

Massini Correas, Carlos I.

*Objetividad y racionalidad en la interpretación
jurídica : consideraciones a partir de las ideas
de Owen Fiss*

Prudentia Iuris N° 71, 2011

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Massini Correas, C. I. (2011). Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica : consideraciones a partir de las ideas de Owen Fiss [en línea], *Prudentia Iuris*, 71. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/objetividad-racionalidad-interpretacion-juridica-massini.pdf>

[Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

OBJETIVIDAD Y RACIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Consideraciones a partir de las ideas de Owen Fiss

CARLOS I. MASSINI CORREAS*

Resumen: El presente artículo estudia uno de los temas centrales del debate ius-filosófico contemporáneo, a saber, el lugar que ocupa la razón en la interpretación jurídica. En este sentido, enfoca el tema de la objetividad y la racionalidad en la interpretación jurídica a partir del pensamiento del profesor de Yale, Owen Fiss, con una presentación de sus ideas en torno a la adjudicación y a las notas de la interpretación. Se consideran luego cuatro grandes cuestiones que constituyen el núcleo de la propuesta de Fiss: la racionalidad de la interpretación, su carácter objetivo, sus criterios de corrección y el papel de las valoraciones morales en la interpretación. Se finaliza con balance conclusivo de los aspectos fuertes y débiles de las ideas de Fiss.

Palabras clave: Filosofía del Derecho – Objetividad – Racionalidad – Interpretación jurídica - Owen Fiss.

Abstract: This article considers one of the main topics in the contemporary debate on legal philosophy, which is the place of reason in legal interpretation. The article studies the question of the objectivity and rationality of legal interpretation in the ideas of Owen Fiss, with a presentation of his thoughts on the adjudication and the notes of interpretation. It considers the four questions that are the central points of Fiss' proposal: the rationality of interpretation, its objectivity, its correctness criteria, and the role of moral values. It finishes with a conclusive balance about the strongest and weakest aspects of Fiss' ideas.

Key words: Legal Philosophy – Objectivity – Rationality – Legal interpretation – Owen Fiss.

* Doctor en Derecho y en Filosofía. Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho e Investigador Superior en la Universidad de Mendoza; Profesor de los Doctorados de la Universidad Austral (Buenos Aires) y Panamericana (México); Director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.

1. El problema de la razón en el derecho

Uno de los temas centrales del debate iusfilosófico contemporáneo es el del puesto de la razón¹ en el derecho o, en otras palabras, el de la determinación más o menos precisa del carácter, de la medida y de las modalidades que reviste el innegable elemento racional que integra constitutivamente la realidad jurídica. En efecto, desde la negación lisa y llana de la dimensión racional del derecho que realizan los integrantes del *Critical Legal Studies Movement* (CLS) y otros pensadores críticos, hasta su reducción a la sola dimensión instrumental que efectúan los promotores del *Análisis Económico del Derecho* (AED), pasando por los juristas que defienden su valor y necesidad en el marco del Estado de Derecho, aunque limitando su alcance al de una razón constructivo-procedimental, culminando finalmente en las propuestas de los pensadores iusnaturalistas, que defienden una concepción fuerte de razón y la inevitable mediación de la razón práctica en la creación, aplicación e interpretación del derecho, las principales orientaciones del pensamiento jurídico y filosófico-jurídico debaten activamente y desarrollan diferentes posturas acerca de esa cuestión especialmente acuciante.

Una de las aportaciones contemporáneas más relevantes a ese debate lo constituye la obra de Owen Fiss, *The law as It Could Be*², traducida recientemente al castellano con el título de *El derecho como razón pública*³. En esa obra, el profesor de Yale⁴ recoge –precedido cada uno de una breve introducción contextualizadora– catorce ensayos de teoría constitucional, teoría política, análisis valorativo de casos y filosofía del derecho. Entre estos últimos, se destacan los dedicados al puesto y alcance de la razón en la interpretación y aplicación judicial del derecho, con expresas referencias a los problemas de la objetividad, límites y racionalidad de esa interpretación. En lo que sigue, se sintetizarán las principales aportaciones de Fiss a la solución de esos problemas, para efectuar luego una breve valoración y contextualización de sus propuestas.

¹ La polisemia de la palabra “razón” es de tal amplitud (El *DRAE* presenta quince acepciones) que resulta necesario precisar el sentido en que se utilizará en el texto que sigue, de modo de evitar algunas de las ambigüedades que podrían producirse de un uso no establecido. En el presente escrito, se entenderá por “razón” al conjunto de los dinanismos superiores del conocimiento humano, i.e., a la suma de las actividades discursivas del entendimiento. Esto abarca la categorización, el análisis, la sistematización, la justificación racional o fundamentación, la dirección del obrar humano y otras actividades similares, así como sus resultados. Véase, entre muchos: RÁBADE ROMEO, S., *Teoría del conocimiento*, Madrid, Akal, 1995, págs. 151-162. Sobre la existencia y alcance de una “razón práctica”, véase: KALINOWSKI, J., *Teoria Poznania Praktycznego*, Lublin, Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1960, pág. 133 y sigs. En un sentido similar al del texto, Josef de Vries escribe que por “razón”, en sentido lato, debe entenderse “la actividad intelectual superior que tiende a la conexión y unidad del saber y del obrar”: Voz “Razón”, en *Diccionario de Filosofía*, Dir. W. Brugger, Barcelona, Herder, 1975, pág. 437.

² FISS, O., *The Law as It Could Be*, New York-London, New York University Press, 2003.

³ FISS, O., *El derecho como razón pública* (en adelante *DRP*), trad. E. Restrepo, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007 (las citas corresponden a esta edición, con las excepciones entre corchetes).

⁴ Owen Fiss, que es actualmente Sterling Professor of Law en la Universidad de Yale, se educó en Harvard y Oxford y actuó como asistente de varios jueces de renombre, entre los que se destaca el Justice W. J. Brennan. Actuó también en la *Civil Rights Division* del Departamento de Justicia y en la Universidad de Chicago. En Yale ha enseñado Procedimientos, Derecho Constitucional y Teoría Jurídica, además de escribir varios libros: *Troubled Beginnings of the Modern State*, *Liberalism Divided*, *The Irony of Free Speech*, *A Community of Equals*, *A Way Out: America's Gettos and The Legacy of Racism*.

Pero antes de comenzar el estudio de las ideas defendidas por Fiss, conviene hacer una breve referencia a la orientación general de sus análisis y a su método de trabajo. En este sentido, cabe destacar que Owen Fiss es ante todo un jurista y pensador político y solo secundariamente un filósofo del derecho. Efectivamente, en el amplio ámbito de este último saber existen dos perspectivas principales: (i) la que parte de ciertos principios filosóficos y desde allí analiza el fenómeno jurídico, y que tiene como modelos a Platón, Kant y Hegel; y (ii) la que se inicia a partir de la experiencia jurídica concreta y de allí busca los principios filosóficos que la expliquen, tal como lo han realizado Dworkin, Posner y el mismo Fiss. De hecho, este último cita en esta obra solo cuatro filósofos (Arendt, MacIntyre, Rawls y Wittgenstein), y evita sistemáticamente adentrarse en el tratamiento de cuestiones de esa índole. Además, la temática que aborda surge siempre a partir de determinados casos judiciales y se analiza desde ellos, *i.e.*, a través de un método inductivo o analítico –en el sentido aristotélico– que busca los principios a partir de los efectos⁵. Por otra parte, las elucubraciones de Fiss no pretenden –en general– revestir carácter universal, pues él mismo se encarga de referir los resultados alcanzados al derecho, la política y la ética social estadounidense⁶. Dicho esto, resulta posible adentrarse en el pensamiento del profesor de Yale.

2. La adjudicación es interpretación

Owen Fiss comienza el tratamiento de la temática de la interpretación jurídica con una afirmación precisa: “La adjudicación es interpretación: es el proceso mediante el cual un juez llega a comprender y expresar el significado de un texto jurídico dotado de autoridad y de los valores encarnados en el mismo”⁷. Y luego manifiesta que la interpretación no debe ser comprendida ni como una actividad totalmente discrecional, ni como una completamente mecánica o automática, sino como una interacción dinámica entre el intérprete y el texto, cuyo resultado es lo que se conoce como un significado. “La interpretación es una actividad –afirma– que permite el reconocimiento simultáneo de las dimensiones objetiva y subjetiva de la experiencia humana”⁸ en la búsqueda del significado de los textos.

Luego de esta precisión conceptual, Fiss hace algunas observaciones especialmente interesantes acerca de la tendencia de varios autores contemporáneos de atribuir a *todo* lo que se puede conocer el carácter de “texto”, con lo cual lo único que se consigue es trivializar –y podría agregarse: tornar irremediabilmente vaga– la noción de texto, privándola de toda utilidad cognitiva y práctica. Pone de relieve también el amplio uso que se hace actualmente de la noción misma de interpreta-

⁵ Véase: ARISTÓTELES, *Segundos Analíticos*, II, 19, 99 b 15 ss.; asimismo, ver: BLANCHÉ, R., *Le raisonnement*, Paris, PUF, 1973, pág. 111 y sigs.

⁶ *DRP*, págs. 15-20 y *passim*.

⁷ *DRP*, pág. 202. Sobre la noción de “adjudicación”, véase: BIX, B., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. E. Rodríguez Trujano & P. Villareal Lizárraga, México D.F., 2009, pág. 3. Asimismo, véase: HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pág. 97 y sigs.

⁸ *DRP*, *ibidem*.

ción en el estudio de las actividades sociales: derecho, política, historia, ética, con la llamativa excepción de la economía, cuya pretensión de constituir una ciencia empíriológica estricta es total, sucumbiendo así al *ethos* científico y abandonando la perspectiva humanista y ética que la presidió en sus orígenes⁹.

Un poco más adelante, Fiss se encarga de situarse a sí mismo en el contexto de las ideas jurídicas americanas como integrante de una corriente de pensamiento surgida en los años sesenta, contraria al capitalismo del *laissez-faire* y orientada a la defensa de la igualdad y del papel activo del Estado. Esta orientación buscaba rehabilitar la idea de derecho frente a las ideas defendidas por el realismo jurídico y reivindicar la noción del derecho como instrumento racional de política social progresista. Contra esta orientación, que podría denominarse “liberal”, predominante durante la década de los sesenta, se han alzado, desde la derecha, el Análisis económico del derecho, y desde la izquierda, el Movimiento de Estudios Jurídicos Críticos. Ahora bien, en varios lugares de la obra, Fiss declara su intención de reivindicar esta posición “liberal” y defenderla del ataque cruzado de Críticos y Económicos¹⁰.

En esta tarea de defensa, Fiss comienza por sostener que “el juez no persigue sólo una interpretación plausible sino, también, una interpretación objetivamente verdadera. Los jueces no deben proyectar sus preferencias o sus opiniones acerca de lo correcto o lo incorrecto o adoptar las de las partes o las del cuerpo político. En breve, el juez debe decir lo que exige la Constitución”¹¹. Contra esta afirmación fundamental, los nihilistas del CLS sostienen que la naturaleza de los textos jurídicos impide o hace imposible esta aspiración a la objetividad; las razones de esta imposibilidad son, al menos, dos: la utilización en los textos jurídicos de un lenguaje general, y su naturaleza comprensiva en lo que hace a los múltiples valores que contiene. Frente a estas afirmaciones, el profesor de Yale sostiene que la generalidad y la amplitud son características de prácticamente todos los textos, y “no convierten la interpretación en una tarea imposible. Por el contrario, son las características que usualmente dan lugar a la misma. La interpretación –sostiene Fiss– es un proceso de generación de significado, y una manera importante –y muy común– de comprender y expresar el significado de un texto consiste en darle especificidad y concreción”¹².

Frente a esto, Owen Fiss asume que la cuestión central en la teoría de la interpretación/adjudicación jurídica es la de determinar si ella puede alcanzar la idea de objetividad que exige la idea de derecho. Su respuesta es: “La objetividad en el derecho conlleva la existencia de estándares. En efecto, implica que una interpretación pueda ser evaluada conforme a una serie de normas que trascienden el punto de vista del intérprete. [...] La idea de una interpretación objetiva –concluye– no exige que la interpretación esté determinada en su totalidad por alguna fuente externa al juez, solo requiere que esté limitada”¹³. Y respecto a este último punto, el autor sostiene

⁹ Véase: CRESPO, R. F., *La crisis de las teorías económicas liberales*, Buenos Aires, Fundación Banco de Boston, 1998, pág. 169 y sigs.; asimismo, véase: ETZIONI, A., *La dimensión moral*, trad. A. Esquivias Villalobos, Madrid, Palabra, 2007, *passim*.

¹⁰ *DRP*, págs. 204, 251 y *passim*.

¹¹ *DRP*, pág. 204.

¹² *DRP*, pág. 205.

¹³ *DRP*, págs. 206-207.

que los procesos de comprensión y expresión propios de la interpretación entrañan indudablemente elementos personales. Pero también afirma que, “al mismo tiempo, la libertad del intérprete no es absoluta, toda vez que este carece de libertad para asignar al texto el significado que le plazca. Por el contrario –continúa–, quien interpreta está sujeto a la disciplina de una serie de reglas que especifican el peso y la relevancia que debe asignarse al material (palabras, historia, intención, consecuencias, entre otros), que definen los conceptos básicos y que establecen las circunstancias procedimentales bajo las cuales debe producirse la interpretación”¹⁴.

Ahora bien, estas reglas que marcan los límites de la interpretación judicial son denominadas por Fiss “reglas de disciplina”. Ellas pueden variar según los diferentes tipos de texto, y tienen por función limitar al intérprete, confiriendo así objetividad a la interpretación, despojándola asimismo –luego se verá que solo parcialmente– de los inevitables sesgos subjetivos y aportando los estándares que permiten juzgar la corrección de la interpretación. “Estas reglas –escribe el autor– no son simples estándares o principios que propugnan ciertos jueces; por el contrario, son principios constitutivos de la institución [...] en la que estos se encuentran insertos y a través de la cual actúan. En este sentido –concluye–, las reglas de disciplina operan de manera similar a las reglas del lenguaje, las cuales lo constituyen, limitan a sus usuarios y suministran estándares para juzgar sus usos”¹⁵.

Pero sucede que esas reglas de disciplina no serían propiamente reglas si carecieran de una cierta autoridad y esta, según Fiss, solo puede ser conferida por una comunidad. “De este modo –afirma–, las reglas de disciplina que rigen una actividad de interpretación deben ser concebidas como los parámetros que definen o demarcan una comunidad interpretativa compuesta por quienes reconocen la autoridad de dichas reglas”¹⁶. Y en este punto, Fiss aclara que, en el caso de la interpretación jurídica, la objetividad de que se habla no se refiere a la que es propia del conocimiento empírico o de las ciencias empíricas, sino que “lo físico no agota la pretensión de objetividad ni transforma a esta objetividad limitada [de la interpretación jurídica] en una forma secundaria o parasitaria de objetividad [...]; el derecho –o cualquier otra actividad interpretativa– sólo aspira a esta última forma de objetividad y, por tanto, es la única que debe concernirnos”¹⁷. Más adelante, Fiss hablará de un “significado intersubjetivo fundado en la idea de reglas de disciplina y de una comunidad interpretativa” y deja en claro que entiende la noción de *objetividad* en el sentido restringido de *intersubjetividad*¹⁸.

Y en lo que respecta a la noción de comunidad interpretativa, sostiene que no se trata en ese caso de una unión accidental, voluntaria y libre de algunos magistrados, sino que la comunidad interpretativa es una realidad, la del aparato judicial de una determinada comunidad política. En el caso de los jueces, afirma: “[...] su pertenencia a la comunidad deriva del oficio que les corresponde desempeñar [...]. Los jueces saben que si renuncian a su pertenencia a la comunidad interpretativa

¹⁴ *DRP*, pág. 207.

¹⁵ *DRP*, ibídem.

¹⁶ *DRP*, pág. 208.

¹⁷ *DRP*, ibídem. Véase, también, pág. 207.

¹⁸ *DRP*, pág. 213.

o renuncian a la autoridad de la misma, pierden su potestad de expresarse con la autoridad del derecho”¹⁹. Además, esa comunidad tiene la potestad de imponer sus criterios por la fuerza y de excluir de su seno a aquellos magistrados que se nieguen a seguir sus directivas. Dicho en otras palabras, la comunidad interpretativa se constituye simultáneamente con el Poder Judicial del Estado, deriva su autoridad de la Constitución y sus miembros la integran en el supuesto de que respetarán el *rule of law*. De ese modo, quien no quiera seguir las reglas de disciplina que emanan de ella, dejará de pertenecer al Poder Judicial y no podrá expresar institucionalmente al derecho.

Por otra parte, Fiss realiza una sugerente –pero poco desarrollada– distinción entre la *objetividad* –y consiguiente legitimidad– de la interpretación jurídica y su *corrección*, *i.e.*, su adecuación a los elementos del caso; según el autor, una resolución judicial puede ser *objetiva* y por lo tanto legítima, y al mismo tiempo *errónea*, por basarse en una deficiente comprensión de los datos relevantes. Para Fiss, “ambas calidades surgen de las mismas reglas: en tanto que la objetividad se refiere a la fuerza limitativa de las reglas y a la limitación del juicio, la corrección tiene que ver con el contenido de las reglas [...]. Desde la perspectiva interna –sostiene– la legitimidad depende, en gran parte, de la objetividad más que de la corrección”²⁰. Lamentablemente, Fiss no precisa aquí el sentido estricto de las expresiones “legitimidad” y “corrección” y de su articulación recíproca, por lo que no queda en claro el alcance preciso de las oposiciones objetividad-subjetividad y corrección-error, extremos que, de haber sido desarrollados, podrían revestir un especial interés epistémico.

3. Las notas de la interpretación jurídica

A continuación Fiss desarrolla *in extenso* la idea de la existencia de una serie de rasgos característicos de la interpretación jurídica, que la distinguen específicamente de los restantes tipos de interpretación; estos rasgos son: la naturaleza prescriptiva de los textos, su pretensión de autoridad y la necesidad de tener en cuenta la eficacia de las soluciones. Respecto del primero, el autor afirma categóricamente: “Los textos jurídicos son prescriptivos. Si bien estos presuponen un estado de cosas y emplean términos y conceptos descriptivos o representativos, su propósito no consiste en describir sino en prescribir”²¹. Y más adelante agrega que “el elemento prescriptivo en la adjudicación y en los textos jurídicos no precluye la posibilidad de una interpretación objetiva. Los textos prescriptivos son susceptibles de ser interpretados tanto como los descriptivos”²², aunque en ellos el nivel de desacuerdo sea superior al que se presenta en los textos descriptivos. La prueba de la legitimidad de una interpretación consiste solamente en “determinar si la decisión está conforme con las reglas de disciplina dotadas de autoridad”²³.

¹⁹ *DRP*, pág. 209.

²⁰ *DRP*, págs. 211-212.

²¹ *DRP*, págs. 213-214.

²² *DRP*, pág. 214.

²³ *DRP*, pág. 215.

En este punto, Fiss incluye algunas consideraciones adicionales pero de interés acerca del papel de la moralidad en la interpretación del derecho: “Los intérpretes jurídicos –sostiene– están bajo una presión constante de ceñirse a las restricciones que rigen los juicios morales, toda vez que tanto el derecho como la moral persiguen establecer normas de comportamiento adecuado y pretenden describir lo ideal mediante conceptos similares, tales como libertad e igualdad. En este sentido, el derecho –concluye– toma prestados elementos de la moral (y, por supuesto, de la moral del derecho). Algunas veces este préstamo es sustantivo, pero en la mayoría de los casos es procedimental”²⁴.

Para la tradición del derecho natural, afirma Fiss, este préstamo es determinante y sustantivo, y si bien el positivismo jurídico “intenta separar el derecho de la moral y mantiene el préstamo sustantivo a un nivel mínimo, esta separación nunca será de hecho completa [...], [aunque] la comprensión judicial de estos valores [públicos] –igualdad, libertad, propiedad, debido proceso, prohibición de penas crueles y desproporcionadas– resulta necesariamente modelada por la moral prevaleciente. El texto moral es –concluye– un prisma a través del cual el juez comprende el texto jurídico”²⁵. Esta necesaria mediación de la moral pública en la interpretación jurídica coloca al pensamiento de Owen Fiss en una cercanía, no explícita, pero innegable, con las doctrinas del positivismo jurídico incluyente²⁶.

Y en lo que se refiere a la segunda de las notas características de la interpretación judicial, la pretensión de autoridad, Fiss sostiene –citando a Kelsen y Hart– que “un individuo tiene un deber moral de obedecer la interpretación judicial no porque esta tenga una autoridad intelectual especial (porque es una interpretación correcta, entre otras razones), sino porque el juez forma parte de una estructura de autoridad que es conveniente preservar. Esta versión de la pretensión de autoridad apela a la conciencia del individuo y deriva de la virtud de las instituciones y no del poder de las mismas. Esta –concluye– es la versión más importante de la pretensión de autoridad, porque ninguna sociedad puede depender por completo de la fuerza para asegurar el acatamiento”²⁷. Por esta razón, las interpretaciones judiciales son vinculantes, incluso cuando están erradas, y solo pueden ser derrotadas cuando los errores son particularmente graves²⁸.

Finalmente, el autor analiza la tercera de las notas, la que se refiere a la necesidad de cierta eficacia en la interpretación judicial. Sostiene en este punto que “los jueces persiguen interpretar el texto jurídico para luego transformar la realidad social en un sentido que se adapte a su interpretación”²⁹, para lo cual se verán en la

²⁴ *DRP*, ibídem.

²⁵ *DRP*, pág. 216. Más adelante, sostiene Fiss: “[...] ha sugerido una dimensión moral de la interpretación jurídica: el juez interpreta un texto prescriptivo y, al hacerlo, confiere significado y expresión a los valores contenidos en el mismo”; pág. 218.

²⁶ Véase, en este punto: ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México D.F., UNAM, 2006, *passim*.

²⁷ *DRP*, pág. 219.

²⁸ *DRP*, pág. 221. Lamentablemente, Fiss no se detiene en el análisis de esta posibilidad y de sus consecuencias jurídicas.

²⁹ *DRP*, pág. 223.

necesidad de efectuar ciertos juicios técnicos de eficiencia, a los efectos de disponer los medios necesarios para la eficacia en la vida social de las disposiciones adoptadas. Por ello, Fiss afirma que “los juicios instrumentales [o de eficiencia] deben ser confiados a los jueces como una forma de preservar la integridad de la empresa de conferir significado. En efecto –concluye–, el significado de un valor deriva tanto de su realización práctica como de su articulación intelectual”³⁰, aunque el autor previene también contra el peligro de un excesivo instrumentalismo en la adjudicación judicial.

4. La muerte del derecho por el nihilismo y el instrumentalismo

Una vez expuesta la que puede denominarse su teoría positiva de la interpretación judicial, Fiss pasa a una crítica penetrante y aguda de las dos orientaciones alternativas más difundidas en los Estados Unidos: el Movimiento de Estudios Jurídicos Críticos y el Análisis Económico del Derecho. Respecto de esta última tendencia, escribe que “el objetivo de la tendencia normativa del Análisis Económico del Derecho no consiste en describir o explicar cómo se produjeron las decisiones judiciales o en predecir cómo se producirán, sino en guiar esos procesos. Así, describe los conceptos normativos utilizados por los jueces –por ejemplo, la igualdad o la razonabilidad– como un conjunto desordenado de intuiciones y ofrece una estructura intelectual para ordenarlas y darles contenido. Esta estructura es el mercado [...]; el Análisis Económico del Derecho descansa sobre la relativización de todos los valores. Estos son reducidos a preferencias y se entiende que todas ellas tienen una igual pretensión a la satisfacción”³¹. “El Análisis Económico del Derecho –concluye más adelante– se convierte meramente en el sirviente del *laissez-faire*”³². Fiss denomina a esta concepción del papel de la razón en el derecho como “instrumentalista”, y la etiqueta no puede ser más acertada, ya que para el AED el derecho y la razón jurídica resultan ser meras herramientas al servicio de la maximización de la eficiencia económica³³.

En este punto, Fiss explica que “la tentación de encontrar vías para poner término a esta incertidumbre [en la adjudicación] siempre es grande. Creo que esta es una de las motivaciones que dieron surgimiento al Análisis Económico del Derecho [...]. Mediante una evocación de la veta científica que rodea a la economía y del lenguaje formal de las matemáticas asociado a esta disciplina, los partidarios del Análisis Económico del Derecho prometieron un método –el análisis costo/beneficio– que podría reducir la falta de certeza del juicio [juzgamiento]. Este método sería cierto y determinado. Por supuesto, se trataba de una falsa promesa, toda vez que suponía un fin vacuo o sometido a profundas controversias. En cualquier caso –concluye–, el Análisis Económico del Derecho, como método,

³⁰ *DRP*, pág. 224.

³¹ *DRP*, pág. 255.

³² *DRP*, pág. 257.

³³ *DRP*, pág. 252.

dependía de la posibilidad de cuantificar valores o contingencias que no pueden ser cuantificados”³⁴.

Y más adelante finaliza su argumentación al sostener: “[...] los adeptos al Análisis Económico del Derecho [...] han seguido el camino errado. Lo importante no es la cantidad sino la calidad: la cuestión no radica en asumir un papel más amplio para el derecho sino, más bien, en entender este rol en términos cualitativamente distintos. El papel del derecho no consiste en perfeccionar ni en replicar el mercado, sino en llevar a cabo el tipo de juicios que, según los partidarios del Análisis Económico del Derecho, son arbitrarios; es decir, una mera cuestión de distribución”³⁵. En rigor, se trata, en el caso del AED y aunque Fiss no lo diga expresamente, de una forma más de reduccionismo³⁶, propio del pensamiento de la modernidad y sus continuadores, según el cual se reduce a la razón –práctico normativa– propia del derecho a otro tipo de razón, aparentemente dotada de mayor cientificidad; en este caso, la que corresponde a la ciencia económica. En cualquier caso, se trata de una reducción de la razón jurídica a los conceptos, métodos y valores de una racionalidad y de un saber distinto y heterogéneo a los que de hecho –y de principio– se emplean en el derecho.

Y en lo que se refiere al Movimiento de Estudios Jurídicos Críticos, Fiss sostiene que su finalidad “consiste en negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad. El derecho no es [para los Críticos] lo que parece: objetivo y capaz de conducir a respuestas correctas. Es simplemente política vestida de otros ropajes. Los jueces hablan como lo hacen porque así lo determinan las convenciones de su profesión y ello es necesario para mantener el poder, pero su retórica es una completa farsa”³⁷. A partir de esta afirmación, los adherentes al CLS “se diferencian de las feministas y de los realistas de generaciones anteriores por la pureza de su negativismo [...]”. Persiguen desenmascarar al derecho, pero no para convertirlo en un instrumento efectivo de la buena política pública o de la igualdad. El objetivo de su crítica es la crítica”³⁸. “Me parece –concluye más adelante– que una crítica carente de una visión de lo que podría sustituir aquello que destruye carece de atractivo político y es políticamente irresponsable”³⁹.

Frente a estos intentos de reducir, por una parte, o desacreditar, por la otra, la posibilidad y efectividad de una razón jurídica, Fiss sostiene que “ambas escuelas inician su reflexión como un rechazo del derecho como una encarnación de la moralidad pública y, así, se fundan en una línea de base común. Los Estudios Críticos del Derecho niegan la existencia de esta moralidad [...] cuando afirman que *todas* nuestras estructuras normativas implican una contradicción irresoluble. Por su parte –continúa–, el Análisis Económico del Derecho también ataca la noción del derecho como moralidad pública, [...] mediante la relativización de todos los valores; [...] los

³⁴ *DRP*, pág. 276.

³⁵ *DRP*, pág. 257.

³⁶ Véase: AGAZZI, E., “Analogicità del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell’oggettività nelle scienze umane”, en AA VV, *Epistemologia e scienze umane*, Milano, Massimo, 1979, págs. 60-61.

³⁷ *DRP*, pág. 259.

³⁸ *DRP*, pág. 260.

³⁹ *DRP*, ibidem.

valores son transformados en preferencias y se asume que cada preferencia tiene la misma pretensión a ser satisfecha”⁴⁰.

En definitiva, según Fiss, “nunca estaremos en capacidad de responder plenamente al negativismo de los Estudios Críticos del Derecho o al tosco instrumentalismo del Análisis Económico del Derecho si no iniciamos un proceso regenerativo, si no ponemos término a los procesos sociales que han nutrido y alimentado estas corrientes. Los argumentos analíticos exclusivamente internos al derecho solo permitirán que nos movamos en el ámbito de lo jurídico. Se necesita algo más: una creencia en valores públicos y la voluntad de actuar conforme a los mismos”⁴¹. El autor reconoce que esta creencia social no puede ser alcanzada solo por el derecho, pero le asigna a este una función decisiva en el necesario proceso de regeneración de la ética pública, y sostiene que “el propio derecho podría jugar un papel importante en este proceso habida cuenta de su poder generador de valores públicos así como de su dependencia de los mismos. [...] Ciertamente, necesitamos una moralidad pública para tener derecho, pero, más aún, necesitamos el derecho para tener moralidad pública”⁴². De lo contrario, si triunfaran el CLS o el AED, Fiss sostiene que “esto significará la muerte del derecho [tal] como lo hemos conocido a lo largo de la historia y al que hemos llegado a admirar”⁴³.

5. La problemática y sus respuestas

Una vez resumidas las principales ideas expuestas por Owen Fiss acerca de la racionalidad, objetividad y el carácter valorativo de la actividad de interpretación/adjudicación jurídica, corresponde ante todo poner de relieve la relevancia de las cuestiones abordadas por el autor, a los efectos de pasar luego al análisis de sus respuestas. En lo que respecta a las cuestiones abordadas por él en su tratamiento de la interpretación en el derecho, pueden ser reducidas a las siguientes⁴⁴: (i) la referida al carácter *racional* de la interpretación, lo que incluye un análisis del tipo de racionalidad (instrumental, procedimental, sustantiva, constructiva, nihilista, referencial-realista, etc.); (ii) la del carácter *objetivo*, o no, de la interpretación, con indicación del tipo de objetividad que corresponde a la interpretación jurídica; (iii) la concerniente a los criterios de *corrección* de la interpretación; y (iv) la que alude al papel de las *valoraciones*, en especial las de carácter ético, en el proceso de interpretación jurídica.

En lo que respecta a la primera de estas cuestiones, *i.e.*, a la de la racionalidad de la interpretación jurídica, Fiss plantea claramente una alternativa entre la propuesta de una racionalidad constitutiva –tanto procedimental como sustantiva– de

⁴⁰ *DRP*, pág. 264.

⁴¹ *DRP*, pág. 265.

⁴² *DRP*, págs. 265-266.

⁴³ *DRP*, pág. 266.

⁴⁴ Quedaría otro tema importante por tratar, el de la *creatividad* en la interpretación jurídica y sus límites, pero Fiss, si bien lo menciona, no le dedica demasiado espacio ni argumentos; sobre el tema, véase: ZAMBRANO, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, México D.F., UNAM, 2009, *passim*.

esa interpretación, la negatividad nihilista de los CLS y la meramente instrumental del AED. Para el autor, resulta evidente, en especial si se parte de la realidad fenoménica de la interpretación judicial, que ella reviste carácter racional, más precisamente racional-deliberativo. “Al afirmar —escribe— que este método es racional, pretendo subrayar su naturaleza deliberativa. Los magistrados escuchan argumentos acerca de un amplio conjunto de cuestiones: los hechos, la historia del derecho aplicable al caso, los casos anteriores y el texto preciso de las normas. Estos argumentos son debatidos con los abogados, entre los magistrados y sus asistentes judiciales y entre los magistrados entre sí. Además, los jueces también reflexionan acerca de todo lo escuchado e intentan evaluar las fortalezas y debilidades de los argumentos [...]. Habida cuenta de su carácter deliberativo, la decisión judicial puede ser concebida como un parangón [paradigma] de todas las decisiones racionales, particularmente las de naturaleza pública. Solo se diferencia —concluye— de otras formas de decisión por el tipo de reglas o estándares que se utilizan para determinar qué razones son buenas y cuáles no lo son”⁴⁵.

De este largo párrafo se desprende que la razón a la que se refiere Fiss al afirmar que la adjudicación reviste carácter racional es a una versión de la que tradicionalmente se denomina *razón práctica*, i.e., a aquella función de la razón por la cual esta valora y dirige la conducta humana hacia el logro de alguna forma del bien humano⁴⁶, en el caso del derecho, a la dimensión jurídica del bien común político. Lamentablemente, Fiss no precisa en el libro su concepción de la “razón deliberativa” y de los “juicios prácticos”, ni cita ningún autor o autores que puedan servir de pista acerca de ello. Lo que sí queda en claro es que se trata de una razón que no es meramente instrumental, como la propuesta por el AED, ni puramente ideológica, como la que denuncia el CLS, ni siquiera de una razón mediada por la emoción⁴⁷, sino que es “sustantiva”, como afirma expresamente el mismo Fiss, al sostener que “mientras que el razonamiento instrumental domina la etapa remedial [de búsqueda de los medios], la racionalidad sustantiva —esto es, el refinamiento y la elaboración de los fines a través del proceso de deliberación— constituye la esencia de la fase de declaración de derechos en la adjudicación. A mi juicio, este aspecto de la adjudicación tiene carácter fundante, toda vez que [...] la autoridad de los jueces está ligada a la racionalidad sustantiva”⁴⁸.

Ahora bien, cuando se analiza el contenido y alcance de esta sustantividad, se descubre que, para Fiss, las raíces de la racionalidad que establece los fines del dere-

⁴⁵ *DRP*, pág. 269.

⁴⁶ La primera referencia a la “razón práctica”, así como a la “filosofía práctica”, se encuentra en las obras de Aristóteles, en especial en *Metafísica*, II, 1, 993 b 19-23, donde escribe: “[...] el fin de la filosofía teórica es la verdad, y el de la práctica la obra, puesto que los [filósofos] prácticos, aunque indagan el modo como son las cosas, no estudian la causa por sí misma, sino con relación a algo y ahora”. Sobre la noción de razón práctica en Aristóteles, véase: AUBENQUE, P., *Problèmes Aristoteliciens-II-Philosophie Pratique*, París, Vrin, 2011, págs. 21-28 y *passim*; asimismo, véase: BERTI, E., *Las razones de Aristóteles*, trad. H. A. Gianneschi & M. Monteverdi, Buenos Aires-Monterrey, Oinos-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2008, págs. 121-156, y WALLACE, R. J., “Practical Reason”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, E. N. Zalta (ed.), Summer 2009 Edition, en: <http://plato.stanford.edu/entries/practical-reason/>.

⁴⁷ *DRP*, pág. 288.

⁴⁸ *DRP*, pág. 270. Sobre los “juicios prácticos”, véase: *DRP*, pág. 280.

cho y justifica el sentido de la adjudicación jurídica se reducen exclusivamente a dos: (i) a las *reglas de disciplina* elaboradas por la institución judicial, y (ii) a los *valores* socialmente compartidos en los Estados Unidos⁴⁹ e incluidos en su Constitución⁵⁰. En efecto, se refiere varias veces a ambos extremos como a los que justifican el contenido de los valores jurídicos que aparecen en la interpretación y aplicación. Respecto de las primeras –las reglas de disciplina–, ya se ha consignado que son “un conjunto de normas procedimentales que tienen por finalidad disciplinar al intérprete”, otorgando objetividad a sus juicios, y que Fiss reduce a la exigencia de independencia judicial, la de jurisdicción no-discrecional, al deber de escuchar a ambas partes, de asumir la responsabilidad de sus decisiones y de justificarlas “en términos universalizables”⁵¹.

Esto último reduce la concepción de la razón práctica deliberativa a dos dimensiones: (i) una meramente procedimental, referida a las vías seguidas para alcanzar ciertos fines y valores; y (ii) otra referida a esos mismos fines y valores, que son establecidos a través de convenciones –más o menos elaboradas– como lo son los valores compartidos socialmente en los Estados Unidos y los incluidos en la Constitución de ese país. De este modo, si bien resulta especialmente interesante el desarrollo efectuado por Fiss acerca del carácter constitutivo de la razón práctica en la determinación del derecho, su noción de razón práctica o razón deliberativa no solo no ha sido desarrollada como hubiera sido conveniente, sino que resulta estrecha y limitada.

Esto es así, ante todo, porque la razón práctica defendida por Fiss no se justifica a partir de principios primeros universales, que resultan necesarios para anclar adecuadamente una justificación racional de directivas y valoraciones; de lo contrario, la justificación se iniciará en premisas penúltimas, no demostrará nada, y vendrá a ser algo así como una cadena fijada en un clavo pintado en la pared⁵². Por otra parte, esta ausencia de principios primeros habrá de desembocar necesariamente en una carencia de universalidad de las argumentaciones elaboradas en sede normativo-jurídica, con lo que ellas carecerán de fuerza demostrativa y persuasiva. El mismo Fiss reconoce en un único párrafo que la justificación de las sentencias deberá hacerse “en términos universalizables”, pero no dice más nada, remitiéndose en definitiva, para determinar el contenido de los que llama “valores públicos”, a las opiniones vigentes en los años sesenta en Norteamérica, a las doctrinas de la Corte Warren y al modo como “se defiende el derecho en esta república”⁵³. Es decir, claramente a proposiciones penúltimas, contingentes y circunstanciadas, incapaces de justificar una argumentación con pretensiones de universalidad.

Pero, además, en el volumen no se dice nada –ni se remite a nadie– acerca de las modalidades y reglas lógicas de las inferencias prácticas⁵⁴, del papel de la

⁴⁹ *DRP*, pág. 288.

⁵⁰ *DRP*, pág. 315; pág. 226.

⁵¹ *DRP*, págs. 216-217.

⁵² Véase: KALINOWSKI, G., “La justification de la morale naturelle”, en AA VV, *La morale, sagesse et salut*, Paris, Fayard, ed. C. Bruaire, 1981, págs. 211-220; también, véase: KALINOWSKI, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. E. Mari, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, págs. 155 y sigs.

⁵³ *DRP*, pág. 315.

⁵⁴ En este punto, véase: KENNY, A., “L’inférence pratique”, en AA VV, *Philosophie de l’action. Action, raison et délibération*, Paris, Vrin, 2007, págs. 193-209.

voluntad en las elecciones en el campo de la praxis, de la naturaleza de las proposiciones normativas, de las exigencias racionales –y no racionales– de los procesos de concreción del derecho⁵⁵, y así sucesivamente. En otras palabras, falta toda la teoría del conocimiento práctico, razón por la cual la mayoría de las afirmaciones de Fiss a ese respecto están afectadas de una insanable vaguedad e imprecisión, que debilitan notablemente todas sus referencias a la razón en el ámbito de la adjudicación jurídica. Indudablemente, el autor ha tenido una serie de intuiciones importantes: la necesidad de una dimensión racional en la adjudicación; que esa dimensión debía tener carácter práctico-deliberativo; que la remisión del juicio jurídico a la economía, la ideología o el sentimiento resulta estéril, inadecuada y peligrosa, y otras similares. Pero la mencionada ausencia de un análisis preciso y sistemático del uso de la razón en el campo del derecho conduce a una debilidad especialmente notable de su propuesta.

6. La objetividad de la interpretación

Otro de los aspectos relevantes de la propuesta de Owen Fiss en materia de adjudicación e interpretación, es la exigencia reiterada de una cierta objetividad para las proposiciones interpretativo-jurídicas. En este punto, Fiss percibe adecuadamente que una interpretación jurídica que se redujera en sus contenidos a las preferencias meramente subjetivas del intérprete, no revestiría ningún valor interpersonal, no podría estar dotada de autoridad, y no podría justificar el resultado que se persigue con las resoluciones judiciales. Ahora bien, el autor también reitera varias veces que esa objetividad, de la que deben estar revestidas las resoluciones judiciales, no es idéntica a la que les compete a las proposiciones descriptivas, sino que tiene otra modalidad y otro alcance. Y al momento de determinar esa modalidad y ese alcance, sostiene –ya se ha visto anteriormente– que ella está establecida por una serie de reglas –las “reglas de disciplina”– que imponen límites a la interpretación y eliminan así su carácter meramente subjetivo y, por ende, arbitrario.

Ahora bien, ¿cuáles son el carácter y los alcances de una objetividad que se basa –exclusivamente– en límites regulativos impuestos al juicio interpretativo? En este punto, es preciso analizar las diversas acepciones que reviste el concepto de objetividad⁵⁶, que han sido explicitadas por Juan Bautista Etcheverry en su notable estudio sobre *Objetividad y determinación del derecho*⁵⁷. Allí este autor distingue cuatro formas principales en que puede hablarse de objetividad: (i) la objetividad *semántica*, según la cual una proposición es semánticamente objetiva si hace referencia a un

⁵⁵ Véase: MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho -III- El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, págs. 83-105.

⁵⁶ Sobre las nociones de “objeto” y “objetividad”, véase: MASSINI CORREAS, C. I., “La objetividad en la interpretación jurídica. La objetividad jurídica modesta y sus problemas”, en AA VV, *El Caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, Granada, Comares, J. B. Etcheverry & P. Serna, 2010, págs. 108-112.

⁵⁷ ETCHEVERRY, J. B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, págs. 198-201.

objeto distinto del propio pensamiento o lenguaje, y es semánticamente subjetiva si hace referencia a algún aspecto del mismo sujeto; (ii) la objetividad *metafísica*, en cuyo caso una proposición es objetiva cuando se corresponde con un objeto real independiente del sujeto que conoce, y resulta subjetiva cuando no se corresponde; (iii) la objetividad *discursiva*, en cuyo caso la referencia se dirige a algún elemento de un discurso, y es subjetiva cuando no tiene referencia ninguna; y (iv) la objetividad *procedimental o epistémica*, en la cual la objetividad radica en ciertas condiciones de nuestro conocimiento que eliminan los factores de distorsión de los juicios, y se reduce a mera subjetividad cuando no se cumplen esas condiciones.

En el caso de la propuesta de Owen Fiss, resulta evidente que —en lo que respecta a las proposiciones interpretativas o adjudicativas— se está en presencia de una objetividad meramente procedimental, ya que lo único que la garantiza es la adecuación del proceso interpretativo a ciertos límites epistémicos, que el autor denomina “reglas de disciplina”. Se sobreentiende que esas reglas tienen por finalidad eliminar o disminuir los factores distorsivos que harían que los juicios de atribución resultaran arbitrarios, parcialistas o ideológicamente sesgados. Por supuesto que, en este caso, el cumplimiento de las “reglas de disciplina” no garantiza la corrección de los juicios, sino solamente que se han evitado algunos de los elementos más habituales de distorsión del juicio jurídico.

En este punto, Fiss es especialmente claro en el sentido de que la objetividad que propone para las proposiciones interpretativas radica en que ella debe sujetarse a estándares que “trascienden el punto de vista del sujeto”⁵⁸ y que son principios constitutivos de la institución de la judicatura y, por lo tanto, independientes de las opiniones de los jueces. Además, el autor sostiene que esa objetividad no garantiza la corrección de la interpretación: “Así como la objetividad —escribe Fiss— es compatible con alguna medida de disenso, también es compatible con el error. En efecto, una interpretación objetiva no es necesariamente una interpretación correcta”⁵⁹. Ahora bien, estos estándares que garantizan la objetividad, ya que trascienden al sujeto, pero no aseguran la corrección de las interpretaciones, presentan algunas dificultades epistémicas, de las que se analizarán brevemente solo dos.

La primera radica en el estatuto que debe otorgarse a las mencionadas “reglas de disciplina”, trascendentes a los sujetos. En este punto, se plantea una alternativa insalvable, ya que o bien (i) esas “reglas de disciplina” son tales porque corresponden a cierta “naturaleza” de la institución judicial o de su actividad propia, en cuyo caso se cae en la objetividad metafísica y en una forma de realismo epistémico; o bien, (ii) no corresponden a ninguna naturaleza y son elaboradas por el acuerdo o consenso de los magistrados, revistiendo una realidad meramente convencional⁶⁰. Pero Fiss no se refiere nunca a una “naturaleza”, o “esencia”, o “índole” de la comunidad interpretativa; sí habla de que la comunidad profesional “suministra los estándares” o bien “reconoce la autoridad de dichas reglas”⁶¹. En definitiva, este autor es

⁵⁸ *DRP*, pág. 206.

⁵⁹ *DRP*, pág. 210.

⁶⁰ Véase: MASSINI CORREAS, C. I., “La objetividad...”, ob. cit., pág. 122.

⁶¹ *DRP*, pág. 208.

evidentemente ambiguo en cuanto al estatuto ontológico de las reglas de disciplina, pero pareciera que se inclinara –o debería inclinarse coherentemente– más por una versión consensualista de estas reglas que por una ontologista, que las haga derivar de la estructura ontológica de la judicatura. Aunque, lamentablemente, si las “reglas de disciplina” no se corresponden con ninguna “naturaleza” o realidad⁶² de la institución de la judicatura, su única fuente alternativa puede ser la opinión concordante de –la mayoría de– los magistrados, con lo cual la objetividad tan buscada por Fiss termina en una mera intersubjetividad mayoritaria que debilita sensiblemente el valor epistémico de las “reglas de disciplina”.

En definitiva, merece destacarse en este punto la agudeza con que Owen Fiss ha percibido la necesidad de una cierta objetividad en la interpretación jurídica, ya que, de lo contrario, se trataría de una mera “creación” de sentido⁶³, tal como lo proponen los CLS y la Constitución interpretada podría sostener cualquier cosa, como lo reconoce el autor expresamente⁶⁴. Está claro que en ese caso no se trataría propiamente de una “interpretación”, sino de una simple “atribución”, “creación” o “donación” de un sentido cualquiera a través de un acto arbitrario. Pero Fiss, probablemente limitado por sus prejuicios sesentistas, no ha dado el paso de la aceptación o elaboración de una doctrina de la objetividad que no quede limitada a la mera intersubjetividad mayoritaria y remita a las estructura de las realidades práctico-jurídicas, en un ejercicio de objetividad fuerte y epistémicamente satisfactorio⁶⁵.

7. La corrección en la interpretación

Una nueva cuestión, que perturba y complica a muchos de quienes abordan la temática de la interpretación jurídica, es la referida a la corrección o incorrección de las interpretaciones jurídicas, *i.e.*, la de su adecuación –o inadecuación– a ciertos parámetros que hacen posible calificarlas como correctas o incorrectas, como buenas o malas. En este punto, se entremezclan varios problemas diferentes, que no siempre se distinguen con la precisión que sería necesaria⁶⁶. En especial, se confunde la cuestión de la certeza de las proposiciones con la de su verdad⁶⁷ y, de ese modo, partiendo de la premisa plausible de que el conocimiento práctico es de difícil obtención y no alcanza por lo general la certidumbre propia de los saberes descriptivos, en especial empírico-descriptivos, se llega a la conclusión insatisfactoria de que en su ámbito resulta imposible la verdad. Esta es la tesis central del escepticismo ético-jurídico que se encuentra detrás de la mayor parte de la versiones del positivismo jurídico, y

⁶² Hay que reconocer que Fiss escribe en pág. 209 que “la comunidad interpretativa es una realidad”, pero no saca de esa afirmación ninguna consecuencia sistemática. Asimismo, en pág. 228 y sigs., Fiss critica el mero convencionalismo de Stanley Fish, oponiéndole su particular versión de la objetividad interpretativa.

⁶³ *DRP*, pág. 225.

⁶⁴ *DRP*, pág. 229.

⁶⁵ Véase: AGAZZI, E., *ob. cit.*, págs. 69-73.

⁶⁶ Véase: CANALE, D., *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Milano, CEDAM, 2003, págs. 67-74.

⁶⁷ Véase: LLANO, A., *Gnoseología*, Pamplona, EUNSA, 1983, pág. 52 y sigs.

según la cual resulta imposible acceder a un conocimiento veritativo en el ámbito de la praxis humana, ámbito que queda librado al juego de las emociones, los actos de voluntad o una versión especialmente degradada de la teoría⁶⁸.

En el caso de Owen Fiss, este autor no se enrola definitivamente con ninguna corriente determinada de la teoría del conocimiento, aunque deja en claro su rechazo al iusnaturalismo clásico⁶⁹ y, al menos algunas veces, critica abiertamente el positivismo jurídico⁷⁰, en especial en su tesis de la separación constitutiva del derecho y la moral. Pero además, aunque solo una vez y de modo breve, se refiere explícitamente al tema de la corrección de los enunciados interpretativos. En ese lugar, distingue entre la objetividad y la corrección de estos enunciados, sosteniendo que dos interpretaciones judiciales distintas pueden ser ambas objetivas, pero solo una de ellas será correcta⁷¹. Ahora bien, esa evaluación puede realizarse –según Fiss– desde dos puntos de vista: uno interno y otro externo. Desde el punto de vista *interno*, los estándares de evaluación coinciden con las reglas de disciplina y una valoración de un fallo determinado puede llegar a la conclusión de que es objetivo y legítimo aunque resulte incorrecto. Ello en razón de que “ambas calidades [objetividad y corrección] surgen de las mismas reglas: en tanto que la objetividad se refiere a la fuerza limitativa de las reglas, la corrección tiene que ver *con el contenido de las reglas* y con la adhesión a este contenido del proceso de adjudicación y del significado generado por el mismo”⁷².

Por otra parte, desde el punto de vista *externo*, se podrían evaluar las resoluciones judiciales con referencia a algún principio ético o religioso *exterior* al derecho, en cuyo caso no es relevante si la interpretación que la genera es o no objetiva. Fiss pone como ejemplo el debate producido [alrededor de 1850] acerca de la extensión de la esclavitud, en el que se criticó la legislación esclavista sobre la base de principios éticos, y concluye que a los críticos externos de la legislación solo les quedan los recursos políticos, nunca jurídicos, y, en definitiva, la desobediencia al derecho.

Ahora bien, en el caso de la valoración externa al derecho, queda bien en claro cómo se mide –con qué estándar– la corrección de las sentencias (o normas): con referencia a principios religiosos o morales extrajurídicos. Lo que no queda para nada claro es cuál es el referente o el estándar de corrección en el caso de la valoración interna. Fiss dice que es el mismo que en el caso de la objetividad: las reglas de disciplina, solo que en caso de la corrección la referencia sería al contenido de las reglas. Pero sucede que las reglas –al menos las que enumera Fiss– no dicen nada acerca de contenidos ético-jurídicos, sino solo acerca de principios procedimentales. ¿Dónde está entonces el estándar interno que evalúa la corrección de la interpretación? En la obra de Fiss no aparece, y no puede aparecer, ya que ello significaría la existencia de ciertas estructuras normativo-jurídicas independientes (al menos parcialmente) de la decisión del juez, de la legislatura o del constituyente, cosa que el

⁶⁸ Véase: AUBENQUE, P., ob. cit., págs. 23-28. Véase también: SCARPELLI, U., *Ética jurídica sin verdad*, México D.F., Fontamara, 2007, pág. 66 y *passim*.

⁶⁹ *DRP*, págs. 215-216.

⁷⁰ *DRP*, pág. 216.

⁷¹ *DRP*, pág. 210.

⁷² *DRP*, págs. 211-212 (cursivas añadidas).

autor está muy lejos de aceptar. De donde puede concluirse que Fiss no alcanza a dar una solución satisfactoria a la difícil cuestión de la corrección de las interpretaciones, tal como sucede a numerosos autores contemporáneos que se niegan a reconocer el carácter referencial de la interpretación jurídica⁷³.

En este último punto, conviene incorporar al debate unos párrafos de Damiano Canale, que ha abordado el tema de la corrección de la interpretación con acribia y penetración. En su libro, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, este autor sostiene que “hablar de corrección [de las interpretaciones judiciales], en cambio, impone a la teoría del derecho el abandonar toda forma de no-cognitivismo normativo, en base al cual los juicios valorativos y de obligación no son susceptibles de ser verdaderos o falsos, ni aparecen como racionalmente justificables”⁷⁴. Y continúa sosteniendo que “puede decirse que la interpretación de un texto jurídico es correcta cuando nuestra comprensión se ajusta al objeto de la comprensión (*adaequatio rei et intellectus*). El predicado de la corrección reenvía por lo tanto, ya a nivel intuitivo, a la relación de correspondencia que media entre el resultado de la interpretación (aquello que un enunciado normativo significa) y aquello que ha sido interpretado”⁷⁵; de este modo –concluye–, “la interpretación resultará *correcta* cuando restituya el significado propio o directo de un cierto texto normativo. El criterio de corrección reenvía aquí, por lo tanto, al sustrato objetivo del *interpretandum* [...]: solo restituyendo en su objetividad aquello que interpreto, puede hablarse de comprensión de lo que el texto dice, sustrayéndose así a cualquier falsa apariencia de la verdad”⁷⁶. De este modo, Canale pone de relieve la necesaria primacía del elemento objetivo en la interpretación, así como de una teoría correspondentista del conocimiento y de una noción denotativa del significado⁷⁷.

Queda en claro, entonces, que la cuestión de la corrección de las interpretaciones –tanto jurídicas como no-jurídicas– no puede ser abordada sin relación ni con la cuestión de la verdad, ni con la de la objetividad de los enunciados interpretativos. En rigor, se trata de tres dimensiones de una misma cuestión: la de la correspondencia de las proposiciones interpretativas con ciertos datos objetivos que permiten juzgar su corrección o incorrección. De no ser así, se plantean aporías insalvables a la teoría de la interpretación jurídica, como las que se le presentan a Owen Fiss al querer independizar la cuestión de la objetividad de la de la corrección y ambas de la de la verdad. Y que también se plantean a una gran parte del pensamiento iusfilosófico contemporáneo, cuando pretende resolver las demandas centrales de la teoría de la interpretación sin salirse de los cánones de lo filosóficamente correcto⁷⁸.

⁷³ En este punto, véase: MASSINI CORREAS, C. I., “Twelve Theses on Semantics and Juridical Interpretation”, en *Rechtstheorie*, N° 25/2, Berlin, 1994, págs. 213-218.

⁷⁴ CANALE, D., ob. cit., pág. 71.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 74.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 75.

⁷⁷ Véase: CANALE, D., *Legal Interpretation and the Objectivity of Values* (April 4, 2008). SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1116546>.

⁷⁸ Véase: MASSINI CORREAS, C. I., “La teoria referenziale realista dell'interpretazione giuridica”, en *Ars Interpretandi*, N° 8, Milano, 2003, págs. 449-476. La versión castellana, ligeramente ampliada y corregida, está en: AA VV, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México D.F., UNAM, ed. E. Villanueva et alii, 2005, págs. 477-502.

8. Los valores morales en la interpretación

De las cuatro cuestiones establecidas al comienzo, la última se refiere al papel de las valoraciones éticas en el proceso de adjudicación. En este punto, Owen Fiss es absolutamente claro en el sentido de que “lo que se interpreta es un texto y la moralidad contenida en el mismo”⁷⁹. También sostiene explícitamente que el derecho toma prestados elementos de la moral sustantiva, y concluye que “la moral es un prisma a través del cual el juez comprende el texto jurídico”⁸⁰. Más adelante agrega que “mi defensa de la adjudicación como interpretación objetiva asume que la Constitución posee algún significado o, más específicamente, que el texto constitucional contiene los valores públicos fundamentales de nuestra sociedad”⁸¹. Y concluye con la afirmación de que la finalidad del derecho “es la vindicación de valores públicos a través de un proceso de elaboración fundado en la razón [...]. Como todo lo humano, la razón pública es imperfecta, aunque no más que cualquier otra institución [...]; porque refleja del mejor modo posible nuestra sabiduría colectiva acerca de cómo perseguir la justicia y dar significado concreto a nuestros valores constitucionales”⁸².

De todo esto se sigue que, para Owen Fiss, el juzgador debe interpretar los textos jurídicos a la luz de la moral, sea esta procedimental o sustantiva, en especial de la moral pública vigente en la comunidad de que se trate –Fiss se refiere prácticamente siempre a la de los Estados Unidos– que tiene una expresión privilegiada en el texto constitucional y en los procesos de adjudicación judicial, por cuya mediación adquiere el carácter de razón pública. Lamentablemente, Fiss no define expresamente qué es lo que considera específicamente como “razón pública”, pero del conjunto de sus referencias al tema es posible inferir que se trata de aquellos valores éticos, cognoscibles racionalmente, contenidos en la Constitución y que se expresan en la moralidad mayoritariamente vigente en Estados Unidos de Norteamérica.

Nuevamente se encuentran en este punto los problemas que plantea la vaguedad con que maneja Fiss muchas de las nociones centrales de su pensamiento. Pero a pesar de estas vaguedades e imprecisiones, es posible rescatar en su pensamiento una decidida doctrina que rescata el valor de la moralidad en los procesos de creación y adjudicación del derecho. Este autor resume sus puntos de vista cuando escribe que “ambos movimientos [el CLS y el AED] pueden ser entendidos como una reacción a una teoría del derecho, abrazada con confianza por la práctica jurídica durante los años sesenta, que describe la adjudicación como el proceso que nutre e interpreta la moralidad pública. Tanto el Análisis Económico del Derecho como los Estudios Críticos del Derecho rechazan la noción del derecho como ideal público [...]; ninguna de estas corrientes tiene la intención de considerar el derecho en sus propios términos y de aceptar la adjudicación como un arreglo institucional mediante el cual las autoridades públicas tratan de desarrollar y proteger los valores que compartimos”⁸³.

⁷⁹ *DRP*, pág. 214.

⁸⁰ *DRP*, pág. 216.

⁸¹ *DRP*, pág. 226.

⁸² *DRP*, pág. 308.

⁸³ *DRP*, págs. 251-252.

Del párrafo precedente, así como de muchos otros a lo largo de esta obra, se sigue claramente que Fiss defiende la existencia de una continuidad entre la moralidad y la juridicidad, de un modo similar –aunque no idéntico– al propuesto por Lon Fuller y su conocido *The Morality of Law*⁸⁴. También queda en claro que la moralidad a la que hace referencia Fiss en el libro no es la que varios autores llaman “moral crítica”⁸⁵ o moralidad filosófica, sino la moralidad fácticamente vigente en los Estados Unidos; en sus propias palabras, “los valores que compartimos”⁸⁶. Esa moral habría tenido una concreción especialmente elevada durante los años sesenta del pasado siglo, y se habría expresado paradigmáticamente en la jurisprudencia de esa década, en especial en las doctrinas asumidas en esos años por la denominada Corte Warren. En definitiva, lo expuesto en este punto por Fiss puede resumirse esquemáticamente en dos tesis centrales: tesis (1) “existe una continuidad entre la moral y el derecho, el que debe ser interpretado con la mediación de la moral”; y tesis (2) “la moral que debe servir de criterio interpretativo del derecho es la vigente de hecho en la comunidad política a la que pertenece el derecho interpretado”.

Ahora bien, la tesis (1) ha sido defendida por numerosos autores contemporáneos, tanto iusnaturalistas como transpositivistas, y en nuestros días goza de una aceptación bien difundida; por ello, y si bien la versión que presenta Fiss carece de la precisión y el desarrollo que sería de desear, es posible darla por aceptada en esta oportunidad. Otra cosa ocurre con la tesis (2), ya que la remisión a la moralidad compartida de hecho en una comunidad, especialmente cuando se reduce a la que fuera compartida históricamente en un determinado período de la historia judicial –los años sesenta–, difícilmente puede ser aceptada como trasfondo ético del derecho y criterio para su interpretación. Y ello fundamentalmente por dos razones: (i) porque funda la adjudicación/interpretación en un mero hecho; y (ii) porque la extrema contingencia de ese hecho resulta incapaz de justificar racionalmente la adjudicación.

En cuanto a la primera de estas razones, durante el pasado siglo se ha argumentado hasta el cansancio en el sentido de que los meros hechos no pueden justificar soluciones de derecho y, consecuentemente, la moralidad efectivamente vigente en una comunidad determinada no puede servir como fundamento –aunque sí como punto de partida⁸⁷– de la ética filosófica⁸⁸. Y esto especialmente cuando esa moralidad fáctica será la que determine en última instancia el sentido de las adjudicacio-

⁸⁴ FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven & London, Yale University Press, 1969, págs. 18-32.

⁸⁵ Véase: HÖFFE, O., “Filosofía de la acción y ética”, en AA VV, *Filosofía de la acción*, Madrid, Síntesis, ed. G. Leyva, 2008, pág. 688 y NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, págs. 426-427.

⁸⁶ *DRP*, pág. 252.

⁸⁷ Véase, en este punto; ABBÀ, G., *Costituzione epistemica della filosofia morale*, Roma, LAS, 2009, págs. 13-15.

⁸⁸ Véase: MASSINI CORREAS, C. I., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1995, *passim*. También, véase: FRANKENA, W. K., “La falacia naturalista”, en AA VV, *Teorías sobre la Ética*, comp. P. Foot, trad. M. Arbolí, México D.F., FCE, 1970, págs. 80-98. Asimismo: CHAPPEL, T., *Ethics and Experience*, Durham, Acumen Publishing, 2009, pág. 51 y sigs.; AA VV, *The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy*, London, Basingstoke, ed. W. D. Hudson, 1979 y VON WRIGHT, G. H., “Ser y deber ser”, en AA VV, *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, ed. A. Aarnio *et alii*, 1997, págs. 87-110.

nes jurídicas, *i.e.*, de las soluciones que den los tribunales a los problemas jurídicos de los ciudadanos. Pero la cuestión se complica cuando esa moralidad compartida no es, al menos idealmente, la actualmente vigente, sino que se remite a la que estuvo vigente en una época determinada de la historia norteamericana –los años sesenta–, que se considera, con razón o sin ella, como un momento de expresión paradigmática de la moralidad pública.

En los debates más recientes, ha sido generalmente aceptado que cualquier sistema de eticidad sólo puede ser justificado a partir de proposiciones primeras –o no derivadas– de carácter práctico-moral. Además esas proposiciones deben ser incondicionales, *i.e.*, deónticamente necesarias, en razón de que deben justificar racionalmente proposiciones derivadas, las de adjudicación o determinación del derecho, que revisten también carácter incondicionado. Por todo esto, que se ha debatido en otro lado *in extenso*⁸⁹, resulta claro que las afirmaciones de la moralidad pública vigente en Norteamérica no pueden constituirse en principios normativos del contenido de la adjudicación jurídica. Para que eso fuera posible, sería necesario que se elaborara una justificación racional rigurosa del valor deóntico de los preceptos de esa moralidad fáctica, pero ello no ha sido elaborado por Owen Fiss, ni parece que fuera posible hacerlo⁹⁰.

Y en lo que respecta a la segunda de las razones enumeradas, resulta evidente que de una serie de afirmaciones contingentes solo pueden seguirse afirmaciones de ese mismo carácter, en razón de la bien conocida regla lógica según la cual las conclusiones no pueden ser más “fuertes” que las premisas. Según esto, una conclusión –aunque sea deónticamente– necesaria, como lo son las proposiciones de adjudicación-aplicación del derecho, no puede seguirse solamente de afirmaciones contingentes, como lo son las que describen la moralidad fácticamente vigente en un determinado lugar y en un cierto momento de la historia. Poniendo un ejemplo simple, de la proposición “en la ética actual de los Estados Unidos se considera que los sujetos de todas las razas deben recibir igual tratamiento”, y de esta otra: “[...] permitir la concurrencia a las escuelas de alumnos de todas las razas es otorgar igual tratamiento”, solo se sigue que “según la ética actual de los Estados Unidos, se debe permitir la concurrencia de alumnos de todas las razas”, pero nada más que eso. Por lo tanto, si se pretende justificar la proposición moral universal “en todos los casos, se debe permitir la concurrencia a las escuelas de alumnos de todas las razas”, que podría explicar y justificar la solución contenida en un fallo como *Brown v. Board of Education*, habrá que realizar un razonamiento justificatorio de otra índole, que ha sido estudiado *in extenso* por varios eticistas contemporáneos, y sobre el que no es posible extenderse en este lugar⁹¹.

⁸⁹ Véase, lo esencial de este debate, en: MASSINI CORREAS, C. I., “Refutaciones actuales de la falacia naturalista”, en *Sapientia*, N° 152, Buenos Aires, 1984, págs. 107-118.

⁹⁰ Véase, en este punto: BOUDON, R., “Le trilemme de Münchhausen et l'explication des normes et des valeurs”, en *Le sens des valeurs*, Paris, PUF, 1999, págs. 19-79.

⁹¹ Sobre la metodología de la justificación racional, véase: KALINOWSKI, G., *L'impossible métaphysique*, Paris, Beauchesne, 1981, págs. 231-240.

9. Balance conclusivo

Habiendo sido especialmente detallado y cuidadoso el análisis de las principales ideas de Owen Fiss sobre la interpretación judicial del derecho, que él denomina generalmente “adjudicación”, es posible ser especialmente breve a la hora de extraer las principales conclusiones del estudio realizado. La primera de ellas es que, en el caso de la obra estudiada, se está en presencia de un estudio filosófico-jurídico de especial interés, ya que en él se abordan –a partir directamente de la experiencia judicial– las principales cuestiones que plantea a la filosofía el inexcusable momento de la concreción autoritativa del derecho. Estas cuestiones: la de la *racionalidad* de la adjudicación, la concerniente al carácter necesariamente *objetivo* de la interpretación, la de sus criterios de *corrección* y la referida al papel de las *valoraciones* éticas en todo ese proceso, son evidentemente las centrales de toda la problemática de la concreción del derecho y en torno a las cuales debaten los iusfilósofos desde siempre.

Pero, además, el núcleo central de las respuestas ofrecidas por Fiss a estas cuestiones resulta generalmente acertado y se corresponde con una experiencia amplia y aquilatada de la función judicial. Si se hace un repaso somero de estas respuestas, es posible observar que, en líneas generales, ellas explican satisfactoriamente las cuestiones mencionadas, además de resultar coherentes y articuladas. En efecto, para Fiss, el proceso de adjudicación es de índole racional, pero de racionalidad práctica, o bien deliberativa, diferente en varios aspectos tanto de la razón teórico-descriptiva, como de la técnico-instrumental. Además, los juicios interpretativo-aplicativos tienen una referencialidad objetiva, que les otorga solidez argumentativa y fuerza epistémica, evitando la remisión a la mera arbitrariedad. Esta misma objetividad hace posible alcanzar criterios de corrección/incorrección para las adjudicaciones en materia jurídica, lo que hace razonables los recursos, el juzgamiento de los jueces y la misma existencia de procesos judiciales. Finalmente, se muestra la esterilidad del positivismo y su inadecuación a la experiencia en materia de adjudicación, y se hace evidente el necesario recurso a valoraciones morales para la resolución de los casos jurídicos, en especial los más difíciles.

Por otra parte, Fiss ha identificado acertadamente a los enemigos de la razón en el derecho y criticó acerbamente a quienes pretenden eliminar toda racionalidad objetiva del derecho (CLS), a los que intentan reducirlo a un mero instrumento al servicio de objetivos económicos (AED), a los ensayos de contraer el derecho a las simples emociones o pasiones (emotivistas, Nussbaum, el primer MacIntyre) y a los positivistas, que intentan una separación inviable y definitiva del ámbito de lo jurídico respecto de la ética. Todo esto debe ser incluido en el activo de las ideas de Owen Fiss.

Asimismo, tal como se ha detallado más arriba, muchos de estos aciertos del autor se ven debilitados por varias insuficiencias e incomprensiones, la primera de las cuales radica en la falta de desarrollo de una teoría de la racionalidad práctica que dé cuenta tanto de la justificación racional de las afirmaciones, como de los procesos de concreción de las normas y los principios. Por otra parte, y esta es la segunda de las insuficiencias, si bien Fiss supera limpiamente las limitaciones del positivismo, el emotivismo y el nihilismo, permanece anclado en las estructuras

fundamentales del pensamiento moderno⁹², que le impiden una remisión a la naturaleza de las cosas y a los bienes humanos en busca de una fundamentación realista y completa de las realidades jurídicas. No obstante esto último, su aportación al pensamiento jurídico contemporáneo resulta de especial interés y oportunidad, y puede servir de punto de partida para ulteriores y más completos desarrollos en la especialmente relevante temática de la concreción e interpretación del derecho.

⁹² Véase: MASSINI CORREAS, C. I., *La desintegración del pensamiento jurídico clásico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, *passim*; asimismo, véase: LARMORE, C., *Modernité et morale*, Paris, PUF, 1993, págs. 45-92.