

EL MODELO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA Y LA PRÁCTICA JURÍDICA EN LOS SISTEMAS DE LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA

Oscar José ECHENIQUE MAGALHÃES
Universidad Federal de Pelotas (Brasil)

RESUMEN

Este ensayo busca examinar en qué medida el modelo de interpretación constructiva, sustentado por Ronald Dworkin en el ámbito de su teoría del derecho como integridad, se ajusta y permite explicar las experiencias jurídicas que se desarrollan bajo los sistemas de derecho de la tradición jurídica romano-canónica. Lo que se intenta demostrar es que no obstante el modelo de Dworkin no se ajuste bien a nuestras experiencias jurídicas, algunos de los argumentos centrales de su crítica al modelo positivista constituyen una importante contribución a la teoría del enjuiciamiento y, con algunos ajustes, efectivamente ayudan a comprender y explicar nuestras prácticas jurídicas. Con todo, el modelo de interpretación constructiva no parece constituir una alternativa, sino más bien un complemento necesario a una teoría positivista moderada como la de H. L. A. Hart.

SUMMARY

This essay proposes to examine in what measure the constructive interpretation model sustained by Ronald Dworkin in the scope of his theory of law as integrity fits and allows to explain the legal experiences developed under the law systems of the roman-canonic tradition. What it intends to demonstrate is that even though Dworkin's model does not really fit our legal experience, some of the central arguments of his critic of the positivist model constitute an important contribution to the theory of adjudication and, with some adjustments, effectively help to understand and explain our legal practices. Nevertheless, the constructive interpretation model does not seem to constitute an alternative, but instead a necessary complement to a moderate positivist theory like that of H. L. A. Hart.

Dworkin es uno de los más influyentes teóricos del derecho de la actualidad. Por más que se pueda disentir de sus ideas, su contundente crítica al positivismo jurídico —que hizo del positivismo analítico de Hart su blanco preferente— ha sacudido indiscutiblemente las bases de la teoría jurídica contemporánea, particularmente en lo que se refiere a la teoría de la interpretación y del enjuiciamiento. Su teoría del derecho como integridad se presenta como una concepción alternativa supuestamente capaz de superar las insuficiencias de la concepción positivista que aún domina el pensamiento jurídico occidental. Interesa, pues, intentar verificar hasta qué punto el aporte de Dworkin efectivamente contribuye a una mejor com-

prensión y explicación de la práctica jurídica en los sistemas de nuestra tradición. Más que someterla a un análisis crítico en el plan teórico, lo que trataré de hacer será contrastar la teoría dworkiniana de la interpretación y del enjuiciamiento con nuestra práctica jurídica, para verificar si se ajusta a nuestra experiencia jurídica y para comprobar su capacidad aclaratoria.

No son pocos los que dudan de que la concepción de Dworkin pueda aplicarse fuera del ámbito anglosajón —si es que realmente lo describe de forma adecuada. Las significativas diferencias entre las tradiciones jurídicas anglosajona y romano-canónica, particularmente en lo que concierne a las fuentes del derecho y a los modelos de enjuiciamiento que les corresponden, parecen efectivamente constituir un obstáculo a la aplicación, sin más, de las tesis de Dworkin a las experiencias jurídicas que se producen en el ámbito de nuestra tradición. En especial, la importancia que asume el juez en la teoría de Dworkin —representado por la figura prototípica de Hércules— justifica que se dude de su capacidad de ajustarse y de explicar prácticas jurídicas en las cuales el papel de los jueces no tiene igual importancia. Como se sabe, el juez es el gran protagonista de la tradición jurídica anglosajona, mientras en nuestra tradición los juristas comparten con los legisladores el centro de la escena. Aunque esa diferencia quizá ya no sea tan marcada, nuestro derecho continúa siendo un derecho de juristas, no sólo por la influencia de la teoría jurídica sobre el legislador, sino también por la determinación interpretativa del sentido y alcance de las reglas legales que los jurisconsultos, conjuntamente con los tribunales, realizan. No obstante, las cuestiones de que se ocupa Dworkin no nos son ajenas.¹ De modo que vale la pena someter su teoría a un *contraste de rendimiento* en el ámbito de nuestra tradición jurídica.

Está claro que el análisis que presento estará fundado en mi concepción acerca de lo que sea —en términos genéricos y con abstracción de las peculiaridades de los diferentes sistemas— una caracterización adecuada de la práctica jurídica en la tradición romano-canónica, concepción que, a su vez, queda sometida a la crítica del lector.

I. LA DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL SISTEMA JURÍDICO

Posiblemente, la mayor contribución de Dworkin a la teoría jurídica haya sido la de renovar el debate acerca de los elementos y de los límites del ordenamiento jurídico. Aunque la cuestión no sea reciente, por su originalidad y fuerza la crítica de Dworkin ha conseguido romper la hegemonía de la concepción positivista establecida, compeliendo a sus más escrupulosos adeptos a afrontar algunos problemas para los cuales las soluciones hasta entonces ofrecidas se han revelado insatisfactorias o insuficientes. Tiene Dworkin el mérito de haber puesto de manifiesto que

1. Cf. CALSAMIGLIA, Albert, “¿Por que es importante Dworkin?”, en *Doxa*, 2, 1985, p. 164.

el criterio positivista del origen, de por sí, no permite identificar ciertos patrones normativos —principios, directivas, teorías— que no obstante participan decisivamente en el proceso de enjuiciamiento. Dworkin nos hace ver que esos patrones se determinan mediante un proceso interpretativo que permite al juez que construya, a partir del derecho preexistente, la solución de casos para los cuales las reglas que se identifican por su origen no proveen, solas, una solución.

La conclusión de Dworkin es drástica. Según él, la tesis positivista del “pedigrí” no sólo es insuficiente, sino que implica consecuencias inaceptables y debe ser sustituida por una teoría interpretativa que permita comprender cómo efectivamente se da el enjuiciamiento y, al mismo tiempo, posibilite justificar moralmente el uso de la coacción. El mismo positivismo, como teoría interpretativa, debería ceder lugar a su concepción del *derecho como integridad*.

En el epílogo de *Law's Empire*, Dworkin sintetiza el objetivo de su teoría:

“Law is an interpretive concept. Judges should decide what the law is by interpreting the practice of other judges deciding what law is. General theories of law, for us, are general interpretations of our own judicial practice. We rejected conventionalism, which finds the best interpretation in the idea that judges discover and enforce special legal conventions, and pragmatism, which finds it in the different story of judges as independent architects of the best future, free from the inhibiting demand that they must act consistently in principle with one another. I urged the third conception, law as integrity, which unites jurisprudence and adjudication. It makes the content of law depend not on special conventions or independent crusades but on more refined and concrete interpretations of the same legal practice it has begun to interpret”.²

A su vez, Hart sostiene que la teoría interpretativa de Dworkin no puede dispensar de una regla de reconocimiento que permita identificar las normas válidas en el ámbito de un determinado sistema jurídico.³ Así que, en lugar de sustituir los criterios que constituyen tal regla, la prueba interpretativa de Dworkin, si es el caso, debe adicionarse como un criterio dependiente de los criterios que permiten identificar el “derecho constituido”, que sirve de punto de partida para la identificación de los patrones normativos que son traídos a la luz por la interpretación.

En efecto, uno de los aspectos inquietantes de la teoría de Dworkin es la imprecisión —para no decir la eliminación— de los límites del sistema jurídico⁴.

2. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 10ª edición, 1997, p. 410. En las referencias subsiguientes esta obra será citada apenas por las iniciales *LE*.

3. HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2ª edición, 1994, *Postscript*, pp. 263 y ss.

4. Según Anna Pintore, con el propósito de establecer la *plenitudo interna* —la *chiusura*— del ordenamiento jurídico a través de los principios, Dworkin acaba por anular completamente los límites del derecho (PINTORE, Anna, *Norme e principi: una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 44-46).

Dworkin parece pensar que la circunstancia de que ciertos patrones normativos aceptados en la comunidad actúen como razones determinantes de decisiones judiciales conlleva la invalidación de la tesis de los límites del sistema jurídico. Raz señala que, para invalidar tal tesis, sería necesario demostrar que todas las reglas sociales —independientemente del reconocimiento de su validez jurídica— son automáticamente vinculantes como derecho, por lo menos desde que sean compatibles con las reglas válidas por su origen. Pero de hecho eso no ocurre. Aunque en la mayoría de los sistemas jurídicos se adopte el principio general de que los jueces deben actuar con base en los valores y opiniones compartidas por la comunidad —o por algún segmento importante de la comunidad—, eso no implica que los jueces estén obligados a aplicar normas sociales específicas, ni significa la conversión en derecho de toda la moralidad social y la subversión de la tesis de los límites del derecho⁵.

No obstante, la teoría de Dworkin arroja luz sobre una cuestión importante: lo que, en los sistemas jurídicos llamados de derecho legislado, hace que se considere jurídicamente válidos y vinculantes ciertos patrones normativos parece ser precisamente una prueba interpretativa que permite ligarlos a las normas válidas por su origen, que constituyen el sistema legal, ya porque se encuentran implícitamente consagrados en tales normas, ya porque se ajustan a ellas y permiten que sean mejor justificadas. Y una vez que la comunidad de los intérpretes —jueces y juristas— considere que determinados patrones satisfacen tal prueba, reconociéndolos como jurídicamente válidos, no creo que queden dudas de que tales patrones, de algún modo, integran el sistema jurídico. Eso no implica convertir en derecho toda la moralidad social, ni subvertir la tesis de los límites del sistema jurídico. La prueba interpretativa aceptada y usada por la comunidad de los intérpretes del derecho en general —y por los tribunales en particular— permite identificar los patrones normativos jurídicamente válidos y determinar los límites del sistema.

Pero no creo que la prueba interpretativa se presente como una alternativa a los criterios suministrados por una regla de reconocimiento, sino que funciona como un criterio adicional que permite la identificación de los patrones normativos que constituyen algo como un *sistema jurídico periférico*, que se determina por referencia a lo que se puede designar como *sistema jurídico básico*, que a su vez se identifica mediante una regla de reconocimiento aceptada en el ámbito de la correspondiente comunidad jurídica. La conexión y dependencia de este sistema periférico con relación al sistema básico se revelan como indispensables para que se pueda determinar con suficiente claridad la composición y los límites del sistema jurídico integralmente considerado y, consecuentemente, el grado de vinculación a que se encuentran sometidos los órganos encargados del enjuiciamiento en sistemas jurídicos de este tipo.

5. RAZ, Joseph, "Legal principles and the limits of law", en *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Ed. Marshall Cohen, Rowman & Allanheld, Totowa, New Jersey, 1984, pp. 77-78.

Queda así alejada, creo, la objeción de que una expansión de los límites del sistema jurídico para incorporar patrones normativos que no se dejan identificar directa y únicamente por la prueba de origen haría imposible distinguir los elementos que integran el sistema de aquellos que no lo integran. Aunque sea forzoso admitir que los límites externos de un sistema jurídico son menos estables y nítidos de lo que pretenden las versiones estrictas del positivismo, eso no quiere decir que no puedan ser temporalmente determinados con suficiente nitidez. La inestabilidad deriva de que la prueba interpretativa ha de ser rehecha cada vez que nuevos factores y argumentos relevantes se introducen en el debate jurídico, de modo que la validez de los patrones que constituyen el sistema periférico suele ser más precaria que la validez de las normas que componen el sistema básico. Es verdad que se alcanza una relativa estabilidad cuando ciertos patrones devienen consagrados en la comunidad de los juristas en general, y en la práctica de los jueces y tribunales en particular. Importa notar, empero, que hasta un patrón interpretativo reiteradamente reconocido y aplicado por los tribunales se encuentra siempre, por lo menos potencialmente, sometido a la prueba interpretativa. Cada vez que, en el debate jurídico, se aduce nuevos elementos y argumentos que desafían a los entendimientos consagrados, se hace necesario sopesar la fuerza de los argumentos y entendimientos en confrontación, para determinar interpretativamente cuál debe prevalecer.⁶ Aunque el hecho de que ciertos patrones hayan sido consagrados en reiteradas decisiones de los tribunales les confiera una presunción de validez que favorece su preponderancia, eso no significa que no puedan ser apartados cuando se considere que otros patrones satisfacen mejor la prueba interpretativa⁷.

Pero la afirmación de que cierto patrón satisface la prueba interpretativa significa, en realidad, que quienes aceptan y usan los criterios interpretativos *consideran* que satisface la prueba a que se lo ha sometido. Tal hecho sólo se evidencia con claridad —de manera que permita la afirmación de que el patrón es tenido por válido— cuando ocurre una reiteración generalizada en su adopción por la comunidad de los intérpretes, si es que llega a ocurrir. Los dos criterios, por lo tanto, son indisociables: afirmar que un cierto entendimiento acerca del derecho vigente satisface la prueba interpretativa, es realmente afirmar que los que aceptan y usan tal criterio interpretativo reiteradamente consideran que el entendimiento satisface la prueba; afirmar que cierto entendimiento se encuentra consagrado en la comunidad de los intérpretes, equivale a afirmar que tal comunidad considera que el entendimiento satisface la prueba interpretativa. Con todo, los criterios no se confunden, pues la demostración de que un entendimiento consagrado ya no satisface —o no satisface tan bien como otro— el contraste interpretativo es siempre un argumento fuerte en el sentido de su apartamiento o sustitución.

6. Eso ya lo advertía Ferrara (FERRARA, Francesco, *Como aplicar e interpretar as leis*, Cultura Jurídica, Belo Horizonte, 2003, pp. 66 y ss. — apartado del *Tratatto de Diritto Civile Italiano*, 1921).

7. Cf. ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, Landy, São Paulo, 2001, pp. 249-252.

Es cierto que los juristas frecuentemente divergen respecto a los resultados de la prueba interpretativa. Aunque el proceso de interpretación jurídica esté regido por cánones que le imponen una cierta racionalidad, es común que los diferentes argumentos que se contraponen en ese proceso, dependiendo del peso que se les atribuya, conduzcan a resultados divergentes. Por esa misma razón, sólo podemos considerar que integran el sistema los entendimientos respecto a cuya corrección existe un razonable consenso en la comunidad de los intérpretes. En los lindes del sistema, lo que tenemos es una “zona de penumbra” constituida por entendimientos concurrentes, cuya corrección y validez no se encuentran aún establecidas⁸. Así que la posibilidad de identificación de los patrones que integran el sistema periférico, y la consecuente determinación de los límites externos del sistema jurídico, no nos debe llevar a disimular la ineluctable inestabilidad de tales límites. Como el sistema periférico se determina por un proceso interpretativo y argumentativo que se realiza constantemente, se encuentra en permanente estado de reconstrucción o reforma⁹.

II. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y SUS LÍMITES

Según Dworkin, las teorías positivistas consideran ineluctable la discrecionalidad judicial porque parten de la tesis errónea de la delimitación del sistema jurídico por el criterio del “pedigrí”. La afirmación de que el juez tiene poder discrecional significaría que no se encuentra vinculado por ningún patrón emanado de la autoridad del derecho.¹⁰ En efecto, si el derecho estuviese compuesto solamente por “reglas de todo o nada” que se dejan identificar por su origen, los órganos encargados del enjuiciamiento no estarían vinculados por ningún patrón jurídico en los casos más difíciles, que no se dejan subsumir en ninguna de esas reglas. Pero como el derecho está constituido también por otros patrones normativos —principios, directivas, teorías, interpretaciones— que, si bien no pueden ser identificados por su origen, vinculan a los jueces, no existe, en un sistema jurídico desarrollado, discrecionalidad “en sentido fuerte”.¹¹ A fin de cuentas, los

8. Raz observa que la regla de reconocimiento, además de tener una “textura abierta” y ser vaga en alguna medida, puede ser también incompleta. Sin embargo, en la medida en que los tribunales se enfrentan con esos problemas y aceptan una determinada solución, modifican la regla de reconocimiento que, como regla consuetudinaria, está siempre abierta a mudanzas (RAZ, Joseph, “The identity of legal systems”, en *Essays in honour of Hans Kelsen / The Californian Law Review*, South Hackensack, N. J., 1971, pp. 808-809).

9. Sobre el carácter “abierto” del sistema jurídico como consecuencia de la naturaleza “provisional” del conocimiento jurídico, ver GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros, São Paulo, 4ª edición, 2002, pp. 22-23.

10. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, pp. 87-88.

11. Dworkin distingue lo que califica de discrecionalidad “en sentido débil”, referente al uso, por los jueces, de la facultad de enjuiciamiento al encuadrar situaciones concretas en las hipótesis

criterios rígidos de identificación de las reglas del sistema jurídico por su origen, en vez de garantizarla, atentan contra la seguridad jurídica, atribuyendo al juez un grado de discrecionalidad de que en realidad no dispone.

La crítica de Dworkin, en *Taking rights seriously*, está dirigida principalmente a la concepción de Hart, tal como se encuentra expuesta en *El concepto de derecho* (1961) y en el ensayo “Positivism and the separation of law and morals” (1958)¹². Con todo, el mismo Hart modificó y perfeccionó en escritos posteriores su posición respecto a los casos difíciles y a la creación judicial del derecho. Ya en *El concepto de derecho*, Hart señala que los jueces, cuando se ven en la contingencia de decidir discrecionalmente, están guiados por “ciertas pautas”, entre las cuales tienen especial relevancia la argumentación basada en principios y el razonamiento analógico, como instrumentos para asegurar la coherencia de sentido entre el criterio adoptado como base para la decisión y el derecho establecido.¹³ En el ensayo “Problems of Philosophy of Law”, de 1967, Hart afina su caracterización de los casos fáciles y de los casos difíciles, abandonando la idea de que la indeterminación de las reglas es mera consecuencia de la indeterminación semántica de su formulación. Escribe:

“The clear cases are those in which there is a general agreement that they fall within the scope of a rule, and it is tempting to ascribe such an agreement simply to the fact that there are necessarily such agreements in the use of the shared conventions of language. But this would be an oversimplification because it does not allow for the special conventions of the legal use of words, which may diverge from their common use, or for the way in which the meaning of words may be clearly controlled by reference to the purpose of a statutory enactment which itself may be either explicitly stated or generally agreed. A full exploration of these questions is the subject-matter of the study of the interpretation of statute.

The decisions of cases which cannot be exhibited as deductions from determinate legal rules have often been described as arbitrary. Although much empirical study of the judicial process remains to be done, it is obvious that this description and the dichotomy of logical deduction and arbitrary decision, if taken as exhaustive, is misleading. Judges do not generally, when legal rules fail to determine a unique result, intrude their personal preferences or blindly choose among alternatives; and when words like ‘choice’ and ‘discretion’, or phrases such as ‘creative activity’ and ‘interstitial legislation’ are used to *describe* decisions, these do not mean that courts do decide arbitrarily without elaborating reasons for their decisions—and still less that any legal system authorizes decisions of this kind. It is of crucial importance that cases for decision do not arise in the vacuum but in

normativas, o aun a la autoridad de que disponen algunos juzgadores para pronunciar decisiones finales de las cuales no cabe recurso; la distingue de la discrecionalidad “en sentido fuerte”, que equivale a la ausencia de limitaciones jurídicas para el juez (DWORKIN, *op. cit.*, pp. 83 y ss.).

12. HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49 y ss.

13. Ver ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, 10, 1991, pp. 185-186.

the course of the operation of a working body of rules, an operation in which a multiplicity of diverse considerations are continuously recognized as good reasons for a decision [...] and [...] may determine decision as unambiguously as a determinate legal rule".¹⁴

Hart admite, pues, que la determinación del sentido de una regla puede depender —y frecuentemente depende— de un “acuerdo general” acerca del significado de los términos legales y acerca de los propósitos de las reglas que rigen determinadas materias. En último análisis, de lo que Hart advierte es de que el consenso de la comunidad de los juristas con relación a ciertos entendimientos puede determinar las decisiones judiciales del mismo modo que una regla legal, convirtiendo en “fáciles” casos que, consideradas solamente las formulaciones legales, serían “difíciles”.¹⁵ Así, en los sistemas jurídicos de nuestra tradición, frente a un entendimiento consagrado en la doctrina y la jurisprudencia¹⁶, los jueces no suelen elegir arbitrariamente entre las alternativas *prima facie* posibles a partir de las formulaciones legales. Siéntense, al contrario, sujetos a decidir con base en tales entendimientos, que les suministran razones consistentes para sus decisiones.¹⁷ No se niega que existan casos verdaderamente difíciles, para los cuales los patrones disponibles no proveen una respuesta clara y unívoca. Con todo, los entendimientos consagrados reducen considerablemente el grado de indeterminación de las reglas del sistema legal. Luego las diversas “consideraciones que son reconocidas como buenas razones para una decisión” se encuentran, en gran parte, previamente organizadas y establecidas, de modo que los jueces disponen, al par de las reglas legales, de un conjunto accesorio de patrones normativos por los cuales se orientan y en los cuales fundan sus decisiones.

Si bien Hart tiene razón al considerar excesiva la afirmación de que existe siempre una única solución correcta que el juez debe encontrar, parece claro que, en los sistemas jurídicos de nuestra tradición, la comunidad de los intérpretes suele actuar en el sentido de establecer, entre las soluciones *prima facie* posibles con base en los textos legales, aquellas respecto a cuya corrección existe un “acuerdo general”. Por eso, en muchos casos, a despecho de la indeterminación semántica de las formulaciones legales, se puede afirmar que la doctrina y la

14. HART, “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 106-107.

15. Cf. RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 186-188.

16. Me refiero a los patrones de decisión correcta que no pueden ser considerados formalmente válidos y vinculantes exclusivamente por referencia al criterio del origen, lo que no se aplica a los casos de jurisprudencia formalmente vinculante, que todavía suelen ser excepcionales en nuestra tradición jurídica.

17. Anna Pintore anota que “la distinzione tra *hard* e *soft cases* passa piuttosto attraverso la maggiore o minore difficoltà, che è sempre di grado, di costruire una buona giustificazione della decisione, cioè una giustificazione internamente coerente e saldamente collegata agli standards giuridici al momento esistenti” (PINTORE, *op. cit.*, p. 43).

jurisprudencia, de consuno, apuntan al juez la solución considerada correcta. En estos casos, los entendimientos consagrados determinan la decisión judicial de modo semejante al de la determinación de una decisión por una regla legal clara, inequívocamente aplicable al caso. La única diferencia relevante es que, cuando se trata de entendimientos cuya validez depende de una prueba interpretativa que se rehace constantemente en el debate jurídico, siempre existe la posibilidad de que los entendimientos consagrados vengan a ser desafiados —y eventualmente superados— por nuevos entendimientos. Una vez, empero, que el propio carácter inequívoco de una regla legal respecto a cierto tipo de situación es reflejo de una posición interpretativa también sujeta a mudanzas, la diferencia se revela menos marcada de lo que se podría pensar.

En la introducción de los *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Hart examina y esclarece la tesis —que había defendido en *Positivism and the separation of law and morals*— de que en cualquier moderno sistema jurídico siempre existen muchas ocasiones en que el derecho establecido falla en dictar una decisión en cualquier sentido, de manera que los tribunales necesitan ejercer un poder intersticial de creación de derecho. Escribe:

“...it may seem from what I wrote [...] that I thought that judges, when they reach a point at which the existing settled law fails to determine a decision either way, simply push aside their law-books and start to legislate *de novo* for the case in hand without further reference to the law. In fact this has never been my view [...] among the features that distinguish the judicial from the legislative law-making is the importance characteristically attached by the courts, when deciding cases left unregulated by the existing law, to proceeding by analogy so as to ensure that the new law they make is in accordance with principles or under-pinning reasons which can be recognized as already having a footing in existing law”.¹⁸

Así que, para Hart, la determinación de tales principios y razones subyacentes no parece ser creación de derecho, sino más bien descubrimiento —o determinación interpretativa— de derecho preexistente. Hart nunca ha negado que la regla de reconocimiento pueda ser incierta en algunos aspectos y que la solución autoritativa de algunas cuestiones pueda depender del buen éxito de los tribunales en hacer que una cierta decisión sea aceptada por el resto de la comunidad relevante.¹⁹

De todas maneras, parece indiscutible que, ante las omisiones, oscuridades o ambigüedades de la ley, nuestros jueces no ponen aparte sus libros de derecho para legislar *de novo*, sin ninguna referencia al derecho existente. Al contrario, lo que se constata entonces es que más que nunca se apegan a sus libros de derecho, para buscar la solución correcta para los problemas que afrontan. No suelen buscarla

18. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 6-7.

19. Cf. SOPER, E. Phillip, “Legal theory and the obligation of a judge: the Hart/Dworkin dispute”, en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, editado por M. Cohen, Rowman & Allanheld, Totowa (N. J.), 1984, p. 19.

en los textos legales, que se han revelado oscuros, ambiguos o silentes, sino en las obras de doctrina y en las colecciones de jurisprudencia.

Con todo, la teoría de la interpretación jurídica de Hart —como él mismo lo admite— demanda perfeccionamientos y complementos.²⁰ Es en este sentido, a mi ver, en el que el aporte de Dworkin se revela más provechoso. Aunque su teoría interpretativa no se ajuste bien a nuestra experiencia jurídica, algunos de los argumentos centrales de su crítica al modelo positivista constituyen una importante contribución a la teoría del enjuiciamiento. Vale revisar, pues, su análisis del positivismo como teoría interpretativa, al que denomina “convencionalismo”.²¹

Dworkin afirma que el convencionalismo sostiene dos tesis básicas acerca de la interpretación jurídica: la primera —de carácter positivo— es que los jueces deben, en principio, respetar las convenciones legales establecidas; la segunda —de carácter negativo— es que no existe derecho aparte del que se puede extraer de decisiones políticas tomadas en el pasado mediante técnicas que son también convencionales; y que, por lo tanto, respecto a ciertas cuestiones, no existe derecho en ningún sentido. Consecuentemente, en estos casos los jueces deben ejercer un poder discrecional para producir lo que el convencionalismo declara ser “derecho nuevo”. El principal atractivo del convencionalismo reside en la idea de que las decisiones políticas pasadas justifican la coerción porque suministran una “advertencia justa”, y solo cuando así lo hacen. Por eso los jueces deben respetar las convenciones establecidas, incluso cuando piensan que una decisión diferente sería más justa o más sabia. El pasado no confiere derechos sostenibles en juicio sino cuando tales derechos corresponden a algo que, de modo incontrovertible, todos saben y esperan. Cuando las convenciones callan, no existe derecho; y los jueces no deben entonces fingir que sus decisiones derivan, de algún otro modo, de aquello que ya se ha decidido.²²

Dworkin considera que esa concepción falla tanto en adecuarse, como en justificar la práctica jurídica tal como de hecho ocurre. Aunque, de modo general, los operadores jurídicos —y hasta los legos— consideren que las decisiones legislativas o jurisprudenciales tomadas en el pasado deben ser respetadas por los jueces al pronunciar nuevas decisiones, los jueces se ven en la contingencia de decidir a cada vez *qué es lo que* tales convenciones declaran como siendo el derecho, es decir, tienen que establecer cuál es el *contenido* de cada convención. Como jueces y juristas frecuentemente discuerdan acerca de la respuesta correcta en relación con cuestiones más complejas, deviene necesario decir algo más sobre lo que sea una *convención* y sobre el acuerdo necesario para que una proposición jurídica pueda ser considerada correcta. Una vez que la determinación del sentido y alcance de las convenciones jurídicas depende de la interpretación, entonces se trata de convenciones “abiertas”, respecto a las cuales los juristas adoptan una

20. Cf. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 8 y pp. 106-107.

21. Cf. *LE*, capítulo 4.

22. *LE*, pp. 116-118.

“actitud interpretativa” que no se identifica con una aplicación directa e incontrovertible. Siendo así, la pretensión de que el derecho se limita a lo que ha sido establecido por convenciones jurídicas se revela ambigua, porque no queda claro qué extensiones de sentido deben considerarse establecidas. Si por “extensiones” de las convenciones abstractas entendemos el conjunto de opiniones y decisiones que los participantes están comprometidos a aceptar, entonces, al par de las extensiones explícitas —que corresponden al conjunto de proposiciones que (casi) todos los participantes aceptan como parte de la extensión de la convención— tenemos extensiones implícitas —que corresponden al conjunto de proposiciones que derivan de la mejor, o más bien fundada, interpretación de la convención, aunque no integren la extensión explícita. Estas últimas, empero, pueden ser objeto de desacuerdos entre los intérpretes.²³ La cuestión está en saber si los participantes estarían comprometidos a aceptar esas extensiones implícitas en su correcta determinación interpretativa.

Tendríamos entonces dos versiones alternativas del convencionalismo: un *convencionalismo estricto*, que restringe el derecho de una comunidad a las extensiones explícitas de sus convenciones jurídicas; y un *convencionalismo moderado*, que sostiene que el derecho incluye también las extensiones implícitas de las convenciones. La versión estricta del convencionalismo no ofrece ninguna orientación positiva a los jueces que se enfrentan con casos problemáticos. Cuando las extensiones explícitas no proveen una solución, el convencionalismo estricto sólo ofrece la orientación negativa de que los jueces no deben fingir que deciden con base en el derecho. La versión moderada, a su vez, instruye a los jueces a decidir de acuerdo con su propia interpretación acerca de lo que las convenciones exigen, aunque esto sea objeto de controversia. Esta versión suministra, pues, una orientación positiva para los jueces frente a los casos difíciles y, en la apreciación de Dworkin, efectivamente se corresponde con el modo en el que los jueces generalmente actúan: aunque eventualmente discuerden acerca de las extensiones implícitas de las convenciones, se consideran comprometidos a adoptar lo que, a su juicio, configura su correcta determinación.²⁴

Así que, cuando la ley es vaga, silente o problemática de alguna manera, el convencionalismo moderado no sostiene que se trata de una “deficiencia” que sólo puede ser suplida a través la creación de “derecho nuevo” por el juez, en el ejercicio de una discrecionalidad “extralegal”. El convencionalista moderado puede alegar que existe una manera correcta de interpretar las convenciones, aunque exista controversia acerca de cuál sea la interpretación correcta. En suma, puede argüir que las proposiciones que sostiene como jurídicamente válidas derivan de proposiciones más abstractas, cuya validez todos —o casi todos— aceptan consen-

23. *LE*, pp. 121-124.

24. *LE*, pp. 124-125.

sualmente y que, por tanto, las soluciones que sostiene se fundan en convenciones aceptadas por válidas.²⁵

Dworkin considera, con todo, que esa versión moderada no es verdaderamente una forma de convencionalismo, sino una forma muy abstracta y poco desarrollada de su propia teoría: *el derecho como integridad*. Y eso, porque un juez convencionalista moderado no se encontraría impedido de implicar sus propias convicciones morales y políticas en su decisión. Al contrario, serían precisamente esas convicciones las que le permitirían determinar la mejor interpretación de las convenciones abstractas, estableciendo lo que el derecho exige. Luego la versión moderada del convencionalismo no garantizaría ni promovería el “ideal de las expectativas protegidas”, según el cual las decisiones del pasado sólo pueden servir de base para justificar la fuerza colectiva cuando su autoridad y sus términos devienen incontrovertibles por convenciones ampliamente aceptadas. Dworkin concluye, por tanto, que solamente la versión estricta del convencionalismo puede pretenderse una concepción “distinta y vigorosa” del derecho.²⁶

Sin embargo, en opinión de Dworkin, el convencionalismo estricto fracasa como interpretación de la práctica jurídica por una razón paradójica: los jueces en verdad dedican más atención a las llamadas fuentes convencionales del derecho que la que les permite el convencionalismo estricto. Los jueces no pierden el interés por tales fuentes cuando queda claro que se han agotado las extensiones explícitas de las convenciones que emanan de ellas. Tampoco consideran que, en tales circunstancias, no exista derecho a aplicarse, y que pueden pasar a crear derecho nuevo sin preocuparse por la coherencia relativa al pasado. En realidad, los jueces acostumbran a insistir en buscar la solución que mejor se adapta al texto y al espíritu del derecho establecido. Eso revela que presuponen que el derecho que tienen la obligación de aplicar depende de la ‘lectura correcta’ de las convenciones, incluso cuando su entendimiento esté sujeto a controversias; y eso es exactamente lo que el convencionalismo estricto niega.²⁷

Según Dworkin, cuando las extensiones explícitas de las convenciones no suministran una respuesta determinada para cierto caso, un juez estrictamente convencionalista sólo se ocupa de decisiones pasadas para cuidar que el derecho nuevo que debe establecer se ajuste suficientemente bien al derecho ya establecido. Busca, pues, una “coherencia de estrategia”, que no le exige que escudriñe las decisiones pasadas para descubrir la mejor interpretación, o el correcto entendimiento de una ley o de un precedente. Ya un juez imbuido de la idea de derecho como integridad busca la “coherencia de principios”, que exige que los diversos patrones que rigen el uso estatal de la coerción sean coherentes en el sentido de expresar “una visión única y comprensiva de justicia”. Luego un tal juez se preocuparía con entender los principios que permiten justificar las leyes y precedentes del pasado. Buscaría

25. *LE*, pp. 126-127.

26. *LE*, pp. 127-128.

27. *LE*, pp. 130-131.

descubrir la mejor interpretación que permitiera presentar el derecho como un todo —y la tradición jurídica en que se inserta— “bajo su mejor luz”.²⁸

Dworkin sostiene que quien piensa que la coherencia de principios debe situarse en el origen de la jurisdicción, rechaza el convencionalismo. Y la constante preocupación que jueces y abogados manifiestan con relación a la lectura correcta de las leyes y de los precedentes, en los casos difíciles, sería una prueba cabal de que buscan tal coherencia.²⁹

Por otro lado, Dworkin impugna el presupuesto convencionalista de que cualquier consenso alcanzado por los juristas respecto a la legislación y los precedentes deba ser visto como una cuestión de convención. El consenso acerca de una determinada proposición jurídica puede darse *por convención* —lo que significa que la proposición es tenida por verdadera o correcta porque (casi) todos la aceptan— pero también puede darse por la *convicción independiente* de cada uno de los participantes. La diferencia es que, si los juristas piensan que una proposición es correcta por convención, entonces no necesitan de una razón sustantiva para aceptarla, y cualquier ataque sustantivo contra la proposición se encuentra desplazado en el contexto jurisdiccional. Pero si el consenso es de convicción, entonces la divergencia sustantiva no estará desplazada, pues un ataque contra un argumento sustantivo de la proposición constituye un ataque contra la propia proposición. En este caso, el consenso sólo persiste mientras la mayoría de los juristas acepte las convicciones que lo sostienen.³⁰

Dworkin señala que muchas mudanzas en las teorías jurídicas dominantes y en la práctica judicial son provocadas por argumentos presentados en el contexto de la discusión judicial, que serían impotentes si todos pensarán que las prácticas que impugnaban no necesitaban otro apoyo además de la convención. En estos casos, las mudanzas derivan de argumentos presentados “a lo largo del juego”, por fuerza de los cuales se van modificando las convicciones y opiniones de los participantes hasta que, por el convencimiento, se produzca un nuevo consenso. Aunque esa actitud interpretativa necesite paradigmas para funcionar, tales paradigmas no tienen que ser cuestiones de convención. Basta con que el nivel de acuerdo de convicción sea suficientemente elevado para permitir que los paradigmas sean impugnados uno a uno, y eventualmente sustituidos, a lo largo del proceso argumentativo de reconstrucción del derecho. La frecuencia con que las prácticas institucionales son así discutidas y modificadas evidencia, según Dworkin, que el convencionalismo no es plausible como interpretación del proceso a través del cual la cultura jurídica se desarrolla y transforma.³¹

Por fin, Dworkin niega que el ideal de las expectativas protegidas pueda proveer una justificación sólida para el convencionalismo. En su evaluación, la práctica efectiva de las jurisdicciones no fomenta la confianza en la reducción de

28. *LE*, pp. 132-134.

29. *LE*, pp. 134-135.

30. *LE*, p. 136.

31. *LE*, pp. 137-139.

las “sorpresas”. Además, el convencionalismo no protegería las expectativas tan bien como la teoría del derecho como integridad. Al considerar que, en los casos en que no se puede extraer ninguna decisión de las extensiones explícitas de las convenciones legales, es inevitable la creación de derecho nuevo por el juez, el convencionalismo asume su incapacidad de garantizar ninguna expectativa en tales casos.³²

Con base en estos argumentos, Dworkin considera que el convencionalismo, además de ajustarse mal a la práctica jurídica de los sistemas anglo-sajones, se revela incapaz de justificarla. Veamos entonces en qué medida su análisis colabora para esclarecer cómo se desarrolla la práctica jurídica bajo los sistemas de la tradición romano-canónica.

III. A LA BUSCA DE UNA TEORÍA ADECUADA A NUESTRAS PRÁCTICAS JURÍDICAS

No creo que pueda haber dudas acerca de la adecuación a nuestras prácticas jurídicas de la *tesis positiva* del convencionalismo según la cual los jueces deben, en principio, respetar las convenciones establecidas en su comunidad. No se trata sino de lo que Luhmann ha denominado *la prohibición de la negación o la no-negabilidad de los puntos de partida*³³, que los intérpretes del derecho adoptan y respetan, por lo menos en cuanto principio. Es precisamente eso lo que produce la identidad fundamental entre las series argumentativas producidas por los juriconsultos y por los jueces en el proceso de interpretación de las normas del sistema legal. Con relación a la *tesis negativa*, de que no existe derecho aparte del que se puede extraer de las decisiones políticas tomadas en el pasado mediante técnicas también convencionales y que, por lo tanto, respecto a ciertas cuestiones no existe derecho establecido, deviene necesario examinar algunas cuestiones sobre las cuales el análisis de Dworkin arroja luz.

En primer lugar, es importante notar que, en nuestros sistemas jurídicos, suelen ser consideradas derecho no solamente las *extensiones explícitas* de las convenciones sino también ciertas *extensiones implícitas*, entendidas como proposiciones que derivan de la mejor o de la más fundada interpretación de las normas del sistema básico. Pero la veracidad de la afirmación —descriptiva— de que una extensión implícita es parte integrante del derecho depende de que se constituya una convicción compartida por una parcela relevante de la comunidad de los intérpretes de que es así. Importa, por tanto, distinguir entre la *convicción independiente* de un intérprete —juez o juriconsulto— y la *convicción compartida* por los integrantes de la comunidad de los intérpretes. Por más bien fundado que parezca al

32. *LE*, pp. 139-142.

33. LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1963, pp. 27 y ss.

intérprete un cierto entendimiento acerca de lo que exigen las normas del sistema básico, su convicción, de por sí, no permite que se considere tal entendimiento parte del derecho. Mientras ciertas extensiones implícitas sean objeto de desacuerdos importantes en la comunidad de los intérpretes, mientras no se constituya un acuerdo que permita considerarlas un entendimiento consagrado, la afirmación —descriptiva— de que forman parte del derecho se revela claramente excesiva. Todo lo que se puede decir es que las extensiones más bien fundadas, conforme van siendo reconocidas como tales por la comunidad de los intérpretes, adquieren un *peso normativo* cada vez más grande. Sin embargo, mientras disputan aún con entendimientos rivales la aceptación de los intérpretes, los jueces no se sienten vinculados a adoptarlas. Cuando más, las prescripciones concurrentes limitan las elecciones de los intérpretes judiciales. En tales casos no existe —aún— un derecho plenamente establecido y, por consiguiente, en estas zonas penumbrosas de las lindes del sistema jurídico, los jueces pueden elegir discrecionalmente entre las alternativas disponibles.

Dworkin señala con razón que los intérpretes se ven en la contingencia de decidir *qué es lo que* las convenciones declaran como derecho, lo que equivale a decir que necesitan determinar con más precisión el sentido y alcance de las normas del sistema básico. Es también verdad que, frecuentemente, discuerdan acerca de cuál sea la correcta interpretación de ciertas normas, porque lo que se puede extraer de las convenciones, en un primer momento, son diversas extensiones *prima facie* posibles, aunque divergentes o contradictorias. Pero la circunstancia de que los jueces tengan que decidir, y que suelen hacerlo con base en lo que les parece ser la mejor o más fundada interpretación de las convenciones, no significa que, en tal caso, estén *objetivamente comprometidos* a seguir un cierto entendimiento. A lo más significa que están convencidos de que el entendimiento que adoptan es el mejor o el más fundado, y que se sienten *subjetivamente comprometidos* a adoptarlo.

Una de las críticas de Hart reside precisamente en que la viabilidad de la teoría dworkiniana del enjuiciamiento depende de “criterios intersubjetivamente controlables” que permitan decidir cuál de las teorías que eventualmente compitan en cuanto instancias de explicación y justificación del derecho establecido constituye la mejor explicación y justificación del mismo. Para Hart, una vez que no existen criterios que asignen los pesos relativos de los principios y teorías enfrentados para permitir siempre la determinación de la única solución correcta, el momento de creación judicial del derecho se encuentra simplemente diferido, pero no puede ser eliminado.³⁴

En efecto, la mera convicción subjetiva de un juez no permite demostrar que la solución que construye es la única correcta. El hecho de que el juez esté escrupulosamente convencido de que ha dado con la solución correcta, no excluye que se

34. HART, H. L. A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 139.

haya equivocado. Pero tampoco se excluye que, en una comunidad de intérpretes, existan criterios generalmente aceptados que, en muchos de los casos, permitan a los jueces presentar sus decisiones como objetivamente fundadas y justificadas. En nuestra tradición jurídica, la convicción del juez no es —por lo menos en principio— algo que se pueda formar libremente, con base en sus opiniones morales o políticas. Y eso porque el proceso interpretativo por el cual son extraídas de las convenciones sus extensiones de sentido no sólo se somete al principio de la no-negación de los puntos de partida, sino que se encuentra regido por reglas y cánones también aceptados de modo compartido por la comunidad de los intérpretes. Luego los intérpretes del derecho se encuentran sometidos a las reglas y cánones de la interpretación que la comunidad a la cual pertenecen considera que deben ser respetados para que el resultado de las series argumentativas que construyen a partir del sistema básico pueda ser aceptado como correcto.³⁵

Dworkin refuta que los patrones por los cuales los jueces se orientan, y que les permiten justificar sus decisiones, sean siempre objeto de un consenso *por convención* —como, según él, supone el positivismo. Para él, la descripción convencionalista no se ajusta a lo que efectivamente ocurre en la práctica judicial, porque no permite explicar los cambios en los patrones de decisión correcta que ocurren a lo largo del tiempo, que no resultan de convenciones, sino de un proceso argumentativo que se realiza en el contexto de la actividad judicial, de lo cual resultan sucesivos consensos *por convicción*. Observa que los argumentos que dan origen a nuevos patrones de decisión tienen una existencia característica: aparecen en lecciones pronunciadas en las escuelas de derecho y en artículos de revistas jurídicas; después son utilizados por los abogados como argumentos judiciales para disentir de la opinión mayoritaria; luego aparecen como la opinión mayoritaria en un número creciente de casos; y, finalmente, se convierten en proposiciones que ya no son mencionadas porque se las acepta sin necesidad de afirmación.³⁶

Pero, si bien es cierto que la descripción que ofrece Dworkin del modo por el cual se forman y modifican consensos sucesivos acerca de los patrones de decisión judicial correcta efectivamente se ajusta a lo que se observa en las prácticas jurídicas de nuestra tradición, algunas de sus conclusiones son, a mi ver, equivocadas. Ciertos patrones normativos son convencionales en el sentido de que se considera que deben ser aplicados y respetados porque todos o casi todos los integrantes de la comunidad de los intérpretes los aceptan, y sólo mientras los acepten. Pero no está excluido que sean objeto de un consenso por convicción, y no parece posible

35. Raz considera que, en este punto, no existe realmente divergencia entre la teoría de Dworkin y el positivismo jurídico. Anota que: “Both theories rely on the personal views of judges to the extent that both entrust them with the responsibility to find out which reasons are good and valid grounds for their action. Both, however, deny that the fact that a judge holds a certain view makes it a valid ground for action. Both theories maintain that judicial activity is a reasoned activity and therefore judges aim at standards which are not of their own arbitrary invention, and can be criticized if they fail to meet them” (RAZ, J., “Legal principles and the limits of law”, cit., p. 85).

36. *LE*, pp. 136-137.

distinguir cabalmente, en la práctica, las dos situaciones. Por eso no creo que la distinción entre *consenso por convención* y *consenso por convicción* tenga necesariamente las implicaciones que Dworkin afirma que tiene. Cuando se trata de convenciones formadas por el uso a lo largo de una tradición jurídica, lo que se verifica es que, aunque se las considere obligatorias porque son aceptadas, nada impide que les sean dirigidas objeciones sustantivas en el proceso argumentativo jurídico a través del cual tal tradición evoluciona y se modifica. En este caso, un ataque contra un argumento sustantivo que justifica la adopción del patrón constituye un ataque contra el propio patrón, y puede llevar a su abandono o sustitución. Por supuesto, cuando se trata de patrones explícitamente incorporados por el sistema legal, una objeción sustantiva tiene su fuerza normalmente neutralizada en virtud del referido principio de la no-negación de los puntos de partida. No pasa igual con los patrones consagrados en la práctica jurídica, que pueden eventualmente ceder ante argumentos sustantivos. Eso se aplica a los entendimientos consagrados, que son considerados vinculantes mientras sean aceptados como correctos por la comunidad de los intérpretes. Bien es verdad que, frente a un entendimiento firmemente consagrado, los jueces tienden a actuar como si no necesitasen de ninguna “razón sustantiva” para adoptarlo. Sin embargo, aunque se pueda decir que existe un consenso por convención respecto a tales entendimientos, tal consenso deriva —y se funda en él— de un *consenso de convicción compartida*, es decir, de la suma de las convicciones independientes de cada uno de los participantes en la comunidad de intérpretes. Por eso, los ataques a los argumentos que dan sostén a tales entendimientos constituyen ataques contra los propios entendimientos y no se encuentran desplazados en el debate jurídico. Al contrario, el mantenimiento de un entendimiento depende siempre, y constantemente, de que los argumentos que le dan sostén sean capaces de resistir a tales embates.

Otra cosa es saber qué se debe entender por un ataque o un argumento “sustantivo”. Como hemos visto, el principio de la no-negación veda que se introduzcan en el debate interpretativo-jurídico argumentos que contraríen las premisas contenidas en el sistema básico. Así que —en principio— el intérprete no necesita dar razones para aceptar tales puntos de partida. En un sistema de derecho legislado, un juez o un jurisconsulto no necesita dar razones para adoptar los textos legales como base de las series argumentativas que produce. Luego, por regla general prevalece la tesis positiva del convencionalismo según la cual los jueces deben respetar las convenciones establecidas aun cuando piensen que otra decisión sería más justa o más sabia. Por esta razón, en los casos en que argumentos como los de justicia, de utilidad o de eficiencia, contrarios a convenciones aceptadas, son excepcionalmente admitidos en el proceso interpretativo, lo más frecuente es que el intérprete se esfuerce para encontrar fundamentos para tales argumentos en el conjunto de convenciones aceptadas.³⁷ Así que los argumentos sustantivos nor-

37. Es muy raro que las interpretaciones *contra legem* se presenten abiertamente como tales. Normalmente se presentan como interpretaciones *secundum legem* o *praeter legem*. La calificación de

malmente admitidos son los que se fundan en el contenido que se puede extraer de las convenciones aceptadas, y no los argumentos fundados en factores y elementos externos al derecho. Únicamente cuando el sistema jurídico integralmente considerado falla en proveer elementos que determinen la decisión correcta, los intérpretes se sienten liberados para guiarse por patrones extra-jurídicos entre los cuales se incluyen sus propias convicciones y opiniones.

Importa además distinguir las limitaciones impuestas por las normas del sistema básico de las impuestas por los entendimientos consagrados que componen el sistema periférico. Mientras las primeras constituyen convenciones *autoritativamente* establecidas, las segundas se constituyen *argumentativamente* en el debate jurídico. De ahí se deriva que las primeras limitaciones, en principio, no pueden ser apartadas sino por actos de producción jurídica formalmente autorizados, al paso que las segundas se encuentran constantemente sometidas a la prueba interpretativa por la cual se establece su fundamento en el sistema básico. Este es uno de los aspectos determinantes de la diferencia de grado de la fuerza vinculante de la ley, de un lado, y de los entendimientos consagrados en la doctrina y en la jurisprudencia, de otro: no solamente estos entendimientos se subordinan a la ley —de modo que pueden ser invalidados por mudanzas legislativas— sino que su peso normativo se encuentra siempre condicionado a que sean capaces de resistir a los ataques argumentativos a que se encuentren sometidos. No obstante, mientras en torno a ellos se mantiene un acuerdo general por parte de la comunidad de los juristas, los entendimientos doctrinales y jurisprudenciales reducen considerablemente el “carácter abierto” y las “deficiencias” de las convenciones que forman el sistema básico. Luego reducen las posibilidades de discordancias interpretativas y restringen el espacio en que se admite la discrecionalidad judicial.

¿Significa eso que la doctrina y la jurisprudencia crean *derecho nuevo*, anticipándose a los jueces que tendrían que crearlo individualmente frente a las obscuridades, ambigüedades y lagunas del sistema básico?

Pienso que tal cuestión no puede ser respondida con una simple afirmación y tampoco comporta una respuesta simplemente negativa. Por un lado, toda interpretación produce un resultado que no es idéntico a aquello que se interpreta, de modo que toda interpretación crea algo nuevo. En este sentido, la interpretación doctrinal y jurisprudencial —así como la interpretación que realiza cada juez ante los casos que juzga— es siempre *creación de derecho nuevo*. Por otro lado, dado que las proposiciones interpretativas, en principio, se producen a partir de elementos que el sistema básico proporciona, dado que se orientan por estos elementos y que con base en ellos se justifican las elecciones interpretativas que conducen a su enunciado, entonces es razonable sostener que —si bien solamente en germen

interpretación *contra legem* suele reservarse a las interpretaciones que los intérpretes juzgan que deben rechazarse. Son muy raras, por parte de jueces y tribunales, declaraciones del tipo: “Este argumento (o esta interpretación) contraría la ley pero, sin embargo, lo (la) aceptamos”.

o potencia— se encuentran ya contenidas en el sistema básico, y el intérprete no hace sino descubrirlas y revelarlas —o, quizá, más precisamente, *desarrollarlas*.

Parece claro que ciertas proposiciones interpretativas son más creativas que otras, ya que resultan de un proceso interpretativo complejo, que depende mucho de la capacidad creativa y argumentativa de los intérpretes. Normalmente, empero, las preferencias y elecciones de los intérpretes se encuentran balizadas por los datos a partir de los cuales construyen sus series argumentativas. Eso equivale a decir que, cuando buscan determinar las extensiones que se puedan considerar implícitas en las convenciones, se encuentran sometidos y limitados por las extensiones “que (casi) todos los participantes de la comunidad de intérpretes aceptan como parte de la extensión de la convención”. Por eso, aunque exista siempre un cierto grado de discrecionalidad, las más de las veces no se trata de una discrecionalidad “en sentido fuerte” —con relación a la cual no existen limitaciones jurídicas— sino de una discrecionalidad “en sentido débil”, pues los intérpretes utilizan sus facultades de juicio y evaluación para, con base en los elementos suministrados por el sistema básico, determinar máximamente el sentido y alcance de sus reglas. E incluso en los casos en que rigurosamente no hay cómo negar la creación de derecho substancialmente nuevo, los intérpretes suelen argumentar en el sentido de demostrar que las nuevas reglas, por lo menos, se coadunan con principios y fines generales, expresa o implícitamente incorporados por las convenciones aceptadas.

De suerte que ciertamente los intérpretes en general no pierden el interés por las fuentes convencionales del derecho cuando se agotan las extensiones explícitas que emanan de ellas, ni pasan a crear derecho nuevo sin preocuparse con la coherencia con el pasado. Al contrario, por lo general insisten en buscar la solución que mejor corresponde al derecho establecido.

La cuestión está, finalmente, en saber qué es lo que, en una comunidad jurídica dada, se considera —y se trata— como *patrones jurídicamente vinculantes*. Parece claro que, en las comunidades jurídicas ligadas a la tradición romano-canónica, se consideran vinculantes los principios y reglas expresamente previstos en el sistema jurídico básico, y los patrones normativos consensualmente aceptados como extensiones de tales principios y reglas.

Nada obsta a que, cuando el sistema jurídico integralmente considerado falla en proveer una respuesta para determinado tipo de situación, los intérpretes persigan una “coherencia de principios”. Al contrario, un intento tal, más que loable, suele considerarse exigible cada vez más. Cosa distinta es saber si conseguirán efectivamente alcanzar una respuesta que venga a ser considerada coherente con los principios aceptados del sistema. Eso dependerá siempre de una evaluación de la comunidad de los intérpretes. Pero, en la hipótesis de que no sea posible o necesario establecer una coherencia de principios, nuestra comunidad de intérpretes seguramente valora que se preserve, por lo menos, una “coherencia de estrategia”.

Así que, de las versiones alternativas de convencionalismo que presenta Dworkin, la del “convencionalismo moderado” es la que parece ajustarse mejor a nuestra práctica jurídica, con la salvedad de que no se espera de nuestros intérpretes que

decidan de acuerdo “con su propia interpretación” acerca de lo que exigen las convenciones, excepto cuando las extensiones implícitas consensualmente aceptadas fallan también en proveer una respuesta clara y precisa. E incluso en este caso, los entendimientos consagrados balizan las elecciones interpretativas. La discrecionalidad en sentido fuerte, por lo tanto, es excepcional. Aunque no se pueda negar que, en alguna medida, las convicciones morales y políticas del juez tienden a interferir en sus decisiones, esa interferencia se encuentra limitada no solamente por las extensiones explícitas de las convenciones aceptadas, sino también por sus extensiones implícitas ya consagradas. De suerte que son menos frecuentes de lo que se podría pensar los casos en que los jueces se sienten libres para orientarse solamente por sus convicciones personales. Las convicciones compartidas de la comunidad de los intérpretes acerca de lo que exigen las convenciones tienden a imponerse, restringiendo considerablemente los casos de discrecionalidad en sentido fuerte.

Por consiguiente, no me parece que las prácticas jurídicas, tal como suelen ocurrir en nuestra tradición, sean incapaces de garantizar y promover el “ideal de las expectativas protegidas”. Aunque los entendimientos consagrados puedan constituir derecho nuevo o parcialmente nuevo, lo que hace la comunidad de intérpretes no es lo mismo que harían los jueces individualmente si estuvieran libres para suplir las deficiencias del sistema básico a través del ejercicio de una discrecionalidad extra-jurídica. En primer lugar, porque los entendimientos consensualmente aceptados, por su relativa estabilidad y accesibilidad, son capaces de suministrar una “advertencia justa” a los participantes del sistema, pues permiten que se sepa de antemano qué expectativas se pueden considerar protegidas, incluso en situaciones para las cuales el sistema básico no ofrece una respuesta determinada. De modo que la seguridad jurídica, que quedaría perjudicada por las evaluaciones subjetivas realizadas *ex post facto* por los jueces, resulta garantizada por los entendimientos previamente consagrados. En segundo lugar, porque la comunidad de los juristas tiende a garantizar que se agoten las posibilidades de determinación de las soluciones correctas con base en el sistema jurídico, restringiendo la discrecionalidad judicial a un número bastante reducido de situaciones para las cuales no existe —o no existe aún— una respuesta consensualmente aceptada. Así, los participantes, normalmente, pueden estar seguros de que las decisiones judiciales se fundan en extensiones de las convenciones aceptadas, siempre que —y tal como— hayan sido determinadas en la doctrina consagrada y en la jurisprudencia firme. Con eso, en las más de las situaciones, no quedan a expensas de que los jueces se dispongan a afrontar la hercúlea tarea que les atribuye Dworkin, ni están sujetos al eventual fracaso de una tal empresa.

Es cierto que, en los casos realmente difíciles —para los cuales ni el sistema básico, ni el sistema periférico proveen una respuesta determinada— no se puede hablar de expectativas protegidas. Situaciones de este tipo, empero, no son frecuentes hasta el punto de comprometer gravemente la seguridad jurídica. Con relación a nuestras prácticas jurídicas, adoptar una descripción como la de Dworkin sería hacer, de la excepción, la regla. Por más que las decisiones judiciales puedan

variar, incluso en los casos considerados fáciles —y que, por tanto, se vuelva imposible prever con absoluta certeza cómo decidirá cada juez en los diferentes casos que le son sometidos— parece claro que, en términos generales, los jueces y los tribunales propenden a conformar sus decisiones a los patrones normativos consensualmente aceptados. De manera que, si un consultor jurídico no puede afirmar con certeza a su cliente qué decisión se adoptará en una demanda judicial, sí que puede, por lo menos en buena parte de los casos, ofrecer una previsión razonablemente segura, no solamente cuando las disposiciones legales son claras y se trata de un caso central de su aplicación, sino también cuando la doctrina consagrada y la jurisprudencia firme determinan suficientemente el sentido y alcance de las disposiciones legales en cuestión. Mucho más engañosa sería una previsión basada en la expectación de que el juez por sí solo, aunando fuerzas hercúleas y echando a un lado la doctrina y la jurisprudencia, se dedicara a un profundo estudio de todos los principios relevantes implícitamente reconocidos en las decisiones políticas pasadas, para encontrar la solución única que muestra bajo la mejor luz toda la tradición jurídica en que se inserta y ayuda a construir. Además, no parece razonable pensar que el resultado de un proceso interpretativo tan complejo —e incierto— pueda ser objeto de ninguna expectativa considerada protegida por los participantes. Todo lo que podrían esperar —admitiéndose que el modelo dworkiniano fuese normalmente adoptado por los jueces— sería la propia adopción del modelo, y no un determinado resultado.

De todas maneras, la tesis de que jueces y tribunales se consideran comprometidos a acatar ciertos patrones normativos que, como extensiones de las convenciones aceptadas, se dejan identificar por un contraste interpretativo parece realmente ajustarse a nuestras prácticas jurídicas. Lo que parece ilusorio en la concepción de Dworkin es creer que, en los casos difíciles, es siempre posible encontrar una respuesta que, de por sí, se revele objetiva e incuestionablemente como la única correcta. No parece posible afirmar la existencia de una respuesta correcta sino cuando —y mientras— se verifique una convicción ampliamente compartida en la comunidad de los intérpretes. En el caso contrario, lo que tendremos serán entendimientos que, cuanto más bien fundados, más probabilidades tendrán de ser aceptados y devenir consagrados. Su capacidad de comprometer a los jueces y tribunales en general a adoptarlos, empero, dependerá del éxito que vengan a obtener en el debate jurídico.