón del tiempo, del *status questione* respecto a la interpretación, pero no lo es menos que necesariamente debo abordar el impacto que ella produce sobre la legislación, fuente principal de nuestro orden jurídico. Desde mediados del siglo anterior, específicamente luego de la Segunda Guerra Mundial, distintas doctrinas jurídicas se expandieron hasta el día de hoy efectuando agudas críticas a las teorías de la interpretación denominadas “decimonónicas” o “tradicionales”, cuya raíz fue la escuela de la exégesis. También en el siglo XIX, dicha teoría fue objeto de severas objeciones, entre ellas por parte de Saleilles, Geny, Ihering, Kantorowicz y tantos otros, pese a lo cual mantuvo su vigencia hasta entrado el siglo XX.

Es oportuno recordar que la doctrina objetada se fundaba en los siguientes presupuestos: a) la aplicación semántica utilizada en el mismo texto legal; b) la deducción como metodología lógica; c) la subsunción de los hechos litigiosos conforme a las premisas de un silogismo formal; d) en

1 Exposición del Doctor Eduardo Martín Quintana en su incorporación como Académico de Número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, publicada en *Anales* 2019 de la Academia.

caso de duda, debía recurrirse a la intención o “espíritu” del legislador, y e) entendían a la legislación y/o al Código Civil como un sistema cerrado y completo. Asimismo, también resultaba criticable el uso reductivo de la razón limitada sólo al análisis legal como objeto teórico perdiendo de vista que el Derecho es un saber práctico. Los críticos de estas escuelas repiten peyorativamente las conocidas frases de Montesquieu, “el juez es la boca de la ley” y de Bugnet, “no enseño Derecho Civil sino el código de Napoleón”.

Sin perjuicio de compartir las severas objeciones a la exégesis, ya que surgió como consecuencia del racionalismo y positivismo, cabe advertir que estas críticas alcanzan también institucionalmente a la ley y promueven tácita o expresamente la primacía judicial, tesis que no comparto, no obstante mi entrañable afecto por el Poder Judicial, al cual tuve el honor de integrar durante quince años.

2. Doctrinas interpretativas críticas contemporáneas

No es fácil efectuar distinciones entre las doctrinas interpretativas críticas contemporáneas, ya que hay aspectos superpuestos entre ellas. Con cierta arbitrariedad he sintetizado y designado a las que entiendo de mayor expansión: 1. Interpretación sociológica-evolutiva o viviente; 2. La denominada hermenéutica contemporánea; 3. El abolicionismo interpretativo.

2.1. Interpretación sociológica-evolutiva o viviente

En esta categoría se encuentran aquellas doctrinas que no modifican el texto u objeto a interpretar, pero que a partir del análisis contextual que le dio nacimiento concluyen que debido a cambios sociales o tecnológicos las mismas palabras pueden mutar su significado para designar entidades diferentes a las significadas en el texto original. La interpretación evolutiva es una especie del tipo genérico “interpretación dinámica”, oponiéndola a “estática”, concluyéndose así que la adjetivación más precisa es “viviente”. En realidad, el término “evolutivo” conlleva varios equívocos. En efecto, evolucionar es propio de las cosas u organismos que pasan de un estado a otro pero que no por ello dejan de ser lo que eran. La interpretación evolutiva es la que sustituye sustancialmente la cosa o actividad de la que se trate, por otra cuya esencia es distinta.

Quizá por la antigüedad de la Constitución de los Estados Unidos, hace ya tiempo se generó la polémica, aún actual, entre el originalismo y la *living constitution*. Esta última tiene por objetivo dar por superada la Constitución original, pero también el concepto mismo de constitución sosteniendo

que la sociedad se renueva biológicamente y, a la vez, culturalmente. De acuerdo al análisis de Néstor Sagüés, que ha profundizado sobre la llamada constitución viviente, sus partidarios alegan los siguientes argumentos: a) la existencia de las “cláusulas abiertas”, por ejemplo, la cláusula novena de la constitución de Estados Unidos al referirse a los derechos no enumerados, análogamente como nuestra constitución en su artículo 33, al disponer: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”; b) otra variante consiste en interpretar el texto constitucional no con el sentido que tenía al ser sancionado, pues ha devenido obsoleto, sino como se puede llegar a entender en la actualidad; c) otro alegato es recurrir a la distinción que efectúa Ronald Dworkin, al diferenciar “conceptos” constitucionales, con “concepciones” constitucionales, pues los primeros son nociones jurídicamente indeterminadas (buena fe, bien común, abuso del derecho, justicia, dignidad humana, etc.) y las concepciones resultan de estándares fijados por el constituyente histórico, importando parámetros inamovibles por los futuros intérpretes hasta que no sean modificados por una nueva asamblea constituyente; d) también justifican los cambios sosteniendo que la sociedad se renueva biológicamente y las posteriores generaciones no tienen obligación hacia una normativa generacionalmente vetusta. Desde su perspectiva crítica, añade Sagüés que “se postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico. Y en cuanto la ‘interpretación’, entiende que en realidad no se trata de ‘interpretar’ un documento (lo que supone hallar en él el sentido que debe dársele a la constitución), sino de elaborar respuestas jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual. En definitiva, se arriba así a un no interpretativismo, versión aguda del activismo judicial”².

Según sus panegiristas, sería necesaria la permanente actualización constitucional, entendiendo a la interpretación como una creación que desemboca necesariamente en el control judicial de todo el orden jurídico, posponiendo así no sólo a la constitución sino también a la legislación, pues ésta padece de similares limitaciones, o sea, es devorada por el tiempo.

Pero más allá de la estimación doctrinaria es conveniente ejemplificar con experiencias concretas. Como paradigma cercano a nuestra vivencia jurídica cabe referirse al derrotero asumido por la Corte Interamericana de

2 Cfr. Sagüés, N. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, [www.aconst.org.ar/revista_digital/revista II](http://www.aconst.org.ar/revista_digital/revista_II) (18 de junio de 2018).

Derechos Humanos, que en numerosas oportunidades (entre otros, el caso “Masacre de Mapiripán c/ Colombia”, 15-5-2005) expresó que “las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos son *instrumentos vivientes* que deben reflejar las circunstancias y exigencias de la sociedad contemporánea”.

En este sentido, más allá de la utilidad de muchas sentencias, este tribunal se caracteriza por su pretensión de exigir a todos los Estados el cumplimiento de sus fallos mediante una reconstrucción voluntarista. Es buen ejemplo el fallo del 26 de septiembre de 2006, en el caso “Almonacid Arellano c/ Estado de Chile”, pues mencionando los artículos 1.1. y 2 de la Convención, en su considerando 123 expresa: “[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

La Corte efectuó una interpretación semánticamente mutante, ya que el inc. 1º del artículo 68 establece lo contrario, al disponer: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso *en que sean parte*”. Por tanto, a aquellos Estados que ratificaron la Convención pero que son ajenos a la causa no les alcanza el fallo dictado. Esta pretensión de la Corte Interamericana ha recibido diversas críticas en cuanto no respeta el espacio de reserva soberana de los Estados custodiada por los principios de Derecho Público, como tampoco las circunstancias atinentes al denominado margen de apreciación nacional al que me referiré luego.

En “Artavia Murillo c/ Estado de Costa Rica” (28-11-2012), decidió que los embriones concebidos *in vitro* y no implantados no son personas. Su interpretación descansa en que a la fecha de la Convención (1969) no existía fecundación artificial y, por tanto, se entendía que la vida humana comenzaba con la concepción, pero debido a los adelantos tecnológicos los embriones pueden ser producidos fuera de la mujer y por ese sólo hecho el tribunal estima que su *status* es diferente. Esta deducción no resiste el menor análisis pues hoy día las ciencias biológicas y genéticas demuestran que se trata de seres humanos y por el principio *pro homine* le corresponde el mismo trato que los concebidos en el útero, pues de lo contrario se incurre en una discriminación inadmisibile.

Resulta claro que la CIDH, para no contradecir los artículos 1º y 4º de la Convención Americana, debía mutar el significado del término “concepción”, que biológicamente significa fecundación, o sea, la unión del esperma-

tozoide y el óvulo, por el de “implante” en la mujer, para quitar protección jurídica a los embriones *in vitro* que no estarían “concebidos”.

Conforme a la Convención Americana, la Corte además de su función jurisdiccional puede evacuar opiniones llamadas consultivas que le efectúen los Estados miembros. También esta actuación ha sido metamorfoseada, pues en la *Opinión Consultiva* OC/17 solicitada por Costa Rica (24 de noviembre de 2017), la Corte respondió que “los Estados quedan sometidos al control de convencionalidad también en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva” (cons. 26). Además, añade que “todo lo que se señala en la presente opinión consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los estados Miembros de la OEA” (cons. 28). De esta manera, transforma los significados de los términos “opinión” y “consulta”, ya que semánticamente no implican obligación alguna. Al respecto, expresamente el artículo 64 de la Convención, si bien autoriza las consultas, nada dice respecto a que deben ser obedecidas en todo o en parte; o sea, carecen de efectos jurisdiccionales.

Las objeciones precedentes pueden parecer el resultado de una mirada sesgada, ya que la Corte, desde el comienzo de su funcionamiento en 1987, ha emitido cerca de cuatrocientas sentencias sin que la inmensa mayoría fuera objeto de crítica. Pero las divergencias radican en que varias han sido *leading case* con impacto en la legislación y jurisprudencia de los Estados ratificantes. Por eso me referiré a la “Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” fechada el 2 de abril de 2019, conjuntamente por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Uruguay, quienes sin perjuicio de reafirmar su compromiso con la Convención Americana de Derechos Humanos, y que sus órganos han contribuido considerablemente a la protección de esos derechos, manifiestan en cinco puntos su opinión con el ánimo de perfeccionar la eficacia del Sistema. El documento formula cinco recomendaciones³:

- “1. Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional”.

3 Santiago, A.; Lange, G. “Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. *La Ley*, 17 de junio de 2019.

- “2. Consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales”.
- “3. Igualmente, consideran que se deben adoptar medidas urgentes para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, así como el principio de economía procesal en el trámite ante la Corte. Asimismo, que se garantice el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal”.
- “4. Destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efecto para las partes en litigio”.
- “5. Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeto tanto de los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como de las exigencias propias del Estado de Derecho”.

Si bien todas las recomendaciones guardan intrínseca relación con el tema aquí en tratamiento, me parece que la cuarta sintetiza tres aspectos que se refieren a las interpretaciones de la Corte Interamericana divergentes con la mirada de los miembros de la OEA que ratificaron su sometimiento a ese tribunal. En efecto, allí se mencionan a) las fuentes del Derecho, o sea, la primacía de la ley (Convención) sobre la hermenéutica del tribunal; b) el reconocimiento del margen de apreciación nacional, que es entendido por la doctrina y jurisprudencia como “un criterio hermenéutico, aplicado por los tribunales internacionales, tendiente a una interpretación y aplicación flexible y dúctil de las normas contenidas en las convenciones, atendiendo a las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, como asimismo a las circunstancias fácticas del caso específico. Su utilidad radica en tener en cuenta el pasado histórico, los antecedentes y plataformas culturales, políticas, económicas y sociales vigentes en una sociedad para determinar ciertas modalidades interpretativas y de efectividad ade-

cuada y concreta de las disposiciones del mencionado cuerpo normativo”⁴; c) recuerda que la Convención Americana, en su artículo 68, inc. 1º, establece que sólo los Estados parte deben cumplir la decisión del tribunal, refutando de esta manera la doctrina pretoriana que adoptó la denominación “control de convencionalidad”, extendiendo la obligación de sus decisiones no sólo al Estado parte sino *erga omnes*.

2.2. Hermenéutica contemporánea. Hans Gadamer

La segunda de las doctrinas críticas a la interpretación objetiva del texto es la “hermenéutica”, denominación que asumieron algunos autores a partir de la mitad del siglo pasado, otorgando preponderante participación al intérprete y su comprensión y/o precomprensión con relación al texto, siendo de la mayor importancia Hans Gadamer, sobre todo a partir de su obra, *Verdad y método*⁵. Debe ponerse de resalto que este autor efectuó un aporte significativo a la filosofía, pero la aplicación de su compleja temática efectuada por discípulos y seguidores ha producido múltiples opiniones e interpretaciones a veces contradictorias entre sí.

Entiendo acertadas las sintéticas y a la vez pertinentes palabras de Prieto Sanchís, al sostener: “Para la hermenéutica gadameriana [...], el intérprete no busca respuestas al interrogante que se planteó el autor del texto, sino que más bien renueva el texto a la luz de su propia situación existencial, de modo que aquel queda sometido al horizonte del intérprete, adquiriendo así una autonomía de significado, una apertura a la historia que permite el desarrollo de múltiples interpretaciones”⁶. Para este filósofo, la comprensión y la precomprensión resultan conceptos claves. En palabras del autor, “la anticipación de sentido que nuestra comprensión de un texto intuye, no es una acción de la subjetividad sino que se define por los conocimientos socialmente compartidos que nos unen con la tradición. Sin embargo, estos conocimientos se conciben en nuestra relación con la tradición bajo la forma de una permanente construcción”. La precomprensión ha tenido amplio andamiaje en las doctrinas interpretativas contemporáneas, y significa que el intérprete se acerca al texto con un preconcepto subjetivo, que, como se expresó en el párrafo anterior, está íntimamente ligado a una comprensión sociológica e histórica.

4 Masciotra, M. “Margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *El Derecho*, 264-517.

5 Gadamer, H. G. (1991). *Verdad y método*, Salamanca. Ediciones Sígueme.

6 Prieto Sanchís, L. (2007). *Interpretación jurídica y creación del Derecho*. Lima-Bogotá. Palestra Temis, 111.

Sin desvalorizar el pensamiento de Gadamer en su intento de conjugar el texto a interpretar, el contexto fáctico y la comprensión del intérprete, se observa la tendencia en su reflexión a priorizar el papel del sujeto y de la situación en el conocimiento del obrar humano, pues enfatiza una clara perspectiva relativista, según la cual el contenido de las valoraciones y de las normas morales se determina “desde” la subjetividad, relegando a un lugar a veces secundario, o veces indeterminado, a las normas éticas y jurídicas generales motivo de la interpretación.

2.3. Doctrinas abolicionistas de la legalidad resaltando la autonomía ideológica del intérprete

Otra corriente doctrinaria está integrada por autores de distinta extracción, pero coincidentes en que la interpretación esencialmente es subjetiva y orientada siempre por una determinada ideología. Algunas de estas líneas de pensamiento encuentran coincidencia con los *Critical Legal Studies*, como también con el profesor de Harvard, Duncan Kennedy, simpatizante del materialismo histórico, para quienes los intérpretes no pueden realizar una actividad objetiva ni neutral, pues la ideología que los anima es el alma de la interpretación.

Por tanto, siempre se opina desde una singular posición ideológica que está inficionada de política o convicciones análogas. Tanto es así que toda controversia jurídica se entabla en una relación dialéctica en la que se confrontan posiciones subjetivas. En consecuencia, jurídicamente no hay objetividad pues las concepciones sobre los derechos difieren entre sí. Según estas opiniones, la hermenéutica actual debe renunciar a la creencia de que se puede conocer algo de manera “objetiva”, “estable” o “universal”, pues es el sujeto que interpreta quien constituye el objeto de una dotación de sentido. O sea, muy explícitamente se afirma que es el sujeto quien crea el objeto, en el caso, el texto a aplicar. Otro autor expresa: “¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad (única)? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a aplicar el Derecho?”⁷

Sin perjuicio de valorizar el aporte del sujeto, para estos autores el Derecho fluye como el río de Heráclito, pues se encuentra en perpetuo movi-

7 Giuffré, C. I. “Imposibilidad de asepsia en la interpretación y determinación del Derecho”. *El Derecho*, 19-11-2015.

miento según la ideología de cada intérprete, lo que desestabiliza la posibilidad de un orden jurídico compartido por toda la comunidad.

2.4. Análisis de las críticas

2.4.1. Indeterminación de la competencia normativa del intérprete y carencia de aval fáctico a los supuestos cambios sociológicos

De prosperar la libertad que algunos pretenden otorgar a la interpretación judicial la consecuencia necesaria será la incertidumbre respecto al derecho aplicable, actitud malsana para encarar la vida jurídica cotidiana. Autores separados por el tiempo y por sus ideas han sostenido que las leyes deben ser breves, concisas y sobre todo estables. Además, resulta prácticamente imposible para el intérprete judicial la evaluación del consenso social respecto a cualquier institución que se desee modificar o abolir, pues los jueces se deberían tornar en encuestadores de la opinión pública, lo que obviamente no es su función. Tampoco se advierte quién es el “intérprete constituyente” con poder lícito para metamorfosear las normas instituciones⁸. Otro problema inherente a la doctrina analizada es determinar a quién corresponde la competencia para modificar las normas generales emanadas del Poder Legislativo por decisión del constituyente originario, ya que una tarea es interpretar las leyes y otra es abolirlas, propósito explícito o implícito de los defensores de estas teorías.

2.4.2. Desequilibrio de los poderes constitucionales en desmedro de la legislación

El primer análisis respecto de las teorías sobre la interpretación antes expuestas muestra claramente el desmedro de la legislación en aras de la preponderancia de la interpretación judicial. Por tanto, nos encontraríamos ante una potencial minusvalía de las leyes, no por su falta de producción sino por su debilidad normativa. La trascendencia cada vez mayor de las decisiones judiciales no descansa simplemente en que se ha optado por el sistema del precedente en vez de mantener la rigidez de la legislación, ya que las motivaciones más profundas radican en consideraciones filosóficas y sociológicas, según las cuales se considera que se ha desvanecido una con-

8 Sagüés, N. Ob. cit.

cepción de la vida con valores participados por la comunidad, para transformarse en una sociedad compuesta de miríadas de vivencias que tienen como fuente a cada individuo singular cuyas apetencias mudan con tanta rapidez que la generalidad de la ley siempre llega tarde. De asumirse estas doctrinas, los jueces serán los operadores del Derecho antes que los legisladores, situación bien reflejada por Zygmunt Bauman con la denominación de “sociedad líquida”⁹.

En esta dirección se advierte la agudeza de Zagrebelsky, al expresar que “la palabra más aproximada para indicar el carácter del Derecho en la actualidad es la de ‘ductilidad’. La coexistencia de valores y principios exige que cada uno de tales valores o principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimiento)”¹⁰. En otras palabras, el fundamento normativo descansa en el relativismo al que paradójicamente se le otorga valor absoluto.

Las nuevas orientaciones e ideologías filosófico-constitucionales han roto la tríada Constitución-Leyes-sentencias judiciales, significando una nueva mirada respecto a las fuentes del Derecho, pues además de incorporar los Tratados de Derechos Humanos al orden jurídico nacional, como se explicó en el punto 2.1. respecto al control de convencionalidad pretendido por la CIDH, las normas se tornan dúctiles en manos de los jueces, ya que adquieren un poder antes desconocido: el régimen normativo, tanto legal, como constitucional y convencional quedan supeditados a la interpretación de los tribunales internacionales o “internos” que, con la pretensión de unificar los Derechos nacionales, en muchas oportunidades desconocen la idiosincrasia y *modus vivendi* de los ciudadanos destinatarios de las disposiciones judiciales.

A partir de estas reflexiones podemos entender la metamorfosis que se puede producir en un orden jurídico con todas las consecuencias imaginables. La pretensión aparece clara: la superación de las relaciones sociales fundada en la naturaleza humana por otras construidas voluntariosamente según las apetencias más diversas, en la cual la tecnología, la razón instrumental y la voluntad de poder político y económico van de la mano.

9 Bauman, Z. (2012). *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.

10 Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid. Editorial Trotta S.A., 14.

3. Interpretación realista clásica contemporánea

3.1. Interpretación y función de la razón práctica

Expuse en la relación dialéctica dos teorías sustancialmente distintas: una de ellas fenecida, la escuela de la exégesis; otra, de características totalmente opuestas y en expansión: las doctrinas evolutivas, historicistas y subjetivistas. Cabe ahora exponer la interpretación conforme al realismo clásico o iusnaturalísimo, que ofrece a diferencias de las dos anteriores las características que siguen.

Como principio afirma “la objetividad interpretativa, pues implica sostener, en primer término, que existen exigencias intrínsecamente inteligibles de justicia, tanto en su expresión universal, como en una determinación o expresión cultural concreta”¹¹, que no depende de la subjetividad de cada sentenciante. Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción principal, *interpretar* significa “explicar o declarar el sentido de algo y principalmente de un texto”. *Intérprete* deriva del latín *interpres*¹², cuyo significado es traductor, mediador. Por tanto, el primer rasgo que aparece nítidamente en la interpretación realista reside en que es el conocimiento de un objeto, generalmente un texto, que no es creación ni invención, pues el proceso de conocimiento se basa en la objetividad.

Pero si bien el texto es el eje principal de esta actividad, no es el único elemento objetivo, pues el intérprete o mediador debe juzgar a la luz del caso particular, o sea, los hechos conflictivos a los que está llamado a resolver. Por ello el intérprete tiene por misión (Kaufmann) “poner en correspondencia” las normas con la situación vital, ya que las primeras sólo se determinan, o mejor, únicamente se configuran de modo definitivo, a partir de su relación con los hechos, en un ajustamiento “analógico” o “complementario” del que es necesario extraer un *tertium*: la norma del caso concreto; en suma, el derecho (justo u “objetivo”) de cada situación¹³.

Pasando ahora de la objetividad de lo conocido a la subjetividad del cognoscente, o sea el intérprete, desde la filosofía clásica, contemporáneamente, se ha redescubierto la razón práctica aristotélica, pues puso en evidencia

11 Zambrano, P., prólogo de Laise, L. D. (2017). *El poder de los conceptos*. México. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional

12 Corominas, J. (1976). *Breve Diccionario Etimológico de la lengua castellana*. Madrid. Editorial Gredos, 338.

13 Kaufmann, A. *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Santiago. E. Jurídica de Chile, citado por Rabbi Baldi, R. (2002). “Precomprensión y jurisprudencia”. En *Revista Persona y Derecho*, n° 47. Navarra.

que la razón no sólo se guía por la lógica analítica aplicable a las ciencias físico matemáticas y la metafísica, sino las más de las veces para conocer las acciones humanas cuyas principales características son la contingencia, o sea, variabilidad, y a la vez, para valorar axiológicamente, utiliza el logos de lo razonable. Este argumento es fundamental para contradecir tanto a la rigidez de la exégesis cuanto a la maleabilidad de las interpretaciones evolutivas y vivientes. En esta dirección se inscriben las obras de Chaim Perelman¹⁴, Theodor Viehweg¹⁵, Wilhelm Hennis¹⁶, Luis Recasens Siches¹⁷ y entre nosotros, principalmente, Félix Lamas¹⁸, Rodolfo Vigo¹⁹ y Jorge Portela²⁰, que difundieron esta función práctica de la lógica, como también otros autores que proviniendo de posiciones muy distantes al iusnaturalismo advirtieron el acierto de los ancestros de la filosofía occidental.

Más allá de la lógica analítica, para resolver los problemas de la praxis pasa a cobrar relevancia la argumentación de que es un razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o niega. Por ello, se inserta en el ámbito de la deliberación que implica referirse a cuestiones que no tienen una única solución o que ella se defina por su necesidad. Bien se ha dicho que “frente a la deducción se afirmará la argumentación como un campo en el que es posible obtener enunciados racionales sobre cuestiones axiológicas, puesto que uno de sus propósitos fundamentales es rescatar la posibilidad de un pensamiento valorativo racional frente a la insuficiencia radical de la lógica y el método empírico para satisfacer esa necesidad”²¹.

Sin perjuicio se resalta el beneficio aportado por la reincorporación de los argumentos, ya que refuerza las pretensiones de las partes y aclara la opacidad del conflicto, no es menor el riesgo que se corre en suplantarse o identificar expresa o tácitamente la interpretación por la argumentación, sosteniendo que el Derecho se ha tornado en una práctica argumentativa, ya que ni el texto ni la interpretación resultan suficientes para brindar la

14 Perelman, Ch. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid. Editorial Civitas.

15 Viehweg, T. (1991). *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona. Gedisa.

16 Hennis, W. (1973). *Política y filosofía práctica*. Buenos Aires. Sur.

17 Recasens Siches, L. (1971). *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. México. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México.

18 Lamas, F. A. (2008). *La dialéctica clásica, la lógica de la investigación*. Colección Circa Humana Philosophia, Instituto de Estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino.

19 Vigo, R. (2013). *La interpretación o argumentación jurídica como saber jurídico prudencial-retórico, Quid Iuris*. Tribunal Electoral de Chihuahua de México, vol. 22.

20 Puy Muñoz, F. y Portela, J. (2005). *La argumentación de los operadores jurídicos*. Buenos Aires. EDUCA.

21 Cfr. Assef, L. M. (2003). *Argumentación jurídica y semiosis social*. Rosario. Editorial Juris, 53.

respuesta correcta. Por el contrario, entiendo que el texto, la interpretación y la argumentación son entidades diferentes y a la vez complementarias para una eficaz resolución de los conflictos.

3.2. *Legislación*

Como última entidad constitutiva de la interpretación en el realismo clásico, se encuentra la legislación, primera palabra que encabeza el título de esa exposición y que he dejado para el final. El término *ley* es análogo pues comprende los primeros principios universales de justicia que son dados por nuestra humana naturaleza, como también las leyes positivas; algunas de ellas cuyo contenido es un reconocimiento supralegal de esos principios, como lo afirma el artículo 28 de la Constitución Nacional.

El destacado helenista alemán, Werner Jaeger, pronunció una conferencia en homenaje a Roscoe Pound, publicada en 1947, titulada “La alabanza de la ley”, donde destaca su desarrollo en Grecia, cuna de nuestra cultura del *nomos*. Afirma, entre otros análisis: “[...] la ley era para Heráclito la muralla espiritual que protege la vida de una comunidad y no puede ser salvaguardada con la simple defensa de las murallas de piedra, si al mismo tiempo se derrumban las leyes que sustentan la estructura interna. La ley es el fundamento invisible sobre el que descansan los miembros de una comunidad. Por su parte, para el Platón de *La República*, el modelo ciudadano debía ser la educación de la polis, pero al final de su vida se tornó más realista y escribió *Las leyes*, cuyos legisladores orientados por la filosofía guían la vida de los hombres”²².

Para Aristóteles, la ley es intrínsecamente superior a cualquier decisión de un individuo, por esclarecido y sabio que sea. Reconcilia el *nomos* y la *physis*, y tiene en claro que en el derecho de la ciudad hay elementos naturales y permanentes junto a otros convencionales y mutables²³. Pasando a la escolástica, según Tomás de Aquino la ley reúne los siguientes constitutivos: tiene como fuente la razón común, o sea, pública, y como finalidad primaria, no un bien particular, sino el bienestar general de toda la comunidad; de aquí su superioridad institucional sobre las normas particulares como las sentencias, que tienen su razón de ser en el conflicto concreto. La diferencia con el positivismo legalista reside en que para el iusnaturalismo algunas leyes positivas participan de principios nucleares o básicos brinda-

22 Werner, J. (1947). *La alabanza de la ley. Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos*. Interpretations of Modern Legal Philosophie, Oxford University Press, 332-375.

23 Truyol y Serra, A. (1970). *Historia del Derecho y del Estado*. T. I. Madrid. Manuales de la Revista de Occidente, 182.

dos por la naturaleza humana, pues sin esta participación en algo común no podría hablarse de la universalidad de los Derechos Humanos. Por el contrario, el positivismo es escéptico respecto a que algunos valores morales integran necesariamente el espacio jurídico además de sostener que la norma positiva es la única fuente de derechos.

3.3. Aplicación de la ley y la creación judicial

Me propongo, primero, efectuar algunas distinciones semánticas y, luego, brindar las pautas que orientan el cometido propio de la función judicial. Hasta aquí he empleado el término Derecho para significar norma o ley, pero cabe aclarar que se trata de un término polisémico, con más precisión análogo, o sea, al igual que la ley, designa entidades esencialmente diferentes entre sí pero relacionados por una semejanza. El término Derecho clásicamente significa “aquello que le corresponde a otro en una relación jurídica” o más simplemente, “lo suyo de cada uno”. La ley es una causa, razón y medida que demarca al Derecho y por tanto si bien hay semejanza, no hay identidad.

En cuanto a la aplicación de la ley, de esta manera se da una complementariedad necesaria entre las leyes, que son normas generales, y las sentencias que son particulares. Hay que partir del hecho de que las leyes no exponen el Derecho exactamente perfilado y aplicable mecánicamente, pues en ellas se cristaliza una determinada valoración acerca de cómo deben ser tratados determinados problemas o conflictos que no son en rigor los mismos que el juez tiene ante sí. Por ello lo específico de la actividad judicial no es la mera deducción de una conclusión a partir de cierta premisa, sino el razonamiento que conduce a establecer tal premisa en el marco del Derecho vigente. La voluntad del legislador es un elemento más a la hora de dibujar la premisa mayor del razonamiento judicial; en este aspecto, la ley puede configurarse como una razón para decidir²⁴. En la tarea judicial puede abrirse el camino hacia lo que suele denominarse la creación del Derecho, tratándose de parte del juez más de un descubrimiento de lo que corresponde a cada parte en el conflicto, que de una creación y para ello debe usar la prudencia jurídica que no en vano a través de los siglos fue conocida como *iuris prudentia*.

Considero que el concepto *creación* aquí empleado es metafórico, pero tiene su cuota de verosimilitud, en tanto el *derecho* es lo que corresponde a las partes en disputa y en múltiples oportunidades se encuentra imbricado

24 Prieto Sanchís. Ob. cit., 123.

en una confusa situación fáctica. De ahí la acertada mención de la “opacidad” del Derecho, referida al caso concreto. Por tanto, el juez realiza una tarea creativa en descubrir lo suyo de cada uno en las controversias judiciales. Creo que esta descripción y delimitación de la tarea del sentenciante tiene poco que ver con el actualmente llamado “activismo judicial”, que no se refiere a que los jueces estén más activos que antes, sino que se transforman en autores de normas no contempladas en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de ello, más que hablar de interpretación “legal”, lo adecuado semánticamente es la referencia a la interpretación “jurídica” que a partir del texto se abre a una realidad particular. Bien se ha dicho que “el juez no es únicamente el vehículo inerte que pronuncia las palabras de la ley. Pero tampoco es el hercúleo juzgador de Dworkin, confiado en la capacidad de su razón para desentrañar la regla a partir del Derecho vigente. La indagación del sentido del Derecho –como forma de entender la interpretación jurídica– ha de partir de una revisión a la vez ontológica y epistemológica en donde se integren sujeto, objeto, contexto y fin del proceso interpretativo”²⁵.

Como corolario final considero que corresponde a los legisladores y no a los jueces elaborar normas generales, ya que se trata de una función primordialmente política, si bien subordinada a la ética. También, es de relevancia recordar que en el siglo XX nuestro orden jurídico rescató la preterida noción de justicia social y el antiguo sinalagma griego o equilibrio de las prestaciones, mediante la Ley N° 17.711, estableció institutos como el abuso del derecho, la lesión subjetiva, la lesión enorme, la teoría de la imprevisión y otros similares que viabilizaron la flexibilización de las leyes y brindaron a los jueces un mayor campo de acción. Asimismo, siempre está vigente recurrir a la equidad, que no significa la descalificación de la ley sino la inadecuación del caso por sus circunstancias específicas y, por último, declarar la inconstitucionalidad de normas que no respeten los derechos amparados por ley fundamental.

A partir de estas reflexiones podemos entender la incertidumbre e inseguridad que se puede producir en un orden jurídico si se oscurece el orden de primacía entre las fuentes del Derecho y la función específica de cada uno de los poderes del Estado, tal como lo establece la Constitución Nacional. Como conclusión, considero necesaria la centralidad de la legalidad fundada en la naturaleza humana, sin perjuicio de la insustituible función judicial que se caracteriza por operar el Derecho en particular, dándole a cada cual lo que le corresponde.

25 Vázquez Robles, G. G. “Revisión filosófica de las escuelas de interpretación jurídica”, www.academia.edu/36575128, 90.