

LA CLAVE DEL DERECHO: DE LA INTERPRETACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN ¹

Oscar Sarlo

Introducción

En el campo del Derecho la interpretación siempre fue un tema central. Pero, alrededor del siglo XIX surge un modo de ciencia o saber acerca del Derecho que se llamó dogmática jurídica, que fue construida básicamente sobre el modelo de la dogmática religiosa. El esquema era el mismo, el Derecho dispone de unos textos dotados de autoridad y esos textos requieren interpretación; pero no de la interpretación de cualquiera sino de intérpretes dotados de autoridad y esto permite construir un cuerpo de interpretaciones que se suele llamarse doctrina en Derecho, que pasa a tener una relevancia muy particular porque sus autores son autoridades, académicos de autoridad y además lo que ellos dicen no lo imputan a sus propias creencias o deseos sino que lo imputan a un texto que está dotado de autoridad. Es exactamente el mismo esquema de la exégesis religiosa, esto le da a esas interpretaciones un poder muy grande.

La interpretación de la dogmática jurídica: función y status epistemológico

En el campo del Derecho este cuerpo del saber dogmático pretendía ser un saber científico. No lo es en el sentido de una ciencia racional, una ciencia que de alguna manera, tome en serio los hechos. Es un cuerpo de proposiciones interpretativas que trata de presentar los materiales que produce el legislador o inclusive el que produce la jurisprudencia, de la manera más correcta posible. ¿Para qué? Para volverlo más aceptable, más utilizable, más justo. Esto muestra claramente que esa labor que hacen los doctores es esencialmente práctica. Ellos no están movidos por el afán de saber puramente teórico, sino por un saber práctico. ¿En qué consiste ese objetivo práctico? Bueno, en producir interpretaciones que sean más coherentes, más justas, más aplicables que las que produce el legislador. Porque el legislador produce textos pero de una manera

¹ El texto recoge la versión grabada de la disertación realizada en la sesión del día 16 de julio de 2014 en la Academia Nacional de Letras, a la cual he introducido algunas correcciones y subtítulos.

caótica, y aún cuando lo hiciera de una manera correcta y coherente, tiene la particularidad que se acumula con otros textos que ya están previamente dotados de autoridad que deben amalgamarse con los nuevos, y por lo tanto, siempre va a requerir una interpretación para saber qué queda vigente de lo anterior y que queda modificado por el devenir del Derecho.

El sistema jurídico como un todo, requiere permanentemente una interpretación y eso implica una tarea creativa de esquemas de interpretación que en el Derecho se llaman doctrinas². Éstas están destinadas básicamente a informar sobre el Derecho pero sobre todo y particularmente a facilitar la labor de los jueces. Si los jueces tuvieran que manejar la masa de disposiciones que genera el sistema formal del Derecho, cuando muchas veces disponen de unas pocas horas para dictar una resolución sobre un caso, sería prácticamente imposible si no existiera la mediación de estas doctrinas que presentan de una manera más simple, coherente, armónica, y más fácil de aplicar el material caótico de las disposiciones vigentes en un determinado momento.

En un esquema epistemológico, podría decirse que –en su versión más virtuosa– la labor de la dogmática es tecnológica. Es decir, cuando se elabora sobre bases racionales puede equipararse a la tecnología que consiste en la elaboración de programas generales para resolver casos. Los artefactos que producen los dogmáticos son esquemas para resolver casos masivamente por los jueces. Por lo tanto, no producen, como el juez, una sentencia para un caso en particular sino que producen esquemas para resolver casos en general.

En el caso del Derecho, esto cobra una particular relevancia por lo siguiente. En el campo del Derecho no se trata de interpretaciones ingenuas o que no tengan consecuencias; muy por el contrario, las interpretaciones del Derecho son ni más ni menos que la condición, muchas veces, de la aplicación de la violencia institucional. Y cuando nos enfrentamos a este fenómeno –el ejercicio de la violencia institucional– la interpretación del Derecho deja de ser tan teórica o tan inocente y pasa a interesarnos mucho más, porque de una disputa de interpretaciones o de un manejo arbitrario de la interpretación se puede conseguir o impedir consecuencias muy graves. A veces graves para la sociedad, por ejemplo la declaración de

2 Es cierto que muchas veces la dogmática jurídica habla de “teorías”, pero es un uso espúreo del término, ajeno al uso habitual en epistemología, ya que no son construidas con fines descriptivos o explicativos, sino normativos.

inconstitucionalidad de una ley puede hacer caer toda una práctica social pero también para una persona, cuando se decide su libertad.

Positivación de los cánones interpretativos

Entonces, las interpretaciones parecería que son importantes. Acá se genera una trabazón, los juristas siempre se dieron cuenta de este problema y ya desde lo romanos existió el interés por regular un supuesto método de interpretación para conservar la racionalidad del procedimiento de los que aplican el Derecho. Es decir, que no tomen decisiones arbitrarias y se les pide que se ajusten a un método de interpretación, ahí estaría la base de una cierta racionalidad en la aplicación de las normas. Esto no quedó en una exigencia solamente epistemológica sino que, ya desde la época de Justiniano aparecen los primeros intentos de regular un método también normativamente, o sea, por vía prescriptiva decirle al juez que las leyes deben interpretarse de esta manera, mediante este criterio, dar pautas o cánones interpretativos sancionados positivamente. Esta práctica fue creciendo a partir de la extensión de la codificación civil en Europa y luego se hicieron universales. Prácticamente todos los códigos incorporan unas reglas o pautas de interpretación del Derecho, o sea, el mismo Derecho (el legislador) establece cómo deberían interpretarse sus disposiciones. Esto se ha enseñado como lo más natural del mundo. Yo me formé en esa escuela que daba como la gran virtud del Derecho que no solamente tiene un método sino que además el legislador lo incorpora al Código Civil con toda una serie de reglas a partir del artículo 12 de nuestro Código Civil. Por esa razón, dichas disposiciones han sido interpretadas tradicionalmente como de rango superior a la legislación ordinaria, y de aplicación más allá del derecho civil. Generalmente se consideró que eran especies de principios generales para interpretar todo el Derecho no solamente el Civil y ahí están contenidas unas diez o doce reglas de interpretación.

Crítica de la racionalidad interpretativa

Ahora ¿qué es lo que ha pasado con esto? Después de la pérdida de la inocencia en tantas cosas que acompañó a las dos grandes guerras europeas, se comenzó a revisar estas cuestiones y aparecen las dos grandes críticas a las formas de entender el Derecho, que se corresponden con las dos grandes filosofías de la sospecha: la her-

menéutica y la analítica del lenguaje. Desde las dos vertientes se empezó a advertir que esta intención de regular la interpretación judicial por vía de establecer pautas positivas era un camino que no conducía a nada. ¿Por qué?

a) Para los analíticos, es una petición de principio o se incurre en una circularidad, porque si yo digo desde el mismo discurso normativo, que estas normas se interpretan de esta manera, la pregunta salta enseguida: ¿y cómo se interpretan las normas que regulan la interpretación? No me da una solución. Es un poco como la falacia del mentiroso porque yo mismo no puedo disponer en el mismo nivel del lenguaje sobre la verdad de los enunciados que emito. Parecería que para regular el modo de interpretación de las leyes deberíamos tener normas de un nivel superior. Por ejemplo, esos criterios deberían estar en la Constitución. Pero, de todas maneras, el problema se traslada porque la Constitución debería tener una norma superior que dijese como se interpreta la Constitución. O sea, la norma interpretativa en la medida que establece o conduce a la verdad del significado del discurso normativo no puede estar al mismo nivel que el discurso normativo.

b) Desde el punto de vista hermenéutico también aparece la crítica después de la célebre polémica en la década de los '50 entre Hans-Georg Gadamer y el jurista italiano Emilio Betti, que defendía una teoría de interpretación sometida a unos cánones perfectamente objetivados y que permitían llegar a conclusiones seguras de la interpretación. Gadamer realiza una crítica demoledora, sosteniendo que la hermenéutica en realidad era una actividad en parte inmanejable, sino que era una actividad espontánea que tenemos en nuestro trato (experiencia) con el mundo y que por lo tanto no puede estar sometida a cánones. Y que cuando pretendemos hacerlo deliberadamente como una actividad orientada a producir una interpretación, en realidad, hay una gran labor subjetiva de creatividad que no se somete fácilmente a los cánones descriptos. El tema quedó instalado en términos de que la actividad interpretativa no es una actividad del tipo metódica como la ciencia, sino que es una actividad fuertemente creadora donde el intérprete elabora una versión distinta de los materiales que interpreta con el fin de responder a sus propias necesidades.

Una nueva respuesta al problema de la discrecionalidad: la argumentación

Cuando se toma conciencia de esto, se empieza a plantear nuevamente el problema eterno: ¿y dónde está el control de racionalidad para la labor de los jueces, si no podemos controlar su subjetividad, especialmente porque puede elegir las premisas a partir de las cuales va a elaborar el fallo? Esas premisas que él elige no están preestablecidas y no pueden regularse previamente. Así es que –de hecho– los jueces tienen una alta discrecionalidad para fallar pero también –de hecho– no usan esa discrecionalidad, es decir que funcionan algunas formas de control. Entonces ahí aparece una nueva perspectiva que dice "la racionalidad y por lo tanto el control de la actividad de los jueces, está en otro lado, está en la argumentación". Si exigimos al juez buenas razones para decidir, entonces él ya no podrá Decidir cualquier cosa. Para empezar, el juez sólo podrá partir de premisas que están en la ley, no puede elegir cualquier premisa. Pero además, deberán ser premisas cuya pertinencia con el caso esté consensuada por la dogmática recibida. A partir de allí, deberá argumentar, cuidando que las conclusiones se sigan de las premisas; el razonamiento no puede tener quiebres y debe ser coherente. Eso es todo lo que le podemos pedir a una argumentación racional.

¿Cómo se llega a este nuevo paradigma? Ello sucede a partir del planteamiento de un autor belga –Chaïm Perelman– que pasó a la historia por lo menos en esta disciplina, cuando publicó un *Tratado de la argumentación* general que él subtitó "La nueva retórica" (1958). En esta obra Perelman estudió todo tipo de argumentaciones. Habiéndose formado en la lógica formal, pasó luego a la lógica informal, como él la llamaba, porque le pareció más interesante. Ahí encuentra una cuestión clave para él y que ha pasado a ser muy importante para la teoría del Derecho: la calidad y el rigor de la argumentación está determinado por el auditorio. El auditorio es el que marca las condiciones y la calidad de la argumentación. Esto luego se ha traducido en que muchos juristas empezaron a pensar que lo que importaba para mejorar la calidad de los jueces y la justicia que tenemos era mejorar la calidad del auditorio. Y la calidad del auditorio en materia judicial es muy dinámica porque por un lado, los propios jueces son auditorios de las argumentaciones de los abogados pero por otro lado, los jueces argumentan para que sus sentencias sean aceptadas por magistrados de mayor rango, o por la academia del Derecho. La labor crítica que tiene la academia del

Derecho cumple una especie de contralor sobre la actividad de los jueces. A partir de ahí se entendió necesario incorporar la enseñanza de la argumentación en la formación de juristas. Antiguamente la retórica era una parte importante de la formación de cualquier académico o estudioso, pero se abandonó como una práctica no muy racional. Hoy en día se ha restablecido el interés por enseñar la argumentación en los países desarrollados. Nosotros seguimos totalmente ajenos a este cambio de paradigma en cómo entender el Derecho. Inexplicablemente no se ha entendido así y se sigue enseñando un Derecho en el cual se presupone que su aplicación práctica responde al esquema deductivo. Y esto es absolutamente insostenible. Ahora, más allá de esto que explica el por qué hay un cambio en la clave del Derecho que gira de la interpretación hacia la argumentación yo considero –y en esto voy a coincidir con Vaz Ferreira– que preparar a la ciudadanía para entender la argumentación y comprender los problemas públicos de un modo racional es la mejor garantía para un sistema democrático. O sea, no solamente los juristas tendrían que formarse mejor en argumentación sino que tendríamos que enseñar –como quería Vaz Ferreira– a razonar lo más correctamente posible los problemas cotidianos. Esto resulta crucial para el desarrollo de la democracia. Así lo entendían los griegos también. Si no razonamos públicamente, si aceptamos cualquier tipo de argumentación nos pueden vender cualquier tranvía también, entonces poco podríamos controlar a los jueces que podrían decir cualquier cosa sin control. No hay otra forma de hacerlo.

Una razón adicional para el cambio de paradigma.

A las razones expuestas que llevaron a que el centro de la experiencia jurídica se traslade de la interpretación a la argumentación, yo he agregado últimamente una razón adicional que no la he visto en ningún otro autor expuesta con claridad. Viendo la insistencia legislativa en la pretensión de regular la interpretación por vía legislativa³, he observado que la idea de regular por vía legal la interpretación judicial, es absurda fácticamente, porque no se ha analizado

3 La Ley N° 18.572, “Abreviación de los procesos laborales” de 13-9-2009, introdujo nuevas directivas interpretativas en su art. 30: “Las normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el artículo 1° de la presente ley y a los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 72 y 332 de la Constitución de la República). El tan debatido proyecto de ley interpretativa de la Ley de Caducidad, presentado por el Poder Ejecutivo en el 2010, contenía también directivas interpretativas en la materia, pero al sancionarse la Ley 18.831, de 27-10-2011, fueron eliminadas dichas directivas interpretativas, ante las críticas recibidas.

debidamente en qué consiste interpretar y en qué consiste la función del Derecho.

Si aceptamos las teorías más recibidas hoy en día, las teorías analíticas que estudian los fenómenos jurídicos, es claro que el Derecho regula comportamientos, regula conductas, es decir, la exteriorización de movimientos, acciones que puedan afectar a terceros. Llamémosles acciones en términos generales, comportamientos en el sentido más deliberado, pero siempre estamos buscando movimientos exteriores o captados –de alguna manera– sensorialmente. Lo que creo que no se había observado antes, es que interpretar no es ningún comportamiento. Interpretar es un fenómeno mental; bien comprendido es un fenómeno que acontece en nuestra mente. Es una cierta representación o idea, sugerida por un texto o por fenómenos o acontecimientos que percibimos. La interpretación es la reproducción del sentido en nuestra mente a partir de ciertos acontecimientos y otros fenómenos que hemos observado. ¿Pero cómo puede regularlo el derecho? Si es un fenómeno que ocurre en la mente no puede estar sometido a ningún tipo de reglamentación. No puede estar juzgado por el Derecho porque no es algo observable. Cuando yo formulo esta observación se me responde: “bueno, pero el juez dice 'yo interpreto que...'”. Cierto, pero lo que pasa ahí, y que no se había advertido claramente, es que el juez lo que hace es argumentar cómo interpretó el Derecho. En realidad lo que él interpretó honestamente, no lo sabemos. Y tampoco nos interesa porque eso no es regulable, lo que nos interesa en el derecho es lo que dice efectivamente, lo que produce, la sentencia, el fallo que produjo, el discurso. Ahora, habría que reinterpretar todo lo que pasa con esto porque no podemos hacer como que no existe. Cuando el Código Civil dice “...el juez deberá atenerse al sentido literal de la disposición...” ¿Qué quiere decir? Bueno, descartado el intento de estar gobernando la interpretación, entonces sólo cabría entender que está regulando los modos de argumentar o justificar la opción interpretativa que expresa. Es decir, el Código vendría disponer qué argumentaciones son válidas y cuáles no. Por ejemplo, está claro que el juez no podría decir que llegó a tal interpretación consultando a un gurú o tirando una moneda. En cambio podrá aducir que su interpretación resulta del propio texto, o de otras consideraciones, pero tendrá que utilizar alguno de esos tópicos. Al disponer eso, no está regulando la interpretación, sino que está regulando los modos de justificar las opciones interpretativas. Porque la argumentación

sí es una acción pública, sí es controlable. Yo puedo condicionar a que se mencionen ciertas cosas o que no se mencionen. Yo puedo exigirle al juez que tenga coherencia porque eso aparece exteriormente, es parte de un discurso, no es parte de un fenómeno mental. A partir de esto, me parece que habría que reinterpretar desde una perspectiva más racional todo lo que se ha escrito sobre el supuesto método de interpretación y que deberían seguir los jueces, y que, a mi juicio, no siguen en absoluto o no tiene ninguna virtualidad. En suma, el control de la discrecionalidad de los jueces no radica en imaginar métodos de interpretación, sino en la exigiendo –y controlando– que sus modos de argumentación sean racionales, o al menos, razonables.