

CAPÍTULO VIII

INTERPRETACIÓN Y DECISIÓN JUDICIAL

Los diversos aspectos de la problemática de la interpretación operativa no nos han permitido, hasta ahora, encarar en forma unitaria las cuestiones suscitadas, ni adelantar algo así como una utópica solución, única y universal, a los problemas de la interpretación de la ley.

Con todo, con el objeto de llegar a ciertas conclusiones provisionales, es útil volver sobre el modelo original, propuesto por Wróblesky, del cual partimos. En él, el juez aparecía como el órgano procesador —es decir: transformador— de ciertos *in-puts* fácticos y normativos. A él llegaba cierta información sobre los hechos y cierta información disponibles sobre normas positivas. El procesamiento de este doble tipo de información —sin entrar en los casos mixtos normales en que las dificultades de análisis sin duda se multiplicarían: información fáctica con uso “persuasivo”; información normativa teórica con pretensión “constatativa” (*Rechtssätze*, etcétera)— ha sido objeto de ciertas tentativas de esclarecimiento en los capítulos anteriores. Pero el órgano judicial produce, como resultado del procesamiento de la información ingresada, un resultado de salida o *out-put*. Tenemos un cierto producto de la actividad interpretativa del órgano judicial. El juez produce una sentencia, que traduce y expresa su interpretación (su procesamiento) de los hechos y del derecho. ¿Qué corresponde explicar en este último paso?, ¿qué es efectivamente el momento decisorio?

En la teoría tradicional, dos líneas teóricas se dividían la pretensión de explicar este proceso final de salida, el proceso de cómo el juez, luego de elaborar su conocimiento de los hechos y el derecho, falla el caso.

Estas dos tendencias u orientaciones son tipos ideales. Una de ellas consideraría que, en el límite, el proceso decisorio de salida, no consiste sino en la obtención —si se quiere mecánica— de ciertas conclusiones deductivas a partir de premisas aceptadas. Se trataría de un proceso lógico y puramente intelectual. Las restantes orientaciones, predominantes quizás en la primera mitad de nuestro siglo, hacen del acto terminal interpretativo un momento puramente irracional, arbitrario, en que juega un papel predominante el querer o arbitrio del órgano, su instinto axiológico, su “olfato” jurídico, y una serie de otras supuestas capacidades que escapan al control racional. Inclusive, si se piensa el momento decisorio como un acto puramente volitivo, esa voluntad judicial no

estaría motivada exclusivamente en forma racional, sino que su causación sería ocasional: pesarían sobre ella motivaciones personalísimas, circunstancias particularísimas, que no permitirían hablar de una causación genérica en casos generales.

Dado este carácter singular del acto interpretativo —como un hecho histórico único, al margen, absurdamente, de todo contorno social y temporal— en rigor no cabría explicar en qué consistiera una decisión judicial. La interpretación, encarnada en el fallo judicial, es un hecho bruto y singular de la historia del mundo. Adoptando esta exageración, sólo cabría hacerse cargo de la existencia de ese hecho bruto y, eventualmente, tratar de sistematizar el repertorio que de su clase hagamos, buscando en el material inorgánico que los jueces producirían, circunstancias recurrentes que sirvieran como criterios de clasificación.

De ahí que, si la interpretación judicial aparece en actos idiosincráticos de órganos decisorios, conocer derecho, en el mejor de los casos, no sería sino historiar los productos jurisprudenciales de un tribunal o juez, o buscar pautas que permitan prever en alguna medida el comportamiento futuro de jueces concretos en los casos que pudieran considerarse recurrentes en mérito a alguna circunstancia tomada como relevante.

En este planteo polémico tenemos nuevamente un avatar de una dicotomía metafísica que, como se apuntó, ni cumple efectivamente el papel de una división entre clases excluyentes, ni admite verificación o falsificación empírica: saber frente a querer, conocimiento frente a voluntad. Como tal, ambas orientaciones, para fundamentarse, tienen que recurrir, en cada caso, a una lógica inadecuada e insuficiente, o a una psicología ajena al conocimiento psicológico empírico. Estamos, pues, en el terreno de las ideologías, no en el de las ideas científicas.

Las actividades racionalistas, por un lado, no advierten —ni pueden advertir— que si bien una deducción lógica es una estructura ideal, la misma no aparece como dada en la experiencia social, sino que tiene que ser producida y reproducida por actos comunicativos específicos; tampoco tiene el supuesto carácter de unívoca y final que una pésima lógica —una lógica ni siquiera explicitada, muchas veces— podría atribuirle.

Por el otro lado, es bien claro que la supuesta voluntad (o actos psicológicos más vagamente sugeridos: intuición emocional, “hunch”, instinto, “olfato”, etcétera) nunca es tan irracional como se la pretende. Siempre es posible elaborar y, eventualmente, verificar algunas hipótesis sobre la motivación del acto volitivo —que es un comportamiento de un individuo en un cierto contexto social—, que no lo convierte en un hecho inexplicable, único, inefable, del cual a la postre sólo se tendría algún tipo de revelación intuitiva (como la *Einfühlung* de los historicistas románticos alemanes). Esta actitud irracionalista tiene su auge en la década del 30 y sería del mayor interés, de una buena

vez, poner en claro las relaciones que pueda sustentar con los movimientos políticos voluntaristas —fascismos, caudillismos, etcétera— que por ese entonces prosperan.

Pero, veamos un poco más de cerca en qué consiste —es decir: cómo se da fenoménicamente en la experiencia verificable— el acto decisorio, el momento final de salida de una interpretación operativa. Y qué se puede contribuir a su análisis y explicación, recurriendo a ciertos conocimientos teóricos con que actualmente contamos. Además, nos interesaría señalar que, al elaborar una estructura analítica explicativa, quizás puedan lograrse ciertos criterios racionales que permitan la crítica discursiva y el control racional de los resultados de la actividad interpretativa.

Partamos nuevamente de la tesis de que la totalidad de un proceso interpretativo puede ser visto como un proceso de comunicación o distribución de información. Así, el juez recibe una cierta información sobre los hechos y el derecho; es decir: el juez recibe un conjunto de enunciados denumerables que le corresponde elaborar. Inclusive el ingreso de esa información se efectúa, como en procesos mecánicos, de una manera muy ritualizada: escritos formales, etcétera. El resultado del procesamiento interpretativo (el *out-put*) es también un conjunto de enunciados. Las relaciones relevantes entre esos dos conjuntos es lo que denominamos “interpretación judicial operativa”. Tenemos, pues, la posibilidad de pensar la interpretación a partir de un conjunto de salida, formado por un cierto conjunto de enunciados (por lo tanto: un conjunto finito y determinable), que se refleja, conforme a ciertas funciones, en otro conjunto de enunciados (también finitos y determinables) que es el término de la relación funcional.

Las relaciones que así cabe verificar entre el conjunto de partida —la información fáctica y normativa que constituye el “caso”— y el conjunto de salida que configura la sentencia —un conjunto de enunciados fácticos y normativos—, pueden ser analizadas y explicadas. De ahí que, en alguna medida, los resultados de una interpretación judicial sean previsibles, y las sentencias “imprevisibles” constituyan un fenómeno marginal.

¿Cuáles son los procesos de elaboración de la información que satisfacen las relaciones previsibles entre el conjunto de entrada —la información sobre los hechos y el derecho antecedente—, y el conjunto de salida: la sentencia?

La cuestión no es patente, como hemos visto; cabría hacer excesivo hincapié en los casos extremos en que la predicción de la información de salida tiene una probabilidad ínfima, o carece de especificidad suficiente.

Pero la sentencia totalmente imprevisible —la sentencia dictada al margen de los hechos y el derecho antecedentes— es repudiada como tal: constituye una categoría límite de la sentencia arbitraria, que en algunos derechos positivos, como el argentino, los tribunales supremos declaran como un hecho extrajurídico que no tiene existencia como norma válida dentro del orden

positivo. Y las diversas presiones sociales que pesan sobre el individuo que desempeña una función social, son por lo común lo suficientemente sólidas como para que las expectativas del rol indicado sean cumplidas: los jueces dictan sentencias que guardan relaciones verificables con los hechos conocidos y con las normas precedentes.

El satisfacer esa doble relación es condición necesaria para que el producto de la elaboración judicial pueda ser entendido como fallo; el juez que pretendiera apartarse totalmente de los hechos y el derecho, para dictar algo así como una sentencia absoluta, tendría que racionalizar y expresar algunos presupuestos para que ese producto lingüístico que elobara sea aceptado, aunque mínimamente, como una sentencia, como el producto de una interpretación operativa, como un acto judicial.

Normalmente una sentencia judicial —el conjunto de enunciados formulado por el juez como producto de una interpretación operativa— va a ser el resultado racionalizado de la elaboración efectuada de la información fáctica y normativa. Aquí, “racionalizado” quiere decir que la sentencia contendrá un subconjunto de enunciados destinados a expresar la relación que ella, o parte de ella, mantiene con lo que hemos llamado conjunto de salida.

¿Qué es esto de una elaboración racional, de un procesamiento analizable, de los hechos y del derecho en un caso?

En general, decir que una decisión es racional implica que se satisfacen ciertos requisitos mínimos (o si se quiere: definitorios). Ante todo se exige satisfacer un criterio o condición denominada, teóricamente, de transitividad. Es decir: si tengo que optar en una secuencia de decisiones, entre las decisiones *A* y *B*, primeramente, y opto por *B*, por considerar a *B* mejor que *A*; y luego, entre las decisiones *B* y *C*, y opto por *C*, por considerarla mejor que *B*, el criterio de transitividad establece que es racional optar por *C*, si se ha optado por *B*. La decisión *C* es mejor que la decisión *A*.

Para que haya criterios racionales, es menester contar con algún criterio de orden, que nos permita situar en una secuencia transitiva el conjunto de decisiones que haya de efectuarse. Si todo da lo mismo o vale lo mismo, no cabría diferenciar decisiones como más o menos racionales; y si no contáramos con criterios de ordenación transitiva, la opción racional no podría cumplirse. De una manera muy general, podríamos decir que para poder juzgar de la racionalidad de una decisión, es necesario contar con un cierto patrón que nos permita establecer el orden estimativo de las opciones: de la peor a la mejor. Ello no quiere decir, obsérvese, que sepamos que una decisión es buena; basta que sepamos que una es mejor, o peor, que otra.

Es necesario, también, que ese criterio de ordenación sea expreso; pongamos que el juez pueda establecer en su sentencia que una opción interpretativa, referente a los hechos o las normas, es tal o cual frente a otras alternativas posibles. Decidir tal cosa es mejor que decidir alguna otra, etcétera. En muchos

casos, este orden de transitividad estimativo es perfectamente enunciable en forma rigurosa. En problemas cuantificables —reparación de daños, por ejemplo— tenemos criterios cuantificables que son mejores que otros; una reparación integral, decimos, es mejor que una reparación simbólica, pues satisface mejor que otras soluciones intermedias, lo que esperamos de una sentencia es que se haga cargo de la mayor cantidad posible de circunstancias de hecho de un caso.

En otros casos, establecer qué opción sea mejor es difícilmente conceptualizable. Piénsese en que no se trate ya de reparar un daño material, cuyo valor pecuniario es factible establecer, sino de reparar un daño “moral”: ¿es mejor hacer pagar a alguien más dinero a la víctima de una injuria?

En estos casos, los jueces suelen recurrir a criterios de orden estimativo que no son objetivos. Es decir: no son criterios válidos para todos los casos y todos los órganos interpretativos. Un juez penal puede considerar que una posible sentencia es mejor que otra también posible, que se encuentra dentro del ámbito de las sentencias válidas que puede dictar dentro de su competencia, porque toma en cuenta circunstancias tales como la posibilidad de reforma del reo, o el impacto en el grupo familiar del condenado, o cosas por el estilo.

En otros casos, los jueces, para optar por la mejor alternativa, recurren a consideraciones de tipo muy genérico. Así, por ejemplo, para establecer a qué progenitor corresponde la tenencia del hijo menor en caso de divorcio. Puede sentarse una pauta general formal: dada cierta edad del niño, la tenencia corresponde en todos los casos a la madre o al padre.

Pero, en otros casos, los jueces buscan la mejor solución tratando de lograr mayor información sobre ciertas circunstancias. Buscarán resolver de la mejor manera buscando información psicológica, o psicosocial que solicitarán a expertos o peritos. Esa información complementaria será invocada para dar a la decisión mejores fundamentos; será una sentencia mejor que la que pueda obtenerse a partir de un criterio formal rígido.

El criterio de transitividad es un mínimo criterio de racionalidad, pero que, sin embargo, es importante, pues si no contamos con criterios de orden, no podríamos dar razones axiológicas, valorativas, para justificar que nos inclinemos a favor de una opción frente a otra. Una decisión axiológica, una opción política, etcétera, sólo tiene algún sentido racional en la medida en que contamos con algún patrón que nos permita establecer, en una serie de opciones posibles, cuál es mejor o peor que otra. Se trata de un criterio modesto, un mero criterio de orden. No pretende establecer criterios definitorios de lo que sea bueno en sí, que en la mayor parte de los casos sería utópico poder establecer. El juez no necesita saber qué sea lo bueno en sí para ser un buen juez (esta pretensión, quizás, es de imposible cumplimiento); sí necesita, en cambio, tener criterios expresos de ordenación de las soluciones en cuanto a su valor

estimativo, cuantificable o no. El juez que entre las alternativas posibles, escoge la mejor, actúa con un cierto grado de racionalidad.

El segundo criterio o condición de racionalidad que suele invocarse surge cuando la mejor de las alternativas escogidas, satisface también la condición de permitir obtener un buen resultado. No se trata de quedar únicamente en el patrón de ordenación que permite clasificar a las opciones entre mejores y peores, sino que interesa establecer qué resultado van a producir las diversas alternativas.

Una decisión racional no se reduce a un patrón axiológico, sino que implica producir un cambio en el mundo. De ahí que cuenten, y mucho, los resultados posibles de las opciones adoptables. Se trata de que el resultado que se logre optando por la mejor de las alternativas, sea el más útil, según la terminología de los teóricos en decisiones. Una decisión es útil cuando produce el máximo de consecuencias positivas alcanzables.

También en las decisiones judiciales aparecen dos criterios distintivos. En ciertos casos, cuando se trata de asuntos pecuniarios, se presentan diversas alternativas, algunas de las cuales pueden ser en abstracto mejores, pero sin que sus resultados sean preferibles. No es siempre la mejor de las alternativas teóricas la que producirá los mejores resultados. Se trata de lograr el resultado óptimo, de optimizar las consecuencias. Ello no depende exclusivamente del patrón estimativo que nos da criterios de mejor o peor entre las alternativas posibles, sino que dependerá, de manera importante, de las circunstancias reales (fácticas) en que la decisión será introducida. Un juez puede, pongamos, considerar que la reparación integral del daño es la alternativa mejor teóricamente entre las posibles —y define reparación integral en forma que le parezca pertinente—, pero que sin embargo no siempre el máximo resultado efectivo se logre tratando de imponer una mejor solución teórica que no puede cumplirse en los hechos. Una decisión no es racional cuando trata de imponer un criterio de bondad que hace ilusorio el objetivo perseguido. Lo racional es escoger la mejor de las alternativas que produzca el resultado objetivo óptimo, en tales y cuales circunstancias.

Estos criterios —el de transitividad y el de utilidad del resultado— son las pautas básicas para juzgar de la racionalidad de una decisión cualquiera. La racionalidad de una decisión, como un fallo judicial, por tanto, no depende de ciertas propiedades *a priori* del fallo, sino de su incidencia efectiva en un universo social. Para apreciarlo es necesario que contemos con criterios de orden valorativo entre alternativas posibles. Pero ello no basta. Es necesario algún contacto con la realidad, con las consecuencias fácticas del cambio propuesto, para que la decisión no quede en el limbo de las buenas intenciones. Las buenas intenciones que producen malos resultados son malas decisiones. La mejor alternativa efectivamente ejecutable, la mejor alternativa útil, es la decisión racional más elemental.

Ahora: lograr la solución óptima, el resultado máximo, no es cosa simple. Nuevamente aquí tenemos una bifurcación de alternativas. ¿Cuál es la decisión óptima, entre las mejores, dadas las circunstancias de un caso? No siempre es posible lograr la solución óptima entre las mejores, porque ello depende de circunstancias de hecho, entendiendo por tales, aquellas que el juez no puede manejar a su antojo. La solución máxima y óptima es, por lo general, un ideal, que no siempre está en nuestras manos alcanzar. De manera que, en la teoría de las decisiones, se prefiere recurrir a otra estrategia, más modesta quizás, pero que puede satisfacer más fácilmente el criterio de utilidad racional. Si quien tiene que tomar una decisión racional, debe buscar la solución óptima, la máxima solución posible, pero por no ayudarlo las circunstancias, no puede optimizar los resultados, le cabría como estrategia segunda, intentar disminuir al máximo los malos resultados de una solución peor.

Disminuir las malas consecuencias de la solución factible también es una decisión (o estrategia) racional. Se trata de una solución denominada, en la jerga específica, una solución minimax. Esta estrategia se abre cuando las soluciones máximas, óptimas, no son útiles; una solución minimax es una decisión racional, entonces, pues pretende disminuir al máximo —esto es, minimizar— las consecuencias negativas esperadas de la decisión. Racionalmente se resguarda también lo mejor entre lo posible, cuando tratamos de minimizar lo peor. Lo óptimo sería lograr la cura completa de una dolencia; no siempre podemos hacerlo; lo mejor, entonces, es minimizar al máximo los síntomas desagradables.

Un juez que no puede lograr la óptima solución teóricamente posible —y feliz aquel que lo pudiera—, no por eso queda abandonado al escepticismo o a la arbitrariedad. Que trate de imponer aquella solución que disminuya al máximo los inconvenientes que la solución adoptada, aunque no la óptima, pueda producir. Disminuir el mal en el universo, creyeron algunos moralistas, es también una forma de hacer el bien.

Parece evidente que las soluciones mínimas aparecen como estrategias corrientes en las actividades decisorias de los órganos políticos o en los órganos judiciales. Ante la impracticabilidad de la justicia absoluta, la mejor entre las soluciones malas, cuyas consecuencias nefastas sean mínimas, es una solución racional.

Disminuir al máximo los inconvenientes de una solución peor que la teóricamente ideal, pero efectivamente realizable, es una estrategia recomendable, como una actitud racional para el órgano decisorio. La solución justa, en absoluto, tratándose de un conflicto de intereses, no siempre es efectivamente alcanzable y, más aún, ni siquiera es conceptualmente determinable, pues ¿a qué criterios de justificación absoluta debemos referirnos? Idealmente, correspondería, se me ocurre, entregar la tenencia de un menor a aquella persona en cuyo respecto contáramos con informaciones psicosocial completa, y que puede otorgar al menor un ambiente familiar inmejorable. Aquí estaría la

mejor de las soluciones posibles. Pero como ese guardián ideal, y esas circunstancias ideales, no siempre se presentan, es también justo resolver la tenencia tratando de minimizar los males (inconvenientes, etcétera) que la solución mediocre adoptada pueda eventualmente producir. También la solución minimax es una decisión racional, como criterio de aceptación de una alternativa decisoria posible.

Vemos, pues, que, frente a soluciones alternativas posibles, el juez tiene que escoger una estrategia. Cuenta él con información fáctica e información normativa, que elobarará con los procedimientos metódicos socialmente aceptados, como lo son los métodos de interpretación válidos en la cultura jurídica en que se desempeñe. La solución racional que adopte deberá provenir de la elaboración que cumpla de esa información. Puede, por cierto, adoptar una solución irracional, para la cual, por lo tanto, es irrelevante la información de entrada de que dispone. En principio, sin embargo, el juez actuará como un órgano decisorio racional. Se trata de un comportamiento social regulado que crea expectativas verificables: en ese sentido —ateniéndonos a los dictámenes de M. Weber— normalmente, en culturas como las nuestras, el comportamiento judicial es una conducta social racional. La racionalidad de su conducta decisoria deberá medirse a la luz de los criterios de racionalidad que le permiten discriminar entre las alternativas factibles, y escoger estrategias aptas, sean las maximax (las soluciones óptimas útiles), o las minimax (la máxima utilidad dentro de la solución menor).

Para decidirse por alguna estrategia, el juez actúa en forma comprensible (es decir: según pautas generales verificables). Cuenta con reglas de actuación que permiten establecer que lo que él efectivamente haga tiene un sentido objetivo aceptado. Es decir: la actitud que adopte, en base a esos criterios, es la solución que cuenta con mayores probabilidades objetivas de ser también la solución que adoptaría cualquier otro miembro de la población considerada si tuviera que resolver un caso análogo. Esas soluciones objetivas —relativamente, probabilísticamente— son las soluciones racionales para el caso dentro del marco social impuesto (normativo, estimativo, etcétera).

Estas reglas destinadas a orientar las decisiones concretas que se vayan adoptando son las estrategias del juego social que estamos analizando. Y se confunden con lo que, en teoría general del derecho, se denominan métodos interpretativos. Son éstos, estrategias que un juez adopta para llegar a una solución objetiva y razonable (racional), sea ella la mejor de las posibles, o la menos mala de las factibles. El hecho de que un juez invoque un método interpretativo significa que hace expresa su opción por alguna estrategia hermenéutica, y, por tanto, que está socialmente proclamando que su acción es socialmente comprensible y, si se quiere, conforme a pautas existentes. Pretende, al aludir a su método de acción, que su hacer sea visto como un hacer racional.

Por lo tanto, cabe pensar que muchos de los elementos de la teoría de las decisiones y de la teoría de juegos, puedan ser traídos a cuento como herramientas analíticas para profundizar el esclarecimiento de los mecanismos y funciones sociales de los actos de decisión judicial, de los actos de interpretación operativa.

Esta tesis, que yo sepa, sólo fue sugerida por Carlos Cossio, quien, en una monografía sobre los métodos interpretativos,¹ señaló una circunstancia curiosa: el hecho de que los juristas, a través del tiempo, fueron inventando y defendiendo diversos métodos interpretativos. Pero que estos diversos métodos quedaban como opciones alternativas ofrecidas al juez. De suerte que cuando se llegaba al problema de la aplicación de uno u otro método, es decir: cuando se llegaba a la cuestión candente de la interpretación operativa, se comprobaba que estos métodos no eran entre sí excluyentes, como pretendía hacérselos aparecer al nivel teórico. La escisión entre nivel teórico y nivel de efectividad (praxis) apunta a la existencia de una construcción ideológica. Los jueces recurren a uno u otro método, según sus conveniencias, entendiendo por tales aquellos recursos aceptados que les permitan llegar con mayor facilidad a la solución buscada (Cossio pensaba que, inclusive, esa solución, por lo menos en sus trazos gruesos, estaba determinada intuitivamente por una comprensión global inicial del caso que el juez normalmente cumpliría). Así, método exegético, interpretación literal, jurisprudencia de intereses, son otras tantas estrategias posibles, cuya conveniencia depende de cual sea la solución que el órgano decisorio pretenda alcanzar en principio.

Los métodos interpretativos, por lo tanto, según la tesis de Cossio, no constituyen métodos científicos, procedimientos experimentales o intelectuales para la verificación o falsificación de hipótesis, sino que son un repertorio de estrategias alternativas disponibles para el juez que pretenda decidir racionalmente un conflicto.

Los criterios de utilidad (axiológicos, políticos, etcétera) que llevan a un juez a inclinarse por uno u otro método, por una u otra estrategia, pueden ser explicitados. En ese respecto, las decisiones judiciales pueden ser vistas como soluciones en un proceso que constituiría, en la terminología que sugerimos, un juego. Un juego es una actividad mediante la cual, partiendo de cierta información, y aplicando ciertas reglas y estrategias, se llega a una solución.

La teoría de juegos se desarrolló, por razones históricas, a partir del examen de juegos de azar, juegos sociales, etcétera. Pero actualmente la noción de juego (y sus categorías subordinadas) es mucho más extensa: la acción social misma, como es frecuente en ciertas líneas de la sociología, es pensada a través de las categorías de la teoría de los juegos, y la teoría de la decisión. El funciona-

¹ "El sustrato fotográfico de los métodos interpretativos", en revista *Universidad*, Santa Fe, 1940.

miento de una empresa, por ejemplo, como es cosa archisabida, puede ser pensado como un juego que requiere la adopción de múltiples decisiones a diversos niveles, su coordinación, comunicación, etcétera. Una situación política es típicamente un planteo lúdico donde frente a discrepancias algunos van a ganar, otros a perder; el juego político se desarrolla mediante jugadas adoptadas conforme a las diversas estrategias que los contrincantes (sean enemigos políticos, aliados, etcétera) van cumpliendo.

Inclusive, la teoría de juegos, como sistematización científica de los procesos de búsqueda de soluciones, ha sido extendida al punto de considerarse a la investigación de la naturaleza, a que se esfuerzan las ciencias naturales, es un juego donde el contrincante es la naturaleza misma. Nuestro juego científico consiste en aplicar ciertas estrategias destinadas a ganarle a la naturaleza; es decir, imponerle la necesidad de revelar alguna solución que nos permita dominarla, intelectual o técnicamente.

Es característico de la interpretación operativa que se presenta en el contexto de un juego ritualizado que denominamos *litis*: se trata de una lucha ritual en que alguien gana y alguien pierde conforme a ciertas reglas preestablecidas. ¿Qué características tiene el juego litigioso en que aparecen los procesos interpretativos que nos interesa esclarecer

Es posible señalar ciertas características que van categorizando la *litis* procesal como un cierto tipo de juego. Se trata de un juego en que se trabaja con información elaborada; típicamente en nuestros procedimientos, la información fáctica y normativa es introducida de una manera sumamente formal y aun ritualizada. Tenemos, pues, un juego en que partimos de una información ritual finita, información generalmente introducida según criterios formales, al punto de que el juez corta el flujo de ingreso de la información según pautas rituales ajenas al valor material de la información. El juez da por terminado el proceso informativo y anuncia que va a comenzar la etapa propiamente decisoria: como en aquellos procedimientos en que existe el acto ritual denominado “llamar autos para sentencia”. Es este acto un rito mediante el cual anuncia que no aceptará más información y que, en principio, la información que pueda introducirse será considerada como irrelevante: no alterará las consecuencias dicisorias del proceso. Tenemos, pues, un juego con información inicial limitada y finita.

El juego procesal —*litis*— es un juego que se realiza ateniéndose a reglas explícitas: las normas que denominamos rituales o procesales. Una *litis* es jugada, por las partes y el juez, conforme a reglas que establecen las formas de iniciar la partida, la determinación de las partes, las jugadas admitidas (las pruebas que pueden presentarse), las soluciones y salidas posibles, etcétera. La sentencia no es un acto final abrupto imprevisible, sino que es la asignación del triunfo y la pérdida por una parte en el juego, conforme a reglas previamente establecidas.

Nuestro juego procesal se efectúa, pues, conforme a una información inicial finita, y según reglas preestablecidas aceptadas.

En tercer lugar, la solución del juego —la sentencia— va a ser lograda conforme a ciertas estrategias alternativas, cuyo conjunto se encuentre también establecido de antemano. Así, los métodos y procedimientos interpretativos. Estas reglas de segundo orden del juego judicial se modifican con los cambios estructurales y culturales de una sociedad. Por ejemplo, una estrategia interpretativa hoy generalmente descartada era el recurso a las ordalías. También el recurso a la adivinación, o al azar, pueden ser estrategias regladas en los procedimientos judiciales, o estrategias aceptadas para solucionar un conflicto.

Tenemos como una característica de los sistemas de control social relativamente racionales que nuestras sociedades han creado, que progresivamente el recurso a las estrategias irracionales —como las técnicas de consulta al vuelo de las aves, o al hígado de los animales, a que recurrieran los pontífices romanos, o el shamán siberiano— es descartado. Se trata de imponer estrategias que permitan que el flujo de información, y su elaboración, no obliguen a distorsiones excesivas. El recurso a técnicas empírico-científicas, dotadas de suficiente objetividad, tiene justamente ese alcance. El juez no podría, recibida prueba sobre hecho en forma reglada, decir luego que para alcanzar su decisión consultará a una bola de cristal. Aunque lo haga, no lo puede decir.

Es necesario que el juez indique —o sepa— que sus criterios de opción entre alternativas decisorias factibles, entre estrategias disponibles, sea conocido por las partes. Las estrategias decisorias judiciales tienen que estar establecidas como un procedimiento, objetivo, para buscar conforme a estrategias aceptadas, la solución que se imponga. El juez invocará los antecedentes de la ley (exegéticamente), o las bondades sociales de la solución (en la jurisprudencia de intereses), o una autoridad lingüística (en el método gramatical): ello implica establecer expresamente su estrategia interpretativa.

El tener que establecer cual sea el método interpretativo que utiliza en su decisión, implica que, en la etapa actual de nuestros derechos, una enorme cantidad de estrategias posibles quedan eliminadas. Cuando queremos superar el problema de la objetividad racional de las estrategias, no renegamos de los métodos legales de interpretación culturalmente aceptados, sino que renunciamos enteramente a los procedimientos judiciales. Así, cuando recurrimos a un árbitro al que facultamos a decidir un conflicto, sin necesidad de hacer explícita la estrategia que efectivamente utilice. El árbitro puede decidir, porque así lo aceptamos, por criterios que no serían posibles en un juez: razones no acreditadas formalmente, motivos ajenos a la *litis*, inclusive razones puramente personales que en él, pero en el juez, son socialmente aceptables. Aceptar un árbitro es aceptar a que el juego litigioso no sea resuelto racionalmente (aunque obviamente las presiones sociales son tan fuertes a favor de soluciones racionales, que todo árbitro se siente constreñido a actuar como un juez, es decir,

como un órgano de decisión racional). Pero, en principio, idealmente, cabría distinguir al juez del árbitro por el diverso tipo de estrategias que son admisibles para el uno y para el otro. Jugamos juegos distintos según recurramos a uno u otro.

Hay ciertos juegos en que las pérdidas y ganancias se anulan entre sí. Así, en muchos juegos de azar, las jugadas permiten una redistribución de los elementos jugados, pero no aumentan ni disminuyen los elementos preexistentes. Supongamos un juego de cartas en que inicialmente cada jugador tiene el mismo número de cartas en la mano, y que el juego implique una redistribución del mazo, de suerte que es ganador quien tiene más cartas en la mano o en un determinado momento. El número de cartas, al comienzo y al final del juego, es idéntico: llamamos a estos juegos, juegos de suma cero.

Pero tenemos otros juegos, como los litigiosos judiciales, que no son de este tipo. Es decir, una parte va a ganar, a la postre, pero produciéndose un aumento o pérdida de bazas que no se encontraban en el punto de partida. Se trata de un juego, el litigioso, en que aparece un tercer jugador, un tercer contribuyente a la *litis*. Ese personaje es justamente el juez. La aparición de esta tercera parte hace que se altere el balance de ganancias y pérdidas finales del juego judicial.

Tenemos en la *litis*, pues, un juego no simétrico. Lo que le pase a uno no es lo converso de la situación del otro, debido a la aparición del órgano como parte tercera en la contienda. Pues es de advertir que en las *litis* en que se discuten conflictos de intereses, y en que se trata de lograr una solución decisoria que produzca una redistribución de bienes, el juez no sólo aparece como un tercero neutro, sino como parte que cobra su porción, inclusive económicamente. El órgano estatal no es simplemente un señor que enuncia cual sea la decisión definitiva, como una especie de oráculo, sino que es parte, junto con los contrincantes, en la redistribución final de las bazas. Optar por un procedimiento judicial no es únicamente buscar una solución teórica, sino que es poner en funcionamiento un sistema social parcial mediante el cual el conflicto ha sido relativamente generalizado; ahora juegan el juego no sólo las partes, sino un órgano del Estado llamado a participar. El costo del juego se incrementa así y, por ende, hay que tomar en cuenta que los intereses en juego son distintos de los contrapuestos originalmente cuando se encontraban en conflicto parte contra parte. Esta situación efectiva, sin embargo, es disimulada ideológicamente como una terminología característica.

Pretendemos, así, que el juez sea imparcial. Es decir que sus propios intereses, los intereses del mismo órgano decisorio, no interfieran, por lo menos excesivamente, en el procesamiento de la información dada por las partes.

Pero, aunque el juez sea imparcial, el otro elemento mediante el cual pretendemos neutralizar la asimetría de este juego, que no es de suma cero, puesto que hemos hecho interferir a un tercero, es hacer al tercero interferiente,

garante de un derecho que denominamos de igualdad entre las partes. Tenemos así, como elementos destinados a resguardar los visos de racionalidad de un juego en que no hay simetría entre los jugadores, en que el tercer jugador tiene ventajas adicionales, la pauta de imparcialidad del órgano decisorio y la garantía de igualdad entre las partes en el proceso. Son éstos rótulos mediante los cuales presentamos con un cariz de neutralidad, los aspectos quizás disfuncionales de un conflicto que hemos generalizado al introducir a un tercer participante, que introduce nuevos intereses y nuevas estrategias: esos rótulos dan visos de alta racionalidad al proceso judicial.

Y así es efectivamente. Se tratará de un juego en que las soluciones posibles óptimas difícilmente podrían lograrse: en este juego ritual, el juez Magnaud, el juez equitativo intuitivo, es disfuncional, pues rompe los criterios de racionalidad de las estrategias y, por ende, hacen poco previsible y visible la acción social concertada en la *litis*. Las soluciones mínimas van a ser las más frecuentes, y ellas son las más frecuentes, pues en un juego como el litigioso, que no es de suma cero, siempre va a haber una parte, la perdedora, insatisfecha. El juez podrá dar la mejor de las soluciones, en el sentido de ser la que menores inconvenientes suscite socialmente (sea en el microsistema social de la *litis*, o macrosociológicamente).

Los axiomas de igualdad de las partes e imparcialidad del juez sirven para disminuir la extremada contingencia que la acción social conflictiva, llevada a un proceso decisorio, podría adquirir. Se resguarda así la racionalidad. La tercera parte, el juez, justamente va a estar dotada en estos juegos de un poder muy grande. Va a ser el órgano al cual se le reconoce la facultad excluyente de procesar la información. Y es sabido que el control de flujo de la información es un lugar común de la teoría sociológica de los grupos y de la teoría política —es función determinante de los puntos en que se concentra el poder social—. Aquella persona que, por su posición social, recibe y controla mayor caudal de información, dentro de un grupo, tiene poder. El almacenamiento y control del flujo de información determina al sujeto del poder social. De tal manera que una interpretación operativa —que, en cuanto acción social racional, pretendemos que sea también una decisión racional, imparcial e igualitaria; y para lograrlo, damos el privilegio exclusivo al órgano estatal de procesar la información fáctica y normativa— obliga a un previo reconocimiento formal de que órgano estatal es titular del poder social. Las reglas procesales, obviamente, distribuyen el poder entre los participantes en el juego, pero en forma desigual.

La interpretación judicial —la interpretación operativa— ha sido vista, típicamente, como un acto de control social, mediante el cual un órgano del Estado controla un conflicto, y resuelve conforme a criterios en los cuales entran en juego también sus propios intereses (profesionales, estamentales y personales). Se supone que los intereses que representa predominarán: por eso

lo admitimos, en el juego conflictual de intereses, únicamente como órgano, no como sujeto individual. De ahí que aquella frase de Kelsen que se recordara en el capítulo inicial, pareciera poder ser admitida toda vez que se piense la decisión judicial, y, por ende, los procesos de interpretación operativa, como se sugiere en estas páginas. En última instancia, decía Kelsen, los procesos de interpretación y sus métodos, eran la manera como el Estado justificaba la forma en que sus órganos (es decir: los grupos en el poder) resolvían conflictos, y, por lo tanto, efectivamente ejercían el poder. Derecho y poder aparecen aquí nuevamente como datos inescindibles. El análisis debe continuar a partir de este punto.