



ISSN 1515-7326



LA COHERENCIA EN EL DERECHO

DISCUSIONES XI

1 | 2012

DISCUSIONES XI



DISCUSIONES XI

El escepticismo en la
interpretación de las normas



Director

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Secretaria de redacción

Inés Alvarez (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Consejo Asesor

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico Arena (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Paul Hathazy (Universidad de Berkeley, Estados Unidos)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires - CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Blas Pascal, Córdoba - UNC)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba - CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata - CONICET)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Las sugerencias o colaboraciones deben enviarse a las siguientes direcciones:

Hernán G. Bouvier

hernanbouvier@gmail.com

Inés Alvarez

ialvarez@uns.edu.ar



ISSN 1515-7326

Diagramación interior: Alejandro Banegas

Diciembre 2012

© EdiUNS, 2012

Discusiones
Número XI
“El escepticismo en la interpretación de las normas”
Federico José Arena (Editor)

ÍNDICE

Palabras de Pablo Navarro	5
Discusiones. Segunda generación	7
<i>Hernán Bouvier</i>	
Presentación	9

Sección I: Discusión

Distinguir entre teorías de la interpretación y directivas interpretativas	13
<i>Federico José Arena</i>	
El escepticismo ante las reglas replanteado	27
<i>Riccardo Guastini</i>	
Distinciones y paralogismos. A propósito del escepticismo guastiniano	59
<i>Isabel Lifante Vidal</i>	
El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”	87
<i>Lorena Ramírez Ludeña</i>	
Anotaciones sobre Guastini	117
<i>Michel Troper (traducción de Federico José Arena)</i>	
Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado	135
<i>Damiano Canale (traducción de Magdalena Ana Rosso)</i>	
La clase interpretadora	167
<i>Hernán G. Bouvier</i>	
Réplica	177
<i>Riccardo Guastini</i>	
Epílogo: interpretación jurídica y direcciones de ajuste	203
<i>Juan Ruiz Manero</i>	

Sección II: Problemas abiertos

Anti teoría en ética	223
<i>Guillermo Lariguet</i>	
Naturaleza y funciones del Derecho: dos preguntas siamesas	235
<i>Giovanni Tuzet</i>	

Las revistas, al igual que las personas, pasan por diferentes etapas; enfrentan a menudo dificultades y celebran sus ocasionales éxitos. Esas contingencias modelan un determinado estilo, una forma de vida, una manera de ver el mundo. La revista *DISCUSIONES* no ha escapado a esta dinámica y, a lo largo de diez números, ha transmitido una cierta forma de entender la teoría del derecho y la filosofía moral y política. Sus objetivos han sido mostrar hasta qué punto los problemas filosóficos están determinados por el modo en que los filósofos los conciben, formulan y analizan. En este sentido, la discusión filosófica es imprescindible tanto para la identificación como para la solución de los problemas de esa disciplina.

Una década es un lapso suficiente para consolidar los objetivos alcanzados y establecer nuevos desafíos. Ello explica la decisión de cambiar la dirección y renovar el Consejo Asesor. Estoy seguro de que el nuevo director, Hernán Bouvier, y el nuevo Consejo Asesor, formado por prestigiosos colegas, impulsarán la revista a horizontes mejores, de alta exigencia intelectual y excelencia académica. A ellos les deseo lo mejor.

Una revista, como muchas otras cosas de la vida, no se puede desarrollar sin un compromiso de muchas personas e instituciones. Es imposible nombrar aquí a todos los que han contribuido fiel y pacientemente con *DISCUSIONES*, pero no quisiera dejar de señalar mi profunda gratitud con el Consejo Asesor, con el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS), con la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNS y con los integrantes de la cátedra de Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho de la UNS. Sin sus aportes no habría sido posible mantener *DISCUSIONES*. Finalmente, nuestra revista tiene una enorme deuda con los responsables de la revista *Doxa* (Alicante) por permitirnos difundir *DISCUSIONES* desde su prestigioso portal.

Pablo E. Navarro

Discusiones

Segunda generación

A partir del presente número la revista cambiará de Director y de Consejo Asesor. La idea general de quienes asumimos esta labor es continuar con el tono general que ha inspirado a esta revista. Esto es, favorecer discusiones entre diferentes autores y fomentar la inclusión de nuevas perspectivas y temas de debate. El presente número conserva lo que ha sido hasta aquí el formato usual de la revista: un texto principal y numerosos interlocutores, además de una sección sobre Problemas Abiertos. En los números sucesivos conservaremos parte del formato usual e introduciremos algunas secciones nuevas (*Discutiendo Cortes*, *Discutiendo libros*, *Balance de una discusión*). Esperamos que estas variaciones permitan introducir nuevos matices y ayuden a intensificar la idea general que ha movilizó a esta revista: someter las ideas a crítica, dando y pidiendo razones.

Hernán G. Bouvier

Presentación

El diálogo y debate abierto posee un valor especial. Contribuye a enriquecer y diversificar la vida en común. En este sentido, el diálogo y debate filosófico resulta una parte importante de este ámbito público más amplio que resulta valioso enriquecer. Someter las ideas y pareceres al diálogo y al debate supone hacer uso de la libertad de expresión sin que ello implique inmunidad a la objeción. La importancia del diálogo y el debate filosófico sin inmunidad a la objeción, enmarcado en un ámbito de construcción común más amplio, es lo que impulsa *DISCUSIONES*, una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista será dedicado a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal. A su vez, a partir del número XII se suman algunas secciones complementarias: en primer lugar, una destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia; en segundo lugar una sección destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición; en tercer lugar un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo y ofrecer un

espacio institucional para tareas comunes. Por esta razón, se intentará que cada volumen sea coordinado por un *editor invitado*, que se encargará de seleccionar el tema a debatir, y los autores de los diferentes trabajos. Cada volumen incluirá una presentación de la discusión a cargo del editor del número en cuestión. En este sentido, invitamos calurosamente a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor y a proponer a evaluación textos para las otras secciones. La evaluación de las propuestas de debate, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión y del resto de las secciones estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor.

Sección I
Discusión

**Distinguir entre teorías de la
interpretación y directivas interpretativas**
*Introducción al debate en torno al escepticismo
ante las reglas*

Federico José Arena
Investigador con beca
Universidad Bocconi, Milán

I. Gran parte de los filósofos del derecho reservaban para el escepticismo ante las reglas, al menos en ámbito jurídico, el rincón en el que terminan las teorías que se consideran superadas. En particular, se consideraba que, si entendido como la tesis según la cual “hablar de reglas es hablar de un mito”¹, en el sentido que el contenido del derecho no es otro más que el que le dan los jueces, el escepticismo ante las reglas sufría entonces de dos vicios que lo volvían insostenible.

En primer lugar, o bien se trataba de una teoría general acerca de las reglas (o normas), pero entonces era una teoría que se autocancela, o bien se trataba de una teoría que no se autocancela, pero al precio de abandonar su generalidad. Ello en cuanto el escepticismo debe necesariamente detenerse frente a las reglas que establecen quiénes son los jueces. El contenido de estas reglas no puede ser aquél que los jueces

¹ Expresión que Hart usa para referirse al escepticismo ante las reglas. H. Hart (1963), *El concepto de derecho* [1961], trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 170.

dicen que es, puesto que para que haya jueces es necesario que existan antes tales reglas.

En segundo lugar, el escepticismo tampoco podía ser una teoría general acerca de cómo conciben el derecho todos aquellos que deben identificarlo. En particular, no parecería ser éste el modo en que los jueces conciben el contenido del derecho, puesto que cuando se refieren al contenido del derecho, los jueces no se preocupan por, ni hacen previsiones acerca de, lo que dirán sus colegas al respecto. Dicho desde otro ángulo, si los jueces asumieran un punto de vista escéptico acerca de las normas, entonces perdería sentido el discurso que ellos mismos hacen acerca de la corrección de las interpretaciones².

En definitiva, el escepticismo ante las reglas era considerado insostenible.

Esto llevó a los teóricos o bien a regresar a algún tipo de formalismo, i.e., el contenido del derecho está siempre determinado, o bien a abrazar alguna forma ecléctica o intermedia.

En el trabajo que abre este número, Guastini se propone presentar una versión del escepticismo ante las reglas que evite algunas y supere otras de las dificultades que se le atribuían. En particular, intenta distinguirlo no solo del formalismo y de la teoría ecléctica, sino también de lo que suele ser llamado escepticismo extremo o radical; y es por ello que Guastini denomina “moderada” a la versión del escepticismo que defiende.

² Estas, brevemente presentadas, son las conocidas críticas que Hart dirigió al escepticismo ante las reglas, en particular en el capítulo 7 (“Formalismo y escepticismo ante las reglas”) de *El concepto de derecho*, Op. Cit., pp. 155-192. Pero también son críticas que Alf Ross, primero dirigió contra J.C. Gray y J. Frank (en A. Ross (1946), *Towards a Realistic Jurisprudence* [1934], Copenhagen, Ejnar Munksgaard, pp. 62 y ss.; trad. esp. de J. Barboza, *Hacia una ciencia realista del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961) y, posteriormente, intentó responder en A. Ross (1958), *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, pp. 36-37 (trad. esp. de G. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963).

La tesis central del escepticismo ante las reglas es traducida por Guastini en una tesis sobre la interpretación, a saber, la tesis según la cual los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad. Afirmar que los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad, implica sostener que no tiene sentido decir que un juez se ha equivocado en atribuir al texto un significado (falso), en lugar de otro significado (verdadero). No es posible predicar error acerca de la interpretación de los jueces (en términos de verdad/falsedad). Al proponer este replanteamiento, Guastini intenta también conservar uno de los cometidos que inspiran a los defensores del escepticismo, a saber, construir una teoría de la interpretación que no contenga directivas interpretativas. O, dicho de otro modo, el esfuerzo de Guastini consiste en ofrecer un aparato conceptual que evite formular directivas interpretativas y, ulteriormente, en revelar los puntos en los que otras teorías de la interpretación terminan en realidad formulando tales directivas³.

Esta tesis acerca de la interpretación es ciertamente contestada por el formalismo y, parcialmente, por la teoría ecléctica, mientras que es compartida por el escepticismo radical. En este sentido, las distintas posiciones se diferencian, podríamos decir a modo de introducción, respecto del contenido que dan a dos tesis; la primera, (i) una tesis acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos, la segunda, (ii) una tesis acerca del significado de los textos normativos.

Así, podemos diferenciar las cuatro posiciones del modo siguiente:

Formalismo:

- (i) los enunciados interpretativos poseen siempre valor de verdad.
- (ii) los textos normativos poseen un único significado objetivo.

Eclecticismo:

- (i) en los casos fáciles los enunciados interpretativos poseen valor de

³ Esta preocupación es ciertamente uno de los rasgos que caracterizan al *realismo jurídico genovés*, del que Guastini forma parte. Para una completa presentación, en español, del *realismo jurídico genovés* véase J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

verdad, en los casos difíciles los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad.

- (ii) los textos normativos poseen un significado objetivo que permite la existencia de casos fáciles, pero lamentablemente ese significado es indeterminado, dando lugar a casos difíciles o marginales.

Escepticismo:

- (i) los enunciados interpretativos carecen siempre de valor de verdad
- (ii) Versión radical: antes de la interpretación los textos normativos no poseen ningún significado.
- (ii) Versión moderada: antes de la interpretación los textos normativos poseen una pluralidad de significados.

En su trabajo, Guastini ofrece los instrumentos analíticos necesarios para poder construir esta clasificación entre las distintas teorías. Brevemente, puesto que luego serán objeto de precisa presentación por parte de Guastini y detallado análisis y crítica por parte de los comentaristas, estos instrumentos consisten particularmente en tres distinciones:

1. Interpretación dirigida a textos (en abstracto): consistente en atribuir y/o identificar el contenido normativo (el significado, la norma) de una disposición (texto normativo).
Interpretación dirigida a hechos (en concreto): consistente en subsumir un caso concreto dentro del contenido normativo previamente identificado.
2. Interpretación cognitiva: consistente en identificar los diferentes (actuales y posibles) contenidos normativos atribuidos a una disposición.
Interpretación decisoria: consistente en elegir uno entre los contenidos normativos identificados por la interpretación cognitiva.
Interpretación creativa: consistente en atribuir a la disposición un contenido normativo no incluido entre aquellos identificados por la interpretación cognitiva.
3. Interpretación (propriadamente dicha): consistente en la atribución de significado a textos normativos.

Construcción jurídica: conjunto variado de operaciones que juristas y jueces realizan para, principalmente, crear normas no expresas, i.e., normas que no pueden ser consideradas como el contenido normativo de una determinada disposición.

II. Para advertir cuál es el punto de disputa entre las distintas posiciones quizás sirva introducir un par de ejemplos.

Primer ejemplo: El artículo 674 del código penal italiano castiga a quien “arroje cosas peligrosas”⁴. La Corte de Casación debía establecer si las ondas electromagnéticas emitidas por las antenas de Radio Vaticana, que habían causado daños a los vecinos de la zona, entraban o no en el significado del artículo. La Corte sostuvo, entre otras cosas, que en el significado de la expresión “arrojar cosas peligrosas”, entran también la creación, la emisión y la propagación de ondas electromagnéticas. Ello en cuanto “[S]e trata de una cosa susceptible, como tal, también de ser arrojada, puesto que el verbo ‘arrojar’ usado por el legislador para describir la materialidad de la conducta prevista por el artículo posee, en *italiano*, un significado amplio, y no indica sólo la acción de lanzar algo en un lugar, sino también la de enviar fuera, emitir, expeler, que bien pueden incluir el fenómeno de la emisión y propagación de ondas electromagnéticas.” (Cassazione penale sez. III, 13/05/2008, n. 36845).

Segundo ejemplo: El Tribunal Ordinario de Florencia (sección laboral) en sentencia n. 1169 del 18/11/2009 decidió que el art. 28 de “Texto único de disposiciones legislativas en materia de tutela y sostén de la maternidad y de la paternidad” (D.L. n. 151/2001) que dispone “El padre trabajador tiene derecho a abstenerse del trabajo por toda la duración de la licencia de maternidad que le habría correspondido a la

⁴ El artículo completo dice: “*Chiunque getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso, cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti, è punito con l’arresto fino a un mese o con l’ammenda...*”

trabajadora madre, en caso de muerte o enfermedad de la madre [...]” expresa, también, la norma “El padre trabajador tiene derecho a abstenerse del trabajo por toda la duración de la licencia de maternidad que le habría correspondido a la *madre, trabajadora o no*, en caso de muerte o enfermedad de la madre.”

La disputa entre las distintas teorías puede ser entendida como una disputa acerca de cuál es la mejor reconstrucción de estos casos. Para introducir la discusión me limitaré aquí a presentar la propuesta de Guastini, dejando al lector de los ensayos sucesivos el descubrimiento de las posiciones alternativas.

Con los instrumentos puestos a disposición por Guastini podríamos decir lo siguiente:

- a. El caso de Radio Vaticana es un caso de interpretación en concreto, donde como resultado de su interpretación la Corte de Casación decide incluir el caso individual de las ondas electromagnéticas emitidas por la radio dentro del significado de “arrojar cosas peligrosas”. Si se admite que el significado de “arrojar cosas peligrosas” era indeterminado respecto de la emisión de ondas radiomagnéticas, entonces carece de valor de verdad el enunciado que incluye a estas últimas en el significado de la disposición. En consecuencia, puede considerarse que en este caso la Corte ha reducido la indeterminación de la norma.
- b. El caso de la licencia por maternidad es un caso de interpretación en abstracto. Así, el enunciado interpretativo mediante el cual el Tribunal de Florencia atribuye significado al artículo 28 del Texto único puede ser reconstruido como sigue “La disposición (artículo 28 del Texto único) expresa la norma N1”, donde N1 establece que el padre trabajador tiene derecho a abstenerse del trabajo por toda la duración de la licencia de maternidad que le habría correspondido a la *madre, trabajadora o no*, en caso de muerte o enfermedad de la madre.

Son casos como este último los que más interesan a Guastini. En primer lugar, porque la teoría de la interpretación ha tendido a olvidar este tipo de actividad de los jueces y juristas concentrándose, según

nuestro autor, en los problemas de la interpretación en concreto. En segundo lugar, y más importante, porque este tipo de actividad refleja los estrechos vínculos entre jueces y juristas, puesto que las teorías dogmáticas desempeñan un papel fundamental con relación a los significados o contenidos normativos que los jueces atribuyen a un texto normativo. En tercer lugar, porque es en este ámbito de la interpretación donde reside, según Guastini, el fundamento principal de la tesis escéptica. Se trata del hecho de que los significados que pueden en abstracto ser atribuidos a una disposición son por lo general numerosos y, en este sentido, el ordenamiento jurídico es indeterminado, puesto que no es posible establecer cuáles son las normas que lo integran.

En virtud de esta indeterminación que afecta al ordenamiento jurídico, un enunciado interpretativo en abstracto posee valor de verdad solo cuando se limita a describir cuáles son los significados a los que, de hecho, un mismo texto resulta asociado. Sin embargo, el problema consiste en que una enumeración de este tipo no permite al juez justificar su decisión, ya que la decisión no se considera justificada si el juez no individua o decide cuál es el (único) significado de la disposición. Dicho de otro modo, no es suficiente que, para justificar su decisión, el Tribunal de Florencia se limite a constatar la existencia de una multiplicidad de significados atribuidos al art. 28 del Texto único.

En consecuencia, el enunciado interpretativo del Tribunal no posee, para el escepticismo, valor de verdad. Para el escepticismo moderado de Guastini, porque el texto normativo objeto de interpretación posee múltiples significados, para el escepticismo radical, porque no posee ninguno antes de la interpretación. Toda otra (supuesta) teoría que señale criterios de corrección está en realidad dirigiendo directivas al intérprete.

III. La propuesta de Guastini suscita una variada cantidad de cuestiones. Claramente, en virtud del intento de Guastini por proponer una versión del escepticismo que no caiga en una u otra de las teorías tradicionales, encontraremos que la mayoría de los participantes en la discusión no pueden dejar de estar de acuerdo con él sobre algunos puntos, pero inevitablemente se encuentran en desacuerdo sobre otros.

En esta introducción me limitaré a hacer una breve referencia a algunas de las observaciones y críticas, que el lector encontrará en los textos de los autores que intervienen en la discusión. Creo que es posible clasificar estas observaciones en dos grandes grupos. Uno que contiene cuestiones de carácter general y otro que se refiere a las específicas distinciones propuestas por Guastini.

Al menos tres cuestiones generales son señaladas por los participantes.

La primera se vincula con uno de los problemas preliminares que debe afrontar una propuesta como la de Guastini, a saber, ¿se trata la tesis de Guastini de una tesis conceptual o de una tesis empírica? En efecto, Guastini afirma que su tesis pretende ser una reconstrucción analítica de la práctica judicial de interpretación de las fuentes del derecho. Más allá de la posibilidad de poner en duda la distinción conceptual/empírica, los participantes parecen aceptarla. Por lo que resulta necesario entonces, por un lado, explicitar qué tipo de tesis se defiende y ofrecer criterios para distinguir entre tesis de ambos tipos y, por otro lado, es necesario explicitar los criterios para elegir entre tesis de tipos iguales, es decir, cuáles son los criterios de éxito para juzgar cada una de las posiciones en pugna. Hacia esta cuestión apuntan algunas de las observaciones de Lorena Ramírez. Claramente una tesis empírica vencerá sobre otra cuando una sea verdadera y la otra no, pero ¿qué sucede con las tesis conceptuales, cuál es su dirección de ajuste, qué quiere decir reconstruir una práctica? ¿Puede una tesis ser conceptual e identificar propiedades meramente contingentes de la práctica jurídica o del derecho? La pregunta es relevante ya que, si una propiedad es contingente entonces es posible imaginar una práctica o un sistema jurídico que no la posea y, en este sentido, el concepto propuesto no podrá dar cuenta del caso imaginado.

En segundo lugar, de las dos empresas que, a mi parecer, persigue Guastini, Isabel Lifante Vidal parece ser la única que cuestiona, entre otras cosas, el empeño por distinguir claramente entre teoría de la interpretación y directivas interpretativas. En términos de Lifante Vidal, la propuesta de Guastini incluye una tesis de carácter metodológico que denomina del “segregacionismo discursivo” según la cual es posible (y conveniente) “segregar o fragmentar la experiencia jurídica en un

discurso descriptivo y un discurso normativo o prescriptivo, entre los cuales existiría una distinción nítida y tajante”.

En efecto, para Guastini es claramente posible construir una teoría, puramente descriptiva, de la práctica de atribución de significado, llevada a cabo por los intérpretes jurídicos. Frente a esto Lifante Vidal sostiene que una reconstrucción racional ha de tomarse en serio el contenido y la estructura de la práctica en cuestión, en especial, que se trata de una actividad constructiva que exige a los intérpretes desarrollar y proponer argumentos. Desde este punto de vista un enunciado interpretativo es siempre el resultado de una argumentación y en cuanto tal incorpora una pretensión de corrección. La teoría de la interpretación debe ocuparse entonces de reconstruir estos criterios de corrección que, a su vez, han de identificarse sobre la base de los valores que la práctica interpretativa pretende desarrollar. ¿Es posible identificar tales criterios sin embarcarse, inevitablemente, en una actividad normativa? Desde mi punto de vista, un indicio de esta tensión entre actitud descriptiva y actitud normativa se encuentra en el hecho que, las teorías a las que Guastini hacer referencia han recibido denominaciones que representan ya la asunción de una actitud respecto de los resultados a los que, se alega, lleva cada una de ellas. Así, al escepticismo se lo suele denominar teoría de la pesadilla, al formalismo, noble sueño y a las teoría eclécticas, teorías de la vigilia.

En tercer lugar, Damiano Canale analiza la idea de Guastini acerca de la irrelevancia de una teoría del significado para la teoría de la interpretación. En este sentido, Canale cuestiona la afirmación de Guastini según la cual, dado que una teoría descriptiva del significado es la reconstrucción de una práctica interpretativa, una teoría descriptiva del significado de los textos normativos coincide con una teoría de la interpretación jurídica. La teoría (descriptiva) de la interpretación no necesita de una teoría del significado previa, puesto que ella no es otra cosa más que eso.

En particular, Canale sostiene que es necesario eliminar una ambigüedad que aqueja a la expresión “teoría del significado”. En efecto, esta etiqueta puede ser usada, o bien para referirse a una

identificación y clasificación de las reglas de uso de los términos y de las expresiones pertenecientes al lenguaje de las fuentes (*meaning-theory*), o bien para referirse a una explicación de en qué consiste el hecho que un texto normativo posea un determinado contenido normativo, es decir, que ofrezca los criterios de identidad de los significados (*theory of meaning*).

Según Canale, toda enumeración de los significados atribuidos (o atribuibles) a un texto (*meaning-theory*) presupone una explicación acerca de los criterios de identidad de los significados (una *theory of meaning*). Si ello es así, entonces aun cuando Guastini pretenda limitarse a ofrecer una *meaning-theory* de la interpretación jurídica deberá también explicitar cuál es la *theory of meaning* en la que se basa.

En su trabajo entonces Canale solicita a Guastini explicitar cuál es la *theory of meaning* que presupone y ofrece elementos para avanzar en esa dirección.

IV. Finalmente, el segundo grupo está compuesto por aquellas observaciones más específicas que apuntan sobre todo a analizar y cuestionar las distinciones conceptuales en las que se apoya la estructura teórica de Guastini.

Isabel Lifante Vidal avanza argumentos que ponen en cuestión la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. También Troper y Ramírez señalan los problemas que presenta la distinción abstracto-concreto, aunque el primero para defender al escepticismo radical y la segunda para defender la teoría ecléctica. Sobre esta distinción Guastini apoya, a su vez, la distinción entre equivocidad (o ambigüedad en sentido amplio) y vaguedad. En general, Lifante Vidal señala el peligro de que las distinciones guastinianas, si bien hasta cierto punto fructíferas, pueden ser una mala guía si son usadas con exageración. En particular, la estricta diferenciación entre atribuir significados y clasificar casos, sosteniendo que la solución de problemas de interpretación en concreto (de vaguedad) exige, por lo general, construir un caso genérico, es decir, producir una interpretación en abstracto.

Lifante Vidal también critica, por un lado, la distinción entre interpretación cognitiva y decisoria, y, por otro lado, la distinción entre interpretación decisoria y creativa. La razón para cuestionar la primera es que la interpretación cognitiva, o bien es una actividad descriptiva consistente en la mera recolección de la interpretación efectivamente echa por otros, pero en este caso no es realmente interpretación, o bien es una identificación de significados efectivos y posibles y, en este sentido es interpretación genuina, pero entonces no es mera descripción. La razón para cuestionar la segunda es que, si la interpretación decisoria es aquella que se produce eligiendo entre los significados identificados mediante la interpretación cognitiva, y la interpretación creativa es aquella que se produce asociando a la disposición un significado por fuera de aquellos identificados por la interpretación cognitiva, entonces la distinción entre ambas no se sostiene si se afirma además que la interpretación cognitiva consiste en identificar los significados que los jueces han decidido asociar a los textos. ¿Cómo es posible fijar límites conceptuales a la interpretación judicial, si es ella misma la que determina, en última instancia, el conjunto de significados que pueden ser atribuidos a un texto? La pregunta es relevante, puesto que de la respuesta depende que la teoría de Guastini pueda distinguirse del escepticismo radical.

Lorena Ramírez se ocupa de analizar las afirmaciones que Guastini dedica a la teoría ecléctica o de la vigilia. La principal crítica de Guastini a esta posición es que se trata de una teoría que se concentra exageradamente sobre los problemas de la interpretación en concreto, olvidando las dificultades que también impone la interpretación en abstracto. Ello se debe, según nuestro autor, a que la teoría de la vigilia asume que el lenguaje jurídico es parasitario del lenguaje natural.

Frente a estas afirmaciones Ramírez señala que la tesis de la vigilia, según la cual algunos enunciados interpretativos poseen valor de verdad, no queda necesariamente comprometida con la idea según la cual el significado literal (o cualquier otra teoría semántica pre-jurídica) ha de prevalecer en la interpretación jurídica. Para defender la teoría de la vigilia, sostiene Ramírez, es suficiente con que el significado del enunciado interpretativo resulte determinado,

individual y sincrónicamente, para un cierto juez, por al menos uno de los instrumentos interpretativos a su disposición. De otro modo, ¿cómo sería posible, sostiene Ramírez, dar cuenta de una intuición bastante extendida acerca del derecho, a saber, aquella según la cual el derecho es un instrumento capaz de guiar la conducta?

Por su parte, Michel Troper pone en duda la capacidad de la propuesta guastiniana de alejarse del escepticismo radical sin quedar absorbida por alguna de las teorías rivales, i.e., la teoría formalista del noble sueño o la teoría ecléctica de la vigilia. En particular, según Troper, la propuesta de Guastini no logra evitar formular directivas a los jueces. Ello en cuanto renunciar a la tesis semántica según la cual las formulaciones normativas no poseen ningún significado antes de la interpretación, equivale inevitablemente a aceptar que existen criterios de corrección que permiten evaluar las interpretaciones de los jueces, y esto, sostiene Troper, es patrimonio de las dos teorías señaladas. Desde este punto de vista se plantea el siguiente interrogante: ¿distinguir entre interpretación y creación, o entre interpretación y construcción jurídica es ya una concesión a las teorías no escépticas?

Asimismo, para Troper, la presentación que Guastini hace del escepticismo no sería completamente fiel a los puntos de vista de esta posición. El fundamento de la tesis escéptica, según la cual los enunciados interpretativos propiamente dichos no poseen valor de verdad, no es la tesis semántica acerca del significado de las disposiciones normativas. Según Troper, en cambio, el fundamento de la tesis escéptica es simplemente que el ordenamiento jurídico ha conferido a los jueces la competencia de atribuir un significado al texto y tal atribución no es cuestionable. La tesis semántica es, en el mejor de los casos, una consecuencia de la tesis escéptica central.

Finalmente, Hernán Bouvier asume como empíricas algunas de las afirmaciones de Guastini y pone en cuestión su corrección. Una de las tesis centrales de Guastini es aquella según la cual, por un lado son los jueces quienes deciden qué significado atribuir a un enunciado y, por otro lado, los juristas o dogmáticos desempeñan un papel fundamental en la creación de las posibilidades dentro de las cuáles

los jueces pueden decidir o elegir significados. Ello tiene lugar gracias a la influencia que juristas y jueces poseen sobre jueces y juristas. Desde este punto de vista es posible afirmar que jueces y juristas conforman lo que Bouvier denomina *clase interpretadora*. Bouvier sostiene que el contexto jurídico ha variado sensiblemente en los últimos años y que ello ha producido una modificación también en las prácticas interpretativas y en el modo en que las tesis dogmáticas influyen el trabajo de los jueces. En particular, según Bouvier la relación entre juristas y jueces no permite explicar todo lo que es necesario explicar para entender por qué los jueces deciden como lo hacen. En efecto ¿cuáles son actualmente las relaciones entre jueces y juristas? Y, además, ¿los jueces, al decidir, se ven solo influenciados por finalidades académicas, o persiguen también objetivos de otro tipo?

El escepticismo ante las reglas replanteado

Riccardo Guastini*

(Traducción de Federico José Arena)

1. Teoría

1.1. Ambigüedad de “interpretación”

En el lenguaje jurídico el vocablo “interpretación” adolece de una múltiple ambigüedad.

(1) Primera ambigüedad: Con el vocablo “interpretación” se hace referencia algunas veces a la atribución de significado a un texto normativo (“El texto T significa S”, o, lo que es lo mismo, “La disposición jurídica D expresa la norma N”), y otras veces a la inclusión de un caso particular en una clase de casos regulados por una norma (“El hecho F es un caso de robo”) y que constituye el último tramo del proceso de decisión -o de justificación de la decisión- del caso bajo consideración¹.

* Dipartimento Giovanni Tarello, Università di Genova, guastini@unige.it

¹ Véase R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffré, Milano, 2004, p. 82 y ss.

Es bastante posible que en el razonamiento jurídico (y especialmente en el judicial), entendido como un proceso *psicológico*, el adscribir significado a un texto normativo y el subsumir un caso bajo una clase de casos no puedan ser claramente distinguidos. Quizás los jueces primero clasifican el caso bajo consideración y sólo después proceden a inspeccionar los textos normativos para atribuirles un significado que les permita encontrar una regla que encaje con ello². Sin embargo, desde un punto de vista *lógico*, atribuir significado a un texto y clasificar casos son dos cuestiones, si bien relacionadas, claramente diferentes. Asimismo, la atribución de significado es lógicamente antecedente a la clasificación de casos. Una cosa es preguntarse sobre la norma (o normas) expresada(s) y/o implicada(s)³ por una disposición jurídica y otra cosa es considerar si una norma así identificada se aplica o no a un caso particular. Los teóricos del derecho suelen limitarse a la primera operación, mientras que los jueces, en cuanto órganos de aplicación del derecho, deben llevar a cabo ambas.

En consecuencia es necesario distinguir entre⁴:

(i) la interpretación dirigida a textos (o “in abstracto”), que consiste en identificar el contenido de significado -esto es, el contenido

² Esta es una tesis realista clásica, tal como lo señala B. Leiter en “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, en B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford U.P., Oxford, 2007, p. 61: «the Realists all embraced the following *descriptive* thesis: in deciding cases, judges react primarily to the underlying facts of the case, rather than to the applicable legal rules and reasons (the latter figuring primarily as ways of providing post-hoc rationales for decisions reached on other grounds)». Véase también A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, p. 152.

³ No existe una distinción precisa entre aquello que una formulación normativa significa y aquello que es implicado por ese significado. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971, pp. 67 f.: «The description of the law [...] involves the operation which jurists refer to under the vague term “interpretation” and which fundamentally consists in the determination of the consequences that can be derived from [...] norms».

⁴ Una distinción similar es presentada por A. Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Acta Philosophica Fennica, vol. 36, Helsinki, 1983, p. 165. Véase

normativo (la norma o las normas)- expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo, sin hacer referencia a algún caso concreto; y

- (ii) la interpretación dirigida a hechos (o “in concreto”) que consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “in abstracto”.

No es necesario, supongo, suministrar ejemplos de los problemas que presenta la interpretación dirigida a hechos (¿La regla “Prohibido vehículos en el parque” se aplica a las bicicletas o no?, ¿La regla constitucional referida a la “libertad de religión” se aplica a la denominada filosofía *new-age* o no?, etc.). Por el contrario, creo necesario señalar algunos ejemplos de los problemas que presenta la interpretación dirigida a textos.

- (a) El artículo 13 de la Constitución francesa establece: “El Presidente de la República firma los decretos y resoluciones emanados del Consejo de Ministros”. ¿Hemos de asumir que el Presidente posee el poder de firmar o que tiene el deber de hacerlo?⁵
- (b) El artículo 11 de la Constitución italiana autoriza a la República a aceptar “aquellas limitaciones a la soberanía que sean necesarias para el establecimiento de un orden mundial que asegure la paz y la justicia entre Naciones.” ¿Cuál es el significado de “soberanía” en este contexto? ¿Se refiere, a grandes rasgos, a la independencia del Estado en las relaciones internacionales o al poder político supremo mencionado en el artículo 1, según el cual “la soberanía pertenece al pueblo”?⁶ En otras palabras, ¿hemos de asumir que el artículo 11

también W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules. A Primer of Interpretation*, 2da. ed., Weidenfeld and Nicholson, London, 1982, cap. 4, donde se distingue entre interpretación y aplicación.

⁵ Véase M. Troper, “La signature des ordonnances: fonctions d’une controverse”, en M. Troper, *Pour une théorie juridique de l’État*, P.U.F., Paris, 1994, cap. XVIII.

⁶ R. Guastini, “La primauté du droit communautaire: une révision tacite de la Constitution italienne”, en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 9, 2000, p. 119 y ss.

autoriza limitaciones (únicamente) a la soberanía internacional del Estado o (también) al poder político supremo del pueblo?

- (c) El artículo 2 de la Constitución italiana proclama solemnemente la “inviolabilidad de los derechos del hombre”. ¿Qué significa “inviolabilidad”? ¿Se trata meramente de un fragmento de “retórica constitucional”⁷ que no expresa regla alguna? ¿Estamos frente a la simple reiteración del carácter “rígido” de la constitución (los derechos constitucionales no pueden ser violados por la ley ordinaria)? ¿O quiere decir que tales derechos no pueden ni siquiera ser objeto de una revisión constitucional (ni siquiera mediante el procedimiento de reforma constitucional)?⁸

La interpretación dirigida a textos se parece a la traducción⁹, dado que consiste en la identificación del sentido (*Sinn*, en palabras de Frege) de un texto y en la reformulación (*rewording*) del texto interpretado¹⁰. La interpretación dirigida a hechos, en cambio, no es otra cosa que una decisión acerca de la extensión o referencia (*Bedeutung*) de un concepto con relación a un caso concreto.

El objeto de la interpretación orientada a textos consiste en enunciados normativos (completos), mientras que la interpretación orientada a hechos recae sobre predicados en sentido lógico, es decir,

⁷ Tomo la expresión de L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 33.

⁸ Esta es la opinión de la Corte Constitucional italiana (Corte Costituzionale, decisión 1086/1988). El tema es extensamente analizado en R. Guastini, “Esercizi d’interpretazione dell’art. 2 cost.”, en *Ragion pratica*, 29, December 2007, p. 325 y ss.

⁹ U. Eco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani, Milano, 2003, cap. X; A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon, Oxford, 2001, p. 76.

¹⁰ Por ejemplo, «Las resoluciones y los decretos emanados del Consejo de Ministros han de ser firmados por el Presidente de la República» significa que el Presidente tiene la obligación de firmar; «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre» significa que las disposiciones constitucionales que atribuyen los derechos mencionados no son susceptibles de reforma constitucional, etc.

términos que denotan clases. Mediante la interpretación orientada a textos se identifican normas jurídicas (y *clases* de casos), mientras que mediante la interpretación orientada a hechos se contribuye a identificar los casos concretos regulados por cada norma.

(2) Segunda ambigüedad: Con el vocablo “interpretación” se hace referencia algunas veces a un acto de puro conocimiento, y otras veces a un acto de decisión, e incluso otras veces a un acto de creación normativa. En consecuencia deberíamos distinguir también entre¹¹:

- (i) La interpretación *cognitiva*, que consiste en identificar, sin elegir entre ellos, los posibles y diferentes significados de un texto normativo (los significados admisibles según las reglas lingüísticas -sintácticas, semánticas y pragmáticas- compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina)¹²;
- (ii) La interpretación *decisoria*, que consiste en elegir un determinado significado entre los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva, descartando los restantes¹³;
- (iii) La interpretación *creativa*, que consiste en atribuir a un texto un significado “nuevo” no comprendido entre los significados

¹¹ La distinción se inspira en H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. de B. Litschevski Paulson y S.L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 80 y s.; H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (1960), trad. de M. Knight, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 1967, p. 353 y ss.

¹² H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 355: «Jurisprudential [i.e., cognitive] interpretation can do no more than exhibit all possible meanings of a legal norm. Jurisprudence as cognition of law cannot decide between the possibilities exhibited by it, but must leave the decision to the legal organ who [...] is authorized to apply the law».

¹³ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 354: «In the application of law by a legal organ, the cognitive interpretation of the law to be applied is combined with an act of will by which the law-applying organ chooses between the possibilities shown by cognitive interpretation».

identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva¹⁴.

Supongamos que una cierta disposición jurídica D es ambigua en cuanto puede ser interpretada como expresando tanto la norma N1 como la norma N2. La interpretación puramente cognitiva asumiría la forma de un enunciado del tipo “D puede significar o bien N1 o bien N2”¹⁵, la interpretación decisoria, a su vez, se expresaría mediante un enunciado o bien del tipo “D significa N1”, o bien del tipo “D significa N2”; la interpretación creativa, a su vez, consistirá en decir, por ejemplo, “D significa N3” (advértase que por hipótesis N3 *no* está entre los significados posibles de D, identificados mediante interpretación cognitiva).

La interpretación cognitiva tal como lo sugiere el mismo nombre, es una operación puramente cognoscitiva privada de cualquier efecto práctico¹⁶. La interpretación decisoria y la interpretación creativa, en cambio, son operaciones “políticas”¹⁷, que pueden ser llevadas a cabo tanto por un órgano de aplicación como por un jurista. La única

¹⁴ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 354: «By way of authentic interpretation (that is, interpretation of a norm by the law-applying organ), not only one of the possibilities may be realized that have been shown by the cognitive interpretation [...]; but also a norm may be created which lies entirely outside the frame of the norm to be applied». Véase también H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Stevens & Sons, London, 1950, p. xv.

¹⁵ H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, cit., p. 80: «If ‘interpretation’ is understood as discovering the meaning of the norm to be applied, its result can only be the discovery of the frame that the norm to be interpreted represents and, within this frame, the cognition of various possibilities for application. Interpreting a statute, then, leads not necessarily to a single decision as the only correct decision, but possibly to a number of decisions, all of them of equal standing».

¹⁶ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 355: «The interpretation of law by the science of law (jurisprudence) must be sharply distinguished [...] from the interpretation by legal organs. Jurisprudential interpretation is purely cognitive ascertainment of the meaning of legal norms».

¹⁷ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 355 y s.: «An attorney who, in the interest of his client, propounds to the judge only one of several possible

diferencia importante reside en el hecho de que la interpretación realizada por un órgano de aplicación es, en sentido kelseniano, “auténtica”, es decir, es vinculante en cuanto está provista de consecuencias jurídicas (de las que, por el contrario, la interpretación ofrecida por los juristas, carece)¹⁸.

Me interesa destacar, sin embargo, que la interpretación creativa¹⁹, tal como ha sido aquí definida, es un fenómeno algo raro. En la mayoría de los casos, la interpretación creativa asume una forma ligeramente distinta, consistente en extraer del texto normas no expresas (dichas “implícitas”, en un sentido amplio no estrictamente lógico) mediante una amplia variedad de argumentos no deductivos (e.g., *a contrariis*, *a simili*, etc.). Dicha operación (la “construcción” de normas no expresas) no es, estrictamente hablando, un acto de “interpretación”, se trata de un genuino acto de creación normativa -una verdadera forma de “legislación intersticial” llevada a cabo por los intérpretes- que podríamos denominar “construcción jurídica”. Esta última anotación nos conduce a la tercera ambigüedad.

(3) Tercera ambigüedad: Con el vocablo “interpretación” se suele hacer referencia a las operaciones de los juristas y de los jueces en su

interpretations [...], or a writer who in his commentary extols a specific interpretation among many possible ones as the only “correct” one, does not render a function of legal science, but of legal politics». Véase también H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, cit., p. 82.

¹⁸ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 354: «The interpretation by the law-applying organ is always authentic. It creates law [...]». Véase también M. Troper, “La liberté d’interprétation du juge constitutionnel”, en M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l’État*, P.U.F., París, 2001, p. 85 y ss.

¹⁹ Permítaseme proporcionar un ejemplo de interpretación “creativa” extraído del derecho constitucional italiano. Una disposición constitucional se refiere a “las leyes en materia constitucional”. La frase es evidentemente vaga pero no ambigua: en el uso común de los juristas significa lo mismo que “leyes ordinarias que regulan materias de importancia constitucional” (un ejemplo paradigmático son las leyes que regulan el sistema electoral del Parlamento). Sin embargo, la Corte Constitucional construye el significado de la frase como “leyes constitucionales”, es decir, como leyes aprobadas mediante el

conjunto. Sin embargo, es importante advertir que entre todas esas operaciones existen diferencias importantes. Es necesario distinguir entre:

- (i) La interpretación propiamente dicha, es decir, la atribución de significado a textos normativos (en alguno de los sentidos y modos que he señalado más arriba).
- (ii) La “construcción jurídica”, esto es, las numerosas operaciones en las que por lo general consiste el trabajo de los juristas (aunque también de los jueces) y que sería difícil listar aquí de modo exhaustivo. Por ejemplo las conjeturas acerca de la denominada *ratio legis*, las hipótesis contrafácticas acerca de la intención del legislador, la creación de jerarquías axiológicas entre normas, la construcción de reglas no expresas, la concreción de principios abstractos, la ponderación entre principios (especialmente constitucionales) en conflicto, etc.

Entre todas estas operaciones, la construcción de normas no expresas posee especial importancia. Con “normas no expresas” me refiero a aquellas normas que no han sido formuladas por autoridad normativa alguna, normas que no pueden ser consideradas como uno de los contenidos de significado o como la consecuencia directa de una determinada disposición.

Toda norma no expresa es el resultado de un argumento en el que alguna de sus premisas es una norma expresa y la norma no expresa es la conclusión. Pero nótese que en la mayoría de los casos tales argumentos, primero, no son lógicamente válidos y, segundo (y más importante), incluyen premisas que no son reglas expresas, sino esquemas conceptuales y teorías elaboradas arbitrariamente por la dogmática²⁰.

Algunos ejemplos permitirán aclarar el punto:

- (a) El artículo 139 de la Constitución italiana prohíbe cualquier revisión (incluso mediante proceso de reforma constitucional) de la “forma republicana” del Estado. La mayoría de los constitucionalistas, sin

procedimiento especial reservado para las modificaciones constitucionales (véase Corte Costituzionale, decisión 168/1963).

²⁰ R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 104 y ss.

embargo, asume que un estado republicano es, por definición, un estado democrático y concluye que tampoco está permitida la revisión de la forma democrática del Estado. Puede claramente advertirse que esta conclusión, cuyo único fundamento es un concepto dogmático de “república” cuanto menos controvertido, posee el notable efecto de impedir la revisión constitucional de casi todo el texto constitucional.

(b) La Corte de Justicia de la Comunidad Europea asume, por un lado, que el derecho de la Comunidad Europea y el derecho de los Estados miembros forman un sistema jurídico unificado y, por otro lado, que el derecho europeo es superior al derecho estatal. Sobre esta base concluye que la legislación estatal es inválida (o, en todo caso, no aplicable) cuando sea incompatible con el derecho comunitario²¹. Queda claro que ninguna de estas asunciones posee una contraparte textual en el tratado de la CEE.

(c) Según la teoría constitucionalista “clásica”, surgida de la Ilustración, la función de toda constitución es limitar el poder político²². Este modo de ver implica que las reglas constitucionales están dirigidas (solo) a los órganos supremos del Estado y que de ningún modo están sujetas a aplicación por parte de los tribunales. Actualmente, sin embargo, la mayoría de los constitucionalistas piensan que la función de la constitución es (también o esencialmente) la de modelar las relaciones sociales entre los ciudadanos. A partir de esto concluyen que las reglas constitucionales deben ser aplicadas directamente por todos los jueces y en toda controversia (lo que en la dogmática alemana se denomina “Drittwirkung”)²³.

²¹ Corte Europea de Justicia, 15 de julio de 1964, Caso 6/64, *Costa*. Véase también Corte Europea de Justicia, 9 de marzo de 1978, Caso 106/77, *Sinmenthal*.

²² Véase el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

²³ Véase, e.g., G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

La construcción de normas no expresas permite que los intérpretes actúen disimuladamente como legisladores. Y, de hecho, constituye la parte principal y más importante del trabajo de los juristas.

1.2. Dos tipos de indeterminación jurídica

La interpretación dirigida a textos y la interpretación dirigida a hechos, respectivamente, responden a dos tipos distintos de indeterminación que afectan al derecho²⁴.

- (1) En primer lugar *-la indeterminación del sistema jurídico como tal-* el derecho es indeterminado en el sentido que no está determinado cuáles son las normas expresadas por las fuentes legales y, en este sentido, que pertenecen al sistema jurídico²⁵.
- (2) En segundo lugar *-la indeterminación de cada norma particular-* el derecho es indeterminado en el sentido que no están determinados cuáles casos caen bajo el ámbito de aplicación de cada norma.

1.3. Las fuentes de la indeterminación

(1) La indeterminación del sistema jurídico (como tal depende de la *equivocidad* (o *ambigüedad* en un sentido amplio no técnico) de los textos normativos²⁶. Por ejemplo:

²⁴ R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 79.

²⁵ El tipo de indeterminación que tengo en mente (indeterminación *interpretativa*) no debe confundirse con la indeterminación que resulta de la vaguedad del criterio de validez o pertenencia (la así llamada regla de reconocimiento en términos hartianos). Una cosa es preguntarse si un texto dado expresa una cierta norma N o no, y otra cosa es preguntarse si N (asumiendo que de hecho es expresada por el texto en cuestión) es válida o no (por ejemplo, si es compatible o no con la Constitución).

²⁶ La ambigüedad es la propiedad de aquellas expresiones que son capaces de expresar más de un significado (que son susceptibles de múltiples interpretaciones). Por lo tanto, un texto ambiguo, en primer lugar, no es un texto *sin significado* y, en segundo lugar, no es un texto que admita *cualquier* interpretación. Es importante recordar estas precisiones cuando se discute acerca del escepticismo radical ante las reglas.

- (a) A veces un texto normativo T es, en sentido estricto, ambiguo por razones sintácticas o semánticas, es decir, dudamos si expresa la norma N1 o la norma N2²⁷.
- (b) A veces todos están de acuerdo con que el texto normativo T expresa la norma N1, pero se duda si también expresa la norma N2 o no.
- (c) A veces todos están de acuerdo con que el texto normativo T expresa la norma N1, pero se duda si esa norma implica o no la norma N2.
- (d) A veces todos acuerdan con que el texto normativo T expresa la norma N1, pero se duda si la norma es derrotable (i.e., sujeta a excepciones implícitas) o no²⁸.

Permítaseme ofrecer algunos ejemplos extraídos del derecho constitucional italiano.

Caso (a). Según la Constitución italiana, las leyes pueden ser derogadas mediante referéndum. Una disposición legal, sin embargo, establece que el referéndum derogatorio no es admisible “en el año anterior al fin del ejercicio legislativo de una de las dos Cámaras”. ¿Qué significa “año” en este contexto? ¿Significa 365 días (en francés: *an*)? ¿O significa el período que va desde el 1º de enero al 31 de diciembre (en francés: *année*)? Supongamos que las Cámaras concluyen el primero de mayo de 2010. ¿Debemos concluir que (N1) el referéndum no es admisible desde el primero de mayo de 2009 hasta el 31 de abril de 2010 o debemos concluir que (N2) el referéndum no es admisible durante todo el 2009?

Caso (b). Una disposición legislativa establece que no es admisible un nuevo referéndum derogatorio con relación a una ley respecto de la cual haya fracasado un referéndum anterior. Ahora bien, según la

²⁷ A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 123 y ss.

²⁸ C.E. Alchourrón, “On Law and Logic”, en *Ratio Juris*, 9, 1996. Véase también W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit., p. 216 y s. sobre “implied exceptions”; F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford, 1991, p. 115 y s.

Constitución un referéndum puede fracasar de dos maneras diferentes, a saber, o bien porque la mayoría votó “no”, o bien porque la mayoría no votó. No hay dudas que un nuevo referéndum es inadmisibile en aquellos casos en que la mayoría votó “no” (N1) pero ¿resulta igualmente inadmisibile un nuevo referéndum en aquellos casos en los que la mayoría no votó (N2)?

Caso (c). La Constitución establece expresamente que el Parlamento puede proponer un voto de censura contra el Gobierno (N1). ¿Implica esto que el Parlamento puede también proponer un voto de censura contra cada uno de los ministros individualmente (N2)?²⁹

Caso (d). La Constitución italiana otorga al Presidente de la República el poder de veto sobre las leyes. Sin dudas, esto es así con relación a la legislación ordinaria (N1). ¿Pero sucede o no lo mismo con relación a las “leyes constitucionales”, es decir, las leyes aprobadas siguiendo un procedimiento especial y dirigidas a producir modificaciones constitucionales (excepción implícita)?

La interpretación dirigida a textos responde a preguntas de este tipo y, al responderlas, reduce la indeterminación del sistema jurídico. El escepticismo ante las reglas, tal como lo concibo, equivale a sostener que cualquier tesis sobre la existencia de una única interpretación correcta –cualquier tesis que sostenga que los problemas interpretativos admiten una única respuesta “correcta” (i.e. verdadera)- es falsa. Y es falsa precisamente debido a la indeterminación del sistema jurídico en el sentido especificado, lo que trae como consecuencia que los enunciados interpretativos no tienen valor de verdad. La indeterminación interpretativa del sistema jurídico es el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas.

(2) La indeterminación de cada norma depende de la *vaguedad* o *textura abierta*³⁰ de todo predicado del lenguaje natural³¹.

²⁹ La pregunta fue respondida de manera afirmativa por la Corte Constitucional italiana (Corte Costituzionale, decisión 6/1996).

³⁰ No es necesario aquí distinguir entre *vaguedad* y *textura abierta*.

³¹ Las más exhaustivas investigaciones sobre este tema son: C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990 y

Respecto de cualquier texto normativo existen casos claros o fáciles que claramente caen bajo el núcleo de referencia de los términos usados en el texto, de tal forma que dicha norma es ciertamente aplicable a ellos, y existen también casos marginales o difíciles que caen en el área de penumbra que rodea el núcleo de referencia de los términos, de tal forma que la aplicabilidad de la norma a dichos casos es incierta o discutible³².

La interpretación dirigida a hechos responde este tipo de dudas y, de este modo, reduce la indeterminación de las normas.

La indeterminación de las normas provee también un fundamento al escepticismo ante las reglas. Se trata, sin embargo, de un fundamento menos importante dado que, desde mi punto de vista, la indeterminación de las normas se presenta solo una vez que ha tenido lugar la interpretación dirigida a textos, esto es, luego de que las normas han sido identificadas, y pone serios problemas solo en los casos difíciles. Los problemas de la interpretación dirigida a textos (y que dan lugar a la indeterminación interpretativa del sistema jurídico), en cambio, son mucho más invasivos.

1.4. Disposiciones y normas

La indeterminación del sistema jurídico impone distinguir cuidadosamente entre, por un lado, los enunciados normativos (formulaciones de normas o, como es común decir, las “disposiciones”) contenidos en las fuentes del derecho y, por otro lado, su significado – i.e. las normas expresas y/o implicadas³³. Esto es así por tres razones principales:

T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford U.P., Oxford, 2000. Ambas desarrollan un gran número de distinciones relevantes que, sin embargo, no es necesario traer a colación aquí.

³² Véase H.P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1989, p. 177.

³³ R. Guastini, “Rules, Validity, and Statutory Construction”, en M. Jori, A. Pintore (eds.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Deborah Charles Publication, Liverpool, 1997.

(i) Primero, muchos enunciados normativos son ambiguos (en sentido estricto), es decir, expresan alternativamente dos (o más) normas.

(ii) Segundo, muchos enunciados normativos (quizás todos ellos) poseen un contenido de significado complejo, en el sentido que expresan y/o implican no una única norma, sino una pluralidad de ellas.

(iii) Tercero, según el uso común de los juristas, cada uno y todos los sistemas jurídicos están repletos de normas “no expresas”. Esto es, normas que no corresponden a ningún enunciado normativo en particular, puesto que no han sido formuladas por autoridad normativa alguna³⁴.

1.5. Las fuentes principales de indeterminación jurídica

Es importante advertir que la indeterminación del derecho (sobre todo, la indeterminación del sistema jurídico como tal) no depende solo de ciertos defectos “objetivos” del lenguaje constitucional o legislativo. Las fuentes principales de la indeterminación³⁵, en cambio, son:

- (i) la multiplicidad de métodos interpretativos³⁶;
- (ii) la dogmática jurídica³⁷, y
- (iii) el sentimiento de justicia de los intérpretes, i.e., sus preferencias éticas y políticas (las declaren o no mediante juicios de valor explícitos)³⁸.

³⁴ Una cuarta, si bien menor, razón para distinguir entre enunciados normativos y normas es que dos enunciados normativos distintos pueden expresar una misma norma. Véase F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., p. 62 y s.

³⁵ Véase W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit., p. 218 y ss., sobre el “intérprete atribulado” y las “condiciones de duda” en la interpretación.

³⁶ «The set of *interpretive* operations that can be legitimately performed on [legal] sources (to generate rules and principles of law)»: J.L. Coleman, B. Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 213.

³⁷ G. Tarello, “La semantica del neustico. Osservazioni sulla ‘parte descrittiva’ degli enunciati precettivi”, en G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 329 y ss.

³⁸ Véase, por ejemplo, A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 145 y s.

La influencia que el sentimiento de justicia de los intérpretes ejerce en sus elecciones interpretativas es tan evidente que no creo necesario desarrollar este punto. En cambio, me parece necesario formular algunas consideraciones adicionales con relación a los métodos interpretativos y a la dogmática.

En primer lugar, en la mayoría de los casos un mismo enunciado normativo puede expresar significados diferentes según sea sometido a uno u otro método interpretativo³⁹. Tomemos, por ejemplo, una disposición constitucional (de la Constitución italiana) que se refiera a las “leyes”. Argumentando *a contrario* uno puede concluir que esa disposición es aplicable a todas las leyes y solo a las leyes. Argumentando por analogía, en cambio, se podría concluir que la disposición en cuestión es aplicable a las leyes y también a los reglamentos administrativos (dado que ambos son “fuente del derecho”). Argumentando mediante la técnica de la disociación (“distinguishing”), uno puede concluir que, dado que la clase de las leyes incluye diferentes subclases (constitucionales y ordinarias, por un lado; regionales y estatales, por el otro), la disposición se aplica -a la luz de su *ratio*- solo a uno de esos subconjuntos. De hecho, el conjunto de métodos interpretativos (generalmente aceptados en una comunidad jurídica dada) es suficiente para garantizar una amplia cantidad de resultados diferentes y rivales entre sí⁴⁰.

³⁹ H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, cit., p. xiii: «The different methods of interpretation may establish different meanings of one and the same provision. Sometimes, even one and the same method, especially the so-called grammatical interpretation, leads to contradictory results». Cf. K.N. Llewellyn, “Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Rules or Canons about how Statutes Are to be Construed» (1950), viz., el fragmento reimpreso en W.W. Fisher III, M.J. Horwitz, T.A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford U.P., New York-Oxford, 1993, p. 228 y ss.; A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 148 y ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 341 y s.; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, esp. cap. V; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, cap. II.

⁴⁰ Cf. J.L. Coleman, B. Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, cit., p. 214.

Segundo, todo intérprete se acerca a los textos legales provisto de una serie de presupuestos teóricos y conceptuales que, de manera inevitable, condicionan sus interpretaciones, ya sea orientándolas en una determinada dirección ya sea excluyendo otras interpretaciones que, de otro modo, podrían haber sido elegidas⁴¹. Tales presupuestos no son otra cosa que las teorías elaboradas por los juristas en un momento lógicamente antecedente a la interpretación de un texto determinado. Pienso aquí en teorías tales como la de la constitución escrita formulada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury* (toda constitución escrita implica el principio según el cual cualquier ley incompatible con la constitución es nula y vacía), la teoría de las relaciones entre el derecho de la Comunidad Europea y los sistemas jurídicos de cada estado miembro presupuesta por la Corte Europea de Justicia en numerosas decisiones (el derecho europeo y los sistemas jurídicos estatales son partes de un sistema jurídico unificado), la teoría del gobierno parlamentario presupuesta por la mayoría de los juristas continentales (teoría según la cual el Jefe de Estado es un poder neutral sin competencia alguna con relación a cuestiones estrictamente políticas), las distintas teorías de los contratos, de la propiedad, de la responsabilidad civil, etc.

2. Metateoría

2.1. Tres teorías de la interpretación jurídica

Se suele distinguir, en el pensamiento jurídico moderno, tres teorías rivales de la interpretación jurídica. Siguiendo a otros filósofos del derecho las llamaré respectivamente: la teoría del “noble sueño”, la teoría de “la pesadilla”⁴² y la teoría de “la vigilia”⁴³. Las diferencias entre ellas son, a grandes rasgos, las siguientes.

⁴¹ W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit., p. 338 y s.

⁴² H.L.A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, p. 123 y ss.

⁴³ J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1998, p. 156 y ss.; M. Barberis, “Lo scetticismo

- (i) La teoría del noble sueño -o cognitivismo interpretativo, cuyos orígenes se remontan hasta las ideas jurídicas de la Ilustración (Montesquieu, Cesare Beccaria, etc.)- asume que cada texto normativo se encuentra provisto de un significado “objetivo”, único y determinado, que es susceptible de verdad. De este modo, la interpretación jurídica se concibe como una actividad cognitiva que equivale a descubrir el único significado preexistente. En particular, por lo que se refiere a las decisiones judiciales, no existe espacio alguno para la genuina discreción interpretativa, en el sentido que las decisiones judiciales que se adhieren al significado objetivo del texto son correctas mientras que cualquier otra decisión no lo es.
- (ii) La teoría de la pesadilla -una forma radical de escepticismo que puede ser atribuida a algunas versiones del realismo jurídico- asume que los textos normativos no tienen ningún significado antes de la interpretación⁴⁴. El significado de los textos normativos es el resultado de la interpretación, no su objeto⁴⁵. De este modo, la interpretación jurídica no es, bajo ningún punto de vista, una empresa cognitiva. Interpretar es un “acto de voluntad” y no de conocimiento⁴⁶, es decir, se trata de una cuestión de valores, de elecciones y de decisiones. Se sigue que, por lo que se refiere a las decisiones judiciales, la discreción interpretativa es inevitable y que

immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise”, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001, p. 2 y ss.

⁴⁴ J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2da. ed. a partir de las notas del autor, R. Gray (ed.), Macmillan, New York, 1948, esp. pp. 124 y 170; M. Troper, “Une théorie réaliste de l’interprétation”, en M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l’État*, cit., p. 69 y ss.

⁴⁵ G. Tarello, “Introduzione al linguaggio precettivo” e “Il ‘problema dell’interpretazione’: una formulazione ambigua”, ambos en G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., esp. 265 y ss., 389 y ss. Véase también R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 2da ed., Giappichelli, Torino, 1992, esp. cap. VIII; T. Mazzarese, “‘Norm Proposition’: Epistemic and Semantic Queries”, en *Rechtstheorie*, vol. XXII, 1991, p. 39 y ss.; R. Guastini, “Fragments of a Theory of Legal Sources”, en *Ratio Juris*, vol. IX, 1996.

⁴⁶ H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, cit., p. 82 y s.

distinguir entre decisiones correctas e incorrectas simplemente no tiene ningún sentido. Toda interpretación avanzada por los jueces es “auténtica” (en sentido kelseniano), es decir, creadora de derecho.

(iii) Finalmente la teoría de la vigilia -que puede ser reconducida a Hart⁴⁷- tiene una actitud mixta hacia la interpretación jurídica. Distingue entre casos fáciles y difíciles⁴⁸. Los textos normativos, sostiene la teoría, están formulados en lenguaje natural usando “términos clasificatorios generales” (predicados en sentido lógico) y tales términos son fatalmente vagos o de textura abierta⁴⁹. En consecuencia, dada una norma cualquiera, existen casos que seguramente caen bajo su ámbito de aplicación y casos que seguramente no lo hacen. Pero, junto a esos casos “fáciles”, encontramos también casos “difíciles”, casos en los que la aplicación de la norma es dudosa y discutible⁵⁰. En los casos fáciles los jueces no poseen discreción interpretativa alguna, pero en los casos difíciles, en cambio, la interpretación elegida será el resultado de una decisión discrecional acerca de la extensión o referencia de los conceptos expresados por los términos generales. En los casos fáciles sí es posible distinguir entre interpretaciones jurídicamente correctas e interpretaciones jurídicamente incorrectas, pero ello no es posible en los casos difíciles.

Es necesario advertir que ninguna de las tres teorías mencionadas muestra algún tipo de interés por la interpretación de los juristas, todas

⁴⁷ H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958), en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., esp. p. 64 y ss.; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, cap. VII.

⁴⁸ G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ta. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 49 y ss.; E. Bulygin, “Cognition and Interpretation of Law”, en L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 11 y ss.; J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, cit., p. 156 y ss. Véase también el análisis de las denominadas “lagunas de reconocimiento” en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., p. 33 y s., 146.

⁴⁹ F. Waismann, “Verifiability”, en A. Flew (ed.), *Logic and Language*, Blackwell, Oxford, 1952.

⁵⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., cap. VII.

se concentran únicamente en la interpretación judicial⁵¹. Desde mi punto de vista esto constituye un serio defecto por dos razones principales. Primero, la interpretación de los juristas y la de los jueces no son necesariamente idénticas desde el punto de vista del análisis lógico (por ejemplo, en ningún caso la interpretación judicial puede ser meramente cognitiva y/o meramente dirigida a textos). Segundo, los jueces, antes de asumir su cargo, han frecuentado la facultad de derecho y esto implica que el pensamiento de los juristas -las teorías dogmáticas y los métodos interpretativos- condiciona las ideas que los jueces poseen acerca del derecho en general, de los conceptos jurídicos y de la interpretación judicial (de hecho, condiciona la propia *forma mentis* de los jueces).

2.2. Una reconstrucción analítica

Desde una perspectiva analítica estos diferentes puntos de vista pueden ser reconstruidos no como teorías psicológicas (¿la interpretación es un acto de voluntad o un acto de conocimiento?⁵²), sino como teorías semánticas, es decir, como teorías acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos⁵³.

Por “enunciado interpretativo” entiendo, a grandes rasgos, todo enunciado que posee la forma lógica “T significa S” (donde T se refiere a un fragmento de texto normativo cualquiera -por ejemplo, una cláusula constitucional, una disposición legislativa, etc.- y S se refiere al significado adscripto).

(i) De acuerdo a la teoría del noble sueño todo enunciado interpretativo ha de ser o bien verdadero o bien falso⁵⁴. Como

⁵¹ W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit., p. 176.

⁵² Este es el modo en el que Kelsen plantea la cuestión (H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, cit., pp. 82 f.).

⁵³ R. Guastini, “Interpretive Statements”, en E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 279 y ss.

⁵⁴ Esta tesis es expresamente defendida por R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.

señalé, este punto de vista presupone que los textos normativos se encuentran provistos de un único significado objetivo –ya sea el significado literal o el significado intencional- de modo tal que, para cada texto normativo, existe un único enunciado interpretativo que es verdadero, mientras que todos los demás son fatalmente falsos.

(ii) Según la teoría de la pesadilla, por el contrario, los enunciados interpretativos no poseen en ningún caso valor de verdad. Antes de la interpretación los textos legales no poseen *ningún* significado. El significado es una creación “libre”, sin restricciones, de los intérpretes (es decir, los jueces).

(iii) De acuerdo con la teoría de la vigilia, en fin, es necesario distinguir entre dos tipos de enunciados interpretativos. En los casos fáciles el significado de los textos normativos puede (y debe) ser simplemente declarado, en los casos difíciles ha de ser decidido de manera discrecional. Esto equivale a decir que los enunciados interpretativos poseen valor de verdad cuando son proferidos en casos fáciles, mientras que no poseen valor de verdad cuando son proferidos en casos difíciles. Esto es así dado que los textos normativos poseen, de hecho, un significado objetivo pero lamentablemente ese significado es *indeterminado* (en particular, de textura abierta) y por lo tanto deja espacio para la discreción en los casos marginales⁵⁵.

A continuación expondré los argumentos sobre la base de los cuales considero que ninguna de estas tres teorías es correcta.

2.3. Teoría del significado y teoría de la interpretación

Mi primer argumento se dirige contra toda forma de cognitivismo en el ámbito de la interpretación jurídica -la teoría del noble sueño se ve directamente afectada, pero también se ve afectada la teoría de la vigilia (en otro lugar he argumentado que la teoría de la vigilia no es más que una forma sofisticada de cognitivismo)⁵⁶.

⁵⁵ G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 56 y ss.

⁵⁶ R. Guastini, “A Sceptical View on Legal Interpretation”, en P. Comanducci,

Supongamos, en beneficio del argumento, que los textos normativos (las disposiciones constitucionales, las disposiciones legislativas, etc.) poseen un significado determinado y que, en consecuencia, los enunciados interpretativos pueden ser considerados verdaderos o falsos⁵⁷. El único modo plausible de defender una tesis tal es proveyendo algún criterio que permita determinar el valor de verdad de los enunciados interpretativos. Por otra parte, los enunciados interpretativos son enunciados que atribuyen significado, por lo que parece obvio que establecer las condiciones de verdad de un enunciado que atribuye significado exige una determinada teoría del significado. ¿Pero cuál?

En la historia del pensamiento jurídico es posible, sin mucho esfuerzo, encontrar dos candidatos principales⁵⁸ (si bien sería posible identificar un número mayor de teorías implícitas analizando con mayor detenimiento los métodos de interpretación que son de hecho usados por los juristas):

- (a) por un lado, la teoría del significado literal: el significado depende simplemente de -y puede ser descubierto aplicando- las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje compartido por una comunidad lingüística dada;
- (b) por el otro lado, la teoría intencionalista del significado (o teoría del significado intencional): el significado depende -y puede ser descubierto averiguando- la intención de la autoridad normativa,

R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 139 y ss.; R. Guastini, “Lo scetticismo interpretativo rivisitato”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36, 2006, p. 227 y ss.

⁵⁷ Nótese que este modo de ver posee consecuencias paradójicas. Frente a las numerosas interpretaciones de un mismo texto uno debería concluir que solo una de ellas es verdadera y las restantes fatalmente falsas. ¿No resultaría de este modo sorprendente la enorme cantidad de interpretaciones falsas (aunque emitidas por juristas expertos) que se llevan a cabo en la práctica jurídica diaria?

⁵⁸ Véase, e.g., B. Bix, *Jurisprudence: Text and Context*, Sweet & Maxwell, London, 1999, cap. XIV.

esto es, del sujeto (un individuo o un órgano colegiado) que produjo el texto bajo análisis⁵⁹.

Ahora bien, si se mira atentamente, estas dos teorías pueden ser entendidas de dos modos diferentes. Ya sea como teorías genuinamente descriptivas de aquello que el significado efectivamente *es* (más precisamente, como teorías acerca de cómo el significado es atribuido), o como teorías (si bien no abiertamente) normativas acerca de cómo el significado *debe* ser atribuido (cómo han de ser interpretados los textos normativos). En lo que sigue exploro ambas posibilidades.

Asumamos que las teorías jurídicas más comunes acerca del significado son descriptivas, es decir, que se limitan a afirmar en qué consiste, objetivamente, el significado. En ese caso, ¿sería alguna de ellas verdadera?

Para responder a esta pregunta, sin embargo, es necesario responder a otra pregunta preliminar, a saber, ¿en qué consiste una teoría del significado? Asumo que una teoría descriptiva del significado consiste simplemente en reconstruir las prácticas interpretativas de una determinada comunidad de intérpretes, por ejemplo, de los hablantes del español (del italiano, del francés, etc.) en sus conversaciones diarias, cuando leen novelas o periódicos, escuchan la radio, etc.⁶⁰

Ahora bien, cada una de las dos teorías del significado mencionadas probablemente describe (una parte significativa de) la práctica de atribución de significado en la conversación ordinaria. Pero es evidente que ninguna de ellas describe la práctica de los intérpretes jurídicos, se trate de jueces, abogados o juristas.

Es un hecho que los intérpretes -incluso uno y el mismo intérprete- se atienen alternativamente al uso ordinario, a la (supuesta) intención del legislador, a la denominada “ratio legis”, al significado que (presumiblemente) se obtiene si se considera el sistema jurídico como un

⁵⁹ Acerca del posible papel de intenciones, motivos, razones y propósitos en la interpretación véase W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit., p. 192 y ss.

⁶⁰ P. Chiassoni, “Interpretive Games. Statutory Construction through Gricean Eyes”, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2000, p. 86 y ss.

todo, etc. De hecho, los juristas han construido a lo largo del tiempo, una gran cantidad de instrumentos conceptuales y argumentativos que les permiten elegir, respecto de un mismo texto, entre un (a veces amplio) conjunto de significados posibles.

Por lo tanto, en cuanto referidas al lenguaje jurídico, las dos teorías del significado mencionadas -tal como, creo, cualquier otra teoría del significado que se les parezca- son de manera evidente ambas falsas y, me atrevería a decir, ingenuas.

Son falsas, claro está, si se las concibe como genuinas teorías descriptivas, ya que solo las teorías descriptivas pueden ser verdaderas o falsas. Existe, sin embargo otra posibilidad, a saber, ambas teorías pueden (y quizás deben) ser entendidas como teorías normativas de la interpretación. Es decir, como teorías con la pretensión de *ex ante* dirigir y *ex post* criticar la práctica de atribución de significado de los juristas y, sobre todo, de los jueces. ¿Existe una diferencia relevante, en contextos jurídicos, entre afirmar que el significado depende de las reglas del lenguaje ordinario y *recomendar* que los intérpretes atribuyan significado a un texto según esas reglas? ¿Cuál es el sentido de afirmar, al menos en contextos jurídicos, que el significado depende de la intención de la autoridad normativa, sino el sugerir que los intérpretes *deben* descubrir esa intención y atenerse a ella?

Ahora bien, ¿qué hay de malo en las teorías normativas del significado? Nada, claro. Salvo que ellas no son de ayuda para describir qué es en realidad la interpretación.

Si lo que digo es correcto, se sigue una importante consecuencia. Una teoría descriptiva de la interpretación jurídica no necesita una teoría del significado *previa*. Ello se debe a dos razones.

Una teoría descriptiva de la interpretación no necesita una teoría normativa del significado ya que prescribir no forma parte de su cometido⁶¹. Orientar y/o evaluar la práctica interpretativa de los juristas y de los jueces es seguramente una empresa valiosa, pero no es una empresa cognitiva. Evocando una tesis realista puede decirse que “la

⁶¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2da. ed., Clarendon, Oxford, 1994, *Postscript*, p. 243 y s.

“tarea de la teoría del derecho [es] identificar y describir -no justificar- los patrones” del pensamiento jurídico⁶².

Sobre todo, una teoría descriptiva de la interpretación no necesita una teoría descriptiva del significado -o mejor, una teoría descriptiva de la interpretación no puede presuponer ninguna determinada teoría descriptiva del significado- puesto que una teoría descriptiva de la interpretación *es* ella misma una teoría descriptiva del significado en contextos jurídicos (y, en todo caso, la única teoría del significado admisible en contextos jurídicos).

¿En qué puede consistir una teoría puramente descriptiva del significado sino en la reconstrucción de la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa? La teoría del significado referida a textos jurídicos no puede ser otra cosa más que el análisis y la reconstrucción racional de la práctica de atribución de significado llevada a cabo por los intérpretes jurídicos. Por lo tanto, no se diferencia de una teoría de la interpretación, es la misma cosa.

2.4. Los límites (conceptuales) de la interpretación

La teoría de la pesadilla, tal como la he presentado, es una forma radical de escepticismo. Según esta teoría *anything goes* en materia interpretativa, y ello es así por una razón de tipo Humpty-Dumpty⁶³, a saber, que “whoever hath an *absolute authority to interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them”⁶⁴.

Entendida como una descripción del contenido y del modo de funcionar de (la mayoría de) los sistemas jurídicos actuales esta tesis es bastante correcta. Es un hecho que los jueces de última instancia, como así también otras autoridades interpretativas cuyas decisiones no pueden

⁶² B. Leiter, “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, cit., p. 63 (refiriéndose a la opinión de Herman Oliphant).

⁶³ U. Scarpelli, “Il metodo giuridico”, en U. Scarpelli, *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 179 y ss.

⁶⁴ Benjamin Hoadley, Bishop of Bangor, citado por J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, cit., p. 102.

ser revocadas (v.g., los órganos constitucionales supremos respecto de ciertas cláusulas constitucionales⁶⁵), pueden atribuir a los textos normativos cualquier significado que deseen, y es también verdad que por lo general el derecho confiere a estas interpretaciones “auténticas” efectos jurídicos directos (cuanto menos *inter partes*)⁶⁶.

Pero, ¿cuál es el alcance, respecto del significado de los textos normativos, de este enunciado descriptivo (verdadero)? Desde mi punto de vista, ninguno. Sobre la base de este enunciado la única cosa que puede ser sostenida con seguridad es que ciertas autoridades interpretativas pueden *de facto* ignorar el significado pre-existente de los textos normativos (si un significado tal existe). Pero esto no es un argumento a favor de la tesis central del escepticismo radical, a saber, que *no existe ningún* significado antes de la interpretación. Y, hasta donde sé, los filósofos del derecho no han todavía ofrecido otro argumento que permita defender con seriedad esa tesis⁶⁷.

⁶⁵ M. Troper, “Les contraintes de l’argumentation juridique dans la production des normes”, en O. Pfersmann, G. Timsit (eds.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, pp. 35 ss.; M. Troper, “L’interprétation constitutionnelle”, en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005.

⁶⁶ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 354.

⁶⁷ Es cierto que, fuera de la literatura filosófica jurídica, sería posible citar el así denominado escepticismo semántico kripkeano (S.A. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Blackwell, Oxford, 1982). Sin embargo, si entiendo bien su argumento, Kripke simplemente muestra que «sentences that ascribe meanings are [...] non cognitive» (J.L. Coleman, B. Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, cit., p. 220). Desde mi punto de vista, por lo que se refiere a la interpretación decisoria en el ámbito jurídico, esto es cierto, pero no implica la tesis de la inexistencia de significado previo. Afirmar que una formulación normativa es ambigua (en sentido amplio) es diferente de afirmar que no posee ningún significado. Para algunas críticas al escepticismo semántico véase J.L. Coleman, B. Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, cit., p. 221 y ss.; J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, cit., p. 152 y ss. Para críticas a la “concepción particularista del significado” véase F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., p. 55 y ss.

Adviértase que la tesis de la inexistencia de un significado previo equivale a sostener que ni siquiera el significado literal o *prima facie* -que se corresponde con el uso común- existe antes de la interpretación⁶⁸. En otras palabras, la tesis implícitamente niega que existan reglas o convenciones o simplemente hábitos lingüísticos comúnmente compartidos. Además, si la tesis fuera cierta, volvería imposible cualquier análisis del lenguaje jurídico, ya que, al menos en ámbito jurídico, la empresa del análisis lingüístico (o lógico, o filosófico, etc.) se volvería un sinsentido (o carecería de interés). Resultaría imposible incluso distinguir entre enunciados con y sin sentido, entre enunciados ambiguos y no ambiguos, etc. Esto suena bastante implausible y, de hecho, contrario a la evidencia empírica, esto es, contrario a la evidencia de que existen reglas lingüísticas compartidas.

Aún más, la tesis de la inexistencia de un significado previo implica que todo enunciado que posea la forma lógica estándar de los enunciados interpretativos (“T significa S”) cuenta como un genuino enunciado interpretativo. Por ejemplo, dada una cláusula constitucional que use la palabra “cámara”, los enunciados interpretativos: (i) “‘Cámara’ significa sala o pieza principal de una casa”, (ii) “‘Cámara’ significa cada uno de los cuerpos colegisladores”, (iii) “‘Cámara’ significa una reunión de diseñadores de moda bien educados”, serían interpretaciones rivales de una misma palabra e igualmente legítimas. Me parece claro que, por el contrario, (i) y (ii) constituyen atribuciones de significado -interpretaciones- que, si bien son distintas entre sí,

⁶⁸ El significado literal o claro es, podría decirse siguiendo a A. Marmor, una cuestión de comprensión y no de interpretación. Véase A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2da ed., Hart Publishing, Oxford-Portland, 2005, p. 9 y ss.; A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, cit., p. 73 y ss. Sin embargo, es importante subrayar que cuando una persona atribuye a un texto normativo su significado literal (descartando otros significados disponibles) lleva a cabo una interpretación decisoria. El significado literal no posee ningún estatus privilegiado con relación a los demás significados posibles de un texto normativo. Véase P. Chiassoni, “On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases”, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2008, esp. p. 149 y ss.

todavía se encuentran dentro del rango de las posibilidades admitidas por el uso común del término (aun cuando la interpretación (i) sea bastante implausible), mientras que (iii) consiste en la creación de un significado totalmente nuevo. En otras palabras, no es que cualquier decisión sobre el significado -“Italia es una República democrática” significa “Italia es una monarquía absoluta”- constituya por eso solo una genuina interpretación, aun cuando imite la forma lógica (“T significa S”) de estas últimas. Cada atribución de significado que caiga fuera del marco de los significados admisibles no constituye propiamente una “interpretación”, sino más bien una creación de una norma nueva⁶⁹.

El concepto de interpretación tácitamente asumido por la tesis de la inexistencia de significado previo es claramente demasiado amplio. Aplicada a la conversación de todos los días, volvería imposible distinguir entre la comprensión y el malentendido. Aplicada a las definiciones (cuya estructura lógica es idéntica a la de los enunciados interpretativos⁷⁰), haría imposible distinguir entre definiciones de diccionario y estipulaciones. Y en particular, aplicada a la práctica jurídica, volvería imposible distinguir entre, por un lado, una decisión genuinamente interpretativa -la elección de uno de los significados disponibles dentro del “marco” de significados determinados mediante interpretación cognitiva- y, por otro lado, la creación por parte de los intérpretes de nuevos significados (de nuevas normas jurídicas).

La interpretación, por lo tanto, posee límites (conceptuales, no fácticos), en el sentido que no todo enunciado que pretende ser una interpretación puede razonablemente ser subsumido bajo el concepto de interpretación. Interpretar no consiste en atribuir *cualquier* significado, sino en atribuir uno de los significados que se encuentran dentro del rango de significados admisibles según (a) el uso común, (b) los métodos interpretativos en uso y, (c) las teorías dogmáticas. Tal como he sugerido

⁶⁹ R. Guastini, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, en I. Lifante Vidal (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Palestra, Lima, 2010, p. 168.

⁷⁰ R. Guastini, “Interpretive Statements”, cit.

más arriba, trazar límites al concepto de interpretación es necesario para poder distinguir entre la común atribución de significado a textos normativos –la interpretación decisoria propiamente dicha- y la genuina “legislación intersticial” por parte de juristas y jueces.

Es importante destacar, sin embargo, que asumir o admitir la existencia de un significado literal *no* equivale ni a decir que es el *único* significado (admisible), ni a decir que es el significado que los jueces (y los juristas) *deben* atribuir a los textos legales.

En primer lugar, que el significado literal no es el único significado posible de los textos normativos es un hecho. Los juristas y los jueces muy a menudo descartan el significado literal y, sin embargo, tales estrategias interpretativas no son consideradas sorprendentes o irremediabilmente inadmisibles por la comunidad interpretativa.

En segundo lugar, qué significado deba ser elegido -dentro del rango de los significados posibles- es una cuestión normativa, irrelevante desde el punto de vista de una teoría descriptiva de la interpretación.

En cualquier caso, el escepticismo ante las reglas no necesita comprometerse con un presupuesto tan robusto como la tesis de la inexistencia de significado previo a la interpretación. El verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas es el reconocimiento de que es siempre posible interpretar un mismo texto de múltiples formas distintas (*supra* 1.2), asociado con la tesis de que no existe un criterio de verdad para los enunciados interpretativos (*supra* 2.3).

2.5. El objeto de la disputa entre cognitivismo y escepticismo

Según la teoría de la vigilia, parecería que la controversia entre cognitivismo y escepticismo ante las reglas recae sobre la interpretación dirigida a hechos, esto es, sobre el estatuto lógico de los enunciados *subsuntivos*⁷¹ tales como “El hecho H es (o no es) un caso de homicidio”,

⁷¹ “Subsumir” significa aplicar un predicado (en sentido lógico) a un individuo o a una clase, esto es, incluir un individuo dentro de una clase o incluir una clase dentro de otra clase más amplia. Por ejemplo: “El señor Giorgio Napolitano es un ciudadano italiano” equivale a incluir al Sr. Napolitano en

“Las patinetas son (o no son) vehículos”, etc.⁷² Yo creo que esto no es así.

El objeto de la controversia son en realidad los enunciados interpretativos en sentido estricto, enunciados con la forma “T significa S” y que pertenecen a la interpretación dirigida a textos. Que los enunciados *subsuntivos* puedan tener valor de verdad es una tesis admisible (si bien bajo ciertas condiciones). Pero una buena teoría de la interpretación ha de proporcionar una respuesta convincente a la cuestión sobre la posibilidad de que los enunciados *interpretativos* tengan valor de verdad.

Aparentemente, la teoría de la vigilia ni siquiera distingue⁷³ entre estos dos tipos de cuestiones. Por ejemplo, parece tratar como equivalentes cuestiones tales como: (a) si el enunciado normativo “No se admiten vehículos en el parque” se aplica a las patinetas o los triciclos, y (b) si el mismo enunciado se aplica a ambulancias o coches de bomberos⁷⁴. Estas cuestiones, sin embargo, son de naturaleza bien diferente. La pregunta sobre las patinetas y los triciclos se refiere a la extensión del predicado “vehículo” y es, por lo tanto, una cuestión de interpretación “in-concreto” dirigida a hechos (de clasificación de hechos). La dificultad se presenta dado que no es pacífico que las patinetas o los triciclos sean vehículos en cuanto bien podrían, en cambio, ser juguetes. Mientras que la cuestión acerca de las ambulancias y los coches de bomberos es una

la clase de los ciudadanos italianos; “Todos los ciudadanos argentinos son americanos” equivale a incluir la clase de los ciudadanos argentinos en la clase más amplia de americanos.

⁷² Téngase en cuenta que la teoría de la vigilia es implicada por la teoría ampliamente aceptada según la cual únicamente los casos “difíciles” dan lugar a dudas interpretativas y a interpretación. Véase, por ejemplo, F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., p. 207 y s., p. 218 y s.

⁷³ Mientras que sí distingue, por ejemplo, W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit., p. 213 y ss.

⁷⁴ «[R]ules [...] have an open texture, or have exceptions not exhaustively specifiable in advance»: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 135. Véase también T.A.O. Endicott, *Vagueness*, cit., p. 52 y ss., acerca de la que denomina “pragmatic vagueness” que, de hecho, equivale a la derrotabilidad.

cuestión de interpretación “in abstracto” dirigida a textos⁷⁵ y referida a la identificación misma de la norma. Ello en cuanto las ambulancias y los coches de bomberos son, desde todo punto de vista, vehículos. La pregunta por lo tanto es: ¿El texto expresa una norma referida a todos los vehículos de toda clase (sin excepciones) o expresa, en cambio, una norma derrotable sujeta a un número indefinido de excepciones implícitas (referidas, por ejemplo, a ambulancias y coches de bomberos)?

De hecho, la teoría de la vigilia -obsesionada por la vaguedad de los lenguajes naturales e interesada únicamente en la aplicación judicial⁷⁶- no posee ninguna tesis definida sobre la ambigüedad (en el sentido amplio que he sugerido mediante ejemplos) de los textos jurídicos y la interpretación (principalmente dogmática) dirigida a textos. La razón de esto, supongo, es que la teoría de la vigilia da por descontado que la ambigüedad es un problema de interpretación meramente marginal y que no merece demasiada atención. No es un problema ya que, según una tácita asunción de la teoría, el contenido de significado de los textos normativos puede ser establecido con facilidad aplicando las reglas del lenguaje ordinario existentes. Así, si bien en algunos casos los jueces poseen discreción para decidir casos particulares, no poseen dicha discreción para identificar las reglas “in abstracto”. La interpretación

⁷⁵ La conclusión según la cual las ambulancias *no son* admitidas presupone una interpretación literal que resulta de una norma que posee la forma lógica siguiente:

$$(x) Vx \rightarrow Pxp$$

(para todo x, si x es un vehículo, su entrada en el parque está prohibida). La conclusión según la cual las ambulancias *están* admitidas supone una interpretación restrictiva cuyo resultado es una norma que contempla una excepción implícita:

$$(x) (Vx \wedge \neg Ax) \rightarrow Pxp$$

(para todo x, si x es un vehículo y no es una ambulancia, su entrada en el parque está prohibida). Esta notación pretende aclarar la diferente estructura lógica y los distintos contenidos normativos de las normas identificadas mediante las dos interpretaciones rivales.

⁷⁶ De hecho, la teoría de Hart se concentra en «the decisions whether a rule applies to a particular situation»: B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Clarendon, Oxford, 1993, p. 7.

dirigida a textos es un acto de conocimiento y no de decisión⁷⁷. Los enunciados interpretativos orientados a textos (“T significa S”) son verdaderos o falsos.

Desafortunadamente, se trata de una posición bastante ingenua. Los jueces no siempre se atienen al significado literal u ordinario (a veces lo hacen pero muy a menudo no). Esta es la razón por la cual la teoría de la vigilia, si entendida como una teoría genuinamente descriptiva de la interpretación, es una teoría falsa o extremadamente incompleta -y, de hecho, una forma (tácita e inconfesada) de cognitivismo.

Sin embargo, la teoría de la vigilia puede ser entendida de un modo diverso. Puede -y quizás debe- ser entendida como una teoría normativa, que recomienda a los intérpretes seguir la reglas del lenguaje ordinario y descartar todo otro método interpretativo como también desatender cualquier teoría dogmática⁷⁸. Pero, ¿por qué los intérpretes deberían hacer eso?

Al formular esta pregunta no estoy sugiriendo que no deban hacerlo. Simplemente asumo, una vez más, que las cuestiones normativas son irrelevantes para una teoría descriptiva de la interpretación y del significado en ámbito jurídico.

⁷⁷ Esta opinión está estrechamente vinculada con la asunción (ingenua) de que el lenguaje jurídico es parasitario del lenguaje natural y que, consecuentemente, la “comunicación jurídica” entre las autoridades normativas y los intérpretes es, a su vez, parasitaria de la comunicación ordinaria. Esto conduce a ignorar e incluso negar las particularidades de la práctica jurídica, tales como los conflictos de intereses, los métodos interpretativos de los juristas y la dogmática jurídica. Véase P. Chiassoni, “Interpretive Games. Statutory Construction through Gricean Eyes”, cit.

⁷⁸ Además, me resulta realmente imposible advertir cómo sería posible ignorar las teorías dogmáticas cuando se interpreta términos jurídicos técnicos como “contrato”, “responsabilidad”, “negligencia”, “propiedad”, “posesión”, “daño”, “resarcimiento”, etc. Aun más, la interpretación literal no permite llenar lagunas y resolver conflictos entre normas.

Distinciones y parallogismos. A propósito del escepticismo guastiniano*

Isabel Lifante Vidal
Universidad de Alicante

I. Introducción

En su trabajo “El escepticismo ante las reglas replanteado”, Riccardo Guastini expone muchas de las distinciones que están en la base de su “teoría” de la interpretación. En particular, empieza su trabajo analizando tres ambigüedades que afectan al término interpretación: la primera es la que distingue la interpretación en abstracto (o dirigida a textos) y la interpretación en concreto (o dirigida a casos); la segunda distingue entre la interpretación como actividad cognitiva, como actividad decisoria y como actividad creativa; y la tercera ambigüedad hace referencia a un sentido estricto de interpretación frente a un sentido más amplio que incluiría todas las actividades de construcción jurídica. El análisis de estas ambigüedades es usado por Guastini para separar aquello de lo que puede ocuparse un jurista que pretende realizar “teoría”, de aquellas otras cuestiones que se adentrarían en el ámbito

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Argumentación y constitucionalismo” (DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español.

de lo que Guastini considera “ideología”¹ de la interpretación y con las que el teórico del Derecho debe mantener las distancias.

A partir de estos presupuestos, Guastini formula su tesis escéptica; una tesis que pretende separarse, por un lado, de la “teoría de la pesadilla” (con su escepticismo radical) y, por otro lado, de la “teoría de la vigilia” (teoría usualmente considerada intermedia entre el escepticismo y el formalismo). En opinión de Guastini, la teoría de la pesadilla está equivocada porque sostiene la tesis de la inexistencia de significado antes de la interpretación y esto atenta contra la evidencia de que existen reglas lingüísticas compartidas: “Cada atribución de significado que caiga fuera del marco de los significados admisibles no constituye propiamente una ‘interpretación’, sino más bien una creación de una norma nueva” (p. 53). Esta teoría escéptica radical -dice Guastini- adopta tácitamente un concepto de interpretación demasiado amplio, de manera que vuelve imposible distinguir entre comprensión y malentendido. Para Guastini la interpretación posee límites: interpretar no consiste en atribuir cualquier significado, sino en atribuir uno de los significados que se encuentran dentro del campo de significados admisibles, según a) el uso común, b) los métodos interpretativos en uso y c) las teorías dogmáticas. El error de la teoría de la vigilia consistiría, a su vez, en situar la controversia entre cognitivismo y escepticismo en el ámbito de la interpretación dirigida a hechos (enunciados subsuntivos), cuando en opinión de Guastini el objeto de interés se encuentra en los enunciados interpretativos en sentido estricto (en la interpretación dirigida a los textos). Guastini le critica el no distinguir ambos tipos de interpretación que -para él- presentan naturaleza bien distinta. Aunque consideremos -dice Guastini- que los enunciados subsuntivos pueden tener valor de verdad bajo ciertas condiciones, la cuestión relevante es si la tienen los enunciados interpretativos en sentido estricto. La teoría de la vigilia sostendría que sí; pero como teoría descriptiva ello resulta -en opinión de Guastini- bastante ingenuo, y como

¹ La distinción entre teoría e ideología coincide para Guastini con la distinción entre cuestiones descriptivas y cuestiones normativas. El teórico o científico del Derecho, en cuanto tal, debería en su opinión limitarse a ocuparse de las primeras.

teoría normativa (que recomendaría seguir las reglas del lenguaje ordinario), se trataría de una cuestión irrelevante para una teoría descriptiva de la interpretación. El verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas no se encuentra entonces, en opinión de Guastini, en la tesis de la inexistencia de significado previo a la interpretación, sino en “el reconocimiento de que es siempre posible interpretar un mismo texto de múltiples formas distintas, asociado con la tesis de que no existe un criterio de verdad para los enunciados interpretativos” (p. 54). Recordemos que, para Guastini, las normas siempre son variables dependientes de la interpretación².

Su trabajo puede, por tanto, sintetizarse en dos tesis. La primera, de carácter metodológico, sostiene la posibilidad (y conveniencia) de segregar o fragmentar la experiencia jurídica en un discurso descriptivo y un discurso normativo o prescriptivo, entre los cuales existiría una distinción nítida y tajante. Me referiré a ella como la tesis del “segregacionismo discursivo”³. La segunda tesis, a la que denominaré tesis del “escepticismo moderado”, sería una tesis sustantiva que presupone la primera pues pretende situarse exclusivamente en el ámbito del discurso descriptivo. Esta tesis se compone a su vez de dos subtesis. Por un lado, sostiene la existencia de una omnipresente indeterminación en el Derecho (toda disposición admite más de un significado) junto a la inexistencia de valor de verdad o corrección en el ámbito de la interpretación, y de ahí su carácter escéptico; pero, por otro lado, sostiene la existencia de significados previos a la interpretación que limitan la actividad interpretativa, y de ahí su carácter moderado.

² Esta tesis encuentra su fundamento en la clásica distinción genovesa entre disposición y norma. En realidad, Guastini matiza esta tesis en el sentido de indicar que el Derecho (las normas) no nacen unilateralmente de la interpretación, “sino que el Derecho nace de la combinación de dos actividades distintas igualmente “productivas”, aun cuando lo sean a título diverso: la producción de textos (ésta sí, *ex nihilo*) y la construcción de significados” (Guastini, 2010, p. 165).

³ Tomo esta terminología de Aguiló Regla, quien la utiliza para referirse a la fragmentación que realizaría Ferrajoli de la experiencia y la fenomenología jurídicas en múltiples discursos desconectados entre sí (Aguiló Regla, 2011).

El objetivo de este trabajo es señalar mis discrepancias con esas dos tesis. Respecto a la segunda, la “tesis del escepticismo moderado”, pretendo señalar el carácter inconsistente de los argumentos en que Guastini basa, por un lado, su escepticismo (la omnipresente indeterminación jurídica y la ausencia de criterios de corrección) y, por otro, su carácter moderado (la existencia de significados previos que limitan la interpretación). Intentaré mostrar que esas inconsistencias hacen imposible sostener el escepticismo moderado en los términos en que Guastini lo defiende, pues si no se abandonan los presupuestos en que fundamenta su escepticismo, el mismo acaba resultando radical (negando la existencia de significados previos); y si se quiere mantener ese carácter moderado es necesario abandonar la tesis de la omnipresente indeterminación junto a la ausencia de criterios de corrección. Para ello (en el apartado II), señalaré los problemas que presentan las distinciones guastinianas para construir una adecuada teoría de la interpretación jurídica, tomando como hilo expositivo las tres ambigüedades del término interpretación con el que inicia su trabajo. Todo ello me llevará a sostener (en el apartado III) que la primera tesis, el “segregacionismo discursivo”, resulta un presupuesto metodológico inadecuado para dar cuenta de en qué consiste la interpretación en el ámbito jurídico.

II. Las distinciones guastinianas

Como en tantos otros temas, las distinciones guastinianas en materia de interpretación aportan una claridad y un instrumental analítico cuya utilidad resulta difícilmente exagerable. Mis discrepancias con Riccardo Guastini no tienen que ver con su aparato conceptual, sino con el uso que da al mismo para separar cuestiones y ocuparse solo de algunas de ellas presuponiendo que se pueden tratar adecuadamente de manera aislada. Intentaré mostrar que con esa estrategia no solo se dejan fuera algunas de las cuestiones más relevantes de la interpretación jurídica, sino que se genera una visión distorsionada de la misma. De este modo, mis observaciones aquí no serán tanto sobre lo que Guastini dice en su texto, sino sobre lo que calla y sobre los riesgos que ese análisis de las

distinciones puede acarrear. Para presentar esos riesgos me serviré en gran medida de la figura de los paralogismos, entendiendo por tales aquel tipo de falacias que, a diferencia de los sofismas, consisten en errores involuntarios, cometidos o inducidos por confusiones a menudo inadvertidas. Seguiré en este punto el análisis que de esta figura realizó Vaz Ferreira⁴. Este autor considera que pertenecen a la categoría de los paralogismos, por ejemplo, las falsas oposiciones, las falsas precisiones, la extrapolación de los esquemas verbales a la realidad de las cosas o el tratamiento de las cuestiones normativas (cuyas soluciones pueden ser graduables y suelen implicar ponderaciones) como si fueran fácticas o explicativas (susceptibles de soluciones únicas y precisas). Como intentaré mostrar, el análisis de Guastini puede propiciar algunos paralogismos, especialmente falsas oposiciones, aunque conviene señalar desde ya que, tal y como sugiere Vaz Ferreira, lo que en muchas ocasiones constituye el paralogismo no es la contraposición en sí, que puede estar bien construida y resultar clarificadora en muchos contextos, sino alguna suerte de extrapolación o exceso de la misma⁵.

1. Primera ambigüedad: interpretación en abstracto (o dirigida a textos) e interpretación en concreto (o dirigida a hechos)

La primera ambigüedad que señala Guastini es la que distingue entre: (1) la “interpretación en abstracto” o dirigida a los textos y (2) la “interpretación en concreto” o dirigida a los hechos. En el primer caso se trataría de “identificar el contenido de significado -esto es, el contenido *normativo* (la norma o las normas)- expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo, y ello sin hacer referencia a ningún caso concreto” (p. 28); mientras que en el segundo caso se trata

⁴ La obra de Vaz Ferreira *Lógica viva*, aunque fue escrita en 1910, ha sido recogida y revisada en múltiples ediciones, de las cuales aquí cito por una de 1980. Para la presentación de las tesis de este autor he seguido muy de cerca la exposición de Vega Reñón (2008, pp. 630 y ss.).

⁵ Cfr. Vega Reñón, 2008, p. 637.

de “subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada ‘en abstracto’” (p. 29). Nos encontramos, por tanto, ante dos actividades distintas: atribuir significados y clasificar casos. Aunque dichas actividades pueden darse conjuntamente –sobre todo en la interpretación judicial- y resultar desde el punto de vista psicológico como indistinguibles, Guastini remarca que desde el punto de vista lógico son realmente diferentes. En este sentido, señala que el objeto de dichas actividades sería distinto: mientras que en el primer caso se interpretarían enunciados normativos completos, la interpretación en el segundo sentido recaería “sobre predicados en sentido lógico, es decir, términos que denotan clases” (p. 30-31). Mientras que en la interpretación orientada a textos se identifican -dice Guastini- “normas jurídicas (y *clases* de casos)” [p. 31, la cursiva es del autor], en la dirigida a los hechos se “contribuye a identificar los casos concretos regulados por cada norma” (p. 31), por lo que -al menos desde este punto de vista lógico- la primera actividad sería anterior a la segunda. Guastini pone como ejemplo de problema de interpretación dirigida a los textos el siguiente: el artículo que establece “El Presidente de la República firma los decretos y resoluciones emanados del Consejo de Ministros” puede entenderse bien como que el Presidente “posee el poder” de firmar o bien como que “tiene el deber” de hacerlo. Mientras que, como ejemplo de interpretación dirigida a los hechos, señala la indeterminación que genera la regla “Prohibido vehículos en el parque” respecto a su aplicación o no a las bicicletas⁶.

⁶ Conviene notar que este ejemplo sería un supuesto de subsunción genérica, es decir se trata de subsumir una *clase* de casos (o una especie), dentro de una clase más amplia (un género), pero no sería un supuesto de subsunción de un caso individual (con una determinada localización espacio-temporal) en un caso genérico (cfr. Alchourrón y Bulygin, 1987, pp. 57-61). Pese a que en la presentación de esta ambigüedad Guastini parece distinguir ambas “subsunciones”, considerando que solo la primera se vincula a la interpretación “en concreto”, más adelante sin embargo las trata conjuntamente, vinculando a ambas con la interpretación “en concreto” (p. 55).

Cada uno de esos sentidos de interpretación respondería, a su vez, a un tipo de indeterminación que afecta al Derecho. La interpretación en abstracto será necesaria cuando nos encontremos ante un caso de “indeterminación del sistema jurídico como tal”, es decir, cuando no están determinadas cuáles son las normas expresadas por las fuentes legales y que, en este sentido, pertenecerían al sistema; y la interpretación en concreto, o dirigida a hechos, se conectaría con lo que Guastini considera como la indeterminación de cada norma particular, que se presenta cuando no están determinados qué casos caen bajo el ámbito de aplicación de cada norma. Mientras que este segundo tipo de indeterminación depende de la vaguedad o textura abierta⁷ de todo predicado del lenguaje natural, la fuente de la primera indeterminación se encuentra en la ambigüedad (en un sentido muy amplio⁸) de los textos normativos. De este modo la indeterminación del sistema jurídico no dependerá solo de defectos objetivos del lenguaje constitucional o legislativo, sino también y fundamentalmente de la multiplicidad de métodos interpretativos, de la dogmática jurídica (que conforman una serie de presupuestos teóricos y conceptuales que, de manera inevitable, condicionan sus interpretaciones) y del sentimiento de justicia de los intérpretes (sus preferencias éticas y políticas que pueden declararse o no explícitamente).

Vinculada con esta primera ambigüedad, Guastini presenta también una distinción entre la interpretación que llevan a cabo los juristas y la interpretación que realizan los jueces. Guastini critica la poca atención que suelen prestar las que considera como teorías de la interpretación contemporáneas (la teoría del noble sueño, la teoría de la pesadilla, y la teoría de la vigilia) a la interpretación de los juristas, lo cual constituye en su opinión un grave defecto porque, en primer lugar, ambas actividades no serían equivalentes desde el punto de vista del

⁷ Guastini considera que no es necesario distinguir aquí entre estos dos fenómenos (p. 39), y yo tampoco lo haré.

⁸ Guastini incluye en este sentido de ambigüedad -no exclusivamente sintáctico- todos aquellos casos en los que consideramos que una disposición puede ser entendida de diversos modos, y por tanto se duda de qué normas expresa.

análisis lógico (así, por ejemplo, señala que la interpretación judicial nunca puede ser meramente cognitiva ni dirigida a textos) y, en segundo lugar, porque la actividad de los juristas (sus teorías dogmáticas y sus métodos interpretativos) condiciona “las ideas que los jueces poseen acerca del derecho en general, de los conceptos jurídicos y de la interpretación judicial” (p. 45). De hecho, para Guastini estas actividades de los juristas dogmáticos ayudan a conformar el marco de significados admisibles para un texto normativo. Esta crítica está conectada con una observación más general que recorre todo el trabajo: la denuncia de que las teorías de la interpretación se hayan centrado en el problema de la vaguedad, y por tanto en la interpretación en concreto, descuidando lo que sería la interpretación en abstracto. En este sentido, Guastini parece sugerir que deberíamos reservar el término “interpretación” para la interpretación en abstracto; mientras que la segunda, la interpretación en concreto, sería -o mejor dicho, incorporaría- una actividad posterior a la interpretación, consistente en subsumir casos particulares en las normas previamente interpretadas. Pero en realidad no todas sus apreciaciones resultan coherentes con este presupuesto y en ocasiones parece, por así decir, “ontologizar” la distinción, dando a entender que hay casos que “son” (no solo que se presentan como) problemas de interpretación en abstracto y casos que “son” problemas de interpretación en concreto. Y así, por ejemplo, sostiene que la interpretación en abstracto estaría dirigida a resolver los problemas originados por la indeterminación del sistema jurídico (la ambigüedad en sentido amplio), mientras que la interpretación en concreto trataría de superar la indeterminación de las normas particulares, es decir, la generada por la vaguedad.

Todo ello parece dar a entender que no estamos simplemente ante dos sentidos del término “interpretación” uno de los cuales incluye, además de lo que sería en sentido estricto actividad interpretativa (la encargada de eliminar la indeterminación del significado de la disposición), una posterior actividad subsuntiva o calificativa, ni tampoco ante dos perspectivas desde las que pueda plantearse la

necesidad de llevar a cabo una misma actividad interpretativa⁹. Esta manera de presentar las cosas, remarcando las diferencias entre los dos “tipos” de interpretación, puede generar algunas distorsiones, llegando a generar incluso un parallogismo: me refiero a sugerir lo que sería una falsa oposición entre ambas actividades.

La cuestión de si las bicicletas son o no vehículos a efectos de la regla “Prohibida la entrada de vehículos en el parque” sería un problema de vaguedad del concepto de “vehículo”, pero hace referencia a la subsunción de un caso genérico, de una *clase* (la de las bicicletas) en otra clase (los vehículos), y no a la subsunción de un caso concreto o individual, por lo que no se acaba de entender por qué Guastini lo pone como ejemplo de “interpretación en concreto”. Pero incluso si se tratara de determinar si la prohibición se aplica a una bicicleta particular en un caso concreto (identificable en el tiempo y el espacio), el modo de resolver dicha indeterminación generada por la vaguedad habría consistido en “construir” un caso genérico con las propiedades que se consideran relevantes del caso individual (tener dos ruedas, no tener motor...). Por lo tanto, si consideramos aplicable la regla “Prohibida la entrada de vehículos en el parque” a las bicicletas es porque hemos interpretado la regla en una de sus opciones (no solo hemos calificado un caso concreto). Si bien es cierto que la subsunción de un caso particular en una regla, una vez atribuida a ésta un significado preciso (una vez resueltas las posibles indeterminaciones que su formulación pueda plantear), es una mera cuestión lógica, la resolución de la indeterminación provocada por la vaguedad o por la textura abierta de algunos de los conceptos usados en la formulación de la regla será siempre una actividad interpretativa en sentido estricto.

Pensemos en otro ejemplo. El artículo 85 del Estatuto de la Universidad de Alicante establece lo siguiente: “El mandato de decano

⁹ Este sería el modo en el que, por ejemplo, Ross plantearía sus dos “formas” de la interpretación: la interpretación por significado y la interpretación por resultado (Ross, 1970, p. 113) o también MacCormick su distinción entre los problemas de interpretación y de calificación (MacCormick, 1978, pp. 94 y ss.), distinciones que coincidirían en gran medida con la que aquí estamos analizando.

tendrá una duración de 4 años, siendo posible su reelección una sola vez”. Nos encontramos con una indeterminación que puede ser planteada como un problema de “interpretación en abstracto” generado por la indeterminación del sistema jurídico: ¿Qué norma expresa esta disposición?: N1, según la cual se estarían limitando las elecciones consecutivas de los decanos, o N2, según la cual se limitarían el número de mandatos que en total puede desempeñar un decano. Pero que también puede plantearse como problema de “interpretación en concreto”: ¿Es un caso de “reelección” elegir a Fulanito que, en el pasado, fue decano durante dos mandatos? Cualquiera de los problemas de “interpretación en concreto” podría surgir o presentarse como un problema de interpretación en abstracto y es importante darse cuenta de que la “actividad interpretativa” necesaria para superar la indeterminación sería la misma en ambos casos. Como el propio Guastini remarca, la diferencia entre los dos sentidos se encuentra en que en la llamada “interpretación en concreto” se incluiría algo más, que vendría a ser precisamente la subsunción de un caso particular en la regla interpretada, pero eso implica considerar que existe un núcleo de actividad común.

En realidad, en la caracterización que hace Guastini de la llamada “interpretación en concreto” no se parte solo de un caso -ya sea genérico o individual- frente al cual busquemos una solución en “el Derecho” (considerado en su conjunto), sino que se tiene identificada previamente una disposición que expresa una norma respecto a la que se plantea la duda de si el caso resulta o no subsumible. Esta ambigüedad –tal y como es presentada por Guastini- hace referencia, por tanto, a dos sentidos de “interpretación” en los que la actividad interpretativa se realiza siempre a partir de una determinada disposición cuyo significado nos plantea dudas con un mayor o menor nivel de abstracción (generados bien por ambigüedad, bien por vaguedad), y en este sentido podemos decir que la “interpretación en concreto o dirigida a hechos” estaría también dirigida a textos. Por decirlo de otro modo, para Guastini el significado central del término interpretación coincide con lo que Tarello (1980, pp. 5 y ss.) considera el sentido jurídico moderno de dicha expresión (lo que sería la “interpretación de la ley” frente a la “*interpretatio iuris*”), y que

dejaría fuera el problema de encontrar en el Derecho como un todo la regulación jurídica aplicable, la norma que dé solución a un caso concreto. Como veremos al analizar la tercera ambigüedad, este tipo de actividad se ubicaría no en la interpretación en sentido estricto, sino en la construcción jurídica.

2. Segunda ambigüedad: interpretación cognitiva, interpretación decisoria e interpretación creativa

La segunda ambigüedad -inspirada en Kelsen- muestra que usamos el término “interpretación” para hacer referencia a actividades de naturaleza bien distinta. Nos encontramos así, según Guastini, con tres posibilidades: (1) una “interpretación *cognitiva*” que consistiría en “identificar, sin elegir entre ellos, los posibles y diferentes significados de un texto normativo (los significados admisibles según las reglas lingüísticas -sintácticas, semánticas y pragmáticas- compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina)”; (2) una “interpretación *decisoria*” que consistiría en “elegir un determinado significado entre los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva, descartando los restantes”; y (3) una “interpretación *creativa*” que consistiría en “atribuir a un texto un significado ‘nuevo’ no comprendido entre los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva” (pp. 31-32). Siguiendo también a Kelsen, Guastini señala que mientras la primera operación está privada de cualquier efecto práctico, la segunda y la tercera serían sin embargo operaciones políticas que pueden ser llevadas a cabo tanto por órganos de aplicación (sería el caso de lo que Kelsen calificaba como interpretación auténtica, que estaría dotada de consecuencia jurídicas) como por juristas (en cuyo caso no posee dichas consecuencias). Respecto a esta ambigüedad, Guastini señala que la tercera operación, la interpretación creativa, en la mayoría de los casos consiste en extraer del texto normas no expresas mediante una amplia variedad de argumentos “no deductivos”. Dicha operación no sería estrictamente hablando un acto de “interpretación”, sino que estaría más próxima a la creación o legislación de nuevas normas y

considera que esta actividad se incardinaria en lo que considera como “construcción” o integración del Derecho; lo que le lleva a presentar la tercera ambigüedad.

Me centraré primero en la distinción entre las dos primeras categorías, que son las que integrarían lo que Guastini considera como “interpretación en sentido estricto”, para pasar luego a la contraposición que hace entre ellas y la “interpretación creativa”. Lo que aquí pretendo mostrar es que, pese a que aparentemente el criterio de la distinción entre estos tres sentidos de interpretación radica en el tipo de actividad que se lleva a cabo en cada caso, Guastini en realidad elude abordar la cuestión a propósito de en qué consiste la actividad interpretativa.

Según su presentación, la interpretación “*cognitiva*” parece consistir en identificar, sin elegir entre ellos, los posibles significados de un texto normativo, mientras que la interpretación “*decisoria*” consistiría en elegir un determinado significado entre los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva. Solo la segunda actividad tiene, en opinión de Guastini, alcance práctico; siendo la primera una actividad puramente cognoscitiva o teórica. La interpretación cognitiva parece ser entendida entonces como una mera recolección de las distintas interpretaciones resultado (los posibles significados de una disposición normativa). Pero si utilizamos aquí una distinción que en muchas ocasiones ha realizado el propio Guastini entre lo que sería un discurso “interpretativo” y un “discurso *descriptivo de interpretaciones* (el discurso que constata o refiere, a nivel de metalenguaje, que, de hecho, un texto ha sido interpretado de una determinada forma por parte de alguien)” (Guastini, 1999, p. 205), podríamos decir que en realidad aquí no estaríamos tanto ante una actividad propiamente interpretativa, sino ante la referencia a las distintas interpretaciones realizadas por otros¹⁰. Y, en este sentido,

¹⁰ También Barberis lleva a cabo un comentario similar, señalando que esta interpretación cognitiva, que Guastini suele considerar asimilada a la definición lexicográfica, indica en realidad no interpretación, sino descubrimiento [*rilevazione*] de la interpretación realizada por otros (Barberis, 2000, pp. 21-22).

podría ser considerada -tal como hace Guastini- como una actividad meramente descriptiva, cuyo resultado puede ser calificado como verdadero o falso; pero creo que nadie -ni siquiera el propio Guastini- diría que en eso consiste la actividad de “interpretar”: sería una actividad “cognitiva”, pero no “interpretativa”.

Sin embargo, la caracterización que Guastini realiza de la “interpretación cognitiva” admite también otra lectura, pues parece que esta interpretación debe señalar tanto los significados “atribuidos” a una disposición, como también los significados “atribuibles”. Si esto es así, debemos considerar que en la categoría de la interpretación cognitiva se incluyen dos actividades de alcance muy distinto. Señalar los significados atribuidos (por otros juristas teóricos o prácticos) a una disposición puede ser considerado como una actividad meramente cognoscitiva, carente de relevancia práctica. Pero eso mismo ya no es tan obvio respecto a la identificación de los significados “atribuibles”, es decir, significados que todavía no han sido atribuidos por nadie, pero que podrían ser atribuidos, es de suponer atendiendo a algunas normas o pautas que regulan dicha actividad (recordemos que para Guastini no todo vale en materia de interpretación: no puede ser atribuido¹¹ cualquier significado imaginable, sino que existen límites marcados por las reglas lingüísticas, los métodos interpretativos y las construcciones dogmáticas). Respecto a estos últimos significados (los atribuibles pero aún no atribuidos) sería necesario llevar a cabo una actividad para determinar su “atribuibilidad”, actividad que ya no puede ser considerada descriptiva de las interpretaciones-producto realizadas por otros, y en este sentido no puede limitarse a observar la práctica interpretativa, sino que tendrá que participar en ella en el sentido de que deberá aplicar esas pautas o criterios que son las que dan lugar a los distintos significados “atribuibles”. Si no me equivoco, el producto de esta actividad interpretativa se incardinaria en los enunciados

¹¹ Es cierto que este “no puede ser atribuido” no pretende tener para Guastini un alcance “normativo” (no pretende guiar la práctica jurídica), sino meramente “conceptual”: si se traspasaran esos límites, entonces -sostendría Guastini- eso ya no sería interpretación.

interpretativos que Chiassoni considera como “conjeturales”¹²: los que “enumeran algunos -o, al límite, todos- los significados posibles y/o razonables de una disposición a la luz de los diversos métodos interpretativos culturalmente aceptados y/o positivamente prescritos” (Chiassoni, 1998, p. 23). Se trata de enunciados -dice Chiassoni- que “documentan una actividad interpretativa que versa inmediatamente no ya sobre los discursos interpretativos de disposiciones, sino sobre las propias disposiciones” (ibid. p. 26), y en ese sentido se diferenciarían de los enunciados que ponen de manifiesto (o predicen) interpretaciones-producto de otros, pero -en su opinión- al igual que éstos presentarían una función cognoscitiva o informativa, que los diferenciaría de los diversos tipos de enunciados interpretativos que considera “adscriptivos” de significados. Sin embargo, la “actividad que documentan” estos enunciados conjeturales puede exigir la aplicación de métodos interpretativos culturalmente aceptados, tales como el “método sistemático”, que -al menos en alguna de sus versiones- exige la coherencia del sentido atribuible a una disposición con los fines y valores que se pretenden desarrollar en el ámbito jurídico en cuestión. Y parece que la actividad necesaria para determinar dicha coherencia ya no es tan claramente una actividad meramente cognoscitiva y carente de relevancia práctica. Y lo mismo podría decirse de la actividad necesaria para considerar atribuible un significado a la luz de una determinada construcción dogmática. En realidad, las actividades de este tipo (determinar la coherencia de un posible significado de una disposición con el resto del sistema, o con una construcción dogmática) estarían más próximas a lo que usualmente consideramos como actividad interpretativa, que la mera referencia a las interpretaciones realizadas por otros, pero respecto a su naturaleza Guastini no se pronuncia.

Por lo que respecta a la categoría de la interpretación decisoria, en este caso la actividad interpretativa es presentada por Guastini como la elección de una de las diferentes opciones previamente identificadas (o

¹² Chiassoni realiza una enumeración de hasta diez diferentes tipos de enunciados que se incardinarían en la clase que generalmente se considera como “enunciados interpretativos” en sentido amplio (Chiassoni, 1998).

identificables) a través de la interpretación cognitiva. Pero, ¿qué sentido tiene decir que la naturaleza de la actividad interpretativa es “decisoria” o electiva? Lo típicamente interpretativo no es la “decisión” en sí, sino precisamente la actividad previa que conduce a la elección de una de las diferentes opciones. La “decisión” sería la última fase, el resultado de un proceso, pero para llegar ahí ha sido necesario realizar una cierta actividad previa a la toma de decisión, una actividad consistente en deliberar, en ponderar razones. La actividad de “interpretar” acabaría con un momento decisorio (“interpretar X en el sentido Y”), pero interpretar no consiste solo -ni fundamentalmente- en decidir, sino en llevar a cabo la actividad que conduce a la decisión. De este modo, decir que la actividad interpretativa, cuando no es meramente cognitiva, consiste en “decidir”, parece obviar la cuestión relevante: ¿cómo se decide?, ¿qué tipo de razones se admiten para justificar la elección en este ámbito concreto? Como hemos visto, Guastini admitiría la existencia de una multiplicidad de métodos, instrumentos o criterios interpretativos, pero no la existencia de criterios (o si se quiere, “metacriterios”) que permitan comparar los distintos resultados a los que dichos métodos conducen y que en ese sentido rijan la toma de decisión: la elección de uno de esos resultados. De modo que estos criterios, al no existir, no pueden ser descritos y por tanto no tiene sentido que sean objeto de una “teoría” de la interpretación. Ocuparse de tales criterios implicaría -en su opinión- adentrarse en el ámbito de la ideología.

Si pasamos ahora a la distinción entre la interpretación en sentido estricto y la tercera categoría, la de la interpretación creativa, nos encontramos con una cierta circularidad. Lo que hace que algo sea considerado como interpretación en sentido estricto es precisamente el que el significado elegido se encuentre dentro de las opciones previamente identificadas como atribuibles a la disposición. Es decir, se supone que es la interpretación cognitiva la que marca el ámbito de los significados aceptables (atribuibles) y entre los que se puede optar a la hora de llevar a cabo la interpretación decisoria. Pero, a su vez, en la construcción escéptica de Guastini el único criterio cierto para determinar cuáles son todos los significados que han de ser reconocidos

como atribuibles a una disposición y por tanto incorporados en el ámbito de la interpretación cognitiva parece ser, en último término, el hecho de que los juristas (teóricos o prácticos) decidan darle ese significado a la disposición. Recordemos que, en su opinión, el sentimiento de justicia de los juristas o sus construcciones dogmáticas (ambos considerados por él como “arbitrarias”) pueden hacernos considerar como aceptable un significado que se aparte incluso del significado marcado por el uso común, y si ese sentimiento de justicia o esas construcciones dogmáticas son caracterizadas por el propio Guastini de arbitrarias, difícilmente podrán ser objeto de predicción antes de que se lleven a cabo. De modo que, en última instancia, acabaría siendo la interpretación decisoria la que determina el abanico de significados que se deben incorporar en la interpretación cognitiva (y no al contrario, como parece presuponer la construcción de Guastini). Ello tendría además como consecuencia inevitable que se desvanecería la distinción entre la actividad interpretativa en sentido estricto y la actividad creativa, tal como la formula Guastini. Pues si no tenemos identificados todos los criterios para determinar *ex ante* cuáles son los significados que pueden ser atribuidos, no hay manera de distinguir entre la interpretación y la pura creación. Y esa distinción resulta central para poder seguir sosteniendo la tesis del “escepticismo moderado”; si esa distinción se diluye acabaríamos cayendo en la tesis de que todo cabe en materia de interpretación, es decir, en el escepticismo radical del que Guastini pretende apartarse¹³. Es cierto que aquí podría señalarse que juega un factor temporal: son los resultados de las interpretaciones decisorias del pasado (o al menos los que han tenido cierto éxito) los que deben integrarse en el marco de posibilidades de la interpretación cognitiva del presente. Pero esto implicaría sostener que toda interpretación que es atribuida por primera vez a un texto, y que no se limite a ser una interpretación literal (o aplicación de algún método interpretativo claro y unívoco -si lo hubiera), no sería en sentido estricto “interpretación”, sino pura creación, pero esto parece apartarse mucho del uso común del término “interpretación”. La explicación de estas

¹³ Cfr., en este mismo sentido, Barberis, 2000, pp. 33 y ss.

incongruencias sigue estando -en mi opinión- en una deficiente caracterización de la naturaleza de la actividad interpretativa, lo que nos lleva al análisis de la tercera y última ambigüedad. Como intentaré mostrar en el resto del trabajo, sólo a partir de una caracterización de la interpretación como una actividad argumentativa inserta en una práctica en la que operan criterios evaluativos de corrección puede romperse esa circularidad que amenaza a la tesis de la existencia de límites a la actividad interpretativa.

3. Tercera ambigüedad: interpretación y construcción jurídica

Con el vocablo “interpretación”, señala Guastini, se hace referencia en ocasiones al conjunto de todas las operaciones de los juristas y los jueces. Pero entre ellas existen diferencias importantes. En particular, Guastini considera necesario distinguir entre (1) la “interpretación propiamente dicha” y (2) la “construcción jurídica”; es decir, entre la atribución de significado a textos normativos (en alguno de los sentidos y modos antes señalados) y un sentido más amplio que abarcaría las numerosas operaciones en las que por lo general consiste el trabajo de juristas y jueces, y que incluiría cosas tales como “conjeturas acerca de la denominada *ratio legis*, las hipótesis contrafácticas acerca de la intención del legislador, la creación de jerarquías axiológicas entre normas, la construcción de reglas no expresas, la concreción de principios abstractos, la ponderación entre principios (especialmente constitucionales) en conflicto, etc.” (p. 34). Entre todas estas operaciones, Guastini destaca la construcción de normas no expresas, es decir, normas que “no pueden ser consideradas como uno de los contenidos de significado o como la consecuencia directa de una determinada disposición”. Toda norma no expresa -continúa Guastini- es el resultado de un razonamiento en el que alguna de sus premisas es una norma expresa. Pero llama la atención sobre el hecho de que en la mayoría de los casos tales argumentos no son lógicamente válidos y además señala que “incluyen premisas que no son reglas expresas, sino esquemas conceptuales y teorías elaboradas *arbitrariamente* por la dogmática” (la cursiva es mía). De este modo la “interpretación creativa” excedería los límites de lo que en su opinión debe considerarse

como interpretación en sentido estricto al necesitar de este tipo de actividad constructiva para formular el significado que se atribuiría a una disposición.

Esta distinción entre “interpretación” y “construcción -o integración-jurídica” puede tomarse como una ambigüedad de la expresión “interpretación”, frente a la cual no habría mucho que objetar. Creo que es obvio que en ocasiones hablamos de “interpretación” en un sentido más restringido, que parte siempre de una disposición (o fragmentos de disposiciones) sobre cuyo significado se duda; y sin embargo en otras ocasiones (cuando por ejemplo hablamos de “interpretación del Derecho” frente a “interpretación de la ley”¹⁴) incluimos en ese rótulo todas las actividades que se integrarían en el denominado “método jurídico”. Pero el riesgo de la presentación de Guastini se encuentra en que genera la apariencia de que nos encontramos ante actividades no solo distintas, sino también incompatibles: si algo es integración, o construcción -parece sostener Guastini-, entonces no es interpretación. La interpretación en sentido estricto de la que habla Guastini parece excluir, por definición, las actividades de construcción jurídica. Si ello es así, nos encontramos de nuevo ante un paralogismo generado por una falsa oposición entre la “interpretación” y la “construcción jurídica”, y ello porque aunque es cierto que no todas las actividades que se integran en la llamada construcción jurídica serían realizadas con el objetivo de llevar a cabo una interpretación, la actividad interpretativa requiere realizar, si no siempre al menos en la gran mayoría de las ocasiones, el tipo de actividades que Guastini consideraría como construcción jurídica¹⁵. Son precisamente esas actividades que aquí se incluyen (ponderación de principios, jerarquización de valores, construcciones sistemáticas, etc.), y a las que Guastini deja fuera del objeto de estudio de la teoría de la interpretación jurídica, las que resultan necesarias para conducir a las propuestas de significados que se considerarían

¹⁴ Siguiendo en este punto a Tarello (1980, pp. 5-11), en ocasiones anteriores me he ocupado de caracterizar estos dos sentidos de “interpretación” (Lifante Vidal, 2010, pp. 45-50).

¹⁵ En un sentido similar, Barberis también señala que Guastini no consigue distinguir adecuadamente entre la interpretación en sentido estricto y la integración del Derecho (Barberis, 2000, p. 22).

“atribuibles” a una disposición y que se integrarían por tanto en la interpretación cognitiva y también serían este tipo de actividades las que se requieren para evaluar y comparar entre sí los distintos significados *prima facie* atribuibles a una disposición antes de elegir uno de ellos (interpretación decisoria). De este modo, creo que la cuestión a propósito de en qué consiste la actividad interpretativa que estaba eludida en el análisis de Guastini requiere tomar en cuenta conjuntamente diversos sentidos señalados por Guastini. Si nos ocupamos de la actividad interpretativa (y no solo de su resultado), la interpretación ha de verse como un proceso que pasa por distintas fases. Mientras que la primera fase se asemejaría bastante a lo que Guastini considera como una actividad cognitiva, la última requeriría la toma de una decisión. Pero entre ellas necesitamos una actividad de construcción, sistematización de las normas jurídicas, ponderación de principios, resolución de antinomias, etc. Si bien se mira, estas distintas fases se asemejan bastante a las diversas etapas interpretativas de las que habla Dworkin¹⁶.

Guastini señala que estas actividades constructivas o de integración que llevan a cabo los juristas exceden del ámbito de la lógica deductiva, pero el problema es que de esa tesis (que sería difícilmente refutable) parece dar el salto a presentarlas como una cuestión de mera arbitrariedad (la construcción sería entonces una invención), dando a entender que no hay espacio para la racionalidad entre ambos extremos: todo lo que no caiga dentro del ámbito de la lógica deductiva -parece suponer- no tiene más remedio que ubicarse en el terreno de la arbitrariedad. Se trataría de nuevo de un paralogismo generado por una falsa oposición, en particular del tipo que Vaz Ferreira considera como su modalidad más extendida: tomar por opuestos contradictorios dos extremos (la racionalidad deductiva y la arbitrariedad) que más bien serían contrarios. En mi opinión podríamos decir que la “naturaleza” de

¹⁶ Dworkin, 1986, pp. 65 y ss. Aunque Dworkin no es muy claro al respecto, creo que la mejor comprensión de dichas fases o etapas pasa por verlas no como integrantes de un proceso estrictamente temporal, sino considerar que entre ellas se daría, por decirlo con Dworkin, una relación parecida al equilibrio reflexivo rawlsiano.

la actividad interpretativa es fundamentalmente “constructiva”, en el sentido de que no es meramente cognitiva (no se trata solo de describir algo que preexiste), pero tampoco puede reducirse a una mera decisión arbitraria (que “inventaría” un significado). Ello, aunque no implica comprometerse con la tesis de la existencia de una única respuesta correcta para todos los problemas interpretativos, sí requiere -como veremos- sostener una visión no escéptica de la racionalidad práctica.

La reconstrucción de la práctica interpretativa (entre la descripción y la prescripción)

Como hemos visto, frente al escepticismo radical, Guastini pretende sostener un “escepticismo moderado” que aceptaría la existencia de significados previos que determinarían los límites de la actividad interpretativa, pero que al mismo tiempo negaría la existencia de criterios normativos que permitan evaluar la corrección/incorrección de las distintas interpretaciones. Respecto a esta última cuestión Guastini considera que no hay nada malo en las teorías normativas del significado jurídico (como la teoría del significado literal o la teoría intencionalista del significado), “salvo que ellas no son de ayuda para describir qué es en realidad la interpretación”; ocuparse de tales criterios normativos implicaría adentrarse en el ámbito del discurso prescriptivo o de la ideología que debe quedar fuera de una teoría de la interpretación jurídica. Sin embargo, tal y como hemos visto, esos dos componentes de la tesis del “escepticismo moderado” (la existencia de significados previos y la omnipresente indeterminación junto a la ausencia de criterios de corrección) entran en conflicto, haciendo prácticamente imposible sostener ese pretendido escepticismo moderado, además de no poder caracterizar adecuadamente en qué consiste la actividad interpretativa. Lo que ahora pretendo mostrar es que el origen de esos problemas quizás se encuentre precisamente en ese presupuesto metodológico, al que he denominado la tesis del “segregacionismo discursivo”, que exige la nítida separación entre el discurso teórico/descriptivo y el práctico/normativo.

Según Guastini, los significados preexistentes que limitan la actividad interpretativa, señalando el marco de posibilidades interpretativas

atribuibles a una disposición vienen configurados por la propia actividad interpretativa llevada a cabo por la dogmática y los juristas en general. De modo que la caracterización de lo que sería propiamente interpretación, como algo distinto a la pura creación o invención, exige prestar atención a la práctica interpretativa de los juristas. En este sentido, cuando Guastini señala que en el ámbito jurídico no tiene sentido hablar de una teoría del significado como algo distinto a una teoría de la interpretación, afirma: “¿En qué puede consistir una teoría puramente descriptiva del significado sino en la reconstrucción de la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa? La teoría del significado referida a textos jurídicos no puede ser otra cosa más que el análisis y la reconstrucción racional de la práctica de atribución de significado llevada a cabo por los intérpretes jurídicos” (p. 50). Ahora bien, si la teoría del significado, o teoría de la interpretación jurídica, ha de ser una reconstrucción racional de la práctica, hemos de tomarnos en serio en qué consiste precisamente dicha práctica y qué implica su reconstrucción.

Para empezar, la teoría de la interpretación tendría que dar cuenta de que la actividad interpretativa es fundamentalmente una actividad constructiva que implica llevar a cabo una argumentación, no es por tanto un mero acto de conocimiento ni tampoco un mero acto de voluntad, aunque contiene algo de ambos en las diversas etapas o momentos del proceso interpretativo. Suele considerarse que la forma estándar de un enunciado interpretativo en el ámbito jurídico, lo que sería el resultado de ese proceso interpretativo, sería la siguiente: “D significa N”, pero es importante darse cuenta de que dicho enunciado, al ser el resultado de una actividad constructiva, sería la conclusión de una argumentación (práctica, no meramente teórica) en la que se dan razones para preferir el significado “N” a otros posibles. Ese enunciado interpretativo (cuando es usado en un discurso interpretativo, y no en un discurso descriptivo de las interpretaciones realizadas por otro¹⁷) vendría a ser equivalente a un enunciado del tipo “D debe ser entendido como

¹⁷ Como antes hemos visto, esta distinción de los dos usos de los enunciados interpretativos es señalada por el propio Guastini (1999, p. 205).

N”, o “Es mejor entender D en el sentido N que en cualquier otro sentido”, en los que encontramos necesariamente una pretensión de corrección. Del mismo modo que aceptamos que un enunciado descriptivo del tipo “El gato está sobre el felpudo” incorpora la pretensión de verdad de dicha aserción, tenemos que estar dispuestos a aceptar que un enunciado interpretativo del tipo “D significa N” incorpora una pretensión de corrección. En ambos casos las pretensiones apelan a los otros, son en este sentido intersubjetivas. Obviamente los criterios compartidos que operan en el caso de una y otra pretensión no son los mismos. En el caso de la pretensión de verdad los criterios compartidos apelan a la idea de verificabilidad empírica, mientras que en el caso de la pretensión de corrección se apela a otro tipo de criterios como puede ser la aceptabilidad pragmática a la luz de los fines y valores que pretende desarrollar la práctica en cuestión. Necesitamos por tanto criterios válidos intersubjetivamente, criterios que no pueden reducirse a mera subjetividad ni arbitrariedad.

Una práctica social como puede ser la práctica interpretativa jurídica viene constituida por una serie de comportamientos regulares observables empíricamente, pero no solo -ni quizás fundamentalmente- por eso. Cualquier práctica¹⁸ incorpora una serie de valores que pretenden desarrollarse a través de la misma y que serían los que darían lugar al aspecto normativo de la práctica y se utilizarían como criterios para valorar la preferencia de unas soluciones sobre otras para los

¹⁸ En filosofía de la ciencia, Rouse (2008) defiende que no sólo en el ámbito de las prácticas lingüísticas o argumentativas debe operar una concepción normativa de “práctica” (como opuesta a la concepción de las prácticas como regularidades), sino que dicha concepción es también la adecuada para dar cuenta de las prácticas científicas. En este mismo sentido, Sergio Martínez ha remarcado la idea de que ninguna práctica científica puede ser caracterizada si nos desentendemos de su “estructura normativa”, en la que se integrarían valores de diferente naturaleza (entre otros, morales y epistémicos). Son esos valores y normas que forman parte de la práctica los que permiten dar cuenta de la estabilización y la integración de la práctica en un contexto normativo más amplio y los que permiten hablar de los “fines” de la práctica (Martínez, 2008, p. 160).

problemas que se planteen al seguir la práctica. No se trata, por tanto, de que la teoría de la interpretación deba prescribir cómo interpretar al margen de cómo se lleva a cabo dicha actividad en la práctica, sino que de lo que se trata es de percatarse de que la interpretación es una actividad normativa que incorpora criterios de corrección, y como tal ha de ser reconstruida. Una de las cuestiones relevantes que la teoría de la interpretación ha de abordar será entonces la reconstrucción de dichos criterios de corrección.

Guastini solo analiza dos posibles candidatas a dar cuenta de la normatividad o de los criterios de corrección de la interpretación jurídica: la teoría del significado literal y la teoría intencionalista; aunque, fiel a su presupuesto metodológico, considera que las mismas pueden interpretarse bien como teorías puramente descriptivas (en cuyo caso -dice Guastini- resultarían descripciones falsas de las conductas constitutivas de la práctica), o bien como teorías prescriptivas que pretenderían guiar -y, podríamos añadir, cambiar- la práctica, y sobre cuya “conveniencia” Guastini no se pronuncia¹⁹. Pero detengámonos un momento en ellas. Según la primera teoría, la interpretación jurídica debería ser acorde con el significado literal de las palabras usadas en los textos normativos (o, por decirlo de otro modo, una interpretación sería correcta cuando así lo hiciera), mientras que, para la segunda teoría, la interpretación jurídica debería ser acorde con la intención del legislador. Si nos fijamos bien, en ambos casos se trabaja con un criterio de corrección que puede ser caracterizado de manera objetiva, que puede ser objeto de conocimiento teórico: para la teoría del significado literal, una interpretación sería correcta cuando coincidiera con el significado que de hecho se da a las palabras, mientras que para la teoría intencionalista, una interpretación sería correcta cuando coincidiera con la intención que de hecho tenía el legislador (suponiendo la existencia y posibilidad de conocimiento de dicha intención²⁰). En mi opinión ninguna de esas dos

¹⁹ Cfr. Guastini, 2008, pp. 165-174.

²⁰ Sobre los problemas de una concepción de la interpretación en estos términos me he ocupado con detenimiento en un trabajo anterior (Lifante Vidal, 1999).

teorías resulta adecuada para reconstruir por sí sola los aspectos normativos de la práctica interpretativa jurídica²¹. Ambas estarían tratando un problema práctico (cómo debe interpretarse “D”) como si se tratase de una cuestión teórica, incurriendo así en otro de los clásicos paralogismos señalados por Vaz Ferreira; este paralogismo implica no tener en cuenta que el término “solución” no significa lo mismo en un ámbito teórico (donde se considera que hay soluciones exactas y unívocas que pueden ser conocidas objetivamente) que en un ámbito práctico, donde encontrar una “solución” suele implicar llevar a cabo valoraciones y ponderar los pros y contras de las distintas posibilidades, etc. Ser conscientes de ello no implica negar que alguna “solución” pueda resultar mejor que las otras, y que en este sentido debe ser preferida (aunque la misma no resulte “perfecta” o “correcta” en el mismo sentido que puede serlo una solución a un problema matemático).

Pero hemos de ser conscientes de que esas dos teorías no agotan todas las posibilidades de reconstrucción de los aspectos normativos de la práctica interpretativa. Podemos considerar que los criterios de corrección de la interpretación en el ámbito jurídico no vienen dados por su correspondencia exacta con un hecho “objetivo”, sino que la mejor interpretación en el ámbito jurídico (la que debe ser por tanto preferida) será aquella que desarrolle al máximo los valores que la práctica jurídica, el Derecho, pretende desarrollar. Pero obviamente ésta es una caracterización “constructiva” o “valorativa”²² de la actividad interpretativa; una caracterización que en mi opinión reconstruye mejor

²¹ El significado literal (y quizás también en algunos casos la intención del legislador) juega un papel relevante en la interpretación jurídica; es el punto de partida, y en algunas ocasiones también puede ser el de llegada, pero el proceso interpretativo implica atender a razones de por qué interpretar en un cierto sentido que necesariamente no pueden ser el mero dato objetivo de ese significado literal (o de esa intención). Cfr. MacCormick, 1993.

²² Y, como el lector habrá podido adivinar, muy similar a la caracterización que realizaría Dworkin, aunque la misma no tiene por qué comprometerse –como hace el autor norteamericano– con la existencia de una única respuesta correcta para todos –o casi todos– los casos difíciles.

que la guastiniana cómo es en realidad la práctica interpretativa. Guastini podría aquí objetar que una teoría de este tipo en realidad no es en absoluto una “teoría”, pues pretende decirnos cómo se debe interpretar y por lo tanto se ubicaría en un ámbito no descriptivo sino normativo. Pero lo que he intentado mostrar es que ese presupuesto metodológico del que parte Guastini, el “segregacionismo discursivo”, según el cual se debe fragmentar la experiencia jurídica en discursos desconectados entre sí: por un lado un discurso teórico o descriptivo de hechos objetivos y susceptible de verificabilidad empírica, y por otro lado, un discurso puramente prescriptivo, reducido al ámbito de la subjetividad, y alejado de cualquier pretensión de racionalidad, es un presupuesto claramente inadecuado si lo que pretendemos es “reconstruir” la práctica interpretativa jurídica.

Conclusiones

Como señalaba al principio de este trabajo, mis observaciones no pretenden afectar a la utilidad analítica de las distinciones y contraposiciones guastinianas como modo de ordenar el discurso, sino a los riesgos que el abuso de las mismas entraña. Y en este sentido he intentado mostrar que el propio Guastini no puede sortear esos riesgos y acaba incurriendo en algunos paralogismos que le impiden ofrecer una caracterización adecuada de en qué consiste la actividad interpretativa en el ámbito jurídico. La caracterización de Guastini se sintetiza en lo que he llamado la tesis del “escepticismo moderado”, que se compone a su vez de dos partes: por un lado, la tesis escéptica (toda disposición admite más de un significado junto a la inexistencia de valor de verdad o corrección en el ámbito de la interpretación) y por otro lado, la tesis moderada (la existencia de significados previos a la interpretación que limitan la actividad interpretativa). Pero los argumentos en los que Guastini basa su escepticismo resultan incompatibles con la afirmación de que existen límites a la actividad interpretativa, de manera que sus tesis escépticas acaban conduciendo a la tesis de que todo vale en materia de interpretación (el intérprete sería, entonces, el único y verdadero creador del Derecho), tesis de la que -con muy buen criterio-

Guastini pretende apartarse. La imposibilidad de presentar una caracterización “adecuada” de la interpretación jurídica (una caracterización que no desemboque en ese escepticismo radical) se debe a que el presupuesto metodológico que opera como punto de partida del trabajo de Guastini es el segregacionismo discursivo, que le hace rechazar la posibilidad de explorar una caracterización “constructiva” de la interpretación jurídica como actividad no meramente descriptiva (objetiva) ni meramente prescriptiva (subjetiva). Según esta “tercera vía”, la interpretación sería una actividad “participativa” (en la práctica), una actividad que requiere llevar a cabo valoraciones y que incorpora criterios de corrección.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep (2011): “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, en *Doxa*, 34.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1987): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- BARBERIS, Mauro (2000): “Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise”, en *Analisi e diritto*, 2000, pp. 1-37.
- CHIASSONI, Pierluigi (1998): “L’ineluttabile scetticismo della ‘scuola genovese’”, en *Analisi e diritto*, 1998, pp. 21-76.
- DWORKIN, Ronad (1986): *Law’s Empire*, en Belknap Press, Harvard.
- GUASTINI, Riccardo, (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona.
- GUASTINI, Riccardo (2008): *Nuovi studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma.
- GUASTINI, Riccardo, (2010), “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, trad. D. Moreno Cruz, en I. Lifante Vidal (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Palestra, pp. 147-172.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (1999): “Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 22, 1999, págs. 171-193.

- LIFANTE VIDAL, Isabel (2010): “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”, en I. Lifante Vidal (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Palestra, pp. 37-64.
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- MACCORMICK, Neil (1993): “Argumentation and Interpretation in Law”, en *Ratio Iuris*, marzo, 1993, pp. 16-29.
- MARTÍNEZ, Sergio F. (2008): “Un lugar para las prácticas en una filosofía de la ciencia”, en J. Miguel Esteban y Sergio F. Martínez (eds.), *Normas y prácticas en la ciencia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, pp. 151-167.
- ROSS, Alf (1970): *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires.
- ROUSE, Joseph (2008): “Dos conceptos de práctica”, trad. J. García Campos, en J. Miguel Esteban y Sergio F. Martínez (eds.), *Normas y prácticas en la ciencia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, pp. 19-34.
- TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- VAZ FERREIRA, Carlos (1979): “Lógica viva”, en *Lógica viva. Moral para intelectuales*, Biblioteca Ayacucho, Venezuela, pp. 3-190.
- VEGA REÑON, Luis (2008): “Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz”, en *Doxa*, 31, pp. 625-640.

El desvelo de la pesadilla Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”

Lorena Ramírez Ludeña
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

Introducción

En su trabajo “El escepticismo ante las reglas replanteado”¹, GUASTINI distingue tres teorías acerca de la interpretación jurídica -el noble sueño, la pesadilla y la vigilia², que pueden ser caracterizadas por la posición que adoptan con respecto al valor de verdad de los enunciados interpretativos. GUASTINI considera que ninguna de ellas describe adecuadamente el fenómeno de la interpretación en el derecho, dado que no toman en consideración que, en atención a los diferentes instrumentos interpretativos en uso, es posible interpretar de diversos

¹ Publicado en este volumen con traducción de Federico José ARENA. Las citas al texto de GUASTINI que aparecen en este trabajo se corresponden con la versión traducida al castellano. Agradezco a Josep Lluís Martí, Nicola Muffato, Diego Papayannis y Giovanni Ratti sus comentarios a este trabajo.

² La distinción entre pesadilla y noble sueño fue introducida inicialmente por HART (1983: 123 y ss.) y, entre nosotros, ha sido desarrollada por Jose Juan MORESO (1997: capítulo 5), quien emplea la noción de vigilia para caracterizar la posición de HART.

modos un mismo texto. Habría por tanto un marco de interpretaciones posibles³. Con ese argumento rechaza las teorías cognoscitivistas: por un lado, rechaza el noble sueño, que sostiene que todos los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos; por otro, se opone también a la vigilia, que defiende que hay enunciados interpretativos que son verdaderos o falsos pero también que, con respecto a los casos difíciles, los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad. No obstante, su rechazo del cognoscitivismo no le lleva a asumir, como defendería la pesadilla, que cualquier interpretación tiene cabida, sino que hay un marco de interpretaciones posibles entre las que el juez -y cualquier intérprete en general, aunque con efectos distintos- puede optar discrecionalmente, marco fuera del cual se estaría creando derecho, no interpretándolo (p. 46 y ss.)⁴.

En este trabajo, me centraré fundamentalmente en su reconstrucción de la teoría de la vigilia, que contrasta con la posición de GUASTINI por considerar que determinados enunciados interpretativos son verdaderos. Argumentaré que los defensores de la teoría de la vigilia no tendrían inconveniente en reconocer algunas de las críticas de GUASTINI, al mismo tiempo que logran preservar como rasgo característico de su teoría que hay enunciados interpretativos verdaderos⁵. En otros casos, sostendré que las críticas no son asumibles puesto que, en contra de lo que GUASTINI piensa, su propia concepción conduce a una imagen distorsionada de la práctica jurídica, al poner un énfasis excesivo en el hecho de que, en ocasiones, los diversos instrumentos interpretativos confieren al intérprete la posibilidad de escoger dentro de un marco de posibilidades.

³ Noción que alude a la teoría de la interpretación de KELSEN (1960: 351 y ss.).

⁴ En otras palabras, las tres teorías se diferencian en virtud de si entienden que la interpretación es una actividad cognoscitiva (como suscribiría el noble sueño y parcialmente la vigilia), o decisoria (como defienden los partidarios de la pesadilla en todo caso y los de la vigilia en los casos difíciles).

⁵ En sentido estricto, no pueden ser consideradas críticas, puesto que las apreciaciones de GUASTINI son compatibles con lo que es característico de la teoría de la vigilia.

La teoría de la vigilia

En los sistemas jurídicos con los que estamos familiarizados existen múltiples instrumentos interpretativos, de los que se sirven los intérpretes para determinar cuáles son las normas del sistema. Éste es un hecho evidente de la práctica difícilmente controvertible, usualmente señalado por GUASTINI, pero no cuestionado por los partidarios de la teoría de la vigilia. El objeto de discusión principal de las diferentes teorías acerca de la interpretación jurídica que se analizarán en este trabajo es precisamente cómo caracterizar adecuadamente este hecho.

Conforme a lo señalado por GUASTINI, la teoría de la vigilia defiende que hay casos fáciles y casos difíciles. En los casos fáciles el significado es claro y con respecto a ellos los enunciados interpretativos (con la forma “T significa M”) son verdaderos o falsos. En los casos difíciles, en cambio, el significado es decidido discrecionalmente, careciendo los enunciados interpretativos de valor de verdad (p. 46 y ss.)⁶.

El problema es, según GUASTINI, que la teoría de la vigilia defiende la existencia de casos fáciles y considera marginales los casos difíciles. Ello le conduce a una descripción inadecuada del fenómeno de la interpretación en el ámbito jurídico, puesto que no prestan suficiente atención a los diferentes instrumentos interpretativos y a las diversas normas que pueden ser identificadas mediante su uso. De acuerdo con la posición de GUASTINI, la existencia de múltiples instrumentos supone que el intérprete tiene discreción para optar entre diferentes normas posibles. Esto no implica, sin embargo, que cualquier interpretación sea admisible, sino solo aquellas que están dentro del marco de posibilidades conforme a los diferentes instrumentos interpretativos.

No obstante, si es un hecho constatable que existen numerosos instrumentos interpretativos que conducen a diferentes normas entre las que puede optarse discrecionalmente, cabe preguntarse por qué los defensores de la teoría de la vigilia consideran marginales los casos difíciles. Para GUASTINI, ello se debe a que se han centrado en la

⁶ Los diferentes instrumentos interpretativos desempeñarían un papel relevante con respecto a este último grupo de casos, esto es, para resolver los casos difíciles.

interpretación por parte de los jueces y en los problemas de subsunción, esto es, en la *interpretación orientada a hechos*. No han prestado atención, en cambio, a la interpretación en abstracto, es decir, a la *interpretación dirigida a textos*, que consiste en identificar las normas expresadas por un texto normativo, sin hacer referencia a un caso concreto (pp. 28-29). Un ejemplo de problema que plantea la interpretación dirigida a hechos, que consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “in abstracto”, sería si la prohibición de entrada de vehículos al parque se aplica o no a las bicicletas (p. 29). Pero, señala GUASTINI, sólo una vez identificada una norma en abstracto -teniendo en cuenta los problemas de ambigüedad que supone el hecho de que los diversos instrumentos interpretativos nos conducen a diferentes normas-, nos preguntamos si un determinado caso cae o no bajo su ámbito de aplicación, es decir, sólo entonces tienen lugar los problemas de interpretación en concreto. Como ejemplo de problema que plantea la interpretación en abstracto, GUASTINI señala que el artículo 13 de la Constitución francesa establece que el Presidente de la República firma los decretos y resoluciones emanados del Consejo de Ministros y se pregunta si hemos de asumir que el Presidente está facultado para firmar o que tiene el deber de hacerlo (p. 29).

Pero, ¿por qué los defensores de la vigilia se han centrado en la interpretación orientada a hechos? Según GUASTINI, porque asumen de manera tácita que el significado de los textos jurídicos es parasitario de los lenguajes naturales. En este sentido, los defensores de la vigilia considerarían que los enunciados interpretativos orientados a textos son verdaderos o falsos precisamente porque su valor de verdad depende del lenguaje natural en el que se expresa el derecho⁷. GUASTINI conecta de ese modo la despreocupación por los problemas relevantes en materia interpretativa, que para él son los problemas de ambigüedad de la

⁷ Y, precisamente porque consideran no problemáticos los enunciados interpretativos orientados a textos, puede afirmarse que la disputa con las diferentes teorías se había centrado en el valor de verdad de los enunciados subsuntivos, y no de los interpretativos en sentido estricto. En cambio, GUASTINI considera que el debate fundamental gira en torno a si hay o no enunciados interpretativos (orientados a textos) verdaderos.

interpretación en abstracto, con la asunción *naive* de que el lenguaje jurídico es parasitario del natural, asunción que a su vez supone que la comunicación jurídica entre autoridades e intérpretes es parasitaria de la conversación ordinaria y en gran medida no problemática⁸. En contraste con lo anterior, GUASTINI observa que los jueces no siempre se atienen al significado literal u ordinario y por ello la teoría de la vigilia, si se la entiende como una teoría genuinamente descriptiva, es una teoría falsa o extremadamente incompleta (p. 57 y ss.). De hecho, los problemas no vienen dados exclusivamente por los límites que trae aparejados el lenguaje ordinario, sino que la indeterminación depende, según GUASTINI, también de: a) la multiplicidad de métodos interpretativos, que conducen a diferentes normas; b) la dogmática jurídica⁹; c) el sentimiento de justicia de los intérpretes (p. 40).

En definitiva, el principal problema que, conforme a la posición de GUASTINI, enfrenta la teoría de la vigilia es que asume que el lenguaje jurídico es parasitario del natural, lo que le lleva a defender que la interpretación en abstracto no es problemática y a centrarse en la interpretación orientada a hechos. Defienden por tanto que hay un núcleo de significado claro y casos marginales problemáticos que vienen dados por el hecho de que el lenguaje ordinario tiene límites. Según GUASTINI, en cambio, el lenguaje ordinario no determina el valor de verdad de los enunciados interpretativos, sino que existen múltiples instrumentos interpretativos propios del derecho que dan lugar a un marco de posibilidades interpretativas en abstracto. Analizaré los diferentes elementos de la reconstrucción de GUASTINI en los próximos apartados.

⁸ Es decir, a diferencia de los casos de discreción, a los que puede dar lugar la solución de casos particulares que sí pueden plantear problemas, la interpretación de textos sería, conforme a los defensores de la vigilia, un acto de conocimiento, no de decisión.

⁹ Según GUASTINI (p. 42), todo intérprete se acerca a los textos provisto de una serie de presupuestos teóricos y conceptuales, que condicionan sus interpretaciones, presupuestos que no son otra cosa que las teorías elaboradas por los juristas en un momento lógicamente antecedente a la interpretación de un texto determinado.

Críticas y réplicas

Distinguiré tres de las críticas planteadas por GUASTINI a la teoría de la vigilia que, aunque relacionadas entre sí, pueden ser analizadas independientemente. Presentaré asimismo la posición de GUASTINI en cada uno de los casos y, finalmente, defenderé la posición de los teóricos partidarios de la vigilia.

A) La teoría de la vigilia defiende que el lenguaje jurídico es parasitario del lenguaje natural, pero una teoría de la interpretación jurídica no debe asumir una teoría pre-jurídica del significado

Según GUASTINI, para poder afirmar que determinados enunciados interpretativos son verdaderos o falsos, la teoría de la vigilia debe comprometerse con una teoría del significado que determine su valor de verdad¹⁰. En este sentido, si determinados enunciados acerca de lo que establecen las disposiciones jurídicas son verdaderos es precisamente porque describen adecuadamente el contenido de las disposiciones, contenido que, según los defensores de la vigilia, viene dado por el sentido ordinario de los términos.

Sin embargo, GUASTINI arguye que, aunque pueda considerarse que ciertas teorías del significado para los lenguajes naturales -como, por ejemplo, la que reconoce un papel central al sentido literal o a las intenciones de quien profiere la expresión-, describen adecuadamente (una parte de) la práctica de adscripción de significado en la conversación ordinaria, tales teorías no suponen una caracterización adecuada de la interpretación en el ámbito jurídico. Los intérpretes del derecho contarían con una serie de herramientas interpretativas para escoger entre un conjunto de significados posibles de un texto jurídico, sin que el sentido ordinario de los términos determine la interpretación correcta. No obstante, GUASTINI señala que lo anterior no supone que

¹⁰ Lo mismo ocurriría con la teoría del noble sueño, que asume que todos los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos.

pueda atribuirse cualquier significado a los textos jurídicos, sino uno de los significados que se encuentran dentro del rango de significados admisibles según el uso común, los métodos interpretativos en uso y las teorías dogmáticas. En este aspecto, como ya he señalado anteriormente, la posición defendida por GUASTINI se diferenciaría de los defensores de la teoría de la pesadilla¹¹.

Por tanto, si bien la teoría de la vigilia asume que el lenguaje jurídico es parasitario del lenguaje natural, GUASTINI entiende que una buena descripción del fenómeno interpretativo requiere tener en cuenta la multiplicidad de métodos interpretativos y de otros instrumentos eminentemente jurídicos. El significado ordinario se halla en el mismo nivel que los significados derivados del resto de instrumentos y supone una posibilidad interpretativa más.

Pese a todo, la posición de GUASTINI con respecto al papel que desempeña el lenguaje ordinario no resulta del todo clara. Por un lado, en su crítica a la vigilia defiende que la teoría de la interpretación jurídica no debe asumir una teoría pre-jurídica del significado. Por otro lado, el principal argumento que GUASTINI esgrime contra la teoría de la pesadilla es que la tesis de la inexistencia de un significado previo equivaldría a sostener que ni siquiera el significado literal o *prima facie* existe antes de la interpretación (p. 52). Añade, no obstante, que cuando una persona atribuye a un texto normativo su significado literal -descartando otros significados disponibles- lleva a cabo una interpretación decisoria, de modo que el significado literal no posee ningún estatus privilegiado con respecto a los demás significados posibles de un texto normativo (n. 68). ¿Entonces, concede GUASTINI

¹¹ En un sentido trivial, es incorrecto negar, como hace GUASTINI, que el lenguaje ordinario tenga un papel central y previo a cualquier interpretación. Desde la perspectiva de la ciencia jurídica que trata de describir la práctica interpretativa, es necesario conceder un papel relevante al lenguaje ordinario. Así, para comprender adecuadamente la práctica interpretativa debemos compartir en alguna medida –que es difícil de precisar- el sentido que los participantes, los intérpretes, dan a los términos que emplean, lo que nos llevará a interpretar, por ejemplo, sus reivindicaciones con respecto a la intención del legislador según su sentido ordinario.

algún tipo de papel al significado ordinario, aunque *prima facie*, o bien éste resulta operativo, junto con el resto de cánones y en el mismo nivel que ellos, cuando se lleva a cabo la interpretación jurídica?

En cualquier caso, las dos posibilidades podrían ser aceptadas por alguien que sostenga la teoría de la vigilia, puesto que ambas son compatibles con defender que hay enunciados interpretativos verdaderos. Así, un partidario de la vigilia podría sostener que hay un significado pre-jurídico -con carácter determinante o solo relevante *prima facie*- o que la relevancia de éste depende de la práctica jurídica y se halla en el mismo nivel que el resto de instrumentos interpretativos¹². El verdadero desacuerdo entre la vigilia y GUASTINI radica en asumir -o no- que hay enunciados interpretativos verdaderos acerca del derecho; o, en otras palabras, que hay casos claros¹³. Lo relevante, entonces, no es si hay una semántica pre-jurídica que condiciona o determina el valor

¹² De hecho el propio HART, principal exponente de la teoría de la vigilia, niega que el significado ordinario determine el contenido de las disposiciones. Según HART, si bien el derecho tiene como objetivo regular la conducta y se sirve de términos generales propios del lenguaje ordinario, elementos como el propósito del legislador pueden desempeñar un papel fundamental en la identificación de las normas. En este sentido, un caso podría ser difícil si, pese a que el significado ordinario es claro, surgen dudas por considerar el propósito del legislador. Por tanto, no parece que los defensores de la vigilia tengan que comprometerse con que los casos difíciles son casos marginales fruto de los límites del lenguaje ordinario. Los casos difíciles serían aquellos sobre los que cualificados juristas desacuerdan, lo que no limita las controversias a los problemas relacionados con el lenguaje ordinario. Véase HART, 1980: 6. Acerca de los inconvenientes que representa para esta forma de entender los casos difíciles el problema del seguimiento de reglas, véase IGLESIAS, 1999: 82 y ss.

¹³ GUASTINI distingue ambas cuestiones y argumenta que, pese a que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad, sí hay casos claros, concediendo por tanto que los enunciados subsuntivos pueden tener, bajo ciertas condiciones, valores de verdad (2010: 126). Sin embargo, si asumimos que los casos claros son aquellos que no resultan problemáticos desde el punto de vista interpretativo, lo serán precisamente porque hay una caracterización de la norma que no es controvertida. Profundizaré en esta cuestión en los próximos apartados de este trabajo.

de verdad de los enunciados interpretativos, sino si la existencia de diferentes cánones e instrumentos determinan que los jueces siempre tienen discreción¹⁴.

B) La teoría de la vigilia asume que hay una interpretación correcta en abstracto y, sin embargo, las disposiciones son ambiguas en atención a los diferentes instrumentos interpretativos.

GUASTINI afirma que la teoría de la vigilia, precisamente por entender que el lenguaje ordinario determina el valor de verdad de los enunciados interpretativos, se centra en la interpretación orientada a los hechos y no

¹⁴ En cualquier caso, desde mi punto de vista el desarrollo de una práctica jurídica es inconcebible sin una teoría pre-jurídica del significado. Las condiciones de existencia de un sistema jurídico no pueden agotarse en la práctica de identificar textos sin una actitud crítico-reflexiva respecto de ciertos modos admisibles de otorgarles un contenido. Imaginemos que un individuo considera que el Código Civil español es parte del derecho español pero entiende que su significado debe serle atribuido a partir de un programa informático que asigna significados al azar. Imaginemos que otro individuo considera que su contenido depende de lo que su hijo de diez años dice que expresa. Finalmente, un tercer individuo entiende que aquello que expresa el Código Civil depende del lenguaje ordinario. ¿Diríamos que hay un acuerdo entre los diferentes individuos acerca de que el Código Civil es parte del derecho si no hay un acuerdo básico acerca de lo que expresa el Código? Si cada uno, siguiendo su propio criterio, sostiene una interpretación radicalmente diferente de la de los demás respecto de lo que establece el Código Civil, parece que invocar el Código Civil se torna algo superfluo. Dicho en otros términos, si la actividad interpretativa no es constitutiva de la actividad jurídica, la convergencia en las fuentes podría producir los mismos resultados que su ausencia (un total desacuerdo sobre qué normas son válidas) con lo cual podría ser un hecho completamente irrelevante. En este sentido, contra GUASTINI, el propio surgimiento del sistema jurídico lleva aparejados ciertos instrumentos interpretativos de las fuentes, por lo que estos no se desarrollan con posterioridad a su existencia. Esta idea es sugerida por Diego PAPAYANNIS (2010). Por otra parte, como ha señalado recientemente José Juan MORESO en un seminario de la Universidad Pompeu Fabra, el esquema según el cual la

concede a la interpretación en abstracto el papel que le corresponde. En contraste con esta posición, GUASTINI sostiene que una descripción adecuada de la práctica interpretativa debe reconocer la existencia de numerosos instrumentos interpretativos que suponen que las disposiciones son ambiguas, esto es, que expresan -o que pueden expresar- diversas normas. Dados los diferentes instrumentos interpretativos, que además pueden variar con el tiempo, los jueces tienen discreción para elegir entre las diferentes opciones que integran el marco interpretativo correspondiente¹⁵. El lenguaje ordinario no desempeñaría por tanto en la interpretación jurídica el papel que le concede la vigilia¹⁶.

interpretación tiene lugar después de la identificación de las fuentes es inadecuado puesto que si no tuviese lugar alguna interpretación sobre los textos sería difícil considerarlos como jurídicos. Imaginemos que, frente a la necesidad de una nueva fuente de ingresos, el Estado decide que en el Boletín Oficial aparezcan, junto a las disposiciones jurídicas, anuncios de abogados. ¿Cómo diferenciaríamos qué textos son los textos del derecho si no es tomando en consideración su contenido? Acerca del vínculo entre sintaxis, semántica y pragmática, véase GARCÍA CARPINTERO, 1996: 9 y ss.

¹⁵ Resulta discutible el papel que GUASTINI asigna a las construcciones de la dogmática como parte del marco interpretativo. En nuestros sistemas jurídicos es innegable que la dogmática desempeña un importante papel. No obstante, se trata de una cuestión contingente, siendo concebible un sistema en que los intérpretes no muestren deferencia a las elaboraciones dogmáticas. Este tipo de supuestos muestra precisamente que, si las construcciones dogmáticas son relevantes a la hora de elaborar el marco interpretativo, es precisamente porque la práctica jurídica las toma en cuenta. No obstante, en un importante sentido el recurso a la dogmática sí es necesario. La palabra “dogmática” es ambigua, pudiendo entenderse como el instrumental teórico básico con el que los juristas ven la realidad del derecho (su esquema conceptual más elemental) o bien como opiniones y construcciones teóricas acerca de los diferentes temas, frecuentemente inspiradas por la política jurídica. En el primer sentido, podría decirse que las elaboraciones dogmáticas forman parte imprescindible del lenguaje de los juristas. Sin embargo, la relevancia de *una determinada* construcción dogmática es contingente, dependiendo de lo que tomen en consideración los jueces.

¹⁶ Así, GUASTINI considera que la preocupación teórica por el lenguaje ordinario y sus problemas es excesiva. No obstante, las diferentes opciones interpretativas

Ahora bien, a partir de la constatación del hecho de que en la interpretación jurídica rigen diversos cánones e instrumentos interpretativos, no cabe concluir que los jueces tienen siempre discreción. Así, un defensor de la teoría de la vigilia podría reconocer que hay múltiples instrumentos jurídicos, que estos dependen de la práctica del conjunto de los intérpretes, y que pueden variar con el tiempo en virtud de los cambios en la práctica de dichos intérpretes y, sin embargo, seguir sosteniendo que, con respecto a cada *juez individual* y desde la *perspectiva sincrónica*, hay enunciados interpretativos verdaderos. Enfatizar que siempre hay un marco de interpretaciones posibles, dentro del cual el juez tiene discreción, no supone más que una distorsión de la realidad jurídica, que exagera el carácter controvertido de algunos casos que vienen dados y son resueltos en atención a los diferentes instrumentos interpretativos¹⁷.

Imaginemos que se introduce una regulación que prohíbe la entrada de animales en el metro de Barcelona. Evidentemente, pueden surgir

que vienen dadas por tomar en consideración los diferentes instrumentos interpretativos nos conducen, en el esquema de GUASTINI, a varias formulaciones posibles de la disposición, formulaciones que a su vez deben ser interpretadas conforme al lenguaje ordinario. Y es precisamente por ello, porque las diferentes posibilidades están expresadas haciendo uso del lenguaje ordinario, por lo que tiene sentido reflexionar con carácter general acerca de él y de los problemas que trae aparejados. En definitiva, que haya diferentes instrumentos no comporta que, en última instancia, el lenguaje ordinario no vaya a ser importante. De esta manera, si interpretamos una disposición atendiendo a la intención del legislador, la reformulación estará expresada en lenguaje ordinario y podrá plantear los típicos problemas de vaguedad y textura abierta.

¹⁷ Distinguiendo entre la perspectiva individual y la de la comunidad interpretativa, y las perspectivas sincrónica y diacrónica, pero con el fin de defender una concepción realista -a la que denomina "realismo jurídico moderado"-, véase la interesante posición de FERRER BELTRÁN en MORESO - PRIETO SANCHÍS - FERRER BELTRÁN, 2010: 152 y ss. Evidentemente, como FERRER BELTRÁN señala, determinar la comunidad de referencia supone dificultades, pero basta con que el patrón de corrección no dependa de cada intérprete para que el argumento funcione (MORESO - PRIETO SANCHÍS - FERRER BELTRÁN, 2010: 153, n. 5).

dudas respecto de determinados casos fruto de la consideración, por ejemplo, de cuál es el propósito que subyace a la regla. Así, podría afirmarse que la proposición “se prohíbe transportar gatos dentro del metro de Barcelona” es verdadera, aunque puedan generarse dudas con respecto a casos marginales como el acceso de los gatos disecados¹⁸. La introducción de la normativa ya supone una diferencia práctica con respecto a numerosos supuestos sin que los jueces tengan discreción con respecto a su solución en virtud de los diferentes instrumentos interpretativos. O, en términos más próximos a las posiciones realistas, es innegable que la introducción de esta disposición nos permite predecir cómo se justificará la resolución de un gran número de casos. Asumir que, puesto que hay determinados casos de duda, el juez cuenta con una serie de normas entre las que escoger supone representar el fenómeno de manera mucho más controvertida de lo que en realidad es.

En los casos de duda el juez tiene diferentes posibilidades argumentativas para optar por una de las soluciones. Por ejemplo, en atención al propósito, puede considerar que los gatos disecados están exceptuados de la prohibición. Pero enfatizar que, puesto que se dan estos problemas, la disposición promulgada expresa una multiplicidad de normas posibles nos hace perder de vista que hay un gran número de supuestos regulados que no suscitan dudas. Y, precisamente no suscitan dudas porque hay una caracterización de la norma expresada por la disposición que no es problemática, sin la cual dejaríamos de reconocer que el derecho es un instrumento capaz de guiar la conducta, en alguna medida al menos¹⁹.

¹⁸ Los escépticos podrían aceptar que la proposición normativa es verdadera, pero negarían que ello presuponga la verdad de un enunciado interpretativo, como defienden los cognoscitivistas. Entre los escépticos que niegan que sea posible un discurso cognoscitivo sobre normas, rechazando la existencia de proposiciones normativas en sentido estricto, véase MAZZARESE (1991).

¹⁹ Como he señalado de manera reiterada, también hay casos difíciles en los que los instrumentos interpretativos desempeñan un importante papel. Pero entender que el juez puede optar entre lo que significa la disposición según el método que apela al significado ordinario, lo que significa conforme a la intención del legislador, lo que significa atendiendo al contexto, etc., supone exagerar el papel de los casos problemáticos y obviar, como expondré a

La existencia de una caracterización no problemática de la norma expresada por la disposición puede ser explicada de diversos modos. Así, puede defenderse que en determinados casos no hay interpretación, sino meramente comprensión del contenido de la disposición²⁰. O podría defenderse que hay interpretaciones que no generan controversias, pese a considerar que la identificación de la norma requiere propiamente de la actividad interpretativa. En cualquier caso, se requiera o no alguna forma de teorización al respecto, la existencia de una pluralidad de cánones no determina que no haya una forma de entender la disposición en la que los diferentes cánones coincidan. Así, los diferentes instrumentos interpretativos pueden y acostumbran a regular del mismo modo determinados casos²¹. En cambio, el argumento de GUASTINI pasa de entender que rigen muchos cánones a

continuación, que todos los instrumentos interpretativos generalmente coinciden en regular determinados casos del mismo modo. De hecho, reconstruir como una de las posibilidades de la interpretación en abstracto la que se desprende del propósito de la norma hace que pierda sentido que la regla exista. Si lo relevante en el nivel abstracto es su propósito, ¿qué sentido tiene que el legislador haya introducido la regla en lugar de hacer referencia al propósito? Si las reglas son instancias de otras reglas que las justifican y reducimos el significado de esas instancias a la intención de quien dicta la regla, el significado de su instancia y de su justificación colapsan (SCHAUER, 1991: 113 y ss.).

²⁰ Esto es, hay una forma de captar una regla que no es una interpretación, sino que se muestra en el acto de obedecerla, en las explicaciones y justificaciones que ofrecemos invocando la regla. En otras palabras, hay una conexión interna entre las reglas y los actos que se manifiesta en la práctica de adoptar la regla como estándar de corrección. Véase MARMOR, 2005: 9 y ss. En cualquier caso, afirmar que hay un núcleo claro de significado que comprendemos no tiene que comprometernos con que el sentido literal es lo único importante, porque una determinada formulación puede parecerse clara en atención al propósito de la norma. La comprensión, que deriva en última instancia del acuerdo en nuestras *formas de vida*, se muestra en los actos de seguimiento de la regla (WITTGENSTEIN, 1953, sec. 241).

²¹ Sugiriendo esta idea, MORESO (1997: 222). Estos casos constituirían paradigmas fuertes (BIX, 1993: 56 y ss), que mostrarían la existencia de un consenso con respecto a cómo aplicar los términos y disposiciones.

defender que no hay enunciados interpretativos verdaderos y que el juez siempre tiene discrecionalidad para decidir entre las diversas interpretaciones. Retomando el ejemplo de los animales en el metro, si nos planteamos, una vez promulgada la disposición, qué es lo que ésta expresa, apreciaremos sin dificultades que los diferentes instrumentos interpretativos coinciden en regular del mismo modo determinados supuestos. Poner el énfasis en que los diferentes instrumentos pueden resolver de manera diversa algunos casos nos hace perder de vista que hay muchos supuestos no problemáticos precisamente porque los diferentes cánones los resuelven del mismo modo. De hecho, probablemente la descripción más adecuada sea que el lenguaje ordinario desempeña un papel fundamental en nuestra comprensión de lo expresado por las disposiciones y, en muchos supuestos, la solución que viene dada por atender al lenguaje ordinario no puede ser controvertida apelando a otros instrumentos, puesto que todos conducen a la misma solución.

Una objeción más general, y tal vez más profunda contra GUASTINI es que su postura no es conceptual, lo que refuerza la idea de que la existencia de diversos cánones interpretativos en los sistemas con los que estamos familiarizados no debe llevarnos a concluir que siempre hay diversas posibilidades interpretativas entre las que el juez puede optar:

- 1) Que haya diversos instrumentos interpretativos disponibles depende de la práctica y es por lo tanto una cuestión contingente. Podemos imaginar un sistema en el cual no existe semejante complejidad respecto de los instrumentos interpretativos. Digamos que solo se admite un canon interpretativo, por ejemplo el lenguaje ordinario o la intención del legislador, pero no ambos. Supongamos, además, que en caso de duda el juez debe archivar el expediente sin dictar sentencia. En este sistema el juez no tendría discreción.
- 2) Incluso si, con carácter general, puede afirmarse que un determinado sistema cuenta con múltiples instrumentos interpretativos, y que estos conducen a enunciados interpretativos diversos, pueden haberse consolidado determinados cánones en

determinados ámbitos de modo que no se dé lugar al margen de discreción que señala GUASTINI²². Esto es, aunque pueda afirmarse que en el sistema jurídico con carácter general se emplean diferentes instrumentos interpretativos, puede que con respecto a determinadas disposiciones o en relación con determinados ámbitos no se admitan diversas interpretaciones, es decir, que se haya consolidado una única interpretación como admisible. Esto, evidentemente, puede variar con el tiempo, pero desde la perspectiva sincrónica cabría reconocer que hay enunciados interpretativos verdaderos²³.

Finalmente, considerar que hay un marco de posibilidades interpretativas no permite concluir que el no cognoscitvismo es verdadero. Esto es, considerar que hay un marco de posibilidades

²² Esto plantea la cuestión de si la admisión de diversos criterios que determinan el marco depende de cada disposición o del sistema jurídico en general. Así, cabe preguntarse si habría error en caso que, pese a estar consolidada una interpretación, se adopte otra distinta según otro instrumento interpretativo admitido con carácter general para otros preceptos en el sistema jurídico.

²³ Esto mismo parece admitir GUASTINI al sostener que el escepticismo no implica ni presupone que el significado de cada disposición es siempre controvertido. GUASTINI afirma que en la mayor parte de los casos existe, al menos desde el punto de vista sincrónico, una interpretación consolidada y dominante, que produce una norma determinada. Entonces se puede formular la proposición normativa verdadera que afirma la existencia de la norma en ese ordenamiento (GUASTINI, 2010: 134). ¿Cuál sería entonces la diferencia entre su posición y la de un partidario de la vigilia que entiende que, dependiendo de la práctica y de los instrumentos interpretativos que rigen en ella, hay enunciados interpretativos verdaderos? GUASTINI se está limitando a señalar que hay interpretaciones *vigentes*, lo que no nos llevaría a considerar como error el uso de otros instrumentos interpretativos. Esto, no obstante, no tendría necesariamente que ser negado por un cognoscitivista quien podría reconstruir el fenómeno de dos modos: como tratándose de la interpretación vigente o como un supuesto de restricción del marco de posibilidades interpretativas. Hacerlo de un modo u otro depende de cómo operen las interpretaciones en la práctica y de las actitudes crítico-reflexivas en relación con las mismas. No diferenciar ambos tipos de supuestos oscurece aspectos fundamentales de la práctica interpretativa.

interpretativas disponibles no tiene que comprometernos con una tesis no cognoscitivista, puesto que seguiría habiendo un enunciado interpretativo, integrado por una disyunción de opciones interpretativas, que sería verdadero. Bajo esta reconstrucción, el propio GUASTINI sería cognoscitivista²⁴.

C) La teoría de la vigilia asume que la interpretación relevante se lleva a cabo con respecto a los casos concretos y olvida la trascendencia de la interpretación “in abstracto”

GUASTINI critica la teoría de la vigilia por centrarse en la interpretación orientada a hechos. Así, en lugar de constatar que hay multiplicidad de instrumentos interpretativos que conducen a normas diversas, la teoría de la vigilia -del mismo modo que la pesadilla y el noble sueño- se centra en los problemas que plantea la interpretación con respecto a los casos concretos²⁵. Sin embargo, considero que no cabe formular una distinción

²⁴ Un aspecto central a considerar es si la aceptación de una determinada interpretación, pese a no estar incluida en el marco de opciones, supone que nos hallamos ante un caso de interpretación incorrecta, incluso si no es revocada, o si la aceptación *ex post* supone que esa decisión es correcta. Si GUASTINI suscribiese esta última posibilidad, este aspecto nos permitiría distinguir su posición de la de los cognoscitivistas, y lo acercaría a los defensores de la pesadilla. Así parece asumirlo en GUASTINI, 2010: 100. Desde mi punto de vista, en estos casos la disputa sigue siendo interpretativa porque su objeto no es la eficacia que el derecho positivo concede, en muchos ordenamientos, a las decisiones interpretativas de los órganos de aplicación. Se trata de una disputa genuinamente interpretativa, acerca de qué interpretaciones son correctas. Los defensores de la vigilia podrían sostener que la interpretación está fuera del marco, y que por ello está equivocada -pese a reconocer que la decisión es definitiva y que tiene efectos- y además que la práctica puede cambiar de modo que el criterio interpretativo pase a ser correcto en un momento posterior -lo cual no cambiará el hecho de que en el primer momento, cuando la interpretación estaba fuera del marco, dicha interpretación era incorrecta. En este sentido, véase la discusión entre MORESO y FERRER BELTRÁN en MORESO - PRIETO SANCHÍS- FERRER BELTRÁN, 2010.

²⁵ Tradicionalmente, los realistas han prestado prácticamente atención exclusiva a la interpretación de los jueces, lo que les ha llevado a una imagen

tajante entre la interpretación en abstracto (que GUASTINI vincula con problemas de ambigüedad) y la dirigida a hechos (relacionada con problemas de vaguedad). Las cuestiones que debe enfrentar el juez al analizar y resolver los problemas de vaguedad son similares a las que cabría enfrentar cuando se trata de problemas de ambigüedad fruto de la interpretación en abstracto.

Contra lo que señala GUASTINI, no cabe objetar entonces que tradicionalmente se haya olvidado la interpretación en abstracto, dado que los problemas propiamente interpretativos (relativos, como veremos, a casos genéricos) que se plantean en la interpretación orientada a hechos son estructuralmente idénticos a los de la interpretación en abstracto. Esto es, cuando los jueces se enfrentan a problemas con respecto a determinados grupos de casos, el papel que desempeñan los diferentes instrumentos interpretativos al plantear el problema y resolverlo no se diferencia de lo que ocurre en la interpretación en abstracto. E, incluso si aceptamos la distinción entre interpretación en abstracto y orientada a hechos como tajante, ello tiene consecuencias poco plausibles para el modelo defendido por GUASTINI, al comprometerlo con conceder al sentido ordinario de los términos un papel central para diferenciar ambos grupos de casos. Analizaré estas críticas a GUASTINI en los dos próximos apartados.

La distinción entre vaguedad y ambigüedad

En su trabajo, GUASTINI señala diversas ambigüedades que afectan al término “interpretación”. Me centraré en la primera de ellas: la

distorsionada de los problemas interpretativos, que ignora los casos fáciles que no llegan a los tribunales. A su vez, HART parece adoptar una perspectiva básicamente legislativa, centrándose en las causas que dan origen a la indeterminación y no en cómo superarla. No obstante, GUASTINI critica, pese a ser un autor realista, que la vigilia haya puesto el énfasis en la interpretación dirigida a casos, en lugar de en abstracto, que según él es la que requiere mayor atención. Está por tanto criticando la posición de autores como HART precisamente por no adoptar el nivel de abstracción que la interpretación del derecho requiere, lo que tiene cierto aire de paradoja. La crítica de GUASTINI es, sin embargo, comprensible si se toman en consideración las particularidades del realismo genovés, que no limita su atención a la actividad judicial.

interpretación dirigida a textos (en abstracto) y la orientada a hechos. Según GUASTINI, el término “interpretación” expresa tanto la atribución de significado a un texto como la inclusión de un caso particular en una clase de casos regulados por una norma (p. 27). De esta forma, pese a que en el ámbito de la actividad judicial pueda resultar difícil distinguir los dos casos de interpretación, ambos procesos son lógicamente independientes: atribuir significado a un texto es algo previo y distinto de –aunque relacionado con– la clasificación de casos. En otras palabras, GUASTINI afirma que una cosa es identificar el significado normativo de un texto y otra la interpretación dirigida a hechos, que consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “in abstracto” (p. 28). Como ejemplo de problema de interpretación dirigida a hechos, GUASTINI señala las dudas que surgen acerca de si la regla “prohibido vehículos en el parque” se aplica o no a las bicicletas. Por otro lado, uno de los ejemplos que GUASTINI señala como supuesto de interpretación dirigida a textos viene dado por el artículo 13 de la Constitución francesa, que establece que el Presidente de la República firma los decretos y resoluciones emanados del Consejo de Ministros, y con respecto al cual se plantea la duda de si el Presidente tiene el poder de firmar o si debe hacerlo (p. 29).

GUASTINI añade que la interpretación dirigida a textos se parece a la traducción puesto que consiste en la identificación del sentido de un texto y en la reformulación del texto interpretado. En cambio, la interpretación dirigida a hechos es una decisión acerca de la extensión de un concepto en relación con un caso concreto. Y, si bien el objeto de la interpretación orientada a textos consiste en enunciados normativos (completos), la interpretación orientada a hechos recae sobre predicados en sentido lógico, es decir, términos que denotan clases. GUASTINI señala, finalmente, que si mediante la interpretación orientada a textos se identifican normas jurídicas (y *clases* de casos), mediante la interpretación orientada a hechos se contribuye a identificar los casos concretos regulados por cada norma (p. 31).

Si atendemos a las diferentes consideraciones anteriormente expuestas, la propia reconstrucción de GUASTINI resulta ambigua. En otras palabras, no es fácil determinar cuál es el aspecto determinante

para trazar la distinción entre la interpretación dirigida a textos y la orientada a hechos.

Así, una lectura podría sugerir que la diferencia entre la interpretación en abstracto y la dirigida a hechos es que la primera toma como objeto los enunciados completos, mientras que la segunda se concentra en una parte de ellos, en particular, en los términos de clase. No obstante, esto no parece ser determinante para mantener la distinción puesto que también pueden plantearse problemas de ambigüedad con respecto a los términos de clase (¿el gravamen sobre la venta de pinturas se aplica a las materias primas o a las obras de arte?).

En una segunda lectura, podría afirmarse que el énfasis está puesto en la diferencia entre interpretar enunciados y determinar qué casos caen bajo su ámbito de aplicación. No obstante, esta segunda lectura nos conduce a dos posibilidades. Puede apuntar a un contraste entre la interpretación de los enunciados en abstracto y: a) la determinación de los casos genéricos que caen bajo su ámbito de aplicación; o b) la determinación de a qué casos concretos, espacio-temporalmente determinados se aplica. A continuación analizaré ambas posibilidades, aunque defenderé que ninguna de ellas hace que la crítica y la posición de GUASTINI resulten plausibles.

Aunque GUASTINI enfatiza el carácter abstracto del primer tipo de interpretación, frente al carácter concreto del segundo, si atendemos a los ejemplos que ofrece el aspecto central no parece estar en dicho contraste. Conforme a la reconstrucción de GUASTINI, los problemas que plantea la interpretación con respecto a la inclusión de determinados casos no afectan estrictamente a casos individuales, sino a casos genéricos. En este sentido, las dudas interpretativas acerca de si las bicicletas son vehículos son dudas acerca del caso genérico relativo a las bicicletas, y no a un determinado supuesto delimitado espacio-temporalmente. Y ello es así a pesar de que, desde el punto de vista epistémico, hayamos detectado el problema que suponen las bicicletas porque se ha planteado un determinado caso concreto.

No obstante, asumiré en primer lugar que GUASTINI contrasta la interpretación en abstracto y la determinación de los casos concretos de aplicación. Consideremos entonces que GUASTINI está diferenciando

entre la interpretación en abstracto -y los problemas que pueda ocasionar- y la interpretación relacionada con su aplicación a supuestos espacio-temporalmente determinados. ¿Por qué la interpretación orientada a hechos (con respecto a la referencia de un término o enunciado) representaría un problema *interpretativo* distinto al de la interpretación de textos (al de la determinación del sentido de un término o enunciado)? Es cierto que, siguiendo a GUASTINI, ambas actividades son separables y que la primera, la interpretación en abstracto, es previa. Sin embargo GUASTINI no parece tomarse suficientemente en serio que la primera determina la segunda²⁶. Si asumimos que el sentido de una expresión u oración es claro, y además conocemos los diferentes aspectos del caso particular -cuestión que tiene que ver con la prueba, y no con la interpretación- no resta por llevar a cabo ninguna actividad *interpretativa* adicional. Por ejemplo, si al interpretar el término “vehículo” establecemos que un rasgo específico que incluye a las bicicletas resulta fundamental, no habrá ninguna otra actividad interpretativa adicional a llevar a cabo para considerar la inclusión de una determinada bicicleta en el ámbito de aplicación de una norma²⁷. Y ello pese a que, evidentemente, calificar un caso concreto como una instancia de “vehículo” constituye una actividad distinta de interpretar en abstracto el término “vehículo”²⁸.

Es más, si atendemos a los ejemplos que introduce GUASTINI, parece que los diferentes supuestos pueden ser reconstruidos indistintamente

²⁶ El vínculo entre sentido y referencia que aquí se señala es reconocido expresamente por GUASTINI (2010: 89, n. 21), quien, sin embargo, no parece tomar en consideración lo que ello conlleva.

²⁷ A no ser que asumiera que, puesto que estamos prestando atención a cuáles son las obligaciones del juez, en la solución de un caso concreto, haya que atender a otro tipo de consideraciones que no se agotan en la interpretación de las disposiciones (factores pragmáticos en la administración de justicia). No obstante, nada dice GUASTINI a este respecto. Analizando estas cuestiones, ROSS: 1958, 181 y ss.

²⁸ Existan o no múltiples criterios interpretativos, el aspecto a destacar es que cada una de las interpretaciones posibles determina los casos de aplicación, sin que reste llevar a cabo una actividad *interpretativa* adicional al atender a casos concretos.

como problemas interpretativos relativos a *enunciados* o a *hechos*. Esto es, el caso de la inclusión de las bicicletas bajo el ámbito de aplicación de la disposición que contiene el término “vehículo” puede ser reconstruido como un supuesto en que no sabemos si el enunciado “Prohibido vehículos en el parque” expresa la norma relativa a la prohibición de cualquier medio de transporte o solo, por ejemplo, medios de transporte motorizados. Y la problemática relativa a la disposición constitucional (“El Presidente firma los decretos”) puede ser reconstruida como un supuesto en el que tenemos dudas acerca de si el caso en que el Presidente no quiere firmarlo constituye o no una infracción del precepto. Además, en ambos casos, en el planteamiento de las diferentes posibilidades y en su resolución, el juez cuenta con diversos instrumentos interpretativos. Por tanto no parece que en la tarea del juez la interpretación orientada a hechos sea una actividad esencialmente distinta de la interpretación en abstracto.

De todos modos, no defenderé que los casos de ambigüedad son reconducibles a casos de vaguedad, ni que ambos grupos de problemas no puedan distinguirse con carácter general. Asumiré simplemente que, por lo que respecta a la actividad interpretativa *en el ámbito jurídico*, los problemas de vaguedad pueden ser siempre reconstruidos como problemas en que tenemos dudas acerca de qué norma expresa una determinada disposición. GUASTINI afirma en cambio que la interpretación dirigida a textos es previa y más importante que la dirigida a hechos, que solo supondría problemas en los casos difíciles. Precisamente por ello critica la atención preferente puesta en los casos de vaguedad. No obstante, como ya he señalado, en mi opinión los problemas interpretativos que representa la vaguedad de un término de clase son estructuralmente idénticos a los que plantea la ambigüedad de las disposiciones. Un jurista que reflexiona en torno a un problema de vaguedad respecto de un término de clase se hace los mismos planteamientos que si se tratara de un problema de ambigüedad. En este sentido, al hacer referencia a la ambigüedad GUASTINI distingue diferentes situaciones: en ocasiones dudamos si una disposición expresa N1 o N2, en ocasiones tenemos claro que expresa N1 pero dudamos de

si también expresa N2, etc. Pues bien, los problemas que se plantean frente a supuestos de vaguedad son fácilmente reconducibles a supuestos en que dudamos si una disposición expresa N1 o N2. Por ejemplo, el caso de la prohibición de la entrada de bicicletas en el parque deja constancia de nuestras dudas acerca de si la disposición expresa una norma en virtud del sentido ordinario de los términos (N1: “Está prohibido que entre al parque todo aquello que sea un vehículo conforme al uso ordinario”) o en virtud de la intención del legislador (N2: “Todos los vehículos que provoquen los daños que el legislador quería evitar no pueden entrar”). ¿Por qué no pueden caracterizarse entonces los problemas de vaguedad como problemas en que tenemos dudas acerca de qué norma expresa la disposición?

El papel del lenguaje ordinario

Incluso si se rechaza que cualquier problema de vaguedad en sede de interpretación judicial puede ser reconstruido como un problema de ambigüedad del texto jurídico, GUASTINI tendría dificultades para distinguir ambos tipos de indeterminación sin recurrir al significado ordinario. Afirma que la teoría de la vigilia ni siquiera distingue entre dos tipos de cuestiones, “(a) si el enunciado normativo ‘No se admiten vehículos en el parque’ se aplica a las patinetas o los triciclos, y (b) si el mismo enunciado se aplica a ambulancias o coches de bomberos. Estas cuestiones, sin embargo, son de naturaleza bien diferente. La pregunta sobre las patinetas y los triciclos se refiere a la extensión del predicado ‘vehículo’ y es, por lo tanto, una cuestión de interpretación ‘in-concreto’ dirigida a hechos (de clasificación de hechos). La dificultad se presenta dado que no es pacífico que las patinetas o los triciclos sean vehículos en cuanto bien podrían, en cambio, ser juguetes. Mientras que la cuestión acerca de las ambulancias y los coches de bomberos es una cuestión de interpretación ‘in abstracto’ dirigida a textos y referida a la identificación misma de la norma. Ello en cuanto las ambulancias y los coches de bomberos son, desde todo punto de vista, vehículos” (p. 55 y ss.). No obstante, no resulta claro cómo podría trazarse la distinción

entre ambos grupos de casos²⁹ si no es reconociendo que el significado ordinario desempeña un importante papel para formular la propia distinción: si se trata de casos marginales, que presentan dudas en relación con el sentido ordinario, estaremos frente a un problema de vaguedad; en cambio, será un problema de ambigüedad si constatamos que, junto al sentido ordinario, hay otras posibilidades interpretativas. Si no tomamos en consideración el sentido ordinario, ¿por qué el caso de los triciclos no podría representar un problema de interpretación en abstracto, en virtud del cual tenemos dudas acerca de si la disposición expresa la norma que tiene en cuenta el sentido ordinario o la interpretación del legislador? Conforme a la intención del legislador el caso podría estar claramente excluido del ámbito de aplicación de la regla y no plantear problemas de vaguedad.

Consideraciones finales

GUASTINI señala que en los sistemas jurídicos existen diversos instrumentos interpretativos, que son además cambiantes. Los diferentes instrumentos suponen que las disposiciones no expresan una única norma sino una multiplicidad de ellas, entre las que el intérprete puede optar. Quien interpreta adscribe por tanto un significado a un texto, entre otros posibles, por lo que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad. Precisamente por ello, según el propio GUASTINI, no puede considerársele como un partidario de la vigilia, aunque tampoco de la pesadilla, dado que postula la existencia de un marco de posibilidades fuera del cual habría creación.

En este trabajo, he cuestionado algunos de los puntos anteriores. He defendido que, en muchos aspectos, su posición es cercana a la de los partidarios de la vigilia, existiendo simplemente diferencias en cuanto al énfasis con respecto a los casos problemáticos. No obstante, considero que algunos elementos centrales en su reconstrucción lo convierten en un claro partidario de la pesadilla.

²⁹ Ambos son casos de subsunción genérica conforme a la distinción de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991: 303 y ss.).

Hay tres aspectos que parecen alejar a GUASTINI de la vigilia: el carácter adscriptivo de la interpretación, su naturaleza cambiante y la existencia de múltiples instrumentos interpretativos. Sin embargo, si bien considero que la naturaleza adscriptiva de la interpretación y su carácter cambiante no pueden cuestionarse, creo también que no nos permiten concluir que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad. Tampoco nos conduce a tal conclusión el reconocer que existen múltiples instrumentos interpretativos.

Es comúnmente aceptado que las palabras no están vinculadas de manera natural con sus significados³⁰. Sería extraño cuestionar que la conexión entre ambos elementos es arbitraria y depende de que exista una práctica de atribución de significado -ya sea por relacionar la palabra con un sentido o por emplearla para hacer referencia a determinados objetos. Sin embargo, lo anterior no nos conduce a negar que determinados enunciados, con la forma “T significa S” sean verdaderos o falsos. Lo serán en virtud del uso general que se haga del término y no de cada individuo en particular³¹.

De modo similar, puede defenderse que las prácticas interpretativas en el ámbito jurídico -que, como señala GUASTINI, presentan ciertas peculiaridades- determinan el valor de verdad de los enunciados interpretativos. Si bien con carácter individual los diferentes intérpretes no determinan las interpretaciones correctas de los textos, la práctica en su conjunto sí las determina. En este sentido, aunque un juez individual podría equivocarse -lo que no obsta a que su interpretación pueda acabar

³⁰ Incluso aquellos que entienden que descubrimos los significados niegan que las palabras estén ligadas a esos significados con independencia de que haya una práctica en que se usan las palabras para referirse a ciertos objetos. En este sentido, véase KRIPKE, 1980 y PUTNAM, 1975.

³¹ Evidentemente este punto podría ser cuestionado por quienes defienden una semántica acorde con las apreciaciones de los llamados “nuevos teóricos de la referencia”, que entienden que el significado de los términos puede trascender a la comunidad en su conjunto. Sin embargo, en este trabajo he prescindido de tales consideraciones puesto que intento presentar como intuitiva una posición que, compartiendo los rasgos centrales de las tesis de GUASTINI, no extraiga en cambio sus conclusiones.

teniendo consecuencias jurídicas- la comunidad interpretativa en su conjunto no puede hacerlo, puesto que ella determina los criterios de corrección interpretativa³².

Además, a efectos de caracterizar adecuadamente nuestras intuiciones compartidas acerca del lenguaje en general y de la interpretación jurídica, es importante tomar en consideración dos perspectivas: la sincrónica y la diacrónica. Resultaría extraño discutir que la comunidad interpretativa puede hacer que lo que antes (en el momento t1) era una interpretación correcta, ahora (en el momento t2) no lo sea. En este sentido, desde la perspectiva diacrónica las interpretaciones correctas pueden variar, lo que no impide que hagamos referencia a casos de error e interpretaciones correctas en cada uno de los momentos (esto es, si atendemos a la perspectiva sincrónica). Así, aunque haya cambios en las interpretaciones correctas, esto no varía la forma de analizar las interpretaciones previas, que dependían de las consideraciones de la comunidad en su momento. En relación con lo anterior, si bien desde el punto de vista sincrónico hay enunciados interpretativos verdaderos y los intérpretes individuales pueden equivocarse, desde la perspectiva diacrónica los instrumentos interpretativos pueden variar, si se producen los cambios correspondientes en la comunidad interpretativa.

Si, a partir de la naturaleza adscriptiva y cambiante de la interpretación no se puede concluir que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad, cabe preguntarse si podemos llegar a esa conclusión tomando en consideración el otro de los aspectos destacados por GUASTINI: que, desde la perspectiva sincrónica, existen múltiples instrumentos interpretativos disponibles. En este trabajo he presentado diversos argumentos en contra de considerar que la existencia, en los

³² Esta misma idea es sostenida por COLEMAN y LEITER (1995: 252), quienes distinguen entre objetivismo fuerte y mínimo, atendiendo a si las interpretaciones correctas pueden trascender a los participantes. En otras palabras, podríamos decir que hay una dependencia constitutiva de las creencias y actitudes de los miembros de una comunidad de intérpretes, lo que no supone que las interpretaciones correctas dependan de lo que considere cada uno de ellos. O, en términos de SEARLE, se trata de un fenómeno ontológicamente subjetivo pero epistémicamente objetivo (1995: 31 y ss.).

sistemas con los que estamos familiarizados, de múltiples instrumentos interpretativos nos conduzca a que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad. En este sentido he sostenido que: a) la existencia de múltiples instrumentos es en todo caso contingente, puede haber sistemas que carezcan de ellos; b) normalmente existen diferentes instrumentos, pero con respecto a determinados ámbitos o en relación con algunas disposiciones sólo se admite una interpretación; c) incluso en aquellos casos en que podríamos decir que los diferentes instrumentos desempeñan un papel, si atendemos a ellos hay un núcleo de supuestos regulados del mismo modo, que no resultan controvertidos. Pasar de destacar algo importante como es que hay diferentes instrumentos, a enfatizar que hay un marco de opciones entre las que el intérprete puede optar, como hace GUASTINI, supone exagerar el carácter problemático de algunos supuestos. Que en el sistema en su conjunto haya diferentes instrumentos no quiere decir que sea admisible emplearlos con respecto a cada una de las disposiciones y en cada uno de los casos. En otros términos, la existencia de casos difíciles no tiene incidencia en la solución de casos fáciles. En este sentido, su énfasis en la interpretación en abstracto y en la existencia de diferentes posibilidades interpretativas en virtud de los diferentes instrumentos nos conduce a una imagen distorsionada de la práctica. Sin embargo, incluso concediendo que las disposiciones expresan diversas normas en atención a los diferentes instrumentos, no habría obstáculo para considerar que GUASTINI es un autor cognoscitivist, precisamente porque su concepción daría cabida a la existencia de enunciados interpretativos que, recogiendo una disyunción de interpretaciones posibles en virtud de los diferentes instrumentos interpretativos, serían verdaderos³³.

Como señalé al comienzo del trabajo, es un hecho fácilmente constatable de las prácticas jurídicas con las que estamos familiarizados que hay diversos instrumentos empleados por los intérpretes. La cuestión es, no obstante, qué lectura hacemos de estos hechos. Dicha

³³ No obstante, en el esquema de GUASTINI estos enunciados no tendrían un carácter adscriptivo sino meta-interpretativo (esto es, descriptivo de interpretaciones de otros), por lo que no serían genuinamente interpretativos.

interpretación estará evidentemente condicionada por la teoría del derecho que se defiende y por cómo se entienda la labor del teórico que trata de reconstruir el fenómeno interpretativo. Por ejemplo, DWORKIN entiende que la práctica jurídica es una práctica argumentativa en que el propósito es la justificación de la coerción estatal. En su reconstrucción, los diferentes instrumentos interpretativos se emplean para encontrar la respuesta correcta. Y, para conocer cómo se emplean los instrumentos interpretativos y ser capaz de identificar la respuesta correcta, es necesario, afirma DWORKIN, ser un participante de la práctica. GUASTINI no fundamenta en este trabajo su interpretación de los hechos prominentes de la práctica como plasmando diversas opciones interpretativas -en lugar de, por ejemplo, defender que hay una respuesta correcta. Defiende que las disposiciones expresan múltiples normas conforme a los diversos instrumentos interpretativos, entre las que pueden optar los intérpretes, y que las diversas alternativas pueden ser descritas por el teórico. Hay por tanto un conjunto de interpretaciones posibles con respecto a las cuales el juez tiene discreción. En este punto, como he intentado destacar a lo largo del trabajo, la posición de GUASTINI se acerca a la de muchos positivistas de corte *hartiano*, puesto que el juez tiene un margen de discreción que viene dado por la propia práctica y además hay respuestas que no son correctas. Sin embargo, a diferencia de la vigilia, GUASTINI destaca la existencia de una pluralidad de instrumentos, que ofrecen al intérprete un conjunto de posibilidades interpretativas y que impiden hablar de enunciados interpretativos verdaderos. Como he tratado de mostrar, enfatizar que hay múltiples criterios que determinan diversas normas en abstracto nos conduce a una caracterización de la práctica jurídica que distorsiona el hecho de que contamos con numerosos casos no problemáticos, pero esto no convierte a GUASTINI en un no cognoscitivista. GUASTINI podría ser considerado un defensor del cognoscitivismo siempre que reconozca que los enunciados que recogen la disyunción de interpretaciones posibles son verdaderos y defiende además que, fuera del marco, hay interpretaciones incorrectas. En tal caso, GUASTINI sería un defensor, aunque pesimista, de la vigilia. No obstante, rechaza que haya enunciados interpretativos verdaderos enfatizando la noción de vigencia,

lo que parece conducirlo a que atender a opciones fuera del marco o considerar posibilidades distintas de la que se ha consolidado en la práctica no constituyen casos de error en sentido estricto. Pero entonces la posición de GUASTINI no puede distinguirse de la pesadilla y su énfasis en la existencia de una pluralidad de interpretaciones posibles se torna superfluo en el debate con la vigilia³⁴. GUASTINI no deja de ser, pese a sus intentos, un defensor sofisticado de la pesadilla.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de estudios constitucionales
- BIX, B., 1993: *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Oxford University Press
- COLEMAN, J. y LEITER, B., 1995: “Determinacy, objectivity, and authority”, en MARMOR, 203-278
- GARCÍA-CARPINTERO, M., 1996: *Las palabras, las ideas y las cosas*. Barcelona: Ariel
- GUASTINI, R., 2010: *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- GUASTINI, R., 2011: “Rule-scepticism restated”, en GREEN, L. – LEITER, B.: *Oxford Studies in Philosophy of Law, vol. 1*. Oxford: Oxford

³⁴ Esto es, el aspecto central del debate con la vigilia no parece ser si hay o no convergencias interpretativas y si estas son o no frecuentes. Si GUASTINI considera que no hay error aunque se opte por una interpretación fuera del marco, o por una distinta de la que se había consolidado -puesto que un juez, sobre todo si es de última instancia, puede apartarse de la interpretación dominante- es un claro exponente de la pesadilla. Dejaría constancia de ello el aceptar que una interpretación que en principio podría ser considerada como error no lo es si con posterioridad se genera el consenso adecuado. Pero defender lo anterior parece desvirtuar distinciones que son importantes en el esquema de GUASTINI, por ejemplo el contraste entre interpretación y creación. Sólo cabría entonces hablar de error en el sentido -débil- de que es probable que en el futuro los tribunales se aparten de la decisión. Defendiendo esto último, ROSS, 1958: 77.

- University Press. Citado por la traducción de ARENA, F., 2011: “El escepticismo ante las reglas replanteado”. En este número.
- HART, H., 1983: *Essays in Jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press
- HART, H., 1980: “El nuevo desafío del positivismo jurídico”. *Sistema*, 36: 3-18
- IGLESIAS, M., 1999: *El problema de la discreción judicial*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales
- KELSEN, H., 1960: *Teoría pura del derecho*, 2ª ed. Citado por la traducción de VERNENGO, R., 1982. México: UNAM
- KRIPKE, 1980: *Naming and necessity*. Cambridge, Mass: Harvard University Press
- MARMOR, A., 2005: *Interpretation and legal theory*, 2ª ed. Oregon: Hart Publishing
- MARMOR, A., 1995: *Law and interpretation*. Oxford: Oxford University Press
- MAZZARESE, T., 1991: “‘Norm proposition’: epistemic and semantic queries”. *Rechtstheorie*, 22: 39-70.
- MORESO, J., 1997: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales
- MORESO, J. – PRIETO SANCHÍS, L. – FERRER BELTRÁN, J., 2010: *Los desacuerdos en el derecho*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo
- PAPAYANNIS, D., 2010: “El aspecto interpretativo de la regla de reconocimiento”. Manuscrito inédito
- PUTNAM, H., 1975: “The meaning of “meaning””, en *Mind, Language and reality, Philosophical papers. Vol. 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 215-71
- ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*. Londres: Stevens & Sons. Citado por la traducción de CARRIÓ, G., 2005: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba

- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press.
Citado por la traducción de ORUNESU, C. - RODRIGUEZ, J., 2004: *Las reglas en juego*. Barcelona: Marcial Pons
- SEARLE, J., 1995: *The construction of social reality*. Nueva York: Simon and Schuster
- WITTGENSTEIN, L., 1953: *Investigaciones filosóficas*. Citado por la traducción de GARCÍA, A. - MOULINES, U., 2008. Barcelona: Crítica.

Anotaciones sobre Guastini

Michel Troper

Professeur émérite à l'Université de Paris Ouest Nanterre,
Membre de l'Institute Universitaire de France, Centre de Théorie
et Analyse du Droit - UMR CNRS 7074
Traducción de Federico José Arena

Riccardo Guastini presenta en su nuevo artículo una reformulación extremadamente interesante y estimulante de la teoría escéptica de la interpretación. Guastini propone una versión moderada de esta teoría y descarta la versión radical a la que denomina, siguiendo a Hart, “teoría de la pesadilla”.

Para quien, como yo, adhiere a la versión radical de la teoría escéptica, evidentemente no existen desacuerdos fundamentales respecto de las tesis de RG, sino solamente de matices. RG ha tenido ya la oportunidad de desarrollar sus ideas en otros escritos; sin embargo, en esta ocasión lleva a cabo una presentación novedosa, hábil y compleja, que hace que estos matices sean importantes, y que exige una discusión detallada.

Para proceder adecuadamente será necesario, antes de comenzar con la discusión, disponer de una definición de la tesis escéptica y de cada una de sus versiones, la moderada y la radical. En este sentido, he de señalar que la presentación que RG hace de la versión radical es una reconstrucción que, desde mi punto de vista, no se corresponde para nada con el modo de ver de los defensores de esa versión. En cuanto a la tesis moderada, ella en realidad no es expuesta de entrada, sino que,

en cambio, aparece a lo largo de la argumentación. Ello requiere que el lector la reconstruya paso a paso.

La originalidad de la presentación se encuentra en el hecho de estar dividida en dos partes: una teoría y una metateoría.

Bajo el título “teoría”, se describen y distinguen las diferentes operaciones que llamamos “interpretación” y las razones por las cuales se hacen estas distinciones; razones que tienen que ver con la indeterminación del derecho aplicable.

Bajo el título “metateoría” se examinan diferentes teorías de la interpretación, concebidas y reconstruidas como teorías semánticas. Estas teorías son objeto de una crítica detallada dirigida principalmente contra las teorías del significado que cada una de ellas presupone. Algunas de ellas presupondrían que el significado es cognoscible, otra, la teoría escéptica radical, que antes de la interpretación los textos jurídicos no poseen significado alguno.

Esta división entre teoría y metateoría, y sobretudo el orden de la presentación, poseen, creo, el siguiente inconveniente: para examinar los presupuestos de las teorías de la interpretación y criticarlos, sería necesario disponer de una definición de estas teorías que sea independiente de la propia teoría de la interpretación. Ahora bien, gran parte de las afirmaciones realizadas por RG en la segunda parte dependen directamente de las tesis enunciadas por RG en la primera. Por ejemplo, la idea según la cual la interpretación está ligada a, y resuelve las dudas producidas por, la indeterminación de los textos jurídicos, o la idea de que existe una diferencia entre interpretación y creación. De ello se sigue que el razonamiento es circular y deja la impresión de que las teorías criticadas en la segunda parte son solo culpables de contradecir las tesis enunciadas en la primera. En virtud de ello, esta segunda parte no se ubica en realidad en un nivel metateórico (excepto en cuanto se refiere a la teoría del significado), sino a un nivel simplemente teórico.

Dicho esto, podemos pasar a considerar los argumentos en detalle siguiendo el orden en el que son presentados.

1. Teoría

En la parte “teoría”, el autor comienza distinguiendo numerosos tipos de ambigüedad que afectan el término “interpretación”. A continuación RG se refiere a aquello que hace que la interpretación sea necesaria, a saber, la indeterminación jurídica.

1.1. Los tipos de ambigüedad

a) La interpretación haría referencia algunas veces a la atribución de un significado a un texto jurídico y otras veces a la inclusión de un caso en una clase de casos regulados por una norma.

RG subraya que se trata de una distinción lógica, puesto que una cosa es determinar, en un primer momento, el significado de un texto y otra cosa es determinar si se aplica a un caso concreto.

El autor concede que, psicológicamente, quizás las cosas funcionen de manera diferente e incluso que quizás los jueces procedan inversamente, es decir, subsumiendo primero el caso bajo una categoría, y determinando luego el significado del texto. Pero ello consiste meramente en una descripción de los procesos psicológicos del juez. RG estima por lo tanto necesario distinguir entre la interpretación de los textos y la interpretación de los hechos.

Sin embargo, podemos objetar que las dos operaciones se confunden, y ello no solo, tal como admite el mismo RG, en el plano psicológico (el orden en el que procedemos es claramente irrelevante), sino mas bien en el plano lógico. Retomemos el ejemplo clásico de los vehículos sobre el que razona RG. ¿Una bicicleta es o no un vehículo? ¿Una filosofía new-age es una religión? No es posible responder a estas preguntas examinando aquellos “hechos” que son bicicletas o que son la filosofía new-age. No podemos hacer otra cosa más que analizar las clases “vehículo” y “religiones” que preexisten a la clasificación. Todo depende efectivamente del significado de los términos “vehículo” o “religión” y sus significados son aquellos que son asociados a ciertos textos. Por otra parte, el juez podrá decir que la bicicleta es un *vehículo en el sentido del texto* que prohíbe a los vehículos entrar en un parque

público, pero que ella no es un vehículo en el sentido del derecho tributario o en el sentido de la legislación sobre la responsabilidad por accidentes de tránsito. Respecto de la interpretación de la norma sobre el parque se trata de un vehículo, si llamamos “vehículo” a todo aquello que rueda y que permite trasportar personas. No es un vehículo si usamos ese término para referirnos a las cosas que pueden presentar un peligro dentro de un espacio destinado al paseo.

El derecho administrativo francés distingue, tal como lo hace RG, la interpretación de los textos y la clasificación de los hechos, a la denominada “calificación jurídica de los hechos”, pero se trata simplemente de un intento para disimular el hecho que también en el segundo caso se interpretan textos. Ello puede verse usando el siguiente ejemplo: una ley de 1911 permitía a la administración rechazar un permiso para construir, si el inmueble proyectado era de una naturaleza tal que podía perjudicar una perspectiva monumental. Luego de que su pedido para construir en la plaza Beauvau de Paris fuera rechazado, el propietario del terreno atacó la decisión ante el Consejo de Estado. El Consejo de Estado la anuló sosteniendo que “la plaza Beauvau no podría ser considerada en su conjunto como formando parte de una perspectiva monumental”¹. Eso es todo en lo que consiste la justificación de la sentencia y en ello reside precisamente el interés del juez de presentar de este modo las cosas. El juez finge examinar la plaza Beauvau y de descubrir su naturaleza simplemente observando hechos, todo lo cual le permite eludir la justificación de su decisión y de analizar el significado literal de los términos, o la intención del legislador, o las consecuencias económicas de la solución elegida. En realidad, lo que hace, es contribuir a dar un significado a la expresión “perspectiva monumental” contenida en el texto de la ley. Es por ello que los manuales prácticos destinados a los abogados incluyen a menudo una lista de casos, de manera tal que sea posible, a partir de esas listas, inferir el significado de los textos. La clase “perspectiva monumental” es definida por extensión y la expresión designa el conjunto de perspectivas que así han sido clasificadas en el pasado.

¹ C.E., 4 abril 1914, Gomel (Rec., p. 488).

Es cierto, tal como lo dice RG, que la calificación jurídica de los hechos no termina en enunciados de la forma “El texto T significa S”, pero sería equivocado concluir sobre esta base que no se trata de una interpretación de un texto. Es necesario recordar que en el sistema francés se encuentra, desde 1790, oficialmente prohibido a los jueces interpretar la ley. Dado que no es posible aplicar la ley sin interpretarla, se ha debido presentar la interpretación como una “aplicación” y las decisiones judiciales han sido casadas por “errónea aplicación de la ley”. Es decir, se trata de un vicio que en otros sistemas habríamos podido llamar “errónea interpretación de la ley”. En efecto, si bien el dispositivo de la decisión no contiene un enunciado del tipo “El texto T significa S”, la serie de fórmulas “La plaza Beauvau no es una perspectiva monumental”, “La plaza X es una perspectiva monumental”, “La plaza Y es una perspectiva monumental” permiten individuar mediante generalización los caracteres que conducirían a subsumir una plaza dentro de la clase de las perspectivas monumentales y, de este modo, construir la fórmula “La expresión ‘perspectiva monumental’ incluida en el texto designa una plaza que posee las características siguientes...”.

Especialmente, las dos operaciones que distingue RG presentan dos características comunes esenciales, a saber, se trata de decisiones, y ellas no son consecuencia de la simple observación de los hechos.

Desde un punto de vista jurídico, se trata de decisiones. No poseen valor de verdad, pero, en tanto y en cuanto ellas emanan de una autoridad competente, se imponen jurídicamente. Del mismo modo en que es obligatorio aplicar la ley según el significado que el juez le ha dado al texto, es obligatorio tratar las bicicletas como vehículos si el juez ha decidido que son vehículos.

Por otro lado, la inclusión de un hecho en un clase depende de ciertas características, pero la lista de características que han de ser consideradas depende de una evaluación de la oportunidad de someter este hecho a un cierto régimen jurídico, tal como la elección de un método de interpretación de un texto. Asimismo, puede ser el caso que el “hecho” a incluir en una clase no sea un hecho material, sino un texto jurídico. Esto es lo que sucede cuando un tribunal constitucional examina la conformidad de una ley con la constitución. La conformidad depende

naturalmente del significado asignado a la constitución y al mismo tiempo del significado asignado a la ley sujeta a control por parte del tribunal. Para poder “subsumir” es necesario determinar el significado de un texto y esta operación no es menos constructiva que la precedente.

b) la segunda ambigüedad proviene del hecho que, por “interpretación”, se entiende a veces la identificación de los diferentes significados posibles de un texto, otras veces la elección por parte del juez de uno de esos significados y, otras veces, la atribución de un significado que no había sido identificado con anterioridad.

Antes de continuar, es necesario observar que el término ambigüedad es usado aquí en un sentido ligeramente distinto del párrafo precedente. Allí, se usaba para referirse a dos operaciones diferentes (atribución de significado e inclusión en una clase), ambas designadas por el lenguaje jurídico o por el lenguaje de la teoría del derecho con el mismo término (“interpretación”). Aquí, en cambio, se refiere unas veces a operaciones o funciones diferentes (conocer y decidir) y, otras veces, a la misma operación, pero concebida según teorías distintas. La ambigüedad en este caso no es un rasgo del término “interpretación”, sino de la operación a la que el término se refiere, en cuanto esa operación es objeto de teorías rivales. En este sentido, el término “interpretación” no es más ambiguo que el término “ballena”, que posee siempre la misma referencia aun cuando algunos creen que se trata de un pescado mientras otros prefieren incluir las ballenas dentro de la clase de los mamíferos. Es posible que algunos consideren que el juez, cuando lleva a cabo una “interpretación”, elige entre varios significados posibles, mientras que otros consideren que el juez atribuye al texto un significado que el texto no poseía antes de ese momento, e incluso otros que (como RG) consideran que el juez hace a veces una cosa y a veces la otra.

Si se tratara de una tesis sobre el lenguaje, podríamos contentarnos con observar el lenguaje ordinario y verificar si posee esas ambigüedades, sin que sea necesario examinar si el lenguaje común se equivoca. Intentaríamos establecer, por ejemplo, si es verdad que en el lenguaje común se emplea el término “interpretación” para designar una operación que consideramos en realidad una creación. Probablemente la conclusión sería negativa. La mayor parte de quienes

emplean el término piensan que la creación es algo diferente de la interpretación y se negarían a emplear el mismo término para referirse a ambas. Tal como el mismo Guastini afirma: “la interpretación creativa, tal como ha sido aquí definida, es un fenómeno algo raro”². ¿Por qué afirmar entonces que las ambigüedades pertenecen al lenguaje común? En realidad, únicamente aquellos que adhieren a alguna versión de la teoría realista sostienen que la interpretación es, al menos en parte, una creación y aceptan emplear el término en este sentido.

De este modo, lo que RG sostiene aquí no es realmente una distinción de varios significados del término “interpretación” en el lenguaje jurídico ordinario, sino una distinción teórica que él considera útil hacer entre distintas actividades.

Es por lo tanto necesario analizar la pertinencia de esta distinción, a partir de las preguntas siguientes:

- ¿Es verdadero que la identificación de los significados posibles de un texto es un acto de conocimiento?
- ¿Existe alguna diferencia entre la interpretación decisoria y la interpretación creativa?

Acerca del primer punto es indiscutible que existe una actividad, llevada a cabo por los comentaristas, los profesores de derecho, los abogados, y los jueces, que consiste en identificar los distintos significados posibles. Pero para que esta actividad pueda ser considerada como una actividad de conocimiento, sería necesario que estos significados posibles posean una determinada forma de existencia y que sea posible distinguir entre significados posibles y significados imposibles. Entiéndase bien, no es que esté prohibido denominar “significado posible” al significado que podemos determinar sobre la base de las reglas del lenguaje o los usos de una comunidad. Pero ¿por qué un significado que pueda ser obtenido independientemente de las reglas del lenguaje, como por ejemplo mediante referencia a la función social de la norma, o a una doctrina jurídica, o a una ideología diferente de los usos extendidos en una comunidad, no sería un significado “posible”?

² Ref. a Guastini.

¿No podríamos considerar como significado posible el que resulta de una interpretación conforme a la religión católica, al marxismo leninismo, o a la ideología nacional socialista? Si se respondiera afirmativamente, sería entonces necesario concluir que la lista de los significados posibles es infinita, porque no hay un significado tan alejado de las reglas del lenguaje y de los usos comunes, que no pueda ser asociado a una ideología cualquiera.

En cuanto a la diferencia entre la interpretación decisoria y la interpretación creativa, ella descansa sobre el presupuesto, bastante frágil como vimos, de que la lista de significados posibles no es infinita.

c) Bajo la rúbrica “tercera ambigüedad”, RG extiende la distinción precedente entre interpretación y creación oponiendo la interpretación propiamente dicha (la atribución de un significado a un texto) y la construcción jurídica, es decir el conjunto de operaciones dirigidas a hacer aparecer normas no expresas. Por norma “no expresa” RG entiende una norma que no puede ser considerada como el significado de un texto dado y que ha sido obtenida, no a partir de procedimientos lógicos, sino sobre la base de razonamientos fundados en teorías arbitrarias.

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, RG parece presuponer que la primer operación (la interpretación propiamente dicha) no es el producto de una construcción, como si el significado de los textos se encontrara directamente disponible al lector. Si se admite la distinción entre un enunciado y su significado, una distinción claramente esencial para la teoría guastiniana del derecho, entonces la distinción entre normas expresas y normas no expresas se desmorona. Una norma es expresa en tanto y en cuanto es considerada como el significado de un enunciado y solo puede serlo como resultado de un razonamiento interpretativo. Además, no existe ninguna diferencia entre la interpretación propiamente dicha y la construcción jurídica. Retomando su ejemplo del artículo 139 de la Constitución Italiana, los juristas que consideran que “la forma republicana del Estado” significa “democracia” seguramente están embarcados en una construcción, pero no más que aquellos que consideran que esta expresión significa solamente el rechazo de la monarquía hereditaria.

1.2. Los tipos de indeterminación

RG define el escepticismo ante las reglas como la idea, fundada sobre la indeterminación del derecho, según la cual es necesariamente falsa toda teoría que afirme que no existe más que una, y sólo una, interpretación correcta de un texto.

La idea de que la interpretación está dirigida a reducir la indeterminación, es decir, a reducir las dudas acerca del significado de los textos es, a decir verdad, bastante extraña. Tomada literalmente, equivaldría a la afirmación “*in claris cessat interpretatio*”, mientras que bien sabemos que, para poder afirmar que un texto es claro, es necesario haberlo interpretado. En realidad, esta idea parece incluso contradecir la definición misma de interpretación como “atribución de significado”. Quien interpreta no afirma en todos los casos que lo hace porque tiene una duda. Por el contrario, generalmente, sobre todo cuando la interpretación no es acompañada por una justificación, el intérprete afirma que el texto es perfectamente claro y que posee el significado en cuestión.

Claramente se podría sostener que no se trata más que de un ejercicio retórico destinado a disimular la ausencia de argumentos o el carácter arbitrario de la decisión. Pero, ¿sobre qué base podemos afirmar que el texto interpretado es en realidad indeterminado, a pesar de la afirmación del intérprete de que el texto es claro? Ello no puede hacerse de otra forma más que invocando propiedades generales de los lenguajes naturales.

En realidad, el escepticismo ante las reglas bien puede perfectamente abandonar esta idea de la indeterminación de los textos. Es cierto que la teoría escéptica consiste, tal como lo dice RG, en la idea de que la *one right answer thesis* es falsa. Pero si esa tesis es falsa, no es porque los textos poseen numerosos significados. Es falsa simplemente porque el juez posee el poder de atribuir al texto un significado cualquiera y porque esa atribución no es jurídicamente cuestionable, lo que hace de ella una interpretación válida. Poco importa entonces que los textos aparezcan como indeterminados o unívocos antes de la interpretación.

2. Metateoría

Bajo el título “metateoría” RG examina tres teorías de la interpretación jurídica, que reconstruye no como teorías psicológicas (dirigidas a determinar si la interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad), sino como teorías semánticas, es decir, teorías acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos.

2.1. A decir verdad, la oposición psicológica-semántica no parece aquí de gran utilidad. Las teorías que presentan la interpretación jurídica como un acto de conocimiento o de voluntad no son efectivamente teorías psicológicas, en el sentido de que pretendan describir procesos psicológicos reales. Cuando se sostiene que la interpretación es un acto de voluntad, no se pretende afirmar que el sujeto que interpreta es conciente de ejercitar su voluntad. No habría ningún inconveniente en admitir que, desde un punto de vista psicológico, un juez aplica real y sinceramente ciertos métodos para atribuir a un texto un cierto significado, que el cree así “describir”, y sostener, a la vez, que la interpretación es un acto de voluntad, puesto que el resultado al cual el juez llega, la atribución de un significado, no posee valor de verdad. De todos modos, la teoría de la interpretación como acto de voluntad es únicamente una teoría semántica en el sentido de RG.

Pero eso no es lo esencial. Lo esencial reside en la crítica que, desde un punto de vista metateórico, RG dirige a las tres teorías señaladas: el noble sueño, la pesadilla, y una teoría intermedia, la vigilia. Su crítica está principalmente dirigida contra la teoría del significado que cada una de ellas presupone.

Resumamos: las dos teorías del noble sueño y de la pesadilla admiten ambas, afirma RG, que la interpretación está dirigida al *conocimiento* del significado. Es por ello que ellas presuponen un significado susceptible de conocimiento. Pero este significado no puede ser ni el significado literal, ni la intención del legislador, ya que no es posible determinar ni el uno ni la otra de otro modo más que describiendo las prácticas interpretativas de una comunidad de

intérpretes. Si ello es así, entonces la descripción de un significado no es otra cosa más que la reconstrucción de estas prácticas y la teoría del significado no se distingue en nada de una teoría de la interpretación.

No podemos más que compartir estas críticas. Pero uno se espera que RG se sume a la tercera teoría, la teoría de la pesadilla, es decir, la teoría escéptica en su forma radical, según la cual los intérpretes auténticos pueden atribuir a los textos no importa qué significado que de todos modos producirá efectos jurídicos.

Ahora bien, si bien concede que esta teoría es verdadera en tanto que *descripción del modo de funcionar de (la mayoría de) los sistemas jurídicos actuales*³, RG sostiene que ella no posee ninguna consecuencia en cuanto se refiere a los textos jurídicos, puesto que esa teoría se limita a afirmar que los intérpretes poseen el poder *de facto* de apartarse de los significados existentes. La teoría escéptica radical sostendría o presupondría -RG parece dudar acerca de este punto- que no existe ningún significado antes de la interpretación.

Una tesis de este tipo, dice RG, es insostenible:

- en efecto, si ella fuera verdadera, no sería posible distinguir entre las frases que tienen significado y las frases que no lo tienen,
- tampoco sería posible distinguir entre una verdadera interpretación y una creación; y una distinción de este tipo sería esencial.

En consecuencia, el escepticismo según RG puede resumirse en las tesis siguientes:

- siempre es posible interpretar un mismo texto de múltiples maneras diferentes,
- no existe ningún criterio de verdad para los enunciados interpretativos.

2.2. Me parece, sin embargo, que estas conclusiones son débiles.

2.2.1. El enfoque metodológico adoptado aquí por RG, consistente en el análisis de los presupuestos de cada una de estas teorías de la

³ Ref. a texto de Guastini.

interpretación jurídica y en la búsqueda de esos presupuestos en una concepción del significado, es perfectamente legítimo. No obstante,

a) las tres teorías no poseen la misma relación con la teoría del significado. Si bien es cierto que algunas teorías de la interpretación son cognoscitivas en el sentido de que presuponen, o bien que los enunciados poseen un único significado (como en el caso del *noble sueño*), o bien, según la *teoría de la vigilia*, que al menos en ciertos casos poseen un significado objetivo de modo tal que los enunciados interpretativos pueden tener valor de verdad. Por el contrario, no es cierto que la teoría escéptica radical, la *pesadilla*, presuponga, como RG afirma al menos en dos ocasiones, que los textos no poseen ningún significado antes de ser interpretados.

Esta teoría no es para nada la aplicación al derecho de una teoría general de la interpretación, sino una teoría autónoma. Ella se limita a constatar, observando el funcionamiento del derecho positivo, que *desde un punto de vista jurídico*, los enunciados poseen el significado que les es atribuido a través del proceso de interpretación. La afirmación de que los textos no poseen un significado jurídico antes de ser interpretados constituye, no el presupuesto de la teoría escéptica radical, sino una simple consecuencia de ella.

Además, esta teoría no afirma que los textos serían simplemente incomprensibles antes de una interpretación oficial, lo que sería evidentemente absurdo puesto que somos capaces de comprender los más variados enunciados y de atribuirles uno o más significados, sino simplemente que el significado que le atribuimos no es una norma.

b) RG se aparta del punto de vista metateórico cuando le reprocha a la teoría radical su incapacidad para distinguir entre interpretación y creación. Este punto no constituye ya un presupuesto o un fundamento epistemológico de la teoría radical, sino simplemente una de sus tesis. Esta tesis puede ser verdadera o falsa, pero su valor de verdad no está atado a una teoría del significado.

c) Puede resultar sorprendente ver a RG rechazar una tesis que él mismo considera correcta en tanto que *descripción del modo de funcionar de (la mayoría de) los sistemas jurídicos actuales*, puesto que la principal -y quizás la única- cualidad que puede exigirse a una teoría de la

interpretación jurídica no es que diga algo sobre la esencia de la interpretación, sino que permita describir correctamente el derecho positivo.

2.2.2. Con relación al fondo de la crítica dirigida contra la teoría radical, RG concede que los jueces -y, debería agregarse, todos aquellos que, sin ser jueces, poseen el poder de dar una interpretación jurídicamente indiscutible- pueden dar a los textos el significado que deseen, pero ello significa simplemente, según RG, que los jueces “pueden *de facto* ignorar el significado pre-existente de los textos normativos”.

Esta afirmación es doblemente extraña. Por un lado, si el intérprete, por ejemplo una corte suprema, puede dar a un enunciado el significado que quiera, no es algo que suceda *de facto*, sino que tiene lugar porque el intérprete ha recibido la competencia y porque el orden jurídico hace que sus decisiones posean efectos jurídicos. No se trata de una tesis sociológica sobre las prácticas de las cortes supremas. La teoría escéptica no afirma que *de jure* estas cortes deben elegir entre numerosos significados posibles, sino que, *de facto*, ellas pueden descartarlos y dar al texto cualquier significado. La teoría constata que el orden jurídico, al otorgar a un intérprete la última palabra, le otorga también el poder de dar a los textos el significado que quiera.

Es posible que, en la mayor parte de los casos, los jueces se ajusten a las prácticas interpretativas habituales de la comunidad de juristas a la que pertenecen, pero esta constatación no pertenece a la teoría del derecho si no a la sociología. La teoría del derecho no busca saber qué es lo que hacen los hombres, si no aquello que según el derecho deben hacer o aquello que poseen el poder de hacer, aun si usan ese poder raramente.

Por otro lado, es el propio RG quien se muestra cognitivista en este punto al afirmar que las cortes supremas pueden descartar un significado pre-existente. Ello lo compromete con aceptar que existe un significado de este tipo y que es cognoscible. Sin dudas, RG tiene en mente el significado que correspondería a las prácticas interpretativas de una comunidad de juristas, pero este significado no es el significado que el

derecho positivo confiere a los textos, no es el significado con el que debemos tomar los textos.

¿RG es en definitiva un cognitivista? RG se preocupa por señalar que reconocer que existe un significado pre-existente es distinto de afirmar que existe un único significado, pero no precisa en qué consiste esa diferencia. Su posición parece similar a la de Kelsen (a quien se refiere oportunamente en el párrafo 1.1.), en cuanto este último distingue entre la interpretación científica y la interpretación auténtica y dice que la primera es una actividad de conocimiento. Podemos suponer que RG rechazaría admitir que es un cognitivista, no porque él llame cognitivista a quien piensa que existe un único significado pre-existente y no cognitivista a quien piensa que existen numerosos, sino porque dentro de su esquema los múltiples significados pre-existentes no son inherentes al texto, tal como lo quisiera la teoría del significado único, son solo significados posibles, correspondientes a las diferentes prácticas interpretativas usadas por una comunidad de juristas.

Esta defensa es perfectamente aceptable, pero me parece que entonces la teoría que nos es presentada no es una teoría de la interpretación jurídica, si por teoría de la interpretación jurídica entendemos una teoría que describe correctamente la naturaleza o los efectos de la interpretación en el derecho. En efecto, por mucho que sepamos que para cada texto existe una pluralidad de significados posibles, lo esencial es que el único significado, es decir la única norma válida es aquella que resulta de la decisión, cualquiera sea ésta, de una autoridad competente para interpretar.

RG dirá todavía que el conocimiento de los significados posibles es necesario para distinguir entre la genuina interpretación (la elección entre los significados posibles que se encuentran dentro del marco interpretativo) y la creación del derecho por el juez. Contra ello podemos alzar las siguientes objeciones:

- no existe ningún modo para redactar con certeza la lista de todos los significados posibles de un texto, de modo tal que sea posible afirmar que el significado elegido por el intérprete se ubica dentro o fuera del marco y que, en consecuencia, el intérprete ha llevado a

cabo una genuina interpretación o, por el contrario, ha creado una nueva norma.

- Y aun suponiendo que ello fuera posible, no tendría ninguna consecuencia sobre la validez de la operación del intérprete, como tampoco existiría, desde un punto de vista jurídico, ninguna diferencia entre una norma resultado de una genuina interpretación y una norma resultado de un acto de creación.

La historia constitucional francesa ofrece un buen ejemplo. En 1962 el Presidente de la República, el general De Gaulle, consideró necesario llevar a cabo una reforma de la Constitución para que a partir de ese momento el Presidente de la República fuese elegido por el sufragio universal. Sin embargo, el artículo 89 de la Constitución establecía un proceso de reforma en dos etapas. El proyecto de reforma debía, en primer lugar, ser adoptado por las dos asambleas en términos idénticos y luego sometido o bien a la aprobación del Parlamento, o bien a referéndum. El senado disponía así de un poder de veto y, teniendo en cuenta su composición, era bastante probable que en 1962 lo habría ejercido. Siguiendo este procedimiento la revisión habría sido imposible. Pero la Constitución incluía también el artículo 11 que permitía al Presidente de la República someter directamente a referéndum un proyecto de ley “relativo a la organización de los poderes públicos”. La casi totalidad de los juristas de la época consideraban que el artículo 11 no podía servir para reformar la Constitución. Sin embargo, esta fue la vía que De Gaulle utilizó, interpretando la expresión “organización de los poderes públicos” como sinónimo de “constitución”. Si por “significados posibles” se entiende aquellos que se corresponden con las prácticas interpretativas de la comunidad de juristas, De Gaulle evidentemente se salía del marco, pero él fue el intérprete auténtico en la medida en que su decisión no podía ser jurídicamente discutida. El referéndum tuvo lugar y el resultado fue positivo, y todos los presidentes de la República han sido posteriormente elegidos por sufragio universal.

Tenemos entonces que elegir entre las siguientes opciones:

- Afirmar que el recurso al referéndum era inconstitucional y que, en consecuencia, la ley constitucional de 1962 no es válida y que ninguna elección llevada a cabo sobre la base de esa ley

constitucional es válida, como tampoco es válido ninguno de los actos cumplidos por los presidentes que han sido elegidos a partir de ella. Todo lo cual sería claramente absurdo.

- Afirmar que, si bien no es válida, la reforma fue una revolución, un hecho o, en otros términos, que la ley constitucional del 62 entró en vigor sin ser válida. Sin embargo, más allá del hecho que la distinción entre vigor y validez se vería desprovista de toda consecuencia jurídica en cuanto las normas inválidas pero en vigor se aplicarían del mismo modo que las normas válidas, sería muy difícil, sino imposible, identificar aquellas normas. Además, respecto de cada una de esas normas sería posible encontrar teóricos que sostengan que se trata de normas inválidas puesto que el intérprete se ha salido del marco, y otros teóricos que sostengan que, por el contrario, se trata de normas perfectamente válidas porque el significado elegido era uno de los significados posibles. Es de temer que estas discrepancias de apreciación no serían más que el reflejo de las preferencias de cada uno de los teóricos, quienes se esforzarían por hacerlas prevalecer sobre las preferencias de los intérpretes auténticos. Esta actitud no es para nada diferente de aquella que consiste en llevar a cabo una evaluación moral sobre el derecho en vigor.
- Admitir simplemente que la interpretación válida es aquella que resulta de la decisión de un intérprete auténtico, cualquiera sea su contenido. Esto es precisamente a lo que puede resumirse, en mi opinión, la teoría escéptica. Es a partir de ello que se vuelve legítimo, desde un punto de vista positivista, describir y explicar las elecciones de los intérpretes sobre la base de sus preferencias, de los vínculos argumentativos que pesan sobre ellos y de las situaciones estratégicas en las que se encuentran.

Conclusión

Tal como bien lo dice RG, una teoría descriptiva de la interpretación jurídica no tiene ninguna necesidad de una teoría del significado, puesto

que ella misma es una teoría del significado en el contexto jurídico (2.4.). Por lo tanto es necesario considerar las teorías, no desde un punto de vista metateórico, si por ello entendemos la búsqueda de sus fundamentos y de sus presupuestos, sino apreciarlas simplemente según su relación con la realidad de la que buscan dar cuenta. Se trata aquí de saber cuál es la teoría que da cuenta de mejor manera de la interpretación jurídica.

Ahora bien, me parece bien que, tal como es formulada por RG, la teoría escéptica no cumple satisfactoriamente con esta función. En efecto, no basta con afirmar que existe una pluralidad de interpretaciones posibles y que es el intérprete quien elige entre ellas. Tampoco alcanza con agregar que esto es lo que por lo general hacen los intérpretes. Es necesario precisar además qué es lo que dispone el derecho para los casos en los que el intérprete elige un significado que no se encuentra en la lista de significados posibles. La respuesta, cuando se trata de un intérprete de última instancia, es que el derecho dispone que ese significado, cualquiera sea, debe ser considerado como el único significado del texto. La teoría escéptica replanteada es, o bien una teoría normativa (ella indica el modo en el que debería comportarse el intérprete), o bien una teoría descriptiva, pero descriptiva de las prácticas más extendidas, es decir, una teoría sociológica o, incluso, si afirma que la interpretación fuera del marco de los significados posibles no es válida, una teoría descriptiva del sistema jurídico, pero una teoría errónea.

Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado

Damiano Canale*

Universidad “L. Bocconi”, Milán

Traducción de Magdalena Ana Rosso**

1. ¿Una teoría de la interpretación jurídica presupone una teoría del significado?

En “El escepticismo ante las reglas replanteado”, Riccardo Guastini presenta una síntesis de su investigación en el campo de la teoría de la interpretación jurídica. Una investigación cuyos resultados, objeto con el correr de los años de continuos refinamientos, ofrecen al jurista y al filósofo del derecho innumerables puntos de reflexión.

En la primera parte del ensayo, Guastini distingue los diferentes significados que asume el término “interpretación” en el discurso de los juristas y señala bajo cuáles aspectos la interpretación constituye una respuesta al problema de la indeterminación del derecho. En la segunda parte del ensayo son discutidas, en cambio, las tres teorías de la interpretación que, a partir de la formulación ofrecida por Herbert Hart,

* damiano.canale@unibocconi.it

** Deseo agradecer además a Federico Arena, Francesca Poggi, Giovanni Tuzet y Vito Velluzzi por sus comentarios a una versión anterior de este ensayo.

polarizan el debate sobre el tema, a saber, la teoría cognitiva, la teoría escéptica y la, así llamada, teoría intermedia¹. Según Guastini, ninguna de estas teorías provee una descripción adecuada de la praxis interpretativa y por lo tanto ninguna puede, en rigor, presumir del título de “teoría”. La interpretación consiste, en realidad, en la atribución a un texto normativo de un significado, elegido entre aquellos que el texto interpretado puede asumir en base a las reglas del lenguaje, a las técnicas interpretativas aceptadas por la comunidad de los intérpretes y a las construcciones conceptuales elaboradas por la dogmática jurídica. Puesto que, en base a estos criterios, cualquier texto normativo puede asumir más de un significado, la elección del intérprete será inevitablemente discrecional y no podrá ser descripta como un acto cognoscitivo. En cambio, los significados que un texto normativo puede asumir son cognoscibles. Esto permite trazar el límite más allá del cual la interpretación, o sea la elección discrecional de uno de los significados posibles, se transforma en creación de normas jurídicas nuevas. Esta reconstrucción, en otro lugar llamada por Guastini “teoría escéptico-moderada de la interpretación”², por un lado hace propias algunas tesis fundamentales del escepticismo interpretativo, en particular aquella según la cual la interpretación con fines decisorios comporta siempre una elección discrecional por parte del intérprete; por otro lado permite

¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2da. Ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 124 y ss. Para una teoría cognitiva de la interpretación jurídica, esta última consiste en el conocimiento del único significado que un texto normativo posee antes e independientemente de su interpretación; para una teoría escéptica, en cambio, la interpretación consiste en la atribución a un texto normativo de un significado cualquiera, elegido discrecionalmente por el intérprete; para una teoría mixta, por último, en los casos fáciles el juez se limita a conocer el significado que posee el texto jurídico y que regula el caso, mientras en los casos difíciles el juez está obligado a interpretar, o sea a identificar discrecionalmente el significado a atribuir al texto interpretado.

² La expresión “teoría escéptico-moderada de la interpretación” se refiere, en realidad, a una familia de teorías que se distinguen entre ellas por el modo en que es caracterizado el marco de los significados admisibles de un enunciado normativo; Véase V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, en “Criminalia”, 2008, p. 494.

distinguir entre la interpretación de un texto normativo y la integración del derecho (denominada por Guastini “interpretación creativa”, “legislación intersticial” y “construcción jurídica”³), evitando así los resultados contraintuitivos a los que conduce la teoría escéptico-radical.

En esta intervención no discutiré en detalle las tesis apenas mencionadas ni analizaré las distinciones conceptuales sobre las que éstas se basan, presentadas por Guastini con la claridad y la precisión habituales. Concentraré la atención en un tema aparentemente secundario de “El escepticismo ante las reglas replanteado”, a saber, la relación entre teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado. Según Guastini, una teoría de la interpretación jurídica no necesita una teoría del significado para ser adecuadamente desarrollada⁴. Esto por dos razones:

1. Muy a menudo con la expresión “teoría del significado” -observa Guastini- nos referimos a un discurso prescriptivo, formulado con el objetivo de dirigir *ex ante* o de criticar *ex post* lo realizado por los intérpretes jurídicos, en particular los jueces. Un discurso de este tipo no posee, sin embargo, importancia alguna para el teórico de la interpretación jurídica. En efecto, el teórico está preocupado por conocer cómo interpretan de hecho los operadores jurídicos, no en indicar cómo éstos deberían o habrían debido interpretar.
2. Si con “teoría del significado” nos referimos en cambio a un discurso cognoscitivo, tal discurso no podrá más que identificarse con una teoría de la interpretación. Retomando las palabras de Guastini,

una teoría descriptiva de la interpretación es ella misma una teoría descriptiva del significado en contextos jurídicos (y, en

³ Guastini, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 31.

⁴ Guastini, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 50. La misma tesis es sostenida por Guastini, en modo más extenso y articulado, en *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, ahora en Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, pp. 165-174.

todo caso, la única teoría del significado admisible en contextos jurídicos)⁵.

Si ello es así, se entiende que una teoría de la interpretación no puede presuponer una teoría del significado, puesto que no se trata de dos discursos distintos, de los cuales uno constituye el presupuesto del otro, si no que se trata de un mismo y único discurso.

Esta tesis constituye un corolario de la crítica dirigida, en “El escepticismo ante las reglas replanteado”, contra la teoría cognitiva de la interpretación recordada en la introducción. Las teorías de la interpretación jurídica de corte cognitivo suelen en efecto ser justificadas, según Guastini, recurriendo a dos “teorías del significado”: 1) el significado de un texto jurídico consiste en el contenido literal de este último (teoría del significado literal); 2) el significado de un texto jurídico consiste en la intención de quien lo ha producido (teoría intencionalista). Estas “teorías” no describen, sin embargo, cómo son efectivamente identificados y atribuidos los significados de los textos normativos. Muy a menudo los jueces atribuyen a los textos normativos significados diferentes del literal o del correspondiente a la intención del legislador, suponiendo que éstos existan y sean cognoscibles. Estas presuntas “teorías” han de ser por lo tanto rechazadas, porque no describen la real praxis interpretativa si no que intentan sobre todo influenciarla. Dicho con otras palabras, estas teorías sirven de vehículo a un mal disimulado contenido normativo y, desde un punto de vista teórico, poco importa que ese contenido pueda o no ser compartido sobre la base de las convicciones éticas y políticas de cada uno. A partir de tales consideraciones se seguiría una irrelevancia todavía más general de las teorías del significado para la teoría de la interpretación, desde el momento que las primeras, si no son ya concebidas como discursos directivos, coinciden de hecho con la segunda.

Vale la pena observar cómo la tesis apenas considerada pareciera redimensionar radicalmente la relevancia, para la teoría del derecho, del debate filosófico alrededor de la noción de significado, y que ha

⁵ Guastini, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 50.

caracterizado a la filosofía del lenguaje desde Frege hasta nuestros días. En la medida en que este debate no se limita a dar cuenta de las concretas prácticas interpretativas que tienen lugar en una comunidad lingüística, no reviste interés teórico alguno, ni está en grado de captar la especificidad de las prácticas interpretativas en el campo del derecho.

Encuentro sin duda compatible esta última preocupación de Guastini. La interpretación de los textos jurídicos tiene características del todo peculiares, no reducibles a aquellas de la interpretación que tiene lugar en los contextos generalmente considerados por los filósofos del lenguaje, los cuales tienden a privilegiar los usos asertivos o descriptivos del lenguaje natural en contextos conversacionales, como si estos últimos constituyeran un modelo al cual cualquier otro contexto y uso lingüístico puedan ser al fin de cuentas asimilados.

Sin embargo, no comparto la reconstrucción propuesta por Guastini de la relación entre las teorías de la interpretación y las teorías del significado. En realidad, cualquier teoría de la interpretación presupone una teoría del significado, en un sentido de esta expresión que deberemos precisar, aun cuando una teoría del significado jurídico posea características peculiares, que no permiten asimilarla a las teorías del significado de los lenguajes naturales tradicionalmente elaboradas por los filósofos del lenguaje. El lenguaje jurídico, en efecto, tiene la función de guiar los comportamientos humanos y es (en parte) un lenguaje artificial, cuya estructura y contenidos están administrados autoritativamente⁶. Si se prescinde de este hecho, ninguna teoría del significado jurídico que sirva de base a una teoría de la interpretación podrá ser adecuadamente desarrollada.

En esta intervención intentaré en primer lugar evidenciar por qué toda teoría de la interpretación presupone una teoría del significado. Intentaré luego, en segundo lugar, reconstruir brevemente la teoría del significado implícitamente utilizada en “El escepticismo ante las reglas

⁵ De “natura *amministrata* del linguaggio giuridico”, si bien en un sentido distinto de aquel propuesto en el texto, habla M. Jori, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, en P. Comanducci-R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 129.

replanteado”, evidenciando cómo en realidad el discurso de Guastini presupone dos teorías, entre ellas incompatibles. Este hecho, como veremos, vuelve ambigua la teoría escéptico-moderada, una ambigüedad que es posible poner a la luz analizando la noción de marco de significados admisibles. Si así están las cosas, Guastini debe elegir entre dos posibles especificaciones de su teoría de la interpretación, cada una de las cuales, por un lado, presuponen explicaciones alternativas del funcionamiento del lenguaje y, por otro lado, implican dos modos distintos de concebir el límite entre interpretación e integración del derecho.

2. Dos tipos de teoría del significado

Según Guastini, una teoría descriptiva del significado -la única a la que puede, con rigor, darse el nombre de teoría- consiste

simplemente en reconstruir las prácticas interpretativas de una determinada comunidad de intérpretes, por ejemplo, de los hablantes del español (del italiano, del francés, etc.) en sus conversaciones diarias, cuando leen novelas o periódicos, escuchan la radio, etc.⁷.

Debe advertirse que la expresión “reconstruir las prácticas interpretativas” es ambigua. En nuestro contexto de discusión, por “reconstrucción de las prácticas interpretativas” se puede entender:

- (a) la identificación y la clasificación de los significados atribuidos (o atribuibles) a un texto normativo;
- (b) una explicación de qué es el significado de un texto normativo.

Estos dos tipos de discurso son distintos pero se relacionan entre sí. Son distintos porque la identificación y la clasificación de los significados atribuidos a un texto no explican en qué consiste para el texto en cuestión tener un significado, si no que dan tal explicación por descontada⁸. Están

⁷ Guastini, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 48.

⁸ Se podría quizás decir, en la perspectiva de Guastini, que una enumeración de los significados atribuidos es un ejemplo de aquello en lo que consiste para un

relacionados porque no es posible identificar y clasificar los significados atribuidos o atribuibles a un texto sin conocer las condiciones de identidad de los significados. Estas condiciones de identidad son necesarias para la identificación del significado y constituyen, tradicionalmente, el objeto de una explicación filosófica de este último.

Los dos tipos de discurso acerca del significado (identificación y clasificación, por un lado, explicación, por el otro) pueden en efecto ser reconducidos a dos contenidos diferentes de la expresión “teoría del significado”, contenidos a los que, en el debate filosófico en lengua inglesa, suele hacerse referencia utilizando dos términos distintos, *meaning-theory* y *theory of meaning*⁹.

Una *meaning-theory* constituye el resultado de una investigación empírica y consiste en la identificación, clasificación y especificación de los significados asumidos por los términos y las expresiones de una cierta lengua objeto, como por ejemplo el inglés o el italiano. Se la puede concebir como una suerte de detallado manual de traducción que registra el comportamiento lingüístico de los miembros de una comunidad de hablantes y obtiene, a partir de éste, los estándares de uso de los términos y de las expresiones de una lengua.

Una *theory of meaning* constituye, en cambio, el resultado de una investigación de tipo filosófica y consiste en la respuesta a la pregunta siguiente: ¿en qué consiste para una expresión lingüística el tener un significado? Esta pregunta resume, tradicionalmente, al menos tres cuestiones distintas: (1) ¿a qué género de objetos pertenecen los significados? (2) ¿qué tipo de conocimiento es requerido para comprender los significados? (3) ¿en virtud de qué cosa las expresiones de una lengua poseen un determinado significado? La respuesta al problema (1) entra en el campo de estudio de la ontología y se refiere a las condiciones de identidad de los significados; el problema (2) es en

texto el tener significado. Se trata de un ejemplo que, de todos modos, presupone lo que se propone ejemplificar, o sea las condiciones de identidad de los significados lingüísticos.

⁹ La distinción entre *meaning-theories* y *theories of meaning* se debe a M. Dummett, *What Is a Theory of Meaning? (I)*, ahora en Id., *The Seas of Language*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 1-22.

cambio de tipo epistemológico y está hoy en el centro de numerosos debates filosóficos, tanto acerca de la relación entre semántica y pragmática como acerca de la naturaleza de la competencia lingüística; el problema (3), finalmente, reenvía a consideraciones que podríamos llamar, genéricamente, causales y está en la base de los programas actuales que persiguen la naturalización de la filosofía del lenguaje.

Ahora bien, cuando Guastini usa la expresión “teoría del significado” y afirma que, entendida como discurso descriptivo, coincide con una teoría de la interpretación, parece a primera vista referirse a una *meaning-theory*, o sea a la identificación y clasificación de las reglas de uso de los términos y de las expresiones pertenecientes al lenguaje de las fuentes.

Sin embargo, en base a lo observado hasta aquí, toda *meaning-theory* presupone una *theory of meaning*. En efecto, un lenguaje natural contiene, potencialmente, un número infinito de términos y de expresiones lingüísticas. Para especificar el significado de cada término y expresión no es suficiente, por lo tanto, desarrollar una investigación empírica, que tenga por objeto regularidades lingüísticas observables, si no que es necesario fijar, como una hipótesis de trabajo, las condiciones de identidad de los significados, investigando además qué tipo de comportamiento, habilidad o conocimiento implica el tratar a una expresión como dotada de significado y/o cuáles circunstancias concurren a hacer que tal expresión adquiera un cierto significado. Solo bajo estas condiciones la investigación empírica podrá producir resultados determinados y dar respuestas interesantes a los problemas que estamos considerando. En breve, para construir una *meaning-theory* el estudioso debe hacer uso -en modo explícito o implícito, consciente o inconscientemente- de una *theory of meaning* que dé una explicación general del funcionamiento del lenguaje.

Es necesario preguntarse, por lo tanto, por qué razón Guastini no considera este aspecto de la cuestión y, más aún, niega la relevancia de una *theory of meaning* para la elaboración de una genuina teoría de la interpretación jurídica. Me parece que este problema puede encontrar dos respuestas diferentes e igualmente plausibles dentro del discurso de Guastini.

La primera respuesta podría ser la siguiente, las *theories of meaning* no son discursos filosóficos rigurosamente analíticos y descriptivos; su

objeto, además, no está claramente definido. Conviene por lo tanto desconfiar de este tipo de discursos, ya que existe el riesgo de que escondan posiciones de tipo ideológico y, de todos modos, no son necesarios para la construcción de una teoría de la interpretación. Retomaré esta tesis en la última sección de este ensayo; quisiera aquí en cambio concentrarme en una respuesta alternativa al problema, ciertamente más interesante que la primera. Si dejamos de lado una genérica desconfianza con respecto a las *theories of meaning* usualmente desarrolladas por los filósofos, la razón de la posición de Guastini podría ser, en cambio, de tipo exquisitamente filosófica. Vista de cerca la tesis de la irrelevancia de una teoría del significado, para el desarrollo de una teoría de la interpretación, presupone, en efecto, una explicación general del funcionamiento del lenguaje. Se podría entonces decir que, al afirmar la irrelevancia de una *theory of meaning* para el estudio teórico de la interpretación, Guastini de hecho adhiere, implícitamente, a una *theory of meaning*¹⁰.

¿Cuáles son sus contenidos?

¹⁰ Según Pierluigi Chiassoni la tesis en base a la cual “a los fines de una teoría de la interpretación jurídica (...) no es necesario recurrir a alguna teoría del significado”, no puede ser entendida literalmente. Se trata sobre todo de una tesis epistemológica, según la cual el conocimiento jurídico es asimilable a una forma de “sociología descriptiva” que incluye “un trabajo de reconstrucción conceptual de los fenómenos interpretativos, con la finalidad de elaborar un modelo representativo claro” (P. Chiassoni, *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, en P. Comanducci-R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto 1998*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 47-48). Mi tesis en esta intervención es que el trabajo de reconstrucción conceptual, necesario para elaborar un modelo claro de los fenómenos interpretativos, puede ser llevado a cabo solamente con el auxilio de una *theory of meaning*, en el sentido especificado en el texto. Sobre este punto véase también M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise*, en P. Comanducci-R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2000*, Torino, Giappichelli 2000, pp. 15 y ss. Sobre la relación entre teorías del significado y teoría de la interpretación véase también V. Villa, *Interpretazione giuridica e teorie del significato*, en L. Gianformaggio-M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 803-853.

Ha de notarse que la tesis aquí propuesta es en realidad compatible con aquella defendida por Guastini. El enunciado “a los fines de una teoría de la

3. Una comparación entre dos familias de teorías

Son innumerables las explicaciones filosóficas que, en el debate contemporáneo, compiten por explicar el funcionamiento de los lenguajes naturales. Se trata de una “competición” de la cual no es fácil dar un resumen, porque cada *theory of meaning* se introduce dentro de programas de investigación distintos, que focalizan la atención sobre aspectos diferentes del lenguaje y desarrollan con este objeto instrumentos conceptuales no siempre comparables entre sí.

A nuestros fines, sin embargo, es suficiente notar, en términos generalísimos, cómo las diferentes *theories of meaning* pueden ser clasificadas en dos grandes familias, las *teorías proposicionales* y las *teorías interpretativas*, que representan dos enfoques filosóficos distintos del problema del significado. Consideremos estas familias con mayor detalle¹¹.

interpretación jurídica (...) no es necesario recurrir a alguna teoría del significado” es en efecto ambiguo. Este enunciado puede significar “ninguna de las teorías del significado actualmente disponibles en la literatura resulta necesaria para construir una teoría de la interpretación jurídica”, o bien “para construir una teoría de la interpretación jurídica no es necesario recurrir a una teoría del significado, en cualquier modo que sea ésta concebida”. En la primera acepción de sentido, la expresión “teoría del significado” recurre como *token*; en la segunda acepción de sentido, en cambio, la misma expresión recurre en cambio como *type*. A la luz de la reconstrucción aquí propuesta, por lo tanto, la tesis de Guastini es errónea si la expresión “teoría del significado” es usada como *type*; la tesis es en cambio correcta si la misma expresión es usada como *token*.

¹¹ Se podría objetar que falta aquí mencionar una tercera familia de teorías del significado, no menos importante respecto a aquellas apenas mencionadas, a saber, la familia de las teorías del significado como uso inspiradas en la filosofía de Ludwig Wittgenstein. Ahora bien, aun cuando la idea de que los significados dependan de los usos lingüísticos se encuentre hoy ampliamente difundida también entre los juristas, el concebir el significado de una palabra “como su uso en el lenguaje” (L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1995, § 43) tiene consecuencias relevantes sobre el modo mismo de abordar el estudio del lenguaje, que excluyen la posibilidad de que una teoría del significado, concebida como sea, pueda llevar a cabo la función cognitiva

3.1. Teorías proposicionales del significado

Según este primer enfoque filosófico, los significados son entidades complejas que permiten que las expresiones de un lenguaje entren en relación con objetos, estados de cosas, eventos en el mundo. Tales entidades son concebidas en modos muy diferentes por las *theories of meaning* que pertenecen a esta familia. A título puramente ejemplificativo, los significados son a veces descriptos como objetos realmente existentes situados en un mundo distinto del físico¹²; como meras estipulaciones internas de una teoría que proporcionan los recursos lingüísticos suficientes para describir los fenómenos observados con ciertos fines prácticos¹³; como convenciones que guían los usos del lenguaje dentro de una cierta comunidad¹⁴; incluso, como eventos cognitivos o intencionales que tienen lugar cuando los hablantes predicen propiedades o relaciones entre entes o entre estados de cosas¹⁵.

que le viene comúnmente atribuida. Si se acoge una concepción del significado como uso, en efecto, desaparece la posibilidad de dar una explicación *general* del funcionamiento del lenguaje, algo que en cambio pretende lograr una *theory of meaning*. El estudioso deberá conformarse con explicaciones locales, focalizadas en algunas semejanzas de familia entre usos lingüísticos particulares. Una concepción del significado como uso, además, excluye la posibilidad de que la comprensión del significado de una expresión lingüística permita dominar sus aplicaciones futuras, volviendo por lo tanto falta de utilidad e interés cualquier *meaning-theory*. Estando así las cosas, no se puede considerar esta posición filosófica como una teoría del significado junto a otras, dado que ésta lanza un ataque radical a la idea misma de teoría. Esto explica por qué cuando los teóricos del derecho y los juristas afirman que el significado depende del uso, en realidad están pensando en una teoría proposicional o una teoría interpretativa del significado, *pace* Wittgenstein.

¹² G. Frege, *Der Gedanke. Eine logische Unitesuchung*, “Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus”, 1, 1918, pp. 58-77.

¹³ R. Carnap, *Meaning and Necessity*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1956, pp. 205 y ss.

¹⁴ D. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 160 y ss.

¹⁵ S. Soames, *What Is Meaning?*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

Según esta perspectiva filosófica, los significados son por lo tanto anteriores a cada una de las instancias particulares de uso del lenguaje y el conocimiento que implica tratar a una expresión como dotada de significado es de tipo proposicional. Estas consideraciones pueden ser extendidas también a los enunciados deónticos, los cuales se prestan a ser descritos como compuestos de una parte referencial, constituida de una proposición, a la cual se agrega una parte no referencial (expresiones como “es obligatorio que”, “se debe”, etc.), que explicita el acto lingüístico cumplido al pronunciar el enunciado deóntico completo¹⁶. Esta familia de teorías, además, no reconoce a los significados propiedades causales; no obstante, se considera que los significados dependen de los contextos de comunicación lingüística, los cuales contribuyen a su determinación y a su completamiento cuando sea necesario. Por cuanto concierne, finalmente, a la relación entre significado e interpretación, este enfoque filosófico no permite concebir a los significados como el producto de una actividad interpretativa. Si bien el término “interpretación” puede designar tres actividades distintas, cada una de ellas presupone la existencia de los significados. Así, interpretar puede querer decir, o bien conocer los significados, o bien reducir su indeterminación, o bien seleccionar los significados adecuados para conseguir determinados fines prácticos. Por lo tanto, una teoría del significado no coincide con una teoría de la interpretación, sino que esta última presupone la primera.

Es oportuno en este punto preguntarse, ¿este enfoque filosófico es idóneo para dar cuenta de los significados jurídicos? Dicho de otro modo, ¿una teoría de los significados jurídicos puede asumir la forma de una teoría proposicional del significado?

Bajo ciertos aspectos parecería que sí, la explicación del funcionamiento del lenguaje ofrecida por este enfoque es coherente con algunas intuiciones difundidas entre los juristas y los teóricos del

¹⁶ R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1991; C.E. Alchourrón-E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions and the Foundation of Ethics*, Springer, Dordrecht, 1981, pp. 95-124.

derecho. Comprendemos el significado de un texto normativo sobre la base de su estructura sintáctica y de las propiedades semánticas de las palabras que lo componen. Tales propiedades son reconocidas en términos y expresiones por una comunidad lingüística y constituyen el resultado de convenciones, estipulaciones, eventos cognitivos o intencionales susceptibles de ser analizados y descriptos. Tales convenciones, estipulaciones o eventos, a su vez, individualizan los *significados estándar* de una expresión lingüística, o sea los significados que tal expresión asume con mayor frecuencia, o sea (en el caso que se reconozcan propiedades normativas a los significados) los significados correspondientes a las reglas de uso del lenguaje¹⁷. Se trata de significados públicos, compartidos por los hablantes en cada una de las instancias de uso de los términos y expresiones; significados que hacen posible y guían la comunicación lingüística. Esto no implica que un término o una expresión lingüística pueda asumir un único significado, y por lo tanto que un enunciado interpretativo de forma “T significa S”, usado por el juez en modo adscriptivo, pueda ser considerado verdadero o falso. Una teoría proposicional del significado sirve incluso para explicar por qué una misma expresión lingüística asume de hecho más significados, como también por qué un mismo significado puede ser expresado por expresiones lingüísticas diferentes. La noción de significado estándar individúa simplemente la clase de significados que pueden ser expresados mediante un texto o una preferencia.

Por otro lado, sin embargo, una teoría proposicional del significado oscurece algunas características peculiares del lenguaje jurídico. En primer lugar, pone en segundo plano la función adscriptiva que, en sede decisoria, llevan a cabo los enunciados interpretativos; privilegiando el papel desempeñado, en la comunicación lingüística, por el contenido proposicional de tales enunciados y el carácter público de este último. Bajo el perfil lógico, sin embargo, los enunciados interpretativos pueden llevar a cabo una función adscriptiva más allá de los significados estándares. En este sentido, el proferir “T significa S”, por parte de un

¹⁷ Sobre la noción de significado estándar véase D. Marconi, *A che cosa serve il significato*, “Rivista di filosofia”, 102 (1), 2011, pp. 29-46.

juez en sede decisoria, constituye un acto “feliz” de atribución de significado. Un acto que desempeña la propia función comunicativa, más allá del hecho que S entre en la categoría de los significados estándar de T. Incluso más, la atribución de significado es capaz de generar estándares semánticos. Esto conduce a dudar de la necesidad de recurrir a las nociones de “lenguaje público” y “significados compartidos” para explicar por qué un texto normativo posee un determinado significado. La existencia de significados compartidos parece, en efecto, no ser una condición necesaria o suficiente para el funcionamiento del lenguaje en el contexto jurídico. Eso no impide, obviamente, que los textos normativos sean de hecho interpretados en modo similar por los operadores jurídicos. Banalmente, vale la pena recordar que del hecho de que los intérpretes se comporten de manera similar no está justificado inferir que existan significados compartidos; tanto como el hecho de que los sistemas cardiovasculares humanos sean similares entre sí no nos autoriza a hablar de un sistema cardiocirculatorio público¹⁸.

3.2. Teorías interpretativas del significado

Según un enfoque interpretativo del problema del significado para explicar el funcionamiento del lenguaje no es necesario concebir ningún misterioso intermediario -los significados, las proposiciones, las normas u otra cosa- entre las expresiones lingüísticas y aquello con lo que estas últimas se relacionan¹⁹. Las nociones familiares de verdad, referencia, eficacia y satisfacción son más que suficientes para desempeñar este papel explicativo. Dado un enunciado interpretativo “T significa S”, utilizado en función cognitiva, podemos, por ejemplo, construir un enunciado equivalente de la forma “T es verdadero si y solo si S”, donde S constituye la interpretación o traducción de T a un determinado

¹⁸ Véase N. Chomsky, *Explaining Language Use*, en Id., *New Horizons in the Study of Language and Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 19 y ss.

¹⁹ Véase W.V.O. Quine, *Philosophy of Logic*, 2da ed., Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986, cap. 1.

lenguaje objeto. Si S es una interpretación o traducción *adecuada*, capaz de satisfacer las condiciones de verdad de T, entonces este bicondicional será capaz de desempeñar todas las funciones explicativas que normalmente se exigen a una teoría del significado. Así, la noción de significado cognoscitivo puede ser eficazmente reemplazada por la noción de condición de verdad, y por lo tanto las tareas de la *theory of meaning* podrán ser adecuadamente llevadas a cabo por una *theory of interpretation*. Este tipo de análisis, visto de cerca, puede ser extendido a los enunciados interpretativos utilizados en función adscriptiva en el caso que se les reconozca el valor semántico de la eficacia, parasitario respecto al de verdad. En este caso, el enunciado “T significa S” es equivalente a “T es eficaz si y solo si S”, donde S expresa la obediencia, la observancia, el cumplimiento o la satisfacción de T por parte de sus destinatarios²⁰. Se sigue que la noción de significado normativo puede ser felizmente sustituida por la noción de condición de eficacia, y que la función explicativa tradicionalmente atribuida a una *theory of meaning* puede ser llevada a cabo, también en el análisis del lenguaje normativo, por una *theory of interpretation*.

Es importante subrayar cómo, ya sea en el caso de los enunciados cognoscitivos o en el caso de los enunciados normativos, la adecuada interpretación o traducción S de T constituye una cuestión de hecho, que depende de los comportamientos y de las actitudes observables de quien usa el lenguaje²¹. Una teoría de la interpretación, para desempeñar el papel que se le atribuye, deberá por lo tanto comenzar por la observación empírica de la interacción lingüística entre los hablantes y extraer de ésta un modelo capaz de explicar por qué la emisión de una determinada preferencia provoca una determinada reacción en su destinatario, qué tipo de actividad y de conocimiento están implicadas

²⁰ Véase J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 24 y ss. Véase también B. Celano, *Efficacia, anti-realismo, interpretazione*, en P. Comanducci-R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 229-247.

²¹ D. Davidson, *Radical Interpretation*, en Id., *Inquires into Truth and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 125-140.

en este hecho, y, en definitiva, por qué la comunicación lingüística funciona.

Los modelos explicativos desarrollados por los filósofos del lenguaje con este objetivo son bastante diferentes. El éxito de la comunicación puede ser explicado sobre la base de una serie de hipótesis, formuladas implícitamente por los hablantes, en mérito a cómo el interlocutor usará el lenguaje (*teoría anterior*), y por ulteriores hipótesis acerca del modo en que el interlocutor está de hecho usando el lenguaje (*teoría transitoria*), en modo tal de adaptar continuamente las hipótesis de partida del hablante al desarrollo del intercambio lingüístico²². El mismo fenómeno puede ser explicado también en términos “contractuales”, la interacción entre los hablantes se basa sobre estipulaciones y acuerdos implícitos, alcanzados en cada intercambio lingüístico o serie de intercambios lingüísticos. Acuerdos mediante los cuales se introducen nuevos términos, se asignan nuevos significados a términos ya en uso o se utilizan significados concordados con anterioridad, según las circunstancias²³. Una teoría interpretativa del significado es además capaz de dar cuenta de las variables contextuales que condicionan la comunicación y de los diferentes tipos de actos lingüísticos cumplidos al pronunciar un enunciado, gracias al soporte ofrecido por la lógica modal y por la noción de mundo posible. En efecto, el “significado” de un enunciado puede ser descripto como una función, de mundos posibles a valores de verdad²⁴, en la cual el contexto se corresponde con las características relevantes del mundo en el cual el enunciado es verdadero o eficaz, mientras el tipo de acto lingüístico realizado por los hablantes se corresponde con una relación de ajuste entre mundos.

Vale la pena notar que según este enfoque filosófico los “significados” no son el presupuesto de la interpretación, por el contrario, lo que

²² D. Davidson, *A Nice Derangement of Epitaphs*, en Id., *Truth, Language and History*, Oxford, Clarendon Press, 2005, pp. 89-125. La competencia semántica de los hablantes consiste, en este caso, en su capacidad de elaborar teorías transitorias y eficientes.

²³ P. Lidlow, *Cheap Contextualism*, “Philosophical Issues”, 18, 2008, pp. 104-129.

²⁴ J. Barwise-J. Perry, *Situations and Attitudes*, Cambridge (MA), MIT Press, 1983.

comúnmente llamamos “significado” constituye el resultado de un acto interpretativo. El conocimiento primario implicado en la comprensión del lenguaje no es por lo tanto de tipo proposicional (*knowing-that*) sino de tipo práctico (*knowing-how*), consiste en la habilidad para responder adecuadamente a los estímulos lingüísticos provenientes de los demás, volviéndolos así significantes; una habilidad práctica de la cual a su vez depende el conocimiento de tipo proposicional. Al mismo tiempo, si bien los significados, como tales, no existen y no poseen por lo tanto propiedades, la función explicativa que tradicionalmente se les atribuye puede ser llevada a cabo por relaciones de tipo causal, dado que éstas últimas se demuestran capaces de explicar la interacción lingüística. Debe advertirse, además, que este enfoque no considera la existencia de convenciones lingüísticas y de un lenguaje público como una condición necesaria o suficiente de funcionamiento del lenguaje. Es decir, existen solamente situaciones comunicativas singulares o locales, a menudo relacionadas entre sí, que pueden ser descritas en términos pragmáticos y que pueden ser explicadas por una teoría de la interpretación adecuadamente formulada, sin que sea necesario traer a colación las nociones de lenguaje público y de significados compartidos.

También en este caso vale la pena preguntarse, ¿el enfoque filosófico apenas esbozado es capaz de dar cuenta del funcionamiento del lenguaje jurídico? A primera vista la respuesta parece ser positiva. Si un análisis veritativo-funcional puede ser extendido a los enunciados normativos -no con referencia a su presunto contenido proposicional si no a su eficacia, la cual, a diferencia de las proposiciones, es empíricamente observable-, entonces una teoría interpretativa del significado da claramente cuenta del funcionamiento del lenguaje jurídico, y permite poner en primer plano las diferentes funciones (cognitiva, propositiva, adscriptiva, etc.) que los enunciados interpretativos desempeñan en cada uno de los diferentes contextos en que son usados²⁵. Sin embargo, asumir este punto de vista hace más problemático explicar la regularidad

²⁵ Para una tipología de los enunciados interpretativos basada en la función enunciativa que desempeñan véase Chiassoni, *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, cit., pp. 23 y ss.

de los comportamientos lingüísticos de los intérpretes, o sea, dar cuenta del hecho que los intérpretes tienden a adecuarse a los significados estándares que, bajo esta perspectiva, son meramente accidentales y contingentes²⁶.

3.3. Algunas observaciones al margen

Las características de estas dos familias de *theories of meaning* merecen algunas observaciones con referencia al tema de nuestra investigación:

- (a) Ni de un enfoque proposicional ni de un enfoque interpretativo de la teoría del significado se sigue que exista una relación biunívoca entre un texto y una de sus interpretaciones. Es decir, a un texto T no corresponde necesariamente una y solo una interpretación I, así como a una interpretación I no corresponde necesariamente uno y solo un texto T. Al negar la relevancia de una teoría del significado para la teoría de la interpretación, Guastini parece al contrario movido por una preocupación de signo opuesto, a saber, inevitablemente el recurso a una teoría del significado volvería la noción de significado independiente de la noción de interpretación, al punto de poner en discusión algunos axiomas de la teoría escéptico-moderada, tales como la distinción entre disposición y norma, y el hecho de que cualquier disposición expresa potencialmente numerosas normas. En base a cuanto hasta aquí hemos observado, esta preocupación no se encuentra sin embargo justificada. Tanto las teorías proposicionales como las teorías interpretativas del significado no ponen en duda la pluralidad semántica y pragmática de los enunciados lingüísticos, ni el carácter discrecional de las elecciones interpretativas.

²⁶ Para una discusión profunda sobre este problema véase D. Marconi, *La competenza lessicale*, Roma-Bari, Laterza, 1999. Según numerosos autores las semejanzas y las regularidades de uso del lenguaje son más que suficientes para justificar el recurso a la noción de lenguaje público y significados compartidos. Véase M. Devitt, *Ignorance of Language*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 163 y ss.

- (b) Los discursos que Guastini llama “teoría del significado”, o sea la teoría del significado literal y la teoría intencionalista recordadas anteriormente, no presentan ni las características de una *meaning-theory* ni aquellas de una *theory of meaning*. En efecto, estos discursos no proveen, ni una clasificación de las interpretaciones efectuadas por los juristas, ni una explicación del funcionamiento del lenguaje. Los discursos a los cuales se refiere Guastini formulan simplemente algunas directivas interpretativas destinadas a orientar y justificar la interpretación. Hace bien por lo tanto Guastini en subrayar el carácter prescriptivo de estos discursos. No resulta en cambio justificada la etiqueta de “teorías del significado” que les atribuye, como tampoco resulta justificada la tesis en base a la cual, cualquier teoría del significado que no coincidiese con una teoría de la interpretación, tendría un carácter prescriptivo. Las familias de teorías antes mencionadas están compuestas de discursos analíticos y descriptivos que se proponen explicar hechos sociales, y no guiar o justificar el comportamiento de los intérpretes.
- (c) Una *Theory of meaning* puede pertenecer a la familia de las teorías proposicionales o bien a la familia de las teorías interpretativas, pero no puede pertenecer a ambas. La explicación del funcionamiento del lenguaje ofrecida por el primer enfoque es en efecto incompatible con aquella ofrecida por el segundo. Bastan algunos ejemplos para evidenciar esta circunstancia. Así, las teorías proposicionales afirman la existencia de los significados, mientras que las interpretativas consideran que los significados no existen como entidades independientes de la interpretación; las teorías proposicionales consideran que una teoría de la interpretación es parasitaria respecto a una teoría del significado, mientras las teorías interpretativas afirman la tesis opuesta, e incluso consideran que la teoría de la interpretación puede tranquilamente desempeñar la propia función cognitiva sin recurrir a la noción de significado; las teorías proposicionales consideran que la comunicación lingüística tiene lugar porque existe un lenguaje público, mientras las teorías interpretativas niegan que tal lenguaje exista y explican cómo funciona la comunicación lingüística sin apelar a la noción de lenguaje público.

La construcción de una teoría de la interpretación coherente necesita por lo tanto de una elección de campo entre estas dos perspectivas filosóficas. Como alternativa, el teórico de la interpretación tiene la obligación de encontrar una mediación coherente entre éstas o bien de elaborar una teoría del significado original, no atribuible a estos dos enfoques²⁷.

(d) Los dos enfoques filosóficos examinados no logran, en la formulación estándar ofrecida por los filósofos del lenguaje, explicar en modo exhaustivo el funcionamiento del lenguaje jurídico. Ambas perspectivas concentran la atención sobre los usos asertivos del lenguaje, que tiene lugar en la conversación entre dos hablantes. Pero en los contextos jurídicos lo que cuenta es, sobre todo, el uso normativo de textos autoritativos en la comunicación que tiene lugar en ámbito institucional. Estos enfoques deben por lo tanto ser enmendados y/o integrados por el filósofo del derecho, no simplemente adoptados como modelos listos para usar. En otros

²⁷ Asumiendo este desafío, en algunos de mis escritos, he elaborado una teoría del significado jurídico que intenta superar la dicotomía entre enfoque proposicional y enfoque interpretativo, una teoría deudora del trabajo filosófico de Donald Davidson, David Lewis y Robert Brandom. En base a esta teoría, que podríamos denominar “teoría inferencial del significado jurídico”, el significado de una disposición normativa está constituido por el conjunto de inferencias en las que los términos y las expresiones que la componen se ven involucradas dentro del razonamiento de los juristas. Tales inferencias se prestan a ser descritas como hechos que instancian la observancia de las reglas de uso del lenguaje jurídico en un determinado contexto, haciendo explícita la competencia sintáctica, semántica y pragmática de los hablantes. Estas reglas de inferencia, por un lado, forman parte del bagaje de conocimiento que el jurista adquiere para llevar a cabo su propio trabajo, por otro lado, son objeto de continuas “tratativas”, sobre todo en sede decisoria. El modo en el que estas tratativas se producen puede ser descrito mediante el modelo del “contador de puntaje” (*scorekeeping*) en un juego de interacción estratégica, un modelo ideado por David Lewis y perfeccionado por Robert Brandom. Véase D. Canale, *Forme del limite nell’interpretazione giudiziale*, Padova, CEDAM, 2003; Id., *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, “Ragion pratica”, 25, 2005, pp. 301-334.

términos, para dar cuenta del funcionamiento del lenguaje jurídico, el filósofo del derecho no puede contentarse con utilizar los instrumentos conceptuales estándares elaborados por la filosofía del lenguaje; al contrario, el estudio del lenguaje jurídico, en virtud de la peculiaridad de su objeto, puede dar una contribución relevante al debate filosófico general, evidenciando sus límites y proponiendo líneas de investigación originales.

4. ¿Una o dos teorías de la interpretación?

Lo dicho en la sección precedente, más allá de su generalidad, es suficiente para poner en evidencia los presupuestos implícitos de la teoría escéptico-moderada de la interpretación. El problema que podríamos en este punto plantearnos es, en efecto, el siguiente: si toda teoría de la interpretación presupone una *theory of meaning*, ¿cuál es la *theory of meaning* presupuesta por la teoría de la interpretación formulada por Guastini?

La respuesta a este problema es doble, en el sentido que Guastini adhiere implícitamente a dos distintas *theories of meaning*, entre ellas incompatibles.

Para evidenciar esto, consideremos en primer lugar la *interpretación decisoria*, o sea la interpretación efectuada en sede decisoria por los jueces y por los funcionarios administrativos. Al describir sus características, Guastini parece hacer propios, implícitamente, los presupuestos fundamentales de una teoría interpretativa del significado. Numerosos son los indicios que apoyan esta hipótesis. Guastini no deja de remarcar cómo la interpretación consiste en la atribución de un significado a un texto normativo, una actividad considerada similar a la traducción y cuyos resultados son asimilables a las definiciones estipulativas²⁸, las cuales, a diferencia de las definiciones lexicales, no se limitan a enumerar los significados que un término puede asumir sino que hacen

²⁸ Véase R. Guastini, *Interpretive Statement*, en E. Garzón Valdéz, W. Krawietz, G.H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron und Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 279-298.

que un término signifique algo que antes no significaba. Además, tanto la definición de interpretación cuanto la definición de enunciado interpretativo que encontramos en los trabajos de Guastini no necesitan, vistas de cerca, recurrir a la noción de significado. La expresión “atribuir el significado S a T” es en efecto equivalente a “reformular T como R”, donde T es el enunciado interpretado, R es el enunciado interpretante, y el término “significado” no aparece. Esto pone en evidencia cómo Guastini, mediante el término “significado”, no se refiere a una misteriosa entidad, distinta de los enunciados y que constituiría el contenido proposicional de estos últimos, sino a una relación entre un enunciado interpretado y un enunciado interpretante, instituida por un específico acto lingüístico. Las mismas consideraciones se pueden extender a la noción de enunciado interpretativo, cuya forma “T significa S” puede ser más claramente presentada como “R reformula T en C”, donde C indica el contexto de tipo cognoscitivo, propositivo o decisivo en el cual la interpretación tiene lugar.

Estas observaciones ponen en evidencia que para Guastini no es necesario recurrir a la noción de significado para describir en modo claro en qué consiste la interpretación. Vale incluso lo contrario, para explicar qué se entiende comúnmente por significado -si bien los significados, como entidades distintas de los enunciados, no existen- es necesario recurrir a la noción de interpretación. Eso hace que no sea necesario hipostasiar la existencia de un lenguaje público, cuyos contenidos serían compartidos por los miembros de una comunidad lingüística, para explicar en qué consiste la interpretación, la cual se caracteriza, sobre todo, por el tipo de acción cumplida por el intérprete cuando reformula un texto normativo.

Concentrémonos ahora, en segundo lugar, en la *interpretación cognitiva*, o sea la interpretación realizada por el estudioso del derecho para identificar los significados que un texto normativo puede asumir, en base a las reglas de la lengua, los estándares interpretativos y las distinciones dogmáticas de una cierta comunidad jurídica. Al describir las características de esta *species* del *genus* interpretación, Guastini adhiere en cambio, si bien implícitamente, a una teoría proposicional del significado. También en este caso los indicios que sostienen esta

hipótesis son numerosos. Al inicio de “El escepticismo ante las reglas replanteado”, así como en muchos otros escritos, Guastini hace uso de la distinción entre sentido y referencia introducida por Frege, que constituye uno de los puntos cardinales de las teorías proposicionales sucesivas. Aun cuando el significado de un enunciado sea expresable mediante otro enunciado, la interpretación es de todos modos descripta como el proceso que conduce de los enunciados a los significados, desde el momento que “interpretar es identificar significados, no textos -y no es posible aclarar decentemente en qué consiste la interpretación sin esta distinción”²⁹. Dicho de otro modo, para explicar en qué consiste la interpretación y dar una teoría, es indispensable utilizar la noción de significado, aun cuando se trate de una estipulación interna a la misma teoría³⁰. La noción de interpretación cognitiva, además, presupone que los significados sean públicos, conocidos por todos los miembros de una comunidad lingüística y que existan ya *antes* de ser atribuidos a un término o expresión de un lenguaje³¹. En efecto, solo en el caso que tales significados existan y sean cognoscibles antes que la interpretación decisoria tenga lugar el juez podrá elegir uno de ellos con fines decisorios. Así mismo, en base a un enfoque proposicional, si no existiese un lenguaje público y significados compartidos no podríamos distinguir entre la interpretación de los textos normativos y la integración del derecho, uno de los puntos cardinales de la teoría escéptico-moderada.

Claramente, a la luz de estas observaciones, las características de la interpretación cognitiva presuponen una concepción del funcionamiento del lenguaje incompatible con aquella que Guastini parece adoptar,

²⁹ R. Guastini, *Una teoria cognitiva dell'interpretazione*, en Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, cit., p. 91.

³⁰ Este modo de concebir los significados, de clara derivación carnappiana, surge con claridad en Guastini, *Una teoria cognitiva dell'interpretazione*, cit., p. 90.

³¹ Comentando la tesis fundamental de la teoría escéptica de la interpretación, en base a la cual “*no existe ningún significado antes de la interpretación*”, Guastini observa, en efecto, que “los filósofos del derecho no han todavía ofrecido otro argumento que permita defender con seriedad esa tesis” (Guastini, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 51).

implícitamente, cuando describe las características de la interpretación decisoria. Con esto no entiendo sostener, nótese bien, que en el discurso de Guastini encuentren formulación dos teorías distintas de la interpretación, una de tipo cognitiva, con referencia a la interpretación cognitiva, y la otra de tipo escéptico, con referencia a la interpretación decisoria. Circunstancia, ésta, que volvería el discurso autocontradictorio. Una objeción de este tipo es evitada por Guastini precisando que lo que distingue a la interpretación decisoria de aquella cognitiva es simplemente el tipo de acto lingüístico cumplido por el intérprete. Utilizando el léxico de Austin, podríamos decir que en el caso de la interpretación cognitiva el intérprete cumple un acto de constatación, el intérprete describe el hecho que el significado S es atribuible a T. En el caso de la interpretación decisoria, el intérprete cumple en cambio un acto performativo de tipo adscriptivo, atribuyendo a T el significado S³².

La tesis que quisiera sostener en esta sede es otra. Me parece que, cuando construye la teoría escéptico-moderada de la interpretación, Guastini hace referencia implícitamente a dos *theories of meaning* incompatibles entre ellas. Esto vuelve su teoría, no autocontradictoria pero sí, ambigua, si bien tal ambigüedad pueda ser fuente de contradicciones en el caso que sean explicitados los presupuestos y las consecuencias de la teoría misma.

5. Marco *a priori* y marco *a posteriori*

La ambigüedad que he apenas mencionado puede ser advertida si consideramos más atentamente la noción de marco o límite de los significados admisibles, que la interpretación cognitiva permitiría trazar. Vista de cerca, la noción de marco puede asumir dos significados distintos, dependiendo de la *theory of meaning* implícitamente utilizada por quien usa la noción en sede teórica.

³² Véase Guastini, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 168, nota 11.

Si adoptamos una explicación proposicional del significado, el conjunto de los significados que un texto normativo puede asumir es contingente y *a priori*³³. Los miembros de este conjunto son en efecto definiciones lexicales generales y abstractas, las cuales habrían podido ser diferentes de aquellas que de hecho son, en el caso que hubiesen sido diferentes las reglas del lenguaje, los cánones interpretativos y las distinciones dogmáticas aceptadas. Los miembros de este conjunto, como también el “marco” que los contiene, son por lo tanto contingentes. Además, los significados admisibles en el tiempo t_0 , pueden ser conocidos antes que la interpretación tenga lugar en el tiempo t_1 , eso consiente que el intérprete los conozca antes de comenzar a interpretar el texto normativo y le permite elegir uno de ellos con fines decisorios. Bajo esta perspectiva, los significados admisibles son por lo tanto cognoscibles *a priori*, el marco circunscribe los significados que un enunciado normativo puede asumir en t_0 y que todavía no ha asumido en t_1 . Estando así las cosas, tiene perfectamente sentido distinguir entre la interpretación y la integración del derecho. Esta última consiste en elegir para T en t_1 un significado no incluido entre aquellos admisibles en t_0 . En base a esta reconstrucción se evitan los resultados contraintuitivos a los que, en cambio, conduce el escepticismo radical.

Esta tesis, sin embargo, oscurece una circunstancia muy relevante, el hecho que los intérpretes modifican diacrónicamente los contenidos del derecho atribuyendo a los textos normativos contenidos nuevos, mediante la denominada interpretación evolutiva. Desde la perspectiva que estamos describiendo, estos cambios son obviamente explicados como una consecuencia de cambios en las reglas del lenguaje, en los cánones interpretativos aceptados y en las tesis dogmáticas utilizadas por los intérpretes. Desde el punto de vista lógico, sin embargo, el

³³ Los términos “contingente”, “necesario”, “a priori” y “a posteriori” serán a continuación utilizados en la acepción propuesta por Saul Kripke en *Naming and Necessity*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980, Lesson 1. En el léxico de Kripke, “contingente” y “necesario” son términos que expresan conceptos ontológicos, mientras “a priori” y “a posteriori” son términos que expresan conceptos epistémicos.

cambio de los criterios interpretativos apenas catalogados no puede convertirse en actual, y ser por lo tanto cognoscible, *antes* que una interpretación decisoria tenga lugar, sino solamente *a través* o *en virtud* de tal interpretación. Ni tampoco puede valer la tesis según la cual la modificación de los significados normativos se realiza por medio de la legislación intersticial. Admitamos en efecto que el juez G1 atribuye el significado S a T en t1 y que en t1 S no sea uno de los significados admisibles de T, puesto que se sitúa fuera del marco. Supongamos además que también el juez G2 atribuye S a T en un tiempo sucesivo a t2, y que lo mismo haga G3 en t3, G4 en t4...Gn en tn. A un cierto punto, se dirá, S ha comenzado a formar parte de los significados admisibles de T, la extensión del marco ha sido a tal punto modificada que ahora lo contiene. Podemos preguntarnos, sin embargo, ¿en qué momento esto ha sucedido? No se trata de una pregunta ociosa, porque una concepción contingente y *a priori* del marco presupone que los significados admisibles sean cognoscibles antes que la interpretación tenga lugar. Ahora, ciertamente tal cambio no puede tener lugar en t1. Si un acto de legislación intersticial tuviese como tal el poder de modificar el marco de los significados admisibles, incluso cuando se coloca fuera del marco, la distinción entre interpretación e integración del derecho desaparecería, puesto que cualquier atribución de significado podría delinear un marco capaz de contenerla³⁴. Pero este cambio no puede tampoco tener lugar en tn, si fuera así, en efecto, el marco no sería determinable *a priori* sino solamente *a posteriori*, luego que T haya sido interpretado; circunstancia ésta que volvería la teoría autocontradictoria. En el intervalo entre t2 y tn, finalmente, el intérprete no es capaz de conocer si S es uno de los significados admisibles de T. En este lapso temporal, en efecto, la extensión del marco está todavía indeterminada respecto de S, no está claro si S es o no uno de los significados que T puede asumir en base a las reglas del lenguaje, a los cánones interpretativos y a las tesis dogmáticas aceptadas. En el

³⁴ He desarrollado ulteriormente este argumento en D. Canale, *Paradossi della consuetudine giuridica*, en S. Zorzetto (ed.), *La consuetudine giuridica: teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2010, pp. 109-136.

intervalo entre t_2 y t_n , por lo tanto, no es posible conocer si S es un significado atribuible a T. A la luz de estas consideraciones, resulta evidente que una concepción contingente y *a priori* del marco genera una paradoja, que podríamos denominar “paradoja de la inmutabilidad de los significados admisibles”. Se trata de una paradoja que quien acepta esta tesis tiene la carga de resolver.

Si adoptamos en cambio una explicación interpretativa del significado, el conjunto de los significados que un texto normativo puede asumir es cognoscible solamente *a posteriori*. Este conjunto está en efecto constituido por definiciones estipulativas particulares y concretas, a veces simplemente repetitivas de definiciones estipulativas precedentes, pero que de todos modos son una condición necesaria y suficiente para que un término o una expresión lingüística signifiquen algo. El conjunto de estas definiciones no podrá sin embargo ser conocido antes que la interpretación decisoria tenga lugar, porque el acto interpretativo coincide con el acto definitorio, o sea, con el acto que fija el significado posible o admisible.

El marco de los significados admisibles en t_1 contendrá por lo tanto los significados que, de hecho, un enunciado normativo ha asumido hasta t_1 -y que por lo tanto, a fuerza del principio de Leibniz³⁵, *podía* asumir hasta aquel momento- sin que eso excluya que el mismo enunciado pueda asumir en t_2 un significado que en t_1 se situaba fuera del marco. Se sigue que, tanto el estudioso del derecho como el juez, no pueden distinguir una instancia de interpretación decisoria de una instancia de legislación intersticial, antes que una elección interpretativa haya sido concretamente cumplida en sede decisoria. Por lo que el marco de los significados admisibles podrá ser trazado solamente *ex post*, después que un “significado” haya sido atribuido al texto normativo interpretado³⁶.

³⁵ Me refiero al principio de razón suficiente, en base al cual nada sucede en el mundo sin que exista la posibilidad de que suceda y sin que exista por lo tanto una razón o causa que lo explique.

³⁶ Nos podríamos preguntar además, ¿el marco de los significados admisibles a posteriori es *necesario* o *contingente*? Con relación a este problema de tipo

Esto no equivale a sostener -nótese bien- que los textos normativos no posean significados estándares y que puedan por eso asumir un significado cualquiera, sobre la base de las elecciones idiosincráticas del intérprete, tal como sostiene la teoría escéptico-radical de la interpretación. Lo apenas dicho evidencia simplemente la equívocidad de la noción de marco y, por lo tanto, la noción de significado estándar. En el contexto de una concepción proposicional del significado, “significado estándar” es una noción semántica que denota una relación entre los enunciados y el mundo, noción de la cual depende la noción de interpretación. En el contexto de una concepción interpretativa del significado, en cambio, “significado estándar” es una noción pragmática que presupone la noción de interpretación y que denota el comportamiento de los hablantes orientado a volver previsibles los efectos de una preferencia, a economizar los recursos necesarios para la comunicación³⁷, o bien a perseguir finalidades de tipo ético y político. Retomando el léxico de Tarello y Guastini, el significado estándar constituye, desde esta perspectiva, la expresión de una ideología de la interpretación.

Por lo tanto, no solo es perfectamente sensato hablar de una concepción interpretativa de los significados estándares y del marco que los contiene, si no que además tal concepción tiene la ventaja, respecto a aquella proposicional, de explicar el hecho que los significados jurídicos cambian en el tiempo *gracias* a la interpretación y no *a pesar* de ella. Tal concepción, sin embargo, vuelve poco claro otro hecho, no

ontológico, basta observar aquí lo siguiente. En el caso que las normas jurídicas consistan en hechos institucionales que supervienen a hechos empíricos, o que incluso son independientes de ellos, los significados admisibles *a posteriori* de un enunciado normativo son contingentes, desde el momento que podrían haber sido diferentes de los que de hecho son hasta este momento. En el caso que, en cambio, las normas jurídicas sean consideradas reducibles, sin residuo alguno, a hechos empíricos susceptibles de ser explicados utilizando las leyes de la física, entonces los significados admisibles *a posteriori* son necesarios, puesto que dadas las leyes de la física, tales significados no habrían podido ser diferentes de aquellos que de hecho son hasta este momento.

³⁷ Véase Davidson, *Radical Interpretation*, cit.

menos relevante que el primero. Se trata de la circunstancia que los significados normativos en ámbito jurídico son altamente estandarizados, una estandarización que en muchos ámbitos del derecho es muy extendida. Esta estandarización prescinde, aparentemente, de la variedad de inclinaciones individuales y de la pluralidad de convicciones políticas y morales que caracterizan a los intérpretes jurídicos³⁸. La explicación de este hecho ofrecida por una teoría “interpretativa” de la interpretación jurídica es, a decir la verdad, muy poco convincente.

6. Conclusión

Si cuanto hemos observado hasta aquí es acertado, Guastini es llamado a resolver las ambigüedades que afligen a la teoría escéptico-moderada de la interpretación, precisando cuál es la explicación general del funcionamiento del lenguaje que ella presupone y derivando a partir de ella las debidas consecuencias relativas a los contenidos y a las implicaciones de la misma teoría.

Se podría sin embargo objetar, llegados a este punto, que el teórico de la interpretación no está obligado a tomar en serio estos pedidos. Su tarea consiste simplemente en contribuir al conocimiento de un hecho social, las prácticas interpretativas, construyendo un modelo capaz de dar cuenta de sus características más importantes. Este modelo está compuesto por un conjunto de principios o axiomas -que incluyen, en nuestro caso, una definición estipulativa del término “interpretación” y la distinción entre texto normativo (disposición) y significado normativo (norma)- a partir de los cuales se derivan, recurriendo a reglas de transformación de tipo lógico y de tipo semántico, las tesis de la teoría, que describen las características importantes de su objeto de investigación. Si la representación de los enunciados interpretativos ofrecida por estas afirmaciones, se corresponde con los enunciados interpretativos realmente proferidos por los jueces y por los estudiosos

³⁸ Véase sobre este punto B. Leiter, *Explaining Theoretical Disagreements*, “University of Chicago Law Review”, 76, 2009, pp. 1215 y ss

del derecho, de modo que los principios de la teoría adquieren, parafraseando a Hempel, un “contenido empírico”³⁹, entonces la teoría ha alcanzado su objetivo descriptivo y no necesita ulteriores especificaciones. Cualquier referencia a las *theories of meaning* mencionadas anteriormente se reduciría, al fin de cuentas, a la formulación de hipótesis de tipo psicológico, relativas al funcionamiento de los procesos mentales de los intérpretes en el curso de la interpretación-proceso. Se trata de una cuestión que merece ciertamente la atención de la psicología cognitiva, pero no la del teórico del derecho, cuya tarea no es investigar el funcionamiento de la mente sino describir, explicar o prever los hechos sociales.

Esta objeción es de gran interés porque se refiere al núcleo de las características y de las tareas de una teoría de la interpretación jurídica. A ella están dedicadas las dos observaciones conclusivas de esta intervención.

En primer lugar, la idea que una *meaning theory* sea un discurso psicológico, que da una representación del funcionamiento de la mente del intérprete, es equivocada. Las teorías del significado de tipo proposicional e interpretativo son discursos filosóficos que intentan, al contrario, colmar el “*gap* explicativo” que aflige a toda explicación fisicalista de la competencia lingüística y de la comunicación⁴⁰. Las neurociencias pueden ciertamente permitirnos registrar la actividad bioquímica del cerebro y la psicología cognitiva puede asociar a esta actividad estados mentales subjetivos; no obstante, estas investigaciones no son capaces de describir y explicar la experiencia por la que pasa un ser humano cuando comprende una expresión lingüística y cuando comunica su contenido. Una *theory of meaning* intenta colmar este *gap*

³⁹ C.G. Hempel, *On the Structure of Scientific Theories*, en *The Philosophy of Carl G. Hempel. Studies in Science, Explanation, and Rationality*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 50.

⁴⁰ Véase, por último, D.J. Chalmers, *Phenomenal Concepts and the Explanatory Gap*, en T. Alter-S. Walter (eds.), *Phenomenal Concepts and Phenomenal Knowledge: New Essays on Consciousness and Physicalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 167-194. Véase también S. Blackburn, *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 60 y ss.

recurriendo al análisis conceptual además de la observación empírica de los comportamientos lingüísticos. Bajo este aspecto, su discurso, por lo tanto, no es asimilable al de la psicología cognitiva y sirve en cambio de base a la teoría de la interpretación, con la cual comparte la misma “caja de herramientas” teóricas.

En segundo lugar, una teoría de la interpretación jurídica no surge de la nada, sino que constituye la respuesta a uno o más problemas que el estudioso del derecho considera relevantes e interesantes en el ámbito de su investigación. Tales problemas desarrollan un papel muy importante en la construcción de la teoría, porque de estos depende la formulación de los principios o axiomas de los que la nueva teoría parte, así como también la selección de los aspectos de las prácticas interpretativas que merecen atención. En el caso de la teoría escéptico-moderada de la interpretación, los problemas en juego me parecen esencialmente dos: “¿qué relación existe entre legislación y jurisdicción, o sea entre la producción de las disposiciones jurídicas y su interpretación en sede decisoria?”; y “si el resultado de la interpretación decisoria es discrecional, ¿esta discrecionalidad está sometida a límites?”. Si entendida como una respuesta a estos dos problemas, una teoría de la interpretación constituye un discurso preliminar de la teoría del ordenamiento del Estado y permite desmitificar, bajo la perspectiva defendida por Guastini, los puntos de vista de tipo ideológico que niegan o radicalizan el carácter discrecional de las decisiones de las cortes. Sin embargo, es legítimo preguntarse si son solo éstas las preguntas a las cuales una teoría de la interpretación debe buscar una respuesta, o si existen otras, en verdad no menos relevantes e interesantes, a las cuales las teorías tradicionales de la interpretación no ofrecen respuesta alguna. Creo que reconocer la relevancia para una teoría de la interpretación jurídica del problema filosófico del significado, más allá de volver más sólidas sus bases filosóficas, puede contribuir a ampliar el campo de investigación hacia aspectos de la *praxis* interpretativa, generalmente no tomados en consideración por los teóricos del derecho y que son no obstante de gran interés para los juristas. Esta apertura de perspectiva no perjudicaría el rigor que caracteriza a una teoría de la interpretación como aquella elaborada por Riccardo Guastini, pero volvería más ricos y fecundos los contenidos, consintiendo desarrollos ulteriores.

La clase interpretadora

Hernán G. Bouvier
CONICET-UNC

1. Voy a plantear tan solo tres cuestiones a “*El escepticismo ante las reglas replanteado*” de Riccardo Guastini. En primer lugar haré una breve consideración con miras a proponer una clave de lectura sobre la “teoría” de Guastini. Incidentalmente plantearé una duda. Pero lo que me interesa es realzar una forma de leer la propuesta general del texto bajo discusión. En segundo lugar, quiero detenerme en las consideraciones explicativas sobre la multiplicidad de interpretaciones y los *condicionantes* del pensamiento de quienes aplican las normas (puntos 1.5 y 2.1 de Guastini). En tercer lugar, voy a formular una pregunta genuina al autor. Entiendo por pregunta genuina aquella que se hace sin contenido retórico, frente a cuyo objeto no se tiene una posición tomada y para la cual no se avizora una respuesta obvia. Dicho de manera frontal, nada de trucos.

2. Guastini distingue entre tres tipos diferentes de ambigüedades que rodean al vocablo “interpretación”. La manera de disolver estas ambigüedades es distinguir.

La primera ambigüedad es disuelta con la distinción entre “in abstracto” o dirigida a textos e “in concreto” dirigida a hechos. La segunda ambigüedad se resuelve distinguiendo entre tres tipos de interpretación: la cognitiva, la decisoria y la creativa.

La cognitiva releva o identifica los diferentes usos o significados atribuidos a textos jurídicos según clases de reglas (semántico-sintácticas, técnicas interpretativas, tesis dogmáticas, etc.); la decisoria elige entre alguno de estos significados; la creativa atribuye al texto un significado no comprendido en los ya relevados de manera descriptiva. La decisoria y creativa suponen una operación *política* (entrecorrida por Guastini), y si es llevada a cabo por un juez resulta *auténtica* (nuevamente entrecorrida). Con esta distinción Guastini acaba con la segunda ambigüedad que rodea al vocablo interpretación.

En el apartado sobre la tercera ambigüedad referente al vocablo interpretación se ocupa de las diferentes operaciones que llevan a cabo juristas y jueces. Distingue expresamente entre interpretación propiamente dicha y construcción. La interpretación propiamente dicha consiste en “*la atribución de significados normativos (en alguno de los sentidos y modos que he señalado más arriba)*”. Quizás al utilizar “atribución” Guastini excluye del concepto de interpretación propiamente dicha a la cognitiva. Esto no es claro. Pero en todo caso nos deja el siguiente resultado: interpretación propiamente dicha es, al menos, la decisoria y la creativa.

Este primer tipo de “operación” (o primer sentido en que puede usarse interpretación aquí) debería ser distinguido del segundo tipo de operación que consiste en la construcción. La distinción no me resulta clara del todo¹.

¹ No es del todo claro cómo las operaciones constructivas (hipótesis contrafácticas sobre la intención del legislador, ratio legis, construcción de normas no expresas, etc) son independientes de las operaciones de interpretación propiamente dicha. Tomemos el caso de las normas no-expresas. O bien la norma no expresa es una consecuencia lógica extensional de algún significado atribuido al texto de acuerdo a alguna técnica o clase de reglas (semánticas, pragmáticas, convencionales de variado tipo) y puede ser relevado de manera cognitiva, en cuyo caso estamos en la interpretación descriptiva o cognitiva. O bien se ha elegido entre algunas de las

Lo que parece claro es lo siguiente: que hay un marco interpretativo (la disyunción de interpretaciones *posibles* de un mismo texto) que divide aguas. Interpretaciones *posibles* aquí no es cualquier conjetura sobre el

interpretaciones posibles relevantes cognitivamente (T expresa N1) con lo cual estamos en la decisoria; o bien se ha dado un paso más allá del marco, Rahmen, cornice, ingresando en una interpretación creativa. No se ve muy bien cómo la construcción no implica al menos alguno de los sentidos de interpretación propiamente dicha. El ejemplo sobre la forma republicana del Estado (art. 139 Constitución Italiana) que da Guastini al hablar de construcción y normas no expresas confirma la duda aquí expuesta. Según Guastini, la mayoría de los constitucionalistas asume por definición que (para resumir) si es republicano entonces es democrático. Aquí claramente Guastini ha relevado en sentido descriptivo una de las interpretaciones que se hace de ese vocablo de acuerdo a un conjunto de reglas o creencias compartidas (la de los constitucionalistas). Si una Corte o un jurista “elige” ese sentido dejando de lado otro sentido posible de “republicano” ha operado una interpretación decisoria. Si nadie ha dicho jamás en la comunidad analizada que republicano equivale a democrático (lo cual Guastini no puede decir porque ha concedido que hay gente que lo hace) entonces hay interpretación creativa. ¿Cuál es la diferencia entre construcción e interpretación propiamente dicha? Se me escapa. No veo cómo la construcción de una norma no-expresa no implique alguno de los sentidos de interpretación propiamente dicha. Quizás las “operaciones de construcción” son una condición de posibilidad de la operación decisoria o la creativa o quizás una relación “proceso-producto”. No lo sé. La cuestión se agrava un poco, aunque no es grave ni tan importante. Al hablar de interpretación decisoria vs. creativa, se pone como ejemplo de interpretación creativa aquella que equipara “Italia es una República democrática” a “Italia es una monarquía Absoluta” (pto 2.4). Con un poco de imaginación se ve que el ejemplo de interpretación creativa es traducible al ejemplo “república igual a democracia” utilizado por Guastini para hablar de construcción. Si “democracia igual monarquía absoluta” como ejemplo de interpretación creativa, es también un caso de construcción, se sigue que no hay límite a la distinción propiamente dicha vs. constructiva. Pero los límites de “propiamente dicha” están confusos, además, porque Guastini a renglón seguido de este ejemplo de “democracia igual a monarquía absoluta” sostiene que “cada atribución de significado que caiga fuera del marco de los significados admisibles no constituye propiamente una interpretación, sino más bien la creación de una norma nueva”. En definitiva, el problema es cuál es la relación entre los predicados “interpretación propiamente dicha”, “creación” y “construcción”.

texto, según parece. Se trata de algunas de las interpretaciones establecidas de manera más o menos persistente o bien por reglas semánticas, pragmáticas, o por tesis dogmáticas o de algún tipo de clase de sujetos a delimitar (lingüistas, juristas, etc.). Si se toma una de las interpretaciones posibles, se decide; si se salta fuera de este marco, se crea (o construye según entiendo). Es aquí donde toman relevancia las consideraciones sobre indeterminación.

Según Guastini, a la indeterminación jurídica contribuyen no solo problemas estructurales del lenguaje (u objetivos como los llama Guastini con comillas agregadas) sino también la multiplicidad de métodos interpretativos, la dogmática jurídica y el sentimiento de justicia de los intérpretes. Los juristas y jueces disponen de toda una complejidad para atribuir a un texto diferentes significados y de hecho lo hacen. No se puede discutir demasiado esta tesis de hecho, según creo. Sin embargo, queda mucho espacio para discutir los términos de la descripción.

En efecto, para otra forma de ver el derecho, si los jueces o los abogados crean derecho, se mueven en un ámbito en el que o bien no son competentes o bien esa conducta está prohibida (o ambas). Para dejar de lado esta cuestión podría responderse alegando la contingencia de ésta o aquella norma de competencia o de éste o aquel Código Penal. No creo que esta vía nos lleve muy lejos, y casi seguro nos devuelve al punto de partida. Si el carácter de “contingente” de un fenómeno excluye la validez de la teoría que lo analiza o describe, eso también invalida la teoría que acepta que el derecho es un fenómeno históricamente situado. Y creo que un positivista jurídico como Guastini acepta que el derecho es un fenómeno históricamente situado, contingente. Podría haber sido de otra manera. Podríamos tener un mundo sin derecho.

Pero resumiendo, la indeterminación del derecho es local: viene dada por algunos problemas del lenguaje y por el tipo de práctica (y sujetos que la integran), los cuales han adquirido la capacidad de interpretar e interpretar e interpretar. En todo caso, como el propio Guastini remarca, no queda aquí huella de escepticismo global o frente a todo el lenguaje y las reglas.

¿En qué consiste entonces la teoría de Guastini? En una suma elegante y creativa de las siguientes tesis: a. existe un marco, *cornice* o *Rahmen* interpretativo cuyo límite *puede* venir dado por un cierto acuerdo o convergencia; b. el derecho está indeterminado por algunas particularidades del lenguaje y (sobre todo) por cómo juegan a ese juego sus jugadores; c. la práctica jurídica está conformada por los juristas y jueces que podrían muy bien ser denominados la *clase interpretadora*. Esta clave de lectura del realismo genovés surge de readaptar un rótulo utilizado por Donoso Cortés para criticar a los liberales (y que agrada a Carl Schmitt).

La afirmación según la cual los juristas y jueces forman parte de una clase interpretadora importa un sentido descriptivo (a diferencia de la idea de Donoso Cortés quien rotula a los liberales como “la clase discutidora” en claro sentido peyorativo). Creo que hablar de *clase interpretadora* capta la idea general que tiene Guastini sobre el derecho.

3. Contar con una clase interpretadora que apela a ciertas herramientas (métodos interpretativos, dogmática jurídica) o está embebida de preferencias ético políticas genera variedad de interpretaciones. La variedad de interpretaciones genera indeterminación. Soslayar este punto, sostiene Guastini, resulta crítico y criticable.

Las teorías criticadas por Guastini desatienden dentro de este contexto dos aspectos importantes: en primer lugar que los defectos estructurales u “objetivos” del lenguaje son solo *una* parte de lo que explica la indeterminación jurídica; en segundo lugar, que hay que ocuparse de más cosas que los problemas de indeterminación e interpretación judicial.

El gesto teórico de detenerse tan solo en la interpretación judicial relega a segundo plano cuestiones centrales. Entre ellas: la interpretación de los juristas; su participación en la clase interpretadora; y su capacidad de moldear la forma de pensamiento de los jueces (punto 2.1).

La idea del todo plausible de que la formación específica de los jueces condiciona sus pensamientos e interpretaciones constituye

claramente una explicación *ambiental* del fenómeno de la pluralidad de interpretaciones². Considero que habría que hacer un agregado.

El ambiente de formación no solo tiene capacidad de instalar ideas en varios sujetos. En muchos casos es autoreferencial. Uno de los sentidos en el que resulta autoreferencial es el siguiente: en muchos lugares los jueces hacen dogmática y/o dan clases y los dogmáticos pueden aspirar a jueces. Es más, la condición de “respetable académico” funciona actualmente como una condición contribuyente del acceso al cargo³. Círculos semejantes de conectividad comunicativa y afectiva pueden encontrarse con los abogados-catedráticos y su actividad ante los tribunales. No los voy a explorar. Cabría agregar, además, que existen ideologías que defienden y han defendido como valiosa la influencia de los juristas. La influencia de hecho que han tenido los juristas en los procesos de producción de normas ha sido utilizada en sentido valorativo positivo, como una salvaguarda técnica de cierta tradición del pueblo frente a la volatilidad y ligereza de otros tipos de representación democrática parlamentaria⁴.

Esta capacidad de condicionamiento de los juristas y jueces por juristas y jueces, sin embargo, es *una* parte del complejo fenómeno que moldea la *forma mentis*. Guastini no dice nada sobre este aspecto más que lo ya indicado. Pero hablamos de condicionamientos -esto es, de explicaciones- y aquí faltan muchas cosas.

² “..., los jueces, antes de asumir su cargo, han frecuentado la facultad de derecho y esto implica que el pensamiento de los juristas -las teorías dogmáticas y los métodos interpretativos- condiciona las ideas que los jueces poseen acerca del derecho en general, de los conceptos jurídicos y de la interpretación (de hecho, condiciona la propia *forma mentis* de los jueces)”.

³ O cuanto más no sea para defender como imparcial o racional el nombramiento en cuestión.

⁴ Sobre la retórica que rodeaba en Alemania al rol del jurista como técnico representante del pueblo y protector frente a la voluntad el parlamentarismo, véase Baratta, Alessandro. “Le fonti del diritto de il diritto giurisprudenziale” en *Materiali per una storia della cultura giuridica* vol XX, n.1, giugno 1990. pp. 189-210. La escuela genovesa, claro está, no apoya ideológicamente esta incidencia de los juristas y dogmáticos sobre la producción de normas. Sólo la describe.

No caben dudas que los juristas que forman parte de la dogmática y la academia (profesores, comentadores, doctrinarios de variado tipo) han influido e influyen en la forma de pensar de quien es o será juez. Sin embargo, es importante notar que el tipo de influencia que tenía el dogmático o académico se ha debilitado sensiblemente. Esto se debe a lo que podríamos llamar *el paso del espíritu comunitario al societario*. Es decir, el paso de grupos sociales (más o menos pequeños), unidos por lazos de familia, cercanía y afecto personal, a grupos de tipo societario con la impronta de anonimidad e impersonalidad de las relaciones. No se puede soslayar este punto.

La influencia que tuvo la doctrina y la dogmática sobre la jurisprudencia (y que todavía conserva en parte) se explicaba por cierta cercanía entre jueces y comentaristas, propia de grupos en donde prima un tipo de relación afectiva (y “noble”) de familia de juristas que se conocen entre sí, y que refuerzan sus lazos de pertenencia a partir de una práctica de respeto y pleitesía mutuo. El paso del espíritu comunitario o afectivo al societario o anónimo (Tönnies) genera que comience a modificarse o extinguirse *ese* tipo de influencia que la doctrina ejerció sobre la jurisprudencia. Tomemos por caso el crecimiento exponencial de las universidades. En Italia, según parece, dentro del *top ten de Atenei più richiesti* se encuentra Roma 1 La Sapienza y la Università degli Studi di Milano (primer y cuarto puesto respectivamente). La Sapienza cuenta con 147.000 inscriptos y Milano contaba hace 10 años (período 2001-2002) con 60.294. Génova, si entiendo bien, para el período 2009-2010 contaba con algo así como 35.000 estudiantes. Niente male⁵.

Es probable que esto se traduzca también en un número alto de estudiantes de Derecho. No creo que haga falta mostrar que, salvo vaivenes, el número de estudiantes de Derecho ha ido *in crescendo* en los últimos 50 años. La discusión sobre cómo controlar el número de inscriptos en abogacía y de abogados (la discusión sobre *numerus clausus* vs. matrícula libre) es una consecuencia y síntoma de que existe un crecimiento exponencial que cambia la relación de formación y la relación entre juristas y jueces.

⁵ Puede verse www.universitaitaliane.it

Pero hay más. ¿Qué hay acerca de lo que podríamos llamar “la profecía de la burocracia de Weber”? Esto es, el crecimiento exponencial del aparato administrativo y la complejidad de competencias de infinitos tipos de funcionarios. El nombre “Buro-cracia”, más que un rótulo, resume en forma de descripción definida un fenómeno que debe tomarse en serio al momento de hablar de los condicionamientos de la decisión y/o interpretación. El siglo XX ha multiplicado exponencialmente el número de agentes, funcionarios y empleados que administran el poder político y jurídico. El número de agentes capaces de incidir en el proceso de creación de normas, asignación de significados a textos, etc., ha explotado. El énfasis en el par “doctrinario-juez” resulta ya poco luego del *ochocientos*⁶.

El *common mind* jurídico está conformado por más ideas que las que pertenecen al dueto parroquial-universitario de “doctrinario-juez”.

En universidades masivas y administraciones hipertrofiadas, la relación entre jurista-alumno-juez está severamente mediada, distanciada, y consecuentemente la influencia que tienen unos sobre otros.

Hasta aquí, entonces, la observación referente a la incidencia del paso de la comunidad a la sociedad (del afecto al anonimato) y la referente a la multiplicación de funcionarios a través de la expansión de la burocracia.

Tampoco se encuentran en Guastini referencias a otros fenómenos obvios que condicionan el pensamiento de los jueces y que hacen que

⁶ Además, la racionalidad burocrática tiende a expulsar (aunque nunca elimina completamente) rasgos propios de grupos comunitarios. El afecto, la familiaridad, la tradición y cualquier otro componente de cercanía y parcialidad tienden a ser excluidos por la “imparcialidad” técnica la cual, a su vez, maximiza algún tipo de “igualdad”. Por último, la estructura racional-burocrática resiste, disuelve o expulsa las decisiones por mero gusto, capricho personal o cualquier forma de subjetividad libre y azarosa. Es decir, limita a los componentes personales que la integran, atrapándolos dentro de sus propias reglas. Esto quiere decir que “el sentimiento de justicia del intérprete, sus preferencias” tiende a ser licuado o embretado en un aparato burocrático. Weber, M. *Schriften zur Soziologie*, Stuttgart, Reclam, 1995. Edición de M. Sukale. pp.238-256.

opten por esta o aquélla interpretación. En primer lugar, no se hace mención a las acciones estratégicas de los jueces (para ascender, no ser expulsado, no quedar en la picota mediática o precisamente lo opuesto, lograr visibilidad mediática). Este tipo de acciones estratégicas que dan lugar a diversas y novedosas interpretaciones, están condicionadas no por lo que dicen juristas o dogmáticos sino por otro tipo de horizontes, fines o fenómenos. De tal modo que los condicionamientos aquí no son teórico-universitarios, sino diferentes.

Otro tanto vale para nuevos fenómenos. Por ejemplo, la incidencia de organismos *multi-pluri-nausea-level* con capacidad de dejar en claro a una cierta organización judicial lo que debería hacer (cómo interpretar) para cumplir con una serie de compromisos internacionales⁷.

No me parece que todas estas cuestiones indicadas estén ya implicadas por las *fuentes principales de indeterminación jurídica* a las que alude Guastini. Y tampoco me parece que estén implicadas por las consideraciones que Guastini hace acerca de lo que *condiciona* la interpretación judicial y la *forma mentis* de los jueces.

4. Por último, Guastini sostiene que la teoría del derecho debe dedicarse a describir y a desplegar actividades de tipo cognitivo.

⁷ Especialmente agudo es este fenómeno cuando un organismo financiero internacional condiciona un crédito a ciertas garantías de reforma, eficacia o transparencia del Poder Judicial. Para cumplir con ese tipo de lineamientos se favorece desde (y en) los tribunales superiores la aplicación de la ley de un cierto modo, lo cual condiciona, nuevamente (y de manera novedosa) la forma mentis. Eficiencia, sustentabilidad y accountabilities de variado tipo son conceptos que han ingresado a la práctica judicial desde hace poco (rompiendo su hermética cerrazón intramuros propia de los tribunales del pasado que no debían dar cuentas en términos de eficiencia). La clásica expresión según la cual “los tiempos de la justicia son lentos” (léase “los tiempos de los jueces son lentos”), que en su momento tenía la carga valorativa de indicar que las decisiones de los jueces son y deben ser lentas y meditadas, ha adquirido ahora un matiz peyorativo. Pero claro que para acelerar ciertas causas hay que cambiar, entre miles de cosas, la interpretación sobre qué se entiende por “plazo razonable del proceso”. Y lo que parece condicionar este cambio de interpretación no es lo que los jueces aprendieron en la universidad.

Pregunto ¿por qué? Si la respuesta es que si algo no es descriptivo o cognitivo deja de ser una teoría del derecho, mi pregunta concede la definición y se transforma en ¿por qué deberíamos hacer teoría del derecho? ¿Es útil, conveniente, valioso, razonable, *a cosa serve*? ¿Por qué y para qué hacemos lo que hacemos? Mejor dicho, la pregunta es personal, ¿Riccardo, por qué habría que hacer teoría del derecho? *Tocca a te*.

Réplica

Riccardo Guastini

Traducción de Federico José Arena

Estoy muy agradecido a Pablo Navarro que ha dado lugar a este debate en la revista que dirige y a todos los amigos que han tomado en serio mi artículo. Un agradecimiento especial va para Federico Arena, que ha sido el promotor de esta iniciativa y el traductor (del inglés y del italiano) de mis intervenciones.

1. Si no recuerdo mal, mi ensayo sobre el “escepticismo ante las reglas” (que no he vuelto a leer... para no dejarme influenciar) contiene esencialmente tres núcleos temáticos.

- (i) En primer lugar, contiene un aparato conceptual bastante simple, constituido por una cadena de distinciones: (a) interpretación en abstracto vs. interpretación en concreto, (b) interpretación cognitiva vs. interpretación decisoria, (c) interpretación (decisoria) propiamente dicha vs. construcción jurídica (o, si se quiere, interpretación creativa)¹.

¹ La doble distinción (que se encuentra en mi artículo) entre interpretación decisoria e interpretación creativa, y entre interpretación (se entiende: decisoria) propiamente dicha y construcción jurídica, puede ser drásticamente simplificada de la manera que he apenas expuesto en el texto.

(ii) En segundo lugar, contiene dos (y solo dos) tesis teóricas importantes: (a) el derecho es indeterminado (no solo y no tanto a causa de la vaguedad de las normas², sino también y sobre todo) a causa de la *equivocidad* (o *ambigüedad* en sentido amplio) de los textos normativos, la gran parte de los cuales admite una multiplicidad de interpretaciones en abstracto³; (b) la equivocidad de los textos normativos depende no ya de los textos mismos (i.e., de defectos “objetivos” en su formulación, ya que claramente no todos los textos normativos han sido formulados de manera defectuosa), sino de los *intérpretes*, en el sentido que son los intérpretes quienes vuelven equívocos aquellos textos que, fuera de la práctica jurídica, no lo serían⁴.

Si se aceptan estas dos tesis, parece obvio que los enunciados interpretativos “decisorios” carecen de valor de verdad y es éste el núcleo del “escepticismo ante las reglas”⁵.

(iii) En tercer lugar, contiene algunas tesis meta-teóricas -o críticas dirigidas a teorías rivales- que no vale la pena mencionar, puesto que no son más que la consecuencia de combinar el aparato conceptual con las tesis teóricas apenas señaladas. Sin embargo, al criticar las teorías de otros, he propuesto la tesis según la cual (al menos en ámbito jurídico) una teoría del significado no puede ser otra cosa más que una teoría de la interpretación, entendida esta última como el análisis de las prácticas interpretativas de los juristas. Aun cuando se trata de una tesis marginal, a la luz de las intervenciones que forman parte de este volumen, deberé (*obtorto collo*) regresar también sobre ella.

Pues bien, mis gentiles interlocutores disienten sobre (casi) todo.

² Como todos se obstinan en decir.

³ Algo que muchos parecen ignorar.

⁴ Ello en cuanto los intérpretes se ven condicionados por intereses en conflicto, ideas de justicia diferentes, una pluralidad de técnicas interpretativas, una pluralidad de asunciones dogmáticas en competición.

⁵ Entre mis comentaristas, solo Lorena Ramírez parece pensar que los enunciados interpretativos poseen valor de verdad. Pero no ofrece ningún argumento a favor de esa tesis.

2. Francamente, no veo cómo pueda desconocerse la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. Probaré una vez más a exponer algunos de los problemas de interpretación que caracteriza uno y otro tipo.

(i) Problemas de la interpretación en abstracto.

El artículo 87 de la Constitución italiana confiere al Presidente de la República el poder de conceder la gracia; el artículo 89, por otra parte, exige que todo acto del Presidente sea contrafirmado por el “ministro proponente”. ¿Debemos entender que el Presidente no puede conceder ninguna gracia en ausencia de una propuesta ministerial? ¿O debemos entender, puesto que el poder de gracia resulta inequívocamente atribuido al Presidente (no al Gobierno), que el ministro (de la justicia) tiene el deber de contrafirmar los decretos presidenciales de gracia?

El artículo 94, párrafos 2 y 5, de la Constitución italiana prevé que una de las Cámaras pueda votar la censura del Gobierno (i.e., del Gobierno en su totalidad). ¿Esta norma, implica o no que una de las Cámaras puede también votar la censura en particular de un único ministro⁶?

El artículo 48, párrafo 1, de la Constitución italiana dispone: “Son electores todos los ciudadanos”. ¿*Quid* de los extranjeros y los apátridas? ¿Debemos considerar que la constitución no dispone nada al respecto y que, por lo tanto, es (en algún sentido) lagunosa, o que, por el contrario, la constitución positivamente -si bien implícitamente- excluye a los no-ciudadanos del derecho a votar⁷?

(ii) Problemas de la interpretación en concreto (problemas de subsunción⁸).

⁶ Para la crónica, la Corte constitucional italiana considera que sí (Corte const. 7/1996).

⁷ En un caso, la ley ordinaria podría extender de manera legítima el derecho de voto a los extranjeros o a los apátridas; en el otro caso, una ley ordinaria que así dispusiera sería inconstitucional.

⁸ Michel Troper me atribuye la tesis según la cual la interpretación en concreto es interpretación (no de textos, si no) ‘de hechos’. Evidentemente no me he

El artículo 575 del Código penal italiano castiga con la reclusión “a quien provoque la muerte de un hombre”. Tizio ha cortado la garganta al abuelo (con el objetivo de heredar sus bienes). Todos están de acuerdo acerca de que Tizio ha provocado la muerte del abuelo. Caio, en cambio, conduciendo su automóvil, ha golpeado al peatón Mevio, haciendo que caiga sobre la calzada opuesta, sobre la cual transitaba el automóvil de Sempronio, que ha atropellado y matado a Mevio. ¿Quién ha causado la muerte de Mevio? ¿Caio? ¿Sempronio? ¿Ambos?

El artículo 2053 del Código civil italiano establece que “el propietario de un edificio o de otra construcción es responsable por los daños que provoque su deterioro”. ¿Es el señor Pincopallino, propietario del edificio sito en calle Del Sicomoro 11, responsable de los daños provocados por la caída del ascensor?

Es posible -incluso probable- que yo haya construido mal (de manera insatisfactoria) los conceptos de interpretación en abstracto y de interpretación en concreto. Pero quien no vea la diferencia entre los problemas de los dos tipos mencionados es ciego.

3. Es cierto que mi trabajo es deficitario bajo un aspecto importante. En él me refiero a subsunción -asumiéndola como “individual” (o en concreto)-, sin siquiera mencionar la subsunción que suele ser denominada “genérica” (o en abstracto)⁹.

explicado bien. No sostengo esto, para nada. Por el contrario, sostengo que la subsunción es un problema de interpretación textual, en particular de interpretación de los predicados (en sentido lógico, es decir, términos que denotan clases) usados para formular el antecedente de las normas. En definitiva, mi distinción no es entre la interpretación de textos y la interpretación de hechos, mi distinción es entre la interpretación de enunciados completos y la interpretación de predicados. Acerca de este punto no existe un verdadero desacuerdo entre nosotros.

⁹ Esta terminología, “subsunción genérica” y “subsunción individual”, es notoriamente la de C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, p. 303 y ss.; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, especialmente p. 267 y s. La expresión “subsunción genérica” es en realidad, creo, poco feliz, pero no encuentro otra mejor.

Efectivamente, como bien señala Isabel Lifante, “subsumir” puede significar, según las circunstancias, tanto (a) incluir una entidad individual dentro de una clase, como (b) incluir una clase dentro de otra clase más amplia.

Vayan como ejemplo algunos problemas de subsunción genérica que se presentan en el derecho civil italiano. “La expresión ‘empresa agrícola’ designa ciertamente el cultivo de un terreno, pero no es del todo claro que designe también el cultivo de plantas en condiciones artificiales, creadas dentro de un establecimiento. La expresión ‘residencia privada’ designa ciertamente la casa, pero no es del todo claro si es también aplicable a los recintos de un estudio profesional o de la sede de un partido. La palabra ‘habitación’ designa ciertamente los recintos de un departamento o de una casa en los que una persona vive, pero no es del todo claro que se refiera también al vestíbulo, al patio, al sótano, y a la cochera. La expresión ‘ruina de edificio’ designa ciertamente el desmoronamiento total de un edificio, pero no es del todo claro que comprenda también la simple caída de un balcón, de una cornisa, de una canaleta, de una teja, del ascensor”¹⁰. O también, se puede convenir que el suministro de antibióticos o de analgésicos constituye “tratamiento sanitario” en el sentido del artículo 32 de la Constitución italiana; ¿pero constituyen también “tratamiento sanitario” la nutrición y la hidratación forzadas?

Como puede verse, la subsunción genérica se ubica en una posición intermedia entre la interpretación “en abstracto” y la interpretación “en concreto”. Por un lado, es parte esencial de la interpretación “en abstracto” y, por otro lado, es presupuesto necesario de la interpretación “en concreto”.

No me parece, sin embargo, que el fenómeno de la subsunción genérica pueda poner en discusión la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. Posee el solo efecto de hacer más imprecisos los contornos y de mostrar la fatal conexión entre los dos tipos de interpretación. Queda el hecho que no existe decisión

¹⁰ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, p. 10 y s.

jurisprudencial sin interpretación en concreto, mientras que la interpretación doctrinal es esencialmente interpretación en abstracto.

4. No veo tampoco cómo pueda desconocerse la distinción entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria.

La equívocidad de los textos jurídicos es una cosa compleja y multiforme. Pero, para simplificar, consideremos un ejemplo, si bien no de ámbito jurídico, fácil y bastante conocido de genuina ambigüedad sintáctica (que es solo una de las miles formas que puede asumir la equívocidad de los textos jurídicos):

[1] Todos los chicos aman a una chica

¿En qué sentido? ¿En el sentido que existe una chica amada por todos los chicos, o en el sentido que cada chico ama alguna chica?

Así, la interpretación cognitiva [IC] de un enunciado de este tipo asumirá, más o menos, la forma siguiente:

[IC] [1] puede significar (i) que existe una chica a la que aman todos los chicos, o bien (ii) que cada chico ama alguna chica.

La interpretación decisoria [ID], a su vez, asumirá alguna de las siguientes formas:

[IDa] [1] significa que existe una chica amada por todos los chicos,
o si no,

[IDb] [1] significa que cada chico ama alguna chica.

Pongamos, de todos modos, un ejemplo jurídico. El artículo 101, párrafo 2, de la Constitución italiana establece que “Los jueces están sujetos solo a la ley”. Por otro lado, otras disposiciones constitucionales confieren a ciertos actos del Gobierno la misma “fuerza” de las leyes. Pues bien, ¿debemos considerar que los jueces están sujetos solo a la ley formal (i.e., la ley en sentido estricto: acto legislativo del Parlamento), o también a los actos gubernamentales dotados de fuerza de ley?

La interpretación cognitiva [IC] del artículo 101, párrafo 2, asumirá la siguiente forma:

[IC] El artículo 101, párrafo 2, puede significar (i) que los jueces están sujetos solo a la ley formal, o bien (ii) que los jueces están sujetos a la ley y a los actos gubernamentales dotados de fuerza de ley.

La interpretación decisoria [ID], a su vez, asumirá alguna de las siguientes formas:

[IDa] El artículo 101, párrafo 2, significa que los jueces están sujetos solo a la ley formal,

o si no,

[IDb] El artículo 101, párrafo 2, significa que los jueces están sujetos a la ley y a los actos gubernamentales dotados de fuerza de ley.

¿Cómo podría desconocerse la diferencia entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria? De nuevo, es posible que yo haya construido mal los dos conceptos (sobre el concepto de interpretación cognitiva volveré dentro de un momento). Pero si alguien no ve la diferencia entre las dos cosas es ciego.

5. A decir verdad, hay quien parece poner en duda no la distinción en cuanto tal¹¹, sino más bien su relevancia¹². Ello es realmente sorprendente. Puesto que claramente una interpretación cognitiva se formula mediante lenguaje descriptivo, una interpretación decisoria en

¹¹ Claro, esta distinción no tiene sentido para todo aquel que todavía comparta la ilusión semántica de los siglos XVIII y XIX según la cual todo texto normativo incorpora uno, y solo un, significado objetivo y susceptible de ser conocido, de modo tal que para todo texto normativo existirá siempre una, y solo una, interpretación verdadera, mientras que las demás serán falsas.

¹² Obviamente los juicios de “relevancia” son juicios de valor.

lenguaje adscriptivo¹³. Negar la relevancia de la distinción¹⁴, ¿no sería un poco como desconocer la distinción entre ciencia (jurídica) y política (del derecho), entre *expository* y *ensorial jurisprudence*?

No obstante, he de reconocer que -tal como señala Isabel Lifante- he diseñado el concepto de interpretación cognitiva de manera un tanto ambigua¹⁵. Esta forma de interpretación queda suspendida entre la interpretación propiamente dicha (atribución de significado a un texto) y previsión de la interpretación de otros. Es evidente que las dos cosas son conceptualmente distintas. Pero sospecho que son equivalentes desde un punto de vista pragmático¹⁶.

La interpretación cognitiva puede ser representada como una conjunción de una pluralidad de enunciados condicionales del siguiente tipo:

[ICa] Si se adopta el método interpretativo M1 y/o la tesis dogmática T1, entonces D significa S1,

[ICb] Si se adopta el método interpretativo M2 y/o la tesis dogmática T2, entonces D significa S2,

[ICc] Si se adopta el método interpretativo M3 y/o la tesis dogmática T3, entonces D significa S3,

y así sucesivamente.

¹³ Una es análoga a la definición informativa, la otra es análoga (no a la estipulación, como dice Damiano Canale, si no) a la redefinición.

¹⁴ Como parece hacer Isabel Lifante que, polemizando contra mi “segregacionismo discursivo” -un modo de ver que me enorgullezco de compartir con algunos ilustres... colegas (de Hume a Bentham, de Austin a Weber, de Bobbio a Kelsen)- confunde sistemáticamente verdad y corrección, i.e., hechos y valores. Tampoco Lorena Ramírez distingue entre verdad y corrección de los enunciados interpretativos.

¹⁵ Señalo que no he dicho (al menos, espero no haber dicho) que la interpretación cognitiva consiste en identificar *todos* los significados posibles de un texto normativo. Ello sería probablemente imposible. Por otra parte, creo que desde el punto de vista sincrónico los significados posibles de un texto normativo son, si bien numerosos, finitos.

¹⁶ Ningún jurista preparado mencionaría, entre los significados adscribibles a un texto, un significado rebuscado que previsiblemente nadie adoptaría.

El consecuente de estos enunciados (por ejemplo, “D significa S1”) puede ser entendido como una proposición descriptiva de una (posible o previsible) interpretación decisoria. A la izquierda del verbo “significa” se encuentra la disposición objeto de interpretación. A su derecha está el significado que esa interpretación decisoria adscribiría a la disposición, o sea la norma que obtendría de ella. En el antecedente del mismo enunciado condicional (por ejemplo, “Si se adopta el método interpretativo M1 y/o la tesis dogmática T1, entonces...”) se describen los argumentos, aduciendo los cuales puede argumentarse o justificarse el significado (S1) elegido.

Me urge subrayar que la interpretación cognitiva no consiste en adoptar un método interpretativo determinado (poco importa cuál) para “descubrir” el único significado “correcto”. Por el contrario, la interpretación cognitiva consiste en poner en práctica, de manera “imparcial”, todos los métodos interpretativos disponibles en la cultura jurídica existente¹⁷, para poner así en evidencia la equivocidad -los diferentes significados posibles- del texto interpretado. Y ello no tiene otro objetivo más que el de prever (en la medida que sea posible) las posibles interpretaciones futuras.

Con dos aclaraciones, que consisten en admitir la corrección de dos observaciones que hicieron tanto Isabel como Damiano¹⁸. Primero, la interpretación cognitiva difícilmente puede prever las interpretaciones futuras “creativas”. Segundo, cada interpretación “creativa” nueva tiene el efecto de ampliar las interpretaciones que pueden ser reconocidas y previstas desde el punto de vista cognitivo. La interpretación cognitiva, por lo tanto, tiene límites insuperables y, además, cambia diacrónicamente.

6. Con relación a la interpretación decisoria, creo que debo responder a otra observación de Isabel, quien escribe: “decir que la actividad

¹⁷ Aquí, para simplificar, condenso en el concepto de “método interpretativo” tanto las técnicas interpretativas propiamente dichas como las asunciones dogmáticas que guían la decisión interpretativa.

¹⁸ Observa correctamente Damiano: “los intérpretes modifican diacrónicamente los contenidos del derecho atribuyendo a los textos normativos nuevos contenidos”. Pero en esto no veo que haya algo de paradójico.

interpretativa, cuando no es meramente cognitiva, consiste en ‘decidir’, parece obviar la cuestión relevante: ¿cómo se decide?, ¿qué tipo de razones se admiten para justificar la elección en este ámbito concreto?”.

Ahora bien, todo discurso interpretativo (decisorio) es esencialmente un argumento, es decir, una secuencia de enunciados, algunos de los cuales desempeñan el papel de premisas, argumentos, o razones, y otros (al menos uno) desempeñan el papel de conclusión. Mi análisis está programáticamente circunscripto a las conclusiones de tales argumentos, o sea, al análisis de los enunciados interpretativos. Mi artículo no era, creo, el lugar apropiado para elaborar (también) una teoría de la argumentación¹⁹.

Además, no veo por qué la (incuestionable) relevancia del análisis de los argumentos interpretativos convierta en irrelevante el análisis de los enunciados interpretativos en cuanto tales.

Observo, al pasar, que la pregunta de Isabel “¿qué tipo de razones se admiten?” es ambigua. Una cosa es preguntarse sobre cuáles sean, de hecho, los argumentos admitidos dentro de la cultura jurídica a la que se hace referencia. Otra cosa es preguntarse sobre cuáles sean los argumentos “admisibles”, en sentido normativo, es decir, buenos o aceptables. De nuevo, tengo la sospecha que Isabel no distinga entre hechos y valores²⁰. Determinar cuáles sean los argumentos que, dentro de una cultura jurídica, son de hecho admitidos es un problema empírico. Decidir cuáles argumentos sean admisibles es un problema normativo y, en cuanto tal, ajeno a la teoría descriptiva de la interpretación.

¹⁹ Entendida como análisis lógico de los argumentos efectivamente utilizados en una determinada cultura jurídica en un determinado arco de tiempo.

²⁰ Según Isabel, “cualquier práctica incorpora una serie de valores”, y “la interpretación es una actividad normativa que incorpora criterios de corrección”. Creo que estos enunciados carecen, literalmente, de sentido. Que los intérpretes posean valores y criterios de corrección está fuera de discusión, pero, precisamente, solo los individuos humanos poseen valores e ideas de corrección, no las cosas.

7. No tengo dificultades en admitir que la distinción entre interpretación (meramente) decisoria e interpretación creativa²¹ o construcción jurídica es problemática, tal como señalan Hernán Bouvier y Damiano Canale. Y lo es por al menos dos razones.

En primer lugar, el concepto de construcción jurídica abraza numerosas operaciones heterogéneas. Por ejemplo: creación de lagunas axiológicas, elaboración de normas no expresas, solución de antinomias, concretización de principios, balance de principios en conflicto, y así sucesivamente. Cada una de estas operaciones exigiría un análisis independiente, que ciertamente no podía llevar a cabo en mi artículo.

En segundo lugar, y sobre todo, la línea de demarcación entre interpretación decisoria y construcción jurídica es bastante lábil. Ello quiere decir que en algunos (y quizás en muchos) casos, si una determinada tesis doctrinal o jurisprudencial sea fruto de una simple interpretación o, en cambio, de una genuina construcción puede ser una cuestión discutible.

Sin embargo, es innegable que, al menos en algunos casos, la diferencia es bastante evidente. Tomemos dos ejemplos bien simples.

Según la Corte constitucional italiana, la expresión “diseño de ley [...] en materia electoral”, incluida en el artículo 72 de la Constitución italiana, no se extiende a las leyes en “materia de referéndum”²². Resulta bastante claro, creo, que en este caso la Corte se limita a interpretar la disposición constitucional. Y, además, la interpretación es literal puesto que no hay dudas de que, según el uso común del lenguaje, las elecciones son diferentes del referéndum²³.

Pero veamos una (famosa) decisión de la misma Corte en materia de referéndum derogatorio. Dice la Corte: “La indicación textual de las causas de inadmisibilidad [del referéndum]” incluida en la Constitución (precisamente: “leyes tributarias y de presupuesto, de amnistía y de

²¹ Creadora de nuevos significados (normas), i.e., de nuevo derecho.

²² Corte const. 161/1995.

²³ Como es obvio, la Corte bien podría haber interpretado extensivamente (o, mejor, analógicamente), aplicando a las leyes en materia de referéndum la misma norma que vale para las leyes electorales.

indulto, de autorización para ratificar tratados internacionales”) no es “rigurosamente taxativa”. Por el contrario, la disposición en cuestión “presupone una serie de causas *no expresas y previamente* deducibles de la regulación constitucional del referéndum derogatorio en su conjunto” y de las características “esenciales y necesarias” del instituto²⁴. Por lo tanto, “esta Corte considera que existen efectivamente valores de orden constitucional, referidos a las estructuras o a los temas de los pedidos de referéndum, que han de ser tutelados mediante la exclusión del referéndum, *mas allá de la letra*” de la Constitución²⁵. Debería ser evidente que, en este caso, la Corte no se limita a atribuir significado -ni siquiera un significado “más allá de la letra”- a una determinada disposición constitucional, si no que construye, tal como ella misma admite, una serie de normas no expresas (las “causas no expresas” de inadmisibilidad) que limitan el objeto del referéndum derogatorio, incluso más allá de lo que expresamente prevé la Constitución.

O también (otro ejemplo), el artículo 87, párrafo 5, de la Constitución italiana dispone lacónicamente que el Presidente de la República “emana los decretos que tengan valor de ley”. La disposición, tal como se preocupa por señalar la doctrina, “no contiene ninguna disposición sustancial o procedimental que limite el poder presidencial”²⁶. Podría concluirse entonces, simplemente, que el poder presidencial en cuestión no se encuentra sujeto a ningún límite sustancial o procedimental. Pero una respuesta tan simple no logra satisfacer a la doctrina dominante. La doctrina dominante, en cambio, asume que algún límite ha de existir, y que la Constitución es lagunosa al respecto. En consecuencia se apura por colmar la laguna (imaginaria). ¿Cuáles son los límites a los que está

²⁴ O sea, de características que el referéndum posee antes de e independientemente a su disciplina constitucional positiva, casi como si el referéndum poseyera sus propias características... “naturales”, o sea, según el “derecho natural”.

²⁵ Corte const. 16/1978 (la cursiva es mía).

²⁶ M. Luciani, “L’emanazione presidenziale dei decreti-legge. (Spunti a partire dal caso E.)”, en *Politica del diritto*, 3, 2009, p. 410. En realidad, lo que preocupa a la doctrina no es tanto el poder presidencial de emanar decretos, sino el poder de *rechazar* su emanación.

sujeto el poder presidencial? Pues bien, dado que, como decíamos, la Constitución guarda silencio al respecto, cualquier respuesta que se dé a la pregunta no es -y no podría jamás ser- fruto de la interpretación textual (ya que falta un enunciado constitucional que pueda ser interpretado). La respuesta es, en cambio, fruto de “construcción jurídica”. Cualquier norma que fije límites al poder presidencial en cuestión es una norma apócrifa.

Un último ejemplo. La Constitución italiana vigente, como sucede casi siempre, se coloca sobre un ordenamiento jurídico (un conjunto de leyes, decretos, etc.) pre-existente. Sin embargo, la Constitución no contiene ninguna cláusula de derogación expresa de la legislación precedente incompatible²⁷. Al día siguiente de su entrada en vigor, surgió la cuestión relativa a si el conflicto entre la nueva Constitución y las leyes anteriores era un problema de sucesión de normas en el tiempo, o si, en cambio, era un problema de incompatibilidad entre normas colocadas en distintos lugares de la jerarquía de las fuentes. En el primer caso, cualquier juez habría podido declarar derogadas las leyes viejas (con efectos circunscriptos al caso decidido, no retroactivos). En el otro caso, solo el juez constitucional habría podido declarar la invalidez sobrevinida de las viejas leyes (con efectos *erga omnes*, y retroactivos a la fecha de entrada en vigor de la Constitución)²⁸. ¿Es este un problema de interpretación? Evidentemente no. Como he dicho, la Constitución nada dice al respecto, por lo que no existe ninguna disposición constitucional que pueda ser objeto de interpretación. Las distintas soluciones del problema son, todas, fruto de genuina, y evidente, construcción jurídica.

²⁷ Mucho menos una cláusula de derogación expresa “nominativa”, del tipo “Quedan derogadas las leyes L1, L2, L3, etc.”. En ausencia de una cláusula de este tipo, está claro que en cualquier caso las normas antecedentes incompatibles deberían ser identificadas mediante interpretación (decisoria).

²⁸ En la dogmática italiana el problema ha sido objeto de una extensa discusión durante el período que va desde la entrada en vigor de la Constitución republicana (1948) hasta la creación de la Corte constitucional (1956). Véase, por ejemplo, AA.VV., “Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956.

8. También con relación a la distinción interpretación decisoria vs. construcción jurídica, alguien (en especial Michel Troper), si bien sin negar completamente la distinción misma, niega que se trate de una distinción relevante, especialmente respecto de las decisiones de los órganos de aplicación de última instancia, es decir, de aquellos órganos cuya decisión no puede ser contradicha o revocada por nadie (los jueces supremos y los tribunales constitucionales, naturalmente, pero también los órganos constitucionales supremos). El argumento es que las decisiones de los órganos en cuestión producen efectos jurídicos, son derecho “viviente”²⁹, de manera totalmente independiente al hecho que sean efectivamente interpretativas o, en cambio, creadoras de nuevo derecho³⁰. Por lo tanto ¿de qué sirve distinguir? El derecho es obra de los órganos supremos. Y esto es todo.

Que en un cierto sentido (a precisar) el derecho -todo el derecho³¹- sea obra de los órganos que poseen el poder de interpretarlo “auténticamente”³² es una tesis que comparto³³. La distinción entre interpretación decisoria y construcción jurídica no pretende para nada discutir esta tesis. Incluso más, tiene la pretensión de fortalecerla, en cuanto, como creo haber dicho, la construcción jurídica -y no la mera interpretación decisoria- es la parte más significativa, por cualidad y cantidad, del trabajo intelectual cotidiano de los jueces (y, antes, de los juristas).

El punto es que, por lo general, los juristas, los jueces, y los órganos de última instancia “hacen derecho” de manera distinta, y a mí me

²⁹ En el lenguaje de la Corte constitucional italiana (y también en el de la doctrina) la expresión “derecho viviente” se usa comúnmente para denotar las interpretaciones dominantes y consolidadas.

³⁰ Este es, creo, el único punto de verdadero desacuerdo entre Michel Troper y yo.

³¹ No exactamente “todo”, a decir verdad. Evidentemente, las normas que instituyen los órganos de la “interpretación auténtica” existen con anterioridad a los órganos en cuestión, y por lo tanto no se puede decir que son creadas por esos órganos.

³² En el sentido de Kelsen, obviamente.

³³ Con dos aclaraciones: una cosa es escribir un texto normativo y otra interpretarlo, y que no se da interpretación sin texto a interpretar.

parece interesante analizar estas diferencias. Rechazar la distinción entre interpretación (meramente) decisoria y construcción jurídica implica desperdiciar un instrumento -potente, aun si imperfecto- de análisis de las decisiones jurídicas (y también de la doctrina), con el resultado de dar una representación pobre, uniforme, de la práctica jurídica.

Como recuerda Michel Troper, en 1962 el general De Gaulle se valió del poder que le había conferido el artículo 11 de la Constitución francesa vigente («Le Président de la République [...] peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics») para someter a referéndum una reforma constitucional. De Gaulle adoptó, de esa disposición, una interpretación “nueva”, imprevisible, y que por lo general era considerada errónea (o creativa). ¿Hemos entonces de pensar -se pregunta Michel- que la reforma constitucional producida mediante el referéndum es inválida y/o fruto de una revolución? ¿O hemos, en cambio, de reconocer que el referéndum ha creado normas válidas, puesto que tales normas han adquirido vigencia, sin que nadie haya podido cuestionar su validez?

Pues bien, ¿por qué no deberíamos pensar *ambas* cosas? ¿Por qué no deberíamos pensar que, sí, el general De Gaulle llevó a cabo una suerte de revolución (una ruptura del ordenamiento constitucional anteriormente vigente) y que, de todos modos, esa revolución ha producido derecho vigente?

Igualmente, me parece que, sorprendentemente, Michel confunde aquí dos órdenes de cuestiones. Se trata de una cuestión de teoría de la interpretación si De Gaulle se ha limitado a “interpretar” una determinada disposición constitucional, o si, en cambio, (como puede fácilmente sostenerse) ha creado derecho nuevo. La respuesta a esta pregunta presupone, ciertamente, una teoría de la interpretación. En el sentido que teorías de la interpretación diferentes probablemente darán respuestas diferentes a la pregunta. Se trata, en cambio, de una cuestión de dogmática si la reforma constitucional “gaullista” es una reforma válida, i.e., autorizada por la constitución vigente, o si es una reforma *extra ordinem*, i.e., ni válida, ni inválida (al igual que la instauración de

la “primera” constitución)³⁴. La respuesta a esta pregunta presupone no tanto una *teoría* de la interpretación, cuanto una determinada *interpretación* del artículo 11 de la Constitución francesa. En el sentido que, diferentes interpretaciones de esa disposición constitucional, producirán inevitablemente respuestas diferentes a la pregunta.

9. Hasta aquí las cuestiones conceptuales. Pasemos ahora a las cuestiones teóricas.

La teoría hoy dominante (Hart y sus epígonos) considera que el derecho es indeterminado a causa de la vaguedad de las normas, o, más precisamente, a causa de la vaguedad de los predicados de los lenguajes naturales en los que las normas inevitablemente han de formularse. Este modo de ver -defendido también por Lorena Ramírez- es, bajo dos aspectos estrechamente conectados entre sí, miope.

En primer lugar, desconoce la equivocidad (o, como señalé arriba, ambigüedad en sentido bien amplio³⁵) de los enunciados normativos. Además, la equivocidad constituye, desde mi punto de vista, la fuente principal de las controversias entre juristas.

En segundo lugar, la teoría dominante parece circunscribir los problemas de interpretación a la aplicación de normas (preconstituidas, aunque vagas) a casos concretos, como si la interpretación fuera solo asunto de los jueces.

En mi opinión, en cambio, el derecho es indeterminado no solo y no tanto a causa de la vaguedad de las normas, sino también, y sobre todo, a causa de la equivocidad de los textos normativos. Se trata de una tesis empírica³⁶, y como tal, sujeta a falsificación, pero que -según me parece-

³⁴ Tengo la vaga impresión que, además, Michel -en línea con la bien conocida confusión kelseniana entre validez, existencia y fuerza obligatoria- sistemáticamente confunde la validez con lo que yo llamaría ‘vigencia’ (*being in force*).

³⁵ Es en este sentido bastante amplio que habla de ambigüedad E. Bulygin, “Respuestas de Eugenio Bulygin”, en J.J. Moreso, M. C. Redondo, *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, 2007, p. 182.

³⁶ No tengo dificultades en reconocer que esta tesis, si bien empírica, incorpora un elemento de valor, a saber, que los problemas de equivocidad me parecen

encuentra amplia confirmación en la jurisprudencia de los tribunales supremos (de legitimidad), de los tribunales constitucionales, y aún más en las obras de los académicos del derecho.

Pero el punto interesante es que los “teóricos de la vaguedad” (llamémoslos así) son simplemente ciegos frente a la equívocidad de los textos jurídicos. Hasta el punto que probablemente si se topan con un problema de equívocidad -y por lo tanto de interpretación en abstracto- ni siquiera lo reconozcan.

El artículo de Lorena es un ejemplo emblemático. Lorena se refiere solo a ‘casos’ o ‘supuestos de hecho’³⁷. Cuando debe ofrecer un ejemplo de problema interpretativo, se pregunta si una regla que prohíbe el transporte de gatos en el metro se aplica también a ‘los gatos disecados’. Sostiene que “los diferentes instrumentos interpretativos pueden y acostumbran a regular del mismo modo terminados *casos*”³⁸.

más importantes y más interesantes. Me parece más importante y más interesante discutir -no sé- de los poderes del Presidente de la república (en Italia o en Francia) que... de los vehículos en el parque.

³⁷ Por ejemplo, desde su punto de vista, la controversia entre las diferentes teorías de la interpretación “radica en asumir -o no- que hay enunciados interpretativos verdaderos acerca del derecho; o, en otras palabras, que hay casos claros”. He intentado (inútilmente, por lo que parece) explicar que este *no* es el punto principal.

³⁸ La cursiva es mía. Cuatro observaciones al margen. (i) Dice Lorena: “En nuestros sistemas jurídicos es innegable que la dogmática desempeña un importante papel. No obstante, se trata de una cuestión contingente, siendo concebible un sistema en que los intérpretes no muestren deferencia a las elaboraciones dogmáticas”. No estoy tan seguro de que se trate de un hecho contingente, puesto que ¿puede imaginarse un derecho sin juristas, algo así como una religión sin curas? Aunque este no es verdaderamente el punto. Incluso tratándose de un hecho contingente, es siempre un hecho, del cual la teoría de la interpretación ha de dar cuenta, ¿o no? Y además, ¿de cuáles “intérpretes” está hablando Lorena? De los jueces evidentemente, puesto que distingue entre “los intérpretes” y “las elaboraciones dogmáticas”. Pero ¿los juristas dogmáticos, no son intérpretes? (ii) Dice asimismo Lorena: “Que haya diversos instrumentos interpretativos disponibles depende de la práctica y es por lo tanto una cuestión contingente. Podemos imaginar un sistema en el cual

“Las cuestiones que debe enfrentar *el juez* al analizar y resolver los problemas de vaguedad son similares a las que cabría enfrentar cuando se trata de problemas de ambigüedad fruto de la interpretación en abstracto”, dice Lorena; “por tanto no parece que en *la tarea del juez* ³⁹ la interpretación orientada a hechos sea una actividad esencialmente distinta de la interpretación en abstracto”. ¿Es así? ¿El problema de los ‘gatos en el metro’, o aquel de los ‘vehículos en el parque’, y el problema -para poner un ejemplo- si el adjetivo ‘inviolable’ asociado por la Constitución italiana (artículo 2) a los derechos humanos es una mera declaración retórica, o es, en cambio, una prohibición de reforma constitucional, son problemas del mismo tipo?

Repito que quizás no he elaborado con claridad la distinción conceptual entre interpretación en abstracto (que resuelve problemas de equívocidad) e interpretación en concreto (que resuelve problemas de vaguedad), pero, si alguien no ve la diferencia es ciego.

no existe semejante complejidad respecto de los instrumentos interpretativos”. ¿Que otra cosa más debe hacer la teoría de la interpretación si no dar cuenta de lo que sucede, aun cuando sea contingente? y, ¿cuál es el interés que tiene imaginar un sistema jurídico donde no existe la pluralidad de métodos interpretativos, dado que en todos los sistemas reales (contingentes, claro) los métodos interpretativos son claramente innumerables? (iii) Según Lorena, “Aunque pueda afirmarse que en el sistema jurídico con carácter general se emplean diferentes instrumentos interpretativos, puede que con respecto a determinadas disposiciones o en relación con determinados ámbitos no se admitan diversas interpretaciones, es decir, que se haya consolidado una única interpretación como admisible. Esto, evidentemente, puede variar con el tiempo, pero desde la perspectiva sincrónica cabría reconocer que hay enunciados interpretativos verdaderos”. Esta tesis esconde un grave error lógico. Si de un enunciado normativo existe una interpretación consolidada, es verdadero el enunciado que la describe (el enunciado que describe la interpretación “vigente”), y no el enunciado interpretativo mismo. Lorena no distingue entre enunciados interpretativos y enunciados meta-lingüísticos acerca de la interpretación. (iv) Lorena no desconoce que los enunciados interpretativos poseen “naturaleza adscriptiva”. Pero, ¿cómo puede un enunciado adscriptivo poseer valor de verdad?

³⁹ Las cursivas son mías. Como decía más arriba, los “teóricos de la vaguedad” no logran siquiera imaginar que en el mundo del derecho existen otros intérpretes además de los jueces.

10. Michel rechaza de raíz la tesis de la indeterminación de los textos normativos, no porque, si entiendo bien, la considere falsa, sino porque la considera simplemente irrelevante. Aun cuando el lenguaje jurídico fuera perfectamente determinado, dice Michel, los jueces (y en general los órganos de decisión de última instancia) podrían de todos modos decidir como desearan.

Temo que Michel ha pasado por alto la segunda de mis tesis teóricas, a saber, la equivocidad de los textos normativos depende no de los textos mismos (es decir, de defectos 'objetivos' de su formulación), sino de los *intérpretes*, en el sentido que son los intérpretes quienes vuelven equívocos textos que, fuera de la práctica jurídica, no lo serían.

En otras palabras, yo no afirmo que la discrecionalidad interpretativa depende de la indeterminación de los textos normativos, si no que -al contrario- la indeterminación del derecho depende de la discrecionalidad de los intérpretes. La que, a su vez, es hecha posible (entre otras cosas) por la multiplicidad de métodos interpretativos y por la multiplicidad de 'teorías' dogmáticas en competencia.

11. He escrito que la dogmática condiciona la *forma mentis* de los jueces. Hernán interpreta esta afirmación como una tesis sociológica acerca de la relación entre dos grupos sociales (juristas y jueces). A su parecer, la influencia del grupo de los juristas sobre el grupo de los jueces, de mucha relevancia en el pasado (en un contexto social distinto), es hoy, por varias razones, menos profunda. Temo que no me he explicado bien, puesto que considero la mía una tesis no de orden sociológico, si no de orden meta-jurisprudencial.

Lo que quería decir es que los jueces adoptan y usan en sus argumentaciones conceptos, teorías y esquemas de razonamiento que, en la mayor parte de los casos, son fruto de la elaboración (a veces secular) de los juristas académicos. Pienso, por ejemplo, a la teoría general del 'acto jurídico', a la teoría general de la responsabilidad extracontractual, a la teoría general de las constituciones rígidas, a la teoría general de las relaciones entre derecho estatal y derecho internacional, y así en adelante.

12. Creo francamente que las ‘explicaciones alternativas del funcionamiento del lenguaje’ o ‘de la comunicación lingüística’, tan bien ilustradas por Damiano Canale, son tan relevantes para la filosofía del lenguaje cuanto irrelevantes para la teoría de la interpretación jurídica⁴⁰. Entre otras cosas por la razones siguientes: la comunicación específicamente jurídica -el ‘diálogo’ entre las autoridades normativas y los intérpretes- es distinta de la comunicación ordinaria (a la que por lo general se refiere la filosofía del lenguaje). Y quizás es también diferente de cualquier otro tipo de comunicación. La interpretación de los textos normativos se ve condicionada no solo por intereses prácticos (y en conflicto), lo que debería ser obvio, sino que también se ve condicionada -frecuentemente- por asunciones filosófico-jurídicas y/o filosófico políticas y -siempre- por construcciones dogmáticas bien elaboradas, ambas completamente extrañas a la conversación cotidiana. No existe una ‘dogmática’ de la conversación cotidiana. Los juristas son capaces de volver equívoco cualquier enunciado, cuya interpretación sería del todo pacífica en contextos no jurídicos.

“¿Qué clase de objetos son los significados?” se pregunta Damiano. Y también: “¿qué tipo de conocimiento es necesario para comprender los significados?”, “¿en virtud de qué cosa las expresiones de una lengua poseen un cierto significado?”. No veo cómo la respuesta a estas preguntas pueda echar luz sobre las prácticas interpretativas de los juristas.

⁴⁰ Me reconforta saber que “ni un enfoque proposicional, ni un enfoque interpretativo a la teoría del significado [en el sentido en que Damiano la entiende] implican una relación biunívoca entre un texto y una de sus interpretaciones. A un texto T no corresponde necesariamente una y solo una interpretación I, así como a una interpretación I no corresponde necesariamente un y solo un texto. [...] Tanto las teorías proposicionales como las teorías interpretativas del significado no ponen en duda la pluralidad semántica y pragmática de los enunciados lingüísticos, ni el carácter discrecional de las decisiones interpretativas”. Todo ello me reconforta puesto que me exime de tener que elegir entre las dos teorías alternativas, visto que ninguna de las dos pone en discusión mi tesis acerca del carácter discrecional de la interpretación (decisoria).

Damiano dice: “En nuestro contexto de discusión, por ‘reconstrucción de las prácticas interpretativas’ se puede entender: (a) una identificación y clasificación de los significados adscriptos (adscribibles) a un texto normativo⁴¹; (b) una explicación de qué cosa es el significado de un texto normativo.” Disiento. Me parece que la reconstrucción de las prácticas interpretativas (de los juristas) consiste en cambio, banalmente, en la identificación de los modos y de los argumentos con los cuales se atribuye significado.

13. Siento un poco de dificultad para tomarme en serio la pregunta con la que Hernán cierra su intervención: ¿Para qué sirve la teoría del derecho? Intentaré de todos modos hacerlo en virtud del afecto que me une a Hernán.

Existen fundamentalmente dos modos de practicar la teoría del derecho. Una buena estrategia para aclarar su naturaleza es mostrar las posibles relaciones de la teoría del derecho (a) por un lado, con el derecho mismo (o con sus ‘fuentes’), o sea con el discurso del legislador (en sentido genérico o ‘material’); (b), por otro lado, con la ‘jurisprudencia’, entendida en su significado más antiguo, es decir como saber jurídico (*prudentia juris*), o sea con el discurso de los juristas académicos y de los jueces.

La cuestión es, por lo tanto, la siguiente: ¿qué relaciones existen entre el derecho, la jurisprudencia, y la teoría del derecho? Esta pregunta admite no menos de dos respuestas interesantes, que se corresponden a dos modos distintos -pero para nada incompatibles- de concebir y practicar la teoría del derecho.

- (i) por un lado, la teoría del derecho como análisis de la jurisprudencia, o sea -para retomar una feliz expresión de Norberto Bobbio- como metajurisprudencia, y
- (ii) por otro lado, la teoría del derecho como laboratorio conceptual, o sea como construcción de conceptos.

⁴¹ Yo diría que la identificación y la clasificación de los significados adscriptos (o adscribibles) a un texto normativo es tarea de la interpretación cognitiva. Una tarea bajo algunos aspectos análoga a la de los lexicógrafos.

Dos modos diferentes de concebir y practicar la teoría del derecho pero, repito, para nada incompatibles, puesto que nada impide combinarlos virtuosamente, como de hecho sucede la mayor parte de las veces.

(1) *La teoría del derecho como meta-jurisprudencia*. La primera respuesta posible a la pregunta sobre las relaciones entre derecho, jurisprudencia, y teoría del derecho suena más o menos así: derecho, jurisprudencia, y teoría del derecho se ubican en tres niveles de lenguaje diferentes.

El derecho no es otra cosa más que, por hipótesis, el discurso de las autoridades normativas (los padres constituyentes, el legislador, las autoridades administrativas), es decir, un conjunto de textos o documentos normativos (leyes, constituciones, reglamentos). La jurisprudencia, por su parte, es un metalenguaje -un lenguaje de segundo grado- cuyo lenguaje objeto es precisamente el derecho. En otras palabras, la jurisprudencia consiste en el análisis del lenguaje de las fuentes. La teoría del derecho es, a su vez, un meta-metalenguaje -un lenguaje de tercer grado- cuyo lenguaje objeto es el metalenguaje de la jurisprudencia.

En otros términos, si la dogmática consiste en el análisis del discurso de las fuentes, la teoría del derecho consiste a su vez en el análisis del discursos de los juristas. En este sentido, la teoría del derecho no es nada más que “meta-jurisprudencia”, o sea, descripción y análisis de los discursos y de las operaciones prácticas de los juristas y de los jueces. Entendida de este modo, la teoría del derecho es una rama de la filosofía de la ciencia (en sentido amplio)⁴².

⁴² Nótese sin embargo que la configuración de las relaciones entre el derecho y la jurisprudencia en términos de lenguaje-objetos y metalenguaje ha de ser tomada con cautela. Ello en cuanto, en realidad, entre el lenguaje del derecho, o sea de las ‘fuentes’, y el lenguaje de los juristas no existe una barrera lógica insuperable. En efecto, los juristas no se limitan a analizar el discurso de las fuentes, lo plasman. Por un lado, lo modelan vía la interpretación, obteniendo a partir de los textos normativos ciertos significados -o sea normas, una determinada norma en lugar de otra. Por otro lado, lo enriquecen vía la “construcción jurídica”, esto es, agregando al derecho normas no expresas en cantidad.

(2) *La teoría del derecho como laboratorio conceptual*. La segunda respuesta posible a la pregunta sobre las relaciones entre derecho, jurisprudencia y teoría del derecho suena más o menos así:

- (i) la jurisprudencia es una tarea (interpretativa y ‘constructiva’) que responde a cuestiones ‘de derecho’ (¿qué dispone el derecho? ¿cuál es el contenido normativo del ordenamiento?);
- (ii) la teoría del derecho, por el contrario, es una empresa eminentemente y meramente conceptual, que responde a problemas de formulación y organización del conocimiento.

Naturalmente, ello exige algunas palabras de explicación. Diciendo que la teoría del derecho es una empresa meramente conceptual, quiero decir que ella consiste en el modelar -no (nótese bien) el derecho, sino - los conceptos dirigidos a describirlo. Y los conceptos se modelan mediante definiciones estipulativas o (más frecuentemente) mediante redefiniciones.

En otras palabras, ofrecer soluciones diferentes a un problema teórico incide sobre el modo de *describir* el derecho, pero no incide de ninguna manera sobre la identificación del contenido del derecho mismo. El contenido del derecho, por hipótesis, cuando se discurre de teoría del derecho, no se encuentra en discusión.

Las diferentes soluciones a un problema jurisprudencial -doctrinal o dogmático, como se prefiera llamarlo- poseen en cambio consecuencias relevantes sobre el contenido del derecho, puesto que un problema jurisprudencial consiste precisamente en ello; es decir, en la identificación de las normas jurídicas válidas o existentes. Adoptar una determinada tesis induce a concluir que ciertas normas existen, adoptar una tesis diferente induce a concluir sobre la existencia de normas distintas.

Hagamos un ejemplo al azar. El artículo 94, párrafos 2 y 5, de la Constitución italiana prevé que una de las Cámaras puede promover la moción de censura al Gobierno. Ahora bien, según un modo de ver (casi pacífico), esta norma implica que una de las Cámaras puede promover la moción de censura también respecto de un único ministro en particular. Según un punto de vista diferente (y minoritario) solo el

Gobierno en su conjunto puede ser objeto de la moción de censura⁴³. En virtud de ello sucede lo siguiente: según cierta doctrina, el ordenamiento jurídico (en la especie, el derecho italiano) incluye una cierta norma N1 (la moción de censura parlamentaria solo puede golpear al Gobierno en su conjunto); según una doctrina distinta, el ordenamiento incluye, en cambio, la norma N2 (la moción de censura puede también golpear a un único ministro en particular). Y sería posible imaginar un doctrina diferente aún, según la cual el ordenamiento incluye no la norma N1 ni la norma N2, si no la norma N3, diferente de las otras dos.

Por el contrario, adoptar una determinada tesis teórica en lugar de otra *no* induce a concluir a favor de la existencia de una norma jurídica que, según una tesis diferente, no existiría bajo ningún punto de vista.

De nuevo, pongamos un ejemplo. Desde tiempo inmemorable -o al menos desde la publicación, en 1832, del libro de John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*- se discute si el ordenamiento internacional (el conjunto de normas que regulan las relaciones recíprocas entre los estados) sea, propiamente hablando, un ordenamiento jurídico, o si, en cambio, las normas internacionales son simplemente normas morales. Se quiere saber, en definitiva, si conviene incluir el ordenamiento internacional en la clase de los ordenamientos jurídicos, a la par de los ordenamientos estatales (respecto de los cuales es, sin embargo, bien diferente), o si en cambio ha de ser incluido en la clase de los ordenamientos (*lato sensu*) morales. En definitiva, ¿el así llamado derecho internacional es ‘verdadero’ derecho, o es más bien -como sostenía Austin- una suerte de ‘moral positiva’? El punto es que ninguna de las posibles respuestas pone en discusión el contenido normativo del ordenamiento internacional, sobre el cual ninguno de los contendientes desacuerda. Aquello que es objeto de discusión no es el contenido del ordenamiento internacional, sino solo el contenido de ‘derecho’.

O también, otro ejemplo, se discute en la doctrina italiana si las sentencias con las que la Corte constitucional declara la ilegitimidad

⁴³ Véase al respecto Corte const. 7/1996, en donde la primera tesis es discutida y la segunda acogida.

constitucional de una (disposición de) ley son, o no, ‘fuentes del derecho’⁴⁴. Se quiere saber, en definitiva, si en la enumeración de las fuentes del derecho vigente (la constitución, las leyes, etc.), es necesario incluir, o no, también las denominadas sentencias del juez constitucional. Sin embargo, el régimen jurídico de las sentencias de *accoglimento*, i.e., las sentencias que acogen un pedido de inconstitucionalidad, no está bajo discusión, puesto que sobre él todos están de acuerdo (su eficacia *erga omnes*, sus efectos retroactivos salvo los derechos adquiridos, etc.). Lo que es objeto de discusión no son los efectos de las sentencias constitucionales, si no solo la cuestión exquisitamente conceptual referida a si ellas deben, o no, ser clasificadas bajo el concepto de fuente (lo que depende claramente del concepto de fuente previamente adoptado).

⁴⁴ Así sostiene, en especial, A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, II ed., Bologna-Roma, 2011. Pero su opinión ha quedado bastante aislada.

Epílogo: interpretación jurídica y direcciones de ajuste

Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante

1

Riccardo Guastini es uno de los teóricos del Derecho que han ejercido una influencia mayor sobre mí. Esta afirmación no implica, desde luego, que yo sea un seguidor de Guastini (en el sentido de concordar con sus principales tesis, de que mi propio trabajo se desarrolle en el marco de la teoría del Derecho elaborada por él, etc.). Si yo dijera ser, en este sentido o en alguno análogo, seguidor de Guastini, ello no solo sería obviamente falso, sino sería, sobre todo, una afirmación que, estoy seguro, el propio Riccardo rechazaría con horror. Pero no siempre la influencia de alguien sobre otro se traduce en que el segundo sea seguidor del primero. Alguien puede haber ejercido una gran influencia sobre otro precisamente porque este último haya tendido muy frecuentemente a construir sus propias aportaciones no solo apoyándose en el primero, tomándolo como punto de partida, sino también adoptándolo como alguien *contra el cual pero con ayuda de cuyos propios instrumentos* se piensa. Y tal es el caso, creo, de la influencia que Riccardo Guastini ha ejercido sobre mí. Influencia que ha tenido

invariablemente como punto de partida la costumbre de estudiar, antes de ocuparme de cualquier problema de teoría del Derecho, los textos que sobre ese problema hubiera escrito Riccardo. Y que ha pasado, también invariablemente, por adoptar instrumentos (enfoques, conceptos, distinciones, etc.) proporcionados por Riccardo para, muy a menudo, utilizarlos para abordar el problema de manera incompatible con los lineamientos generales del propio Riccardo, a quien venía a asumir, de manera más o menos expresa en algunos casos y tácita en otros, como interlocutor-antagonista.

2

Tal cosa es, precisamente, lo que en esta ocasión he de hacer de forma expresa y ello por la propia configuración de este número de *Discusiones*, destinado a discutir el trabajo -“El escepticismo ante las reglas replanteado”¹- que contiene la última formulación guastiniana de su teoría de la interpretación. Esta última formulación resulta, como todas las suyas, perfectamente clara y ordenada y ello, sin duda, facilita enormemente las cosas al crítico. Mis observaciones a la misma afectarán, primero, a la propia manera de cómo en ese texto se traza la tipología de las teorías de la interpretación jurídica; segundo, a algunas distinciones (o a algunos aspectos de algunas distinciones) contenidas en él; tercero, a la manera en que Riccardo presenta en este texto la diferencia entre su propia concepción y la “teoría de la vigilia”. Propondré muy sucintamente, para terminar, algunos lineamientos de una visión de la interpretación alternativa a la de Riccardo.

3

Pero antes de ocuparnos de esta última versión de la teoría de la interpretación de Guastini es conveniente, me parece, despejar el terreno en relación con algo -la llamada concepción “escéptica radical” de la

¹ Riccardo Guastini: “El escepticismo ante las reglas replanteado”, en este mismo número de *Discusiones*.

interpretación- que se presenta como un pariente cercano de la concepción guastiniana. Si esta última se presenta como una teoría “escéptica moderada” de la interpretación, calificar la propia teoría de la interpretación de “escéptica radical”, como hace Michel Troper², parece indicar que una y otra son especies (moderada una, radical la otra) del mismo género, el escepticismo interpretativo. Pues bien: en mi opinión, el llamado “escepticismo radical” de Troper no solo no comparte un género común con el “escepticismo moderado” representado aquí por Guastini, sino que ni siquiera es propiamente una teoría de la interpretación jurídica (aun reduciendo el alcance de ésta, conforme con las pretensiones del propio Troper, a la interpretación judicial). Y no lo es, a mi juicio, porque las razones que aduce Troper en apoyo de su posición tienen que ver con lo que institucionalmente le resulta posible hacer al juez (o, si se prefiere decirlo de esta otra forma, con los poderes normativos del juez), pero no con su posición vinculada en relación con las emisiones de las autoridades edictoras de normas (el legislador, en sentido amplio). Y es en este último terreno, a mi juicio, y no en el de las posibilidades institucionales o poderes normativos del juez, en el que ha de ubicarse una teoría de la interpretación judicial. Pues hablar de *interpretación* judicial tiene como presupuesto la idea de que el juez ha de fundamentar sus resoluciones en estándares que le preexisten y que están investidos de autoridad para el juez en función de su fuente. La interpretación judicial consiste centralmente en la identificación del contenido de esos estándares a partir de las formulaciones provenientes de las autoridades normativas. Y, como muy acertadamente dice el mismo Guastini en el texto que discutimos, “la interpretación [...] posee límites (conceptuales, no fácticos), en el sentido de que no todo enunciado que pretende ser una interpretación puede razonablemente ser subsumido bajo el concepto de interpretación. Interpretar no consiste en atribuir *cualquier* significado, sino en atribuir uno de los significados que se encuentran dentro del rango de significados admisibles según (a) el uso común, (b) los métodos

² Michel Troper: “Anotaciones sobre Guastini”, en este mismo número de *Discusiones*.

interpretativos en uso y, (c) las teorías dogmáticas”. Y del mismo modo que no todo lo que pretende ser interpretación puede razonablemente subsumirse dentro del concepto de interpretación, tampoco todo lo que pretende ser una teoría de la interpretación puede razonablemente subsumirse bajo ese concepto. Por así decirlo: son disputas ubicables en el ámbito de las teorías de la interpretación las que enfrentan, por un lado, a quienes sostienen, como viene a ser el caso de Guastini, que a los textos jurídicos pueden adscribirseles diversos significados igualmente admisibles, de forma que no cabe sino realizar una opción no susceptible de fundamentación por alguno de ellos y a quienes defienden, por el contrario, que las disputas interpretativas presuponen precisamente, para su inteligibilidad misma, la idea de que alguno de esos significados es correcto; pero se sitúa, en cambio, fuera de lo que puede razonablemente cubrirse con el término “teoría de la interpretación” una concepción, como la de Troper, que sostiene que, como él mismo dice, no hay “desde un punto de vista jurídico, ninguna diferencia entre una norma resultado de una genuina interpretación y una norma resultado de un acto de creación”, de lo que se deriva que “si el intérprete, por ejemplo una corte suprema, puede dar a un enunciado el significado que quiera, no es algo que suceda *de facto*, sino que tiene lugar porque el intérprete ha recibido la competencia y porque el orden jurídico hace que sus decisiones posean efectos jurídicos [...] La teoría [escéptica radical] constata que el orden jurídico, al otorgar a un intérprete la última palabra, le otorga también el poder de dar a los textos el significado que quiera”. A este respecto cabe decir, en mi opinión, primero, que Troper tiene parcialmente razón en estas observaciones; segundo, que ese tener razón, pero solo parcialmente, tiene que ver con la ambigüedad de “puede”, incluso en contextos relativos al sistema jurídico y, tercero, que el “puede” relevante aquí no es aquel que Troper tiene en mente. Veamos todo ello: Troper tiene, desde luego, razón en que el sistema jurídico no subordina el que las sentencias desplieguen sus efectos jurídicos a que esas sentencias sean regulares, esto es, a que tengan como fundamento una norma (o, si se prefiere decirlo así, una interpretación admisible de una disposición, o de un fragmento de disposición o de un conjunto de disposiciones o de fragmentos de disposiciones) en la que

sean subsumibles los hechos del caso y que el juez tenga el deber de usar como tal fundamento. Las sentencias despliegan sus efectos jurídicos aun cuando sean irregulares, esto es, aun cuando no tengan como fundamento una norma (o, de nuevo, una interpretación admisible de una disposición, etc.) así. Y, si lo único que quiere decir es eso, Troper tiene claramente razón en que el que “el intérprete, por ejemplo una corte suprema, puede dar a un enunciado el significado que quiera, no es algo que [meramente] suceda *de facto*”: pues las sentencias de un tribunal despliegan sus efectos simplemente porque al tribunal de que se trate le haya correspondido, de acuerdo con su competencia, enjuiciar el caso, y despliegan esos efectos con carácter definitivo si ese tribunal es, para el caso, de última instancia. El “puede” aquí relevante no alude, pues, a una posibilidad meramente fáctica, sino a una posibilidad institucional: “puede” significa aquí, y este es el punto en el que Troper tiene razón, “le es posible (o, si se prefiere, ‘tiene la capacidad de’ o ‘el poder normativo para’) producir los correspondientes efectos jurídicos”. Pero el lugar propio de la teoría de la interpretación judicial no es el de las posibilidades institucionales del juez (es decir, el de lo que el juez puede hacer en el sentido de tener capacidad o poder normativo para producir los correspondientes efectos jurídicos) sino el de sus vínculos deónticos: el de lo que el juez debe o puede (en sentido deóntico, en sentido permisivo) hacer. Pues una teoría de la interpretación judicial, para merecer tal nombre, tiene que tomar como punto de partida el deber del juez de usar ciertas normas como fundamento de sus resoluciones y ha de referirse a los deberes y a los permisos que gravitan sobre la actividad del juez consistente en establecer el sentido de las disposiciones en que se expresan aquellas normas. Y me parece que Troper, o bien prescinde de este sentido permisivo de “puede”, asimilándolo indebidamente al sentido de la “posibilidad institucional”, o bien considera que el tener la posibilidad institucional de hacer algo implica el permiso para hacer ese algo: lo que es, evidentemente, un *non sequitur* que equivale, si se trata de tribunales de última instancia, a la falacia que Hart pusiera de manifiesto, consistente en considerar que la definitividad de las decisiones de esos tribunales implica la infalibilidad (o la corrección deóntica) de las mismas.

4

Pero ocupémonos ya de la teoría de Guastini. Empecemos por su tipología de las teorías interpretativas y, examinemos a continuación la manera cómo traza dos distinciones: la que media entre interpretación “cognitiva”, por un lado, e interpretaciones “decisoria” y “creativa”, por otro y la que diferencia entre interpretación “en abstracto” (u orientada a los textos) e interpretación “en concreto” (u orientada a los hechos).

4.1. En cuanto a su tipología de las teorías interpretativas, Guastini distingue, al modo ya habitual, entre teorías del “noble sueño”, de la “pesadilla” y de la “vigilia”³. De acuerdo con la primera, los textos jurídicos se encontrarían provistos de un significado único y determinado, a propósito del cual cabe formular enunciados verdaderos o falsos. La interpretación se concibe como una actividad cognitiva que ha de desembocar en la formulación de enunciados interpretativos verdaderos, en cuanto correspondientes al significado preexistente del texto de que se trate. La teoría de la pesadilla asume, por su parte, que los textos no tienen significado alguno antes de la interpretación, sino que tal significado es el resultado de la actividad interpretativa, que no sería de ningún modo una empresa cognitiva, sino volitiva y decisional. De acuerdo, en fin, con la teoría de la vigilia, que puede, indica Guastini, ser reconducida a Hart, habría que distinguir entre casos fáciles (aquellos en los que los hechos caen con seguridad bajo el ámbito de aplicación de los ‘términos clasificatorios generales’ o predicados utilizados por la disposición jurídica de que se trate) y los casos difíciles (aquellos en los que, por la vaguedad o textura abierta de estos mismos predicados, es

³ Las expresiones “noble sueño” y “pesadilla” provienen de Hart. Cfr. H.L.A. Hart: “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), ahora en H.L.A. Hart: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983. La expresión “vigilia”, por lo que sé, fue utilizada por primera vez en este sentido por José Juan Moreso: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

dudosa o discutible su aplicabilidad a los hechos del caso, que caerían bajo la zona de penumbra de su significado). Pues bien, creo que a propósito de esta tipología caben dos observaciones. La primera, y menos importante, es que quizás no hace entera justicia a la “vigilia” hartiana, pues presenta únicamente la versión primera (cronológicamente) de la misma. Quiero decir lo siguiente: en lo que podríamos llamar el primer Hart, el Hart de “Positivism and the Separation of Law and Morals”⁴ y de *The Concept of Law*⁵, la cuestión de si un caso es fácil o difícil es exactamente la misma cuestión de si el caso se encuentra cubierto por el núcleo de significado establecido, de acuerdo con las convenciones lingüísticas vigentes, de los predicados utilizados en la formulación de una regla o si, por el contrario, resulta dudoso, teniendo en cuenta esas mismas convenciones, que se encuentre o no cubierto por ese mismo significado establecido. Pero a partir del artículo de 1967 “Problems of the Philosophy of Law” la identificación entre ambas cuestiones desaparece, pues, dice ahora Hart, “los significados de las palabras pueden ser claramente controlados por referencia al propósito de una disposición legislativa, el cual propósito puede tanto haber sido explícitamente establecido como considerarse como tal en virtud de la existencia de un acuerdo general al respecto”⁶. Esto, obviamente, implica que ya no pueden ser consideradas como equivalentes las dos cuestiones a las que se acaba de hacer referencia: pues un caso que, de acuerdo con las convenciones lingüísticas compartidas, aparezca como un caso difícil puede resultar (en virtud del propósito explícitamente indicado o generalmente atribuido a la regla) un caso fácil; y, a la inversa, un caso que, de acuerdo con las convenciones lingüísticas, aparezca como fácil, al estar claramente incluido en el núcleo de significado de los términos empleados en la formulación de la regla, puede resultar difícil (pues resulte dudoso si la

⁴ H.L.A. Hart: “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958), ahora en H.L.A. Hart: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.

⁵ H.L.A. Hart: *The Concept of Law* (1ª ed.), Oxford University Press, 1961.

⁶ H.L.A. Hart: “Problems of the Philosophy of Law” (1967), ahora en H.L.A. Hart: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 106.

aplicabilidad de la regla a él resulta concordante con el propósito expreso o atribuido de forma general a esa misma regla).

Pero esta es, desde luego, una cuestión menor. Mayor importancia tiene, me parece, la observación que sigue: la tipología de las teorías de la interpretación, tal como la presenta Riccardo, parece dar por descontado que la única dirección de ajuste relevante para los enunciados interpretativos es la que va del presente al pasado, o si se prefiere decirlo así, de palabras (los enunciados interpretativos) a mundo (aun cuando se trate aquí de un fragmento del mundo compuesto también por palabras: los textos jurídicos) y no la que va del futuro (las decisiones aplicativas) al presente (los enunciados interpretativos) o, si se prefiere decirlo así, de mundo a palabras. Dicho de otra manera: lo que divide a las diversas teorías de la interpretación viene a ser, en el esquema de Riccardo, si los enunciados interpretativos pueden ser verdaderos o falsos, en el sentido de correspondencia con el fragmento del mundo constituido por los textos jurídicos. La teoría del noble sueño afirmaría que los enunciados interpretativos tienen siempre valor de verdad, la de la pesadilla que no lo tienen nunca, y la de la vigilia que lo tienen en algunos casos (los fáciles) y no en otros (los difíciles). Pero lo único relevante sería, para las tres concepciones, si hay posibilidad de verdad en este sentido de correspondencia. Y si esto es lo único relevante quedan obviamente fuera de la tipología aquellas concepciones de la interpretación que no ven la misma en términos de *descubrimiento* (posible siempre, de acuerdo con el noble sueño, siempre imposible, de acuerdo con la pesadilla, posible en algunos casos e imposible en otros, de acuerdo con la vigilia) de significados preexistentes, sino que entienden que la empresa interpretativa se orienta a *justificar* (y no a descubrir) la adscripción de significados que se consideran correctos como fundamento de las decisiones aplicativas futuras. Para una concepción de la interpretación de este género, la dirección de ajuste más relevante de los enunciados interpretativos es la que va del futuro (las decisiones aplicativas) al presente (los propios enunciados interpretativos) o, si se quiere, la que va de mundo a palabras. Y el ajuste de presente a pasado, de palabras (los enunciados interpretativos) a mundo (los textos jurídicos) es, en estas concepciones, solo un

ingrediente de un proceso argumentativo complejo que se entiende como orientado a proporcionar fundamentos justificados para las decisiones aplicativas futuras: piénsese, en este sentido, en el papel de la *dimension of fit* -esto es, de la correspondencia de los enunciados interpretativos con los materiales jurídicos- en una concepción de la interpretación como la dworkiniana⁷ (y la referencia a Dworkin tiene únicamente el sentido de poner un ejemplo, entre muchos posibles, del tipo de teoría de la interpretación a que me estoy refiriendo). Quiero decir, en definitiva, que la tipología de Riccardo deja fuera a toda la familia de concepciones de la interpretación que entienden ésta no como conocimiento de realidades (significados) preexistentes sino como propuesta de fundamentos justificados para las decisiones futuras, pero que entienden, a la vez, que esta tarea de proponer fundamentos justificados es una empresa racionalmente controlable: o, dicho de otro modo, que hay propuestas objetivamente correctas (o verdaderamente correctas, si así lo preferimos) y otras que no lo son. Y dejar fuera a toda la familia de concepciones de la interpretación de este género es, a mi juicio, mucho dejar fuera. Tanto como para poner en cuestión el criterio clasificatorio que Riccardo hace suyo.

4.2. El núcleo de la teoría neokelseniana de la interpretación que Guastini viene a proponernos reside, a mi modo de ver, en la distinción entre “interpretación cognitiva”, de un lado, e “interpretación decisoria” e “interpretación creativa”, por otro. La interpretación cognitiva, nos dice Guastini al modo de Kelsen, “consiste en identificar, sin elegir entre ellos, los posibles y diferentes significados de un texto normativo”. En este punto, la diferencia que aporta Guastini frente al planteamiento kelseniano reside en que el marco de admisibilidad no viene definido únicamente, como parece ocurrir en Kelsen, por consideraciones lingüísticas: los significados admisibles, señala Guastini, vienen determinados, desde luego, por “las reglas lingüísticas -sintácticas, semánticas y pragmáticas- compartidas”, pero también por “las distintas técnicas interpretativas en uso y las tesis dogmáticas difundidas en

⁷ R. Dworkin: *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

doctrina”. Pero, a partir de aquí, todo es puro Kelsen, empezando por la consideración de que “la interpretación cognitiva, tal como sugiere el mismo nombre, es una operación puramente cognoscitiva privada de cualquier efecto práctico”. Y si la interpretación cognitiva es puramente cognoscitiva, las interpretaciones decisoria y creativa son operaciones “políticas” y como tales, también al modo de Kelsen, puramente decisionales: la llamada interpretación “creativa” consiste en adscribir un significado situado fuera del perímetro de los admisibles, en tanto que la interpretación decisoria consiste en “elegir” uno de los significados admisibles, descartando los restantes. En la imposibilidad de fundamentar racionalmente la opción por alguno de estos significados admisibles es donde reside, señala Guastini, “el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas”: en “el reconocimiento de que es siempre posible interpretar un mismo texto de múltiples formas distintas, asociado con la tesis de que no existe un criterio de verdad para los enunciados interpretativos”. De esta forma, el “escepticismo moderado” de Guastini viene a identificarse centralmente con la teoría kelseniana de la interpretación. Ocurre, sin embargo, que, a diferencia de lo que sucede con Guastini, la teoría kelseniana de la interpretación se presenta a sí misma como una teoría *prescriptiva* de la interpretación. Kelsen no pretende en ningún momento que su teoría de la interpretación refleje las prácticas interpretativas de los juristas teóricos y prácticos; pretende, bien al contrario, reorientar esas prácticas de forma que resulte una práctica interpretativa que se adecue, para los juristas teóricos, a las que él considera como exigencias de científicidad y que, para los órganos de aplicación, sea consciente del carácter decisional -y, por ello, desde su concepción, no fundamentable racionalmente- de sus opciones interpretativas. Pero el caso de Guastini es, a este respecto, bien distinto, pues su teoría de la interpretación jurídica no pretende ser una teoría prescriptiva, sino, por el contrario, una “reconstrucción racional de la práctica de atribución de significado llevada a cabo por los intérpretes jurídicos”. Y, partiendo de esta pretensión, no puede dejar de señalarse que la teoría guastiniana de la interpretación es paradójica, o, si se prefiere decirlo así, autorrefutatoria. Y ello porque es claro que “la práctica de atribución de significado llevada a cabo por los intérpretes jurídicos” no corresponde en modo

alguno al modelo de Guastini: no hay ningún jurista teórico de alguna relevancia que considere, no ya que su trabajo, en la medida en que es conocimiento, deba limitarse a presentar un elenco de los diferentes significados posibles, sino ni siquiera que piense que la elaboración de tal elenco constituya una de las tareas que debe llevar a cabo; y no hay tampoco ningún órgano de aplicación que presente sus opciones interpretativas como fruto de una decisión discrecional entre diversos significados igualmente admisibles (parece claro que si hiciera tal cosa incurriría en alguna suerte de inconsistencia pragmática). Dicho de otro modo: la teoría de la interpretación de Guastini implica que la visión que los juristas tienen de su propia práctica interpretativa es engañosa, de forma deliberada o, más probablemente, inconsciente. No veo ningún sentido en el que pueda considerarse como “reconstrucción racional” de una práctica un discurso que presenta esa práctica como centralmente errada. Si, como es el caso, los juristas (y ello vale tanto para los dogmáticos como para los aplicadores) creen que su tarea, en punto a interpretación, consiste precisamente en justificar qué significado debe atribuirse a las formulaciones normativas, no consigo ver cómo puede sostenerse, como hace Riccardo, que la cuestión de “qué significado debe ser elegido -dentro del rango de los significados posibles- es una cuestión normativa, irrelevante desde el punto de vista de una teoría descriptiva de la interpretación”; teniendo en cuenta, sobre todo, que una teoría descriptiva de la interpretación no es otra cosa, según el propio Riccardo (y acudo aquí a otra formulación de una idea que en el texto de Riccardo se encuentra una y otra vez), que una “reconstrucción de la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa”. En algún momento de su réplica⁸ dice Riccardo que quien no vea la diferencia entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria “es ciego”. Yo debo padecer serios problemas de visión, pues si bien veo la diferencia entre la interpretación doctrinal y la llevada a cabo por un órgano de aplicación, no creo que la primera sea puramente cognitiva de marcos de significado preexistentes y que la segunda añada a ello un momento decisional insusceptible de fundamentación racional. Creo

⁸ Riccardo Guastini: “Réplica”, en este mismo número de *Discusiones*.

que entre ambas hay una línea de continuidad que consiste en que tanto una como otra tratan de justificar como correcta la atribución de significados que proponen. Sobre ello volveré brevemente más tarde.

4.3. Y vayamos ahora a la distinción guastiniana entre interpretación dirigida a textos (o “en abstracto” o “de enunciados completos”) e interpretación dirigida a hechos (o “en concreto” o “de predicados”). También aquí nos dice Riccardo en su réplica que “si alguno no ve la diferencia entre los problemas” correspondientes a una y otra “es ciego”. Y también aquí he de concluir que, si no ceguera, sí debo padecer algún problema de visión, porque no acabo de ver la manera cómo Riccardo presenta la interpretación “en concreto” o “de predicados”. Creo que el concepto guastiniano de problemas de interpretación “en concreto” trata de cubrir los mismos problemas que el concepto de MacCormick de “problemas de calificación”⁹ (que él opone a los “problemas de interpretación”) o que el concepto de Alchourrón y Bulygin de “lagunas de reconocimiento”¹⁰, esto es, problemas relativos a la subsumibilidad de hechos, o de entidades, en los predicados de normas. A este respecto, Riccardo, en su artículo inicial parece circunscribir los problemas de subsumibilidad a la subsunción “individual” (la inclusión de un hecho o entidad individual en una clase) “sin ni siquiera mencionar -como reconoce él mismo en la réplica- la llamada subsunción “genérica” (la inclusión de una clase dentro de otra clase más amplia) cuya ausencia le había sido señalada, muy justamente en mi opinión, por Isabel Lifante en su comentario¹¹. Pues bien, lo que, por mi parte, quiero poner de manifiesto es lo siguiente: no hay problemas de subsumibilidad individual que puedan tratarse de manera autónoma respecto de los problemas de subsumibilidad genérica. Por lo siguiente: porque no puede fundamentarse la opción por incluir, o por no incluir, una

⁹ Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

¹⁰ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

¹¹ Isabel Lifante: “Distinciones y parallogismos. A propósito del escepticismo guastiniano”, en este mismo número de *Discusiones*.

determinada entidad o hecho individual en una clase más que aludiendo a las propiedades de esa entidad o hecho y a si esas propiedades corresponden o no a las de la clase de referencia. Aclararé lo que quiero decir con dos ejemplos ya muy clásicos: no hay manera de contestar fundadamente a la pregunta de si el contrato que Tim y Tom celebraron el domingo pasado es o no es, por esa circunstancia, sacrílego, más que determinando si la propiedad (descriptiva) “celebrado en domingo” es subsumible o no en la propiedad (valorativa) “sacrílego”; y si nos preguntamos si la bicicleta que Riccardo compró la semana pasada o la bicicleta con la que Juan ha paseado hoy deben considerarse como vehículos, no podemos contestar fundadamente a ello más que determinando si las propiedades que determinan que algo sea una bicicleta son subsumibles en las propiedades que determinan que algo sea un vehículo. Parece, pues, que la subsunción individual se fundamenta siempre en alguna subsunción genérica. Y esta última, la subsunción genérica es, como reconoce el propio Riccardo en su réplica, “parte esencial de la interpretación en abstracto”. Esto, naturalmente, no niega por completo la distinción entre problemas de interpretación “en abstracto” y problemas de interpretación “en concreto”, pero tiene el efecto de relativizarla (o, como reconoce el propio Riccardo en su réplica, de “difuminarla” [*sfumarla*]) bastante.

5

La relativiza o la difumina hasta el punto de que es dudoso que, si lo anterior es correcto, haya realmente una diferencia de alguna relevancia entre la teoría de la “vigilia” y la de Riccardo. En el texto inicial de éste encontramos lo que sigue:

“Según la teoría de la vigilia, parecería que la controversia entre cognitivismo y escepticismo ante las reglas recae sobre la interpretación dirigida a hechos, esto es, sobre el estatuto lógico de los enunciados *subsuntivos* [...]. Yo creo que esto no es así. El objeto de la controversia son en realidad los enunciados interpretativos en sentido estricto, enunciados con la forma ‘T significa S’ y que pertenecen a la interpretación dirigida a textos. Que los enunciado subsuntivos pueden

tener valor de verdad es una tesis admisible (si bien bajo ciertas condiciones). Pero una buena teoría de la interpretación ha de proporcionar una respuesta convincente a la cuestión sobre la posibilidad de que los enunciados *interpretativos* tengan valor de verdad”.

Ahora bien: si se reconoce, como hace aquí Riccardo, que los enunciados subsuntivos, como sostiene la teoría de la vigilia, pueden tener valor de verdad bajo ciertas condiciones, si se admite que, como he tratado de mostrar, todo enunciado subsuntivo individual depende de un enunciado subsuntivo genérico, y si se reconoce, como hemos visto que hace el propio Riccardo en su réplica, que la subsunción genérica es parte esencial de la interpretación en abstracto o dirigida a textos ¿qué más se requiere para determinar que los enunciados interpretativos, como los subsuntivos, tienen valor de verdad bajo ciertas condiciones? Y siendo las cosas así, ¿qué diferencia resta entre la teoría hartiana de la vigilia y la de Riccardo Guastini?

6

Antes (en 4.1) he objetado a la tipología de las teorías interpretativas presentada por Riccardo que ésta depende de un criterio que presupone que la dirección de ajuste de los enunciados interpretativos era de palabras (los propios enunciados interpretativos) a mundo (el lenguaje del legislador) y he mostrado que esto deja fuera a todas las concepciones de la interpretación que entienden que la principal dirección de ajuste de los enunciados interpretativos es de mundo (las decisiones aplicativas futuras) a palabras (los enunciados interpretativos). En mi opinión, una teoría de la interpretación que pretenda reconstruir las prácticas interpretativas reales de la comunidad jurídica ha de partir de esto y de considerar que el ajuste de palabras (los enunciados interpretativos) a mundo (el lenguaje del legislador) es solo una condición necesaria de la corrección de los enunciados interpretativos, que deben entenderse como enunciados prácticos, como enunciados dirigidos no a conocer realidades preexistentes, sino a dirigir acciones futuras.

A mi modo de ver, parece razonable ubicar bajo el rótulo “interpretación”, todo el proceso argumentativo que permite pasar de las normas emitidas por el legislador a la norma que opera como premisa mayor de un razonamiento aplicativo. Con la referencia a “todo el proceso argumentativo” quiero indicar que me parece razonable ubicar bajo el mismo rótulo tanto los razonamientos dirigidos a la determinación del significado de las formulaciones emitidas por el legislador (lo que, en el lenguaje de Guastini, sería propiamente interpretación) como los razonamientos que tienen como objeto la construcción de balances entre principios, la determinación de la *ratio legis*, la solución de antinomias, la integración de lagunas, etc. (todo aquello que, en el lenguaje de Guastini, sería construcción jurídica). Por dos razones: primero, por las interconexiones evidentes entre ambos tipos de razonamientos: qué significado adscribamos a las formulaciones del legislador puede depender, por ejemplo, de qué entendamos que constituye la *ratio legis*; que un cierto caso constituya o no una laguna o que dos normas sean o no antinómicas entre sí puede depender, también por ejemplo, del significado que hayamos adscrito a ciertas emisiones del legislador; y, segundo (y ésta es, a mi juicio, la razón más importante para una consideración unitaria) porque ambos tipos de razonamientos se orientan a la misma finalidad: pasar de las normas emitidas por el legislador a la norma capaz de operar como premisa mayor de un razonamiento aplicativo. Se habrá observado que hablo de “pasar de las normas emitidas por el legislador a la norma capaz de operar como premisa mayor de un razonamiento aplicativo” y no de “pasar de las disposiciones (o de las formulaciones) a las normas”. Pues, a mi juicio, el legislador emite normas, y no meros enunciados o disposiciones: si no fuera así, no tendría sentido calificarlo como autoridad normativa. Ocurre, sin embargo, que las normas emitidas por el legislador necesitan de un trabajo de transformación para obtener, a partir de ellas, normas que puedan servir como fundamento para la resolución de un caso. Por las razones conocidas: las normas emitidas por el legislador pueden contener lagunas o antinomias, pueden no precisar (si se trata de principios) sus condiciones de aplicación, pueden presentar problemas de ambigüedad y vaguedad que deban ser reducidos de acuerdo con las

exigencias del caso. Pero también por otra razón en la que se suele reparar menos: y es que, incluso cuando la norma que se utiliza como fundamento para la resolución del caso se expresa mediante la misma formulación utilizada por el legislador, el tránsito de la segunda a la primera implica, como puso de relieve Josep Aguiló¹², una transformación capital: pues la norma emitida por el legislador puede estar afectada por excepciones implícitas que no resultan enteramente anticipables y ello supone que los deberes estipulados por ella son meramente *prima facie*; mientras que para fundamentar la resolución del caso necesitamos, en cambio, una norma que establezca deberes concluyentes.

Ver así las cosas supone plantear de otra manera la relación entre interpretación doctrinal e interpretación de los órganos de aplicación. La primera no ha de entenderse como interpretación puramente cognoscitiva desprovista de efectos prácticos, ni como enumeración de todos los significados posibles. La interpretación doctrinal se encamina de hecho, y así debe hacerlo, a justificar la adscripción de un determinado significado a las emisiones del legislador, así como a realizar aquellas operaciones (de balance entre principios, de integración de lagunas, de solución de antinomias) igualmente necesarias para desembocar en la norma-premisa del razonamiento aplicativo. En este sentido, la doctrina cumple una función de intermediación entre las emisiones normativas en bruto de las autoridades normativas y la aplicación judicial del Derecho. Utilizando algo libremente terminología de Carlos Alchourrón¹³, diríamos que la elaboración doctrinal del Derecho trata de avanzar tanto como sea posible del Libro Maestro (de las fuentes) a un Sistema Maestro (compuesto por normas aptas para operar como premisa mayor de un razonamiento aplicativo)

¹² Josep Aguiló: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 106-107.

¹³ Carlos Alchourrón: "Sobre Derecho y lógica" (1996), ahora en Carlos Alchourrón: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, edición y estudio introductorio de José Juan Moreso y Jorge Luis Rodríguez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

determinado, coherente y completo. Tanto como sea posible: porque la incapacidad humana de anticipar por completo las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos futuros hace que nunca pueda excluirse que, aun tras la mejor elaboración doctrinal, el sistema siga conteniendo antinomias (del tipo que Alf Ross denominaba “parcial-parcial”¹⁴, o Carlos Alchourrón “de inconsistencia condicional”¹⁵), lagunas o indeterminaciones. Antinomias, lagunas o indeterminaciones que descubrimos cuando el caso individual presenta combinaciones de propiedades que ni el legislador ni los juristas teóricos habían previsto.

¹⁴ Alf Ross: *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. de Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970 -2ª ed.-, pp. 125.

¹⁵ Carlos Alchourrón: “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos” (1988), ahora en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Sección II
Problemas abiertos

Anti teoría en ética

Guillermo Lariguet

Conicet/CIFFYH - UNC, Argentina

Introducción

El requisito epistemológico según el cual una marca de distinción del conocimiento científico está dado por su estructuración en “teorías” no es inescapable a la ética. En ética nuestras discusiones habituales sobre casi cualquier problema suelen plantearse en términos *del tipo* de “teorías” que se suscriben.

No obstante lo anterior, la propia teorización sobre la ética ha forjado un movimiento variopinto que entiende que las “teorías éticas” son imposibles y/o inútiles. A este movimiento se lo conoce como “anti teoría” y a sus seguidores los “anti teóricos” (Clarke y Simpson 1989). Se podría decir que los anti teóricos han argumentado en favor de un obituario de las teorías éticas. ¿Cómo entender este retruécano de que hay anti teoría respecto de la teoría en ética? En este trabajo me propongo, en primer lugar, describir los principales rasgos de los argumentos que sindicaron la muerte de las teorías éticas. Como la posición anti teórica no es incontestable, en segundo lugar, voy a delinear, siguiendo a Robert Loudon (1992), algunas de las

características que debería reunir una *concepción alternativa* de las teorías éticas cuestionadas por los anti teóricos. En tercer lugar, expondré cuáles son, sin embargo, algunos de los problemas abiertos que deja una concepción alternativa de las teorías éticas. Finalmente, cerraré con unas breves conclusiones.

Anti teoría en ética

No existe algo así como un movimiento unificado en la anti teoría. Diversos autores (por ejemplo Williams 1985, Hampshire 2000, Nussbaum 2005, McDowell 1998, etc.) han empleado distintos tipos de argumentos para cuestionar la posición sustentada por las teorías tradicionales de la ética. Con todo, esta falta de unicidad no impide reconstruir algunas de las críticas más comunes y recurrentes. Cabe destacar que la reconstrucción de las críticas es de vital importancia epistémica pues permite identificar qué tipo de concepción de “teoría ética” tienen en mente los anti teóricos. Siguiendo a Robert Louden (1992: 97) voy a sostener que estas críticas son las siguientes:

- 1) Los juicios morales correctos deben ser deducibles de un conjunto de principios universales y atemporales.
- 2) Detrás de la aparente diversidad de valores morales subyace una unidad oculta que debe ser cubierta por la teoría moral. Además, todos los valores son conmensurables con relación a una escala de medida singular.
- 3) Todos nuestros desacuerdos morales y conflictos son racionalmente resolubles. Por lo tanto, hay una y solo una respuesta correcta para cada uno -para todos- los conflictos y desacuerdos morales.
- 4) El método ideal para alcanzar respuestas correctas en ética toma la forma de un procedimiento de decisión de tipo computacional.
- 5) La teoría moral es primordialmente prescriptiva más que descriptiva. Le dice a todas las personas, en todos los tiempos y lugares, cómo deben actuar, pensar y vivir.
- 6) Los problemas morales difíciles deben ser resueltos por expertos morales que son aquellos que dominan adecuadamente las teorías

morales y saben aplicarlas a casos específicos con resultados óptimos.

Conforme la lista que acabo de presentar tenemos delineado el tipo de teoría moral que forma parte de la estructura conceptual de la mentalidad anti teórica. Sin embargo, vale la pena aclarar que no es necesario adoptar estrictamente 1) a 6) como condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para predicar que “x” es una teoría moral con todas las letras. La lista solo pretende establecer aquellos rasgos familiares en las críticas anti teóricas. Y, a los fines de mi trabajo, es suficiente que haya un supuesto que coincida con la mayoría de estas condiciones, pero no necesariamente con todas. Hecha esta aclaración es pertinente, ahora, dirigir nuestro pensamiento hacia una mayor profundización del *point* de cada una de las condiciones señaladas.

1) Principios universales de los cuales deducir juicios correctos: Los anti teóricos sostienen que el objetivo de las teorías morales tradicionales (especialmente piensan en la kantiana) es formular principios universales, de carácter necesario -a priori- y atemporal. De acuerdo con esta visión, uno de los objetivos básicos de la teoría moral consiste en la sistematización de un código moral formulado a partir de principios universales de los cuales deducir todas sus consecuencias lógicas -normas derivadas- relevantes. El problema con esta concepción es que desatiende el problema de los “particulares” que es trascendental en ética. Este problema surge fundamentalmente en el ámbito de “aplicación” de principios universales a situaciones concretas. La idea es que el contexto de las situaciones concretas, sus rasgos sobresalientes, peculiares e idiosincrásicos no puede ser captado por la mera enunciación de principios universales y abstractos de los cuales deducir -por *modus ponens* por ejemplo- las consecuencias normativas para resolver un caso. Se podría decir que hay un hiato, según este argumento, entre el momento de la fundamentación ética -la formulación codificada de los principios universales- y el momento de la aplicación de las normas éticas a casos concretos. Con una neta inspiración aristotélica hay autores como Nussbaum (2005), por ejemplo, que sostienen que lo

primordial en ética debe ser la percepción y juicio sobre particulares y no la deducción de respuestas a partir de principios universales. Más bien hay que atender a las “saliencias” particulares que ofrece cada caso concreto; algo muy similar a lo que hace el “phronimos” cuando busca resolver un conflicto particular.

2) El reduccionismo de la teoría ética: Los anti teóricos mantienen que los teóricos cometen un pecado de reduccionismo axiológico. En rigor, los teóricos -prosigue el argumento- pasan por alto el *factum* del “pluralismo de valores” (Lariguet 2006). Nuestros valores son diversos, a veces inconmensurables y, además, pueden entrar en serios conflictos. No reconocer este *factum* conduce a postular un esquema axiológico unitario. Conforme este esquema, todos nuestros valores son siempre conmensurables con relación a una escala singular. O, con otras palabras, todos nuestros valores pueden ser reconducidos siempre a un solo tipo de valor maestro. Por ejemplo, esta es la posición de las teorías utilitaristas tradicionales que, cada vez que observan un conflicto entre valores, postulan la necesidad y posibilidad de un hiper valor maestro o dominante -por caso la felicidad general- conforme al cual es posible ordenar siempre la prioridad de los valores que están en conflicto.

3) Conflictos irresolubles: El anti teórico fustiga especialmente al teórico porque, según el primero, el segundo no reconoce debidamente el dato del conflicto y el desacuerdo moral. De conformidad con esta crítica, el problema del teórico -por ejemplo de manera emblemática de Kant- estriba en que desconoce o niega el conflicto moral mismo. Para una teoría como la kantiana los conflictos entre obligaciones morales son conceptualmente imposibles (“obligationes non colliduntur”). Sin embargo, continúa el anti teórico, muchas veces nos hallamos frente a conflictos muy serios que no tienen una respuesta racional y universalmente aceptable. Particularmente, este tipo de conflicto está dado por el conocido fenómeno de los dilemas morales. En los dilemas morales se da la conjunción de dos alternativas normativas incompatibles, de imposible satisfacción simultánea. Uno de los problemas es que *ambas* alternativas se consideran igualmente válidas u obligatorias para el agente moral; con todo, éste no puede, por ejemplo,

auxiliar a un tercero y a la vez decir la verdad. En efecto, supóngase que una persona perseguida por una tiranía nos pide que la escondamos en su casa y ahora vienen las autoridades a requerirnos si lo tenemos o no escondido. Conforme el deber moral de decir la verdad tendríamos que confesar que sí; sin embargo, esta confesión estaría en pugna con el deber de ayudar, sobre todo a alguien que es injustamente perseguido. Este tipo de situaciones, dice el anti teórico, donde se conjugan alternativas con malos resultados siempre (dados por ejemplo por la violación de alguna norma moral relevante) son perfectamente posibles, *pace* el teórico moral.

4) Procedimientos formales de decisión: Con arreglo al anti teórico, el teórico moral postula siempre de un modo u otro la existencia de un procedimiento formal de decisión para resolver todos nuestros conflictos y desacuerdos morales. Según esta crítica, el teórico moral confía en la existencia de algo así como un tipo de *algoritmo* para decidir todos nuestros desacuerdos y conflictos morales. Los procedimientos de decisión pueden ser variados. Uno ya reseñado párrafos atrás consiste en emplear el método de deducción lógica de las normas derivadas de principios universales para obtener la consecuencia normativa particular para un caso concreto. Otro procedimiento es apelar a técnicas de medición de valores en conflicto tal como preconiza el utilitarista moral. El utilitarista propugna la existencia de un solo tipo de valor maestro conforme al cual los valores en conflicto siempre pueden ser medidos y comparados. A contrapelo de esta clase de posturas, el anti teórico sostiene que la materia moral es contingente, mudable, conflictiva y concreta. Más que pergeñar procedimientos de decisión formales, que no captan las características señaladas del campo moral, es mejor quedarse con juicios morales concretos o de particulares como los que profiere, por ejemplo, el hombre prudente.

5) Teorías prescriptivas: Para el anti teórico el objetivo fundamental de los teóricos es prescriptivo o normativo más que descriptivo o conceptual. En otras palabras, para el anti teórico las teorías morales son básicamente *normativas* y no descriptivas. Esto tiene una doble desventaja. La primera es que se pierde la oportunidad de reconstruir o

captar cómo son realmente nuestras prácticas, desatendiendo a las contribuciones de disciplinas como la psicología moral, la antropología o la sociología. La segunda es que cuando nos adentramos en el territorio de lo normativo, nuestras teorías pierden objetividad y neutralidad. En el fondo de esta crítica, está la sospecha de que las teorías morales *qua* teorías de tipo normativo no pueden, a diferencia de las teorías descriptivas que pueden ser juzgadas como verdaderas o falsas según su ajuste con el objeto descripto, ser consideradas objetivas en este sentido.

6) Expertos morales: Según el anti teórico, los teóricos morales creen en la posibilidad y necesidad de “expertos morales”. Mayormente, estos expertos serían los filósofos que poseerían un entrenamiento filosófico perspicuo para resolver todos nuestros problemas y desacuerdos morales. El anti teórico objeta que no hay ninguna evidencia sostenible de que ser filósofo o poseer un conocimiento de segundo orden sobre las cuestiones de primer orden o normativas garantiza respuesta correcta para nuestros problemas morales. Además, se sostiene, no hay más que presuntuosidad en pretender que los filósofos son los únicos o mejores profesionales preparados para resolver cuestiones de ética aplicada.

¿Son justas todas estas críticas? Según Robert Loudon (op.cit: capítulo 6), la respuesta tiene que ser negativa. Una nueva lectura de teorías éticas clásicas como la kantiana y la aristotélica debería persuadirnos de que tales teorías no se amoldan al lecho de Procusto de las críticas de los anti teóricos. Sin embargo, yo creo que una lectura de algunas teorías como la kantiana o la utilitarista corroboran las críticas anti teóricas. Una inspección sistemática por el mundo de los dilemas morales, el pluralismo y la inconmensurabilidad de valores¹, por ejemplo, parecen corroborar el amargo lamento anti teórico. En efecto, la evidencia textual que uno puede identificar a partir de la revisión sistemática de estos temas sugiere que las teorías morales en las que piensan los anti teóricos de verdad existen. Con todo, uno todavía podría seguir pensando en la posibilidad de identificar -como contra réplica a los anti

¹ Véase Lariguet 2008; Lariguet y Martínez 2008 y Lariguet 2011.

teóricos- en una teoría ética *alternativa* a la imagen de teoría que ellos nos transmiten. ¿Cómo debería ser esta teoría? ¿Realmente ésta existe o es el producto de una estipulación filosófica? Robert Louden, por caso, (op.cit: capítulo 7) piensa que una *relectura* del mapa de teorías éticas podría permitir la propuesta de una concepción de la teoría ética que sea alternativa. Mi opinión es que la propuesta de Louden más que una relectura deferente con la defensa de las *teorías éticas* es una concesión de una rama de olivo para las críticas anti teóricas que son certeras. En algún sentido, la movida de Louden reconvierte en teoría la anti teoría. Para fundamentar lo que sostengo, en lo que sigue, veamos los requisitos básicos que debería satisfacer una concepción alternativa para Louden.

Una teoría ética alternativa

Una teoría ética alternativa debería estar conformada por las siguientes características:

Teorías empíricamente informadas

Las teorías morales no deberían tener solo un aparato conceptual analítico o estar conformadas solo por principios *aprióricos*. Deberían tener sensibilidad empírica y aliarse a las contribuciones efectuadas por disciplinas como la antropología, la historia y la psicología moral.

Teorías no reduccionistas

Las teorías morales no tendrían que reconstruirse a partir de un único patrón maestro. Deberían integrar la posibilidad de reconciliar diversas teorías y valores dentro de su seno de modo tal de poder ser sensibles a la pluralidad teórica y axiológica que ofrece la realidad moral.

Teorías reconocedoras del conflicto

Las teorías éticas no deberían usar sus aparatos conceptuales para engañarnos sobre la irrealdad del conflicto y el desacuerdo moral. Más

bien, deberían emplear energías para mostrarnos la existencia de conflictos, especialmente de dilemas morales serios y explicarnos por qué estos ocurren y cómo han sido decididos por los agentes morales en el pasado.

Estrategias deliberativas

Las teorías éticas deberían mostrarnos modelos de deliberación moral. Estos modelos podrían ser obtenidos por la selección de datos empíricos: por ejemplo, mostrando cómo agentes morales enfrentados a conflictos morales serios han deliberado y argumentado en el pasado.

Teorías normativas

Nuestras teorías éticas no deberían caer en la falsa dicotomía descriptivo vs. normativo. Más bien deberían usar el aparato descriptivo-conceptual para establecer luego guías normativas acerca de cómo se debe actuar o vivir.

Sistemas de expertos morales

Más que apelar a un modelo de tipo tecnocrático como el que está presupuesto en la idea de expertos morales, las teorías éticas deberían apelar al modelo del “sabio moral”; por ejemplo el *phronimos* de Aristóteles que sabe cómo percibir adecuadamente la solución para casos particulares.

Problemas abiertos

Realizada una sucinta presentación de qué rasgos deberían constituir una concepción alternativa de las teorías éticas, me gustaría señalar algunos problemas abiertos que deja la propuesta de Robert Louden.

El principal problema que advierto es el siguiente. Louden cree que los anti teóricos han confundido completamente el blanco. Su presentación de una teoría ética alternativa no es tanto “estipulativa” cuanto

descriptiva de la “realidad teórica” de la ética. Pese a esto, pienso que cuando uno se toma el trabajo de revisar las posiciones teóricas tradicionales (específicamente entre *kantianos* y *utilitaristas*) sobre temas como los desacuerdos morales, los dilemas morales, la inconmensurabilidad y el pluralismo de valores, encuentra corroboradas la mayoría de las críticas anti teóricas. Mi afirmación se robustece si observamos que las características que adornan la concepción alternativa de Louden recogen el guante de las críticas anti teóricas.

Aún así, lo que podría ser alentador de la propuesta alternativa de Louden es que no cae en lo que creo es un error del anti teórico. Para el anti teórico la discusión opera a todo-nada. O tenemos teoría ... o reconocemos que hay conflictos irresolubles, pluralismo de valores, etc. Los filósofos morales, en cambio, no están impedidos de proponer teorías morales creativas que hagan reajustes en las teorías morales a fin de generar una concepción alternativa que haga justicia a los fenómenos antes rechazados.

No obstante la afirmación anterior, se puede enumerar una lista de problemas abiertos para una concepción alternativa de la teoría ética.

1) Es auspicioso que nuestras teorías estén empíricamente informadas. Sin embargo, hay que establecer qué valor han de tener ciertos *inputs* empíricos. Por ejemplo, el dato del relativismo cultural de las normas morales ¿debe contar en sede conceptual? Afirmar empíricamente la variabilidad de normas morales, ¿sienta de por sí una tesis metaética acerca del relativismo de la “validez” de normas morales presuntamente universales? Cuando se alega sobre el carácter empíricamente informado de las teorías éticas también se piensa en la necesidad de vincular armónicamente el contexto empírico de aplicación de normas morales a casos concretos con el contexto de fundamentación universal de tales normas. Sin embargo, demasiada presión en el elemento “particular” de las decisiones morales puede comenzar a erosionar el valor heurístico y justificativo de las generalizaciones morales. ¿Hasta qué punto contará un rasgo sobresaliente particular percibido por un juicio contextual para frenar la aplicación de un principio universal? Con palabras más generales, ¿de qué modo articular la relación entre lo universal y lo particular?

2) Las teorías no reduccionistas tienen la ventaja de acomodarse al dato del pluralismo de valores que pueden ser inconmensurables² y estar en conflicto. Empero, hay que preguntarse por cuál versión del razonamiento práctico subyace a esta versión no reduccionista. La respuesta es que tal versión se amolda con la idea de “fragmentación” del razonamiento práctico. Conforme esta idea, nuestros valores son diversos, incomparables y pueden estar en conflicto dilemático. No obstante, para esta versión no existe un orden de prioridades a priori entre los valores. Tal orden -si es posible efectuarlo- es solo susceptible de articulación caso por caso. La desventaja de esta versión, podrían alegar los reduccionistas, es que una teoría ética que considere prevalente un tipo de valor sobre los demás nos garantiza siempre un orden estable preestablecido. En otras palabras, para los reduccionistas existe una versión unitaria del razonamiento práctico, conforme la cual los valores se ordenan de una cierta forma y existe un tipo de valor dominante que permite jerarquizar los valores cuando hay conflicto. En consecuencia, esta versión está más cerca de una “respuesta” para los conflictos morales que la versión de la fragmentación.

3) Resulta promisorio que nuestras teorías morales no tapen con el dedo el dato del conflicto y el desacuerdo moral. Podrían existir conflictos para los cuales no hay respuesta correcta desde un punto de vista universal. Sin embargo, esta postura meramente reconocedora ¿no abjura de su importante rol normativo de guiar soluciones para nuestros casos acuciantes? ¿No es una forma, entonces, de retirar la teoría cuando más la necesitamos?

4) Parece interesante que las teorías éticas propugnen modelos de deliberación obtenidos mediante la selección del modo en que los agentes morales deliberan frente a conflictos morales. No obstante, ¿son útiles tales modelos en hipótesis de dilemas morales? Un dato de los dilemas es que parecieran conflictos que urgen miradas muy particularizadas de un contexto no necesariamente repetible con todas sus propiedades en el futuro. Lo que hicieron agentes en el pasado ¿tiene

² Chang 1997.

fuerza lógica o normativa para cualquier otro agente que en el futuro se enfrente a un dilema similar?

5) A diferencia de las teorías físicas que explican fenómenos, las teorías propias de una filosofía práctica como la moral parecen tener una neta impronta normativa. Sin embargo, ¿cómo evaluar la “verdad” de normas, esto es, de enunciados que no tienen rango declarativo? En el campo de las prácticas sociales, además, ¿qué tipo de objetividad sería esperable para este ejercicio normativo de las teorías éticas?

6) La teoría alternativa de Loudén favorece más el modelo del “sabio moral” que el del “experto”. Mientras el sabio no necesita el entrenamiento “teórico” el experto parece que sí. Desde cierto punto de vista, parece que el modelo del sabio, expurgado de su ancestral linaje aristocrático (como pasaba en Aristóteles), podría ser muy igualitarista. Porque, en estilo kantiano, todo aquel que se guíe por su razón podría estar en condiciones de enfrentar problemas. Ahora bien, postular sabios ¿no es casi tan fuerte como postular expertos morales? Suponiendo que sea posible identificar “sabios morales”, ¿sus respuestas serían siempre infaliblemente correctas para todos nuestros problemas morales?

Conclusiones

En este trabajo he mostrado cuáles son las críticas que los anti teóricos dirigen a las teorías éticas. He sostenido que existe, sin embargo, la posibilidad de ofrecer una teoría alternativa como la de Loudén. He sugerido que el contenido de esta propuesta, al recoger las críticas anti teóricas en su diseño, indica que una tendencia importante en el desarrollo de la teoría ética corroboraría las críticas anti teóricas. Lo interesante de la movida de Loudén, con todo, es volver teoría la anti teoría.

Finalmente, he cerrado el trabajo señalando la existencia de algunos problemas abiertos.

Bibliografía

- Chang, R. 1997. *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Harvard University Press. Cambridge.
- Clarke, S y Simpson, E. 1989. (Eds) *Anti-Theory in Ethics and Moral Conservatism*. State University of New York Press. Albany.
- Hampshire, S. 2000. *Justice is Conflict*. Princeton University Press. Princeton.
- Lariguet, G y Martínez, D. 2008. *Els Dilemes Morals*. UOC. Barcelona.
- Lariguet, G. 2006. “Pluralismo, Conflictos Trágicos de Valores y Diseño Institucional. En torno a algunas ideas de Isaiah Berlin, *Derechos y Libertades*. 15, Madrid.
- Lariguet, G. 2008. *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*. Palestra, Lima.
- Louden, R. 1992. *Morality and Moral Theory. A reappraisal and reaffirmation*. Oxford University Press. Oxford.
- McDowell, Jh. 1998. “Virtue and Reason”, en *Mind, Value, and Reality*. Harvard University Press. Cambridge, Mass.
- Nussbaum, M. 2005. *El Conocimiento del Amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*. Antonio Machado Libros. Madrid.
- Williams, B. 1985. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Harvard University Press. Harvard.

Naturaleza y funciones del Derecho: dos preguntas siamesas

Giovanni Tuzet

Universidad "L. Bocconi", Milán

Traducción de Hernán G. Bouvier

1. Dos preguntas siamesas

Quien practica el *estilo analítico* debe distinguir aquellas cosas sobre las que pretende ocuparse. Por ejemplo, al ocuparse del derecho, debe distinguir la pregunta acerca de qué es el derecho de la pregunta acerca de para qué existe el derecho. Aunque ambas preguntas pertenecen al plano explicativo, son preguntas diferentes. Asimismo debe distinguirse, a nivel normativo, la pregunta acerca de para qué tener derecho de la pregunta sobre si debe obedecerse al derecho. En este escrito breve pretendo considerar tan solo las dos preguntas del ámbito explicativo antes referidas. El problema que pretendo plantear es que, no obstante las preguntas sean diferentes, parece muy difícil -por no decir imposible- responder a una de las preguntas sin responder a la otra.

Es posible sostener que las preguntas "qué es" pretenden captar la naturaleza de aquello sobre lo cual se indaga, mientras que las preguntas "para qué" indagan sobre su función. Ahora bien, el problema es que el primer y segundo tipo de preguntas se entrecruzan al momento de indagar sobre el derecho de manera tal que no es posible responder a

unas sin responder a las otras. Si, en efecto, queremos responder al segundo tipo de preguntas debemos responder a las primeras dado que para identificar las funciones del derecho debemos saber de qué cosa se trata o a qué rama del derecho nos referimos; pero para responder a las primeras debemos responder a las segundas, dado que no parece posible saber qué es el derecho sin identificar sus funciones. Por tanto la dificultad es la siguiente: para establecer qué cosa es el derecho debemos saber para qué sirve, pero para saber para qué sirve debemos saber a qué nos referimos.

La teoría analítica del derecho (o al menos la de inspiración kelseniana) descuida desde hace varios decenios la pregunta “para qué” y el tema de las funciones del derecho, de las cuales se ocupa la sociología jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo, la sociología jurídica se aleja de las preguntas “qué es” y de una reflexión teóricamente rigurosa sobre la naturaleza del derecho. Si esto es así, tales disciplinas deberían ser mayormente integradas de cuanto se estila hacer actualmente, y para una *comprensión* del objeto bajo análisis sería tan importante distinguir las preguntas como integrar las respuestas.

2. ¿Qué es el derecho?

Las preguntas “qué es” requieren de respuestas ontológicas, o al menos de un análisis de los conceptos relativos. En la literatura pueden encontrarse una selva de respuestas a la simple pregunta sobre “qué es el derecho”. Traigo a colación algunas: un producto del mundo del espíritu; el conjunto de órdenes del soberano; el conjunto de las decisiones de los jueces; un sistema de normas sancionadas e institucionalizadas; una práctica social; un artefacto social y normativo. Tomemos una de las respuestas más recientes: el derecho como *artefacto*. Sostener que es un artefacto humano seguramente no basta, dado que se deben especificar otros aspectos que lo distinguen de otros artefactos como las sillas o las sinfonías. Lo mínimo que se puede agregar es que consiste en un artefacto *intelectual* (no coincide con su soporte físico), *social* (no consiste en un producto del ingenio individual) y *normativo* (consiste en reglas y principios vinculantes). Que esto pueda ser

suficiente para distinguirlo de otros ámbitos normativos como la moral no es algo que pretendo discutir. Me acucia, más bien, señalar un presupuesto no siempre explicitado: en la medida en que se habla de artefactos no se habla de entidades naturales sino más bien creadas, puestas, constituidas por el hombre. Si, por lo tanto, se trata de esto, y si es cierto que en general las actividades y la creaciones humanas están dirigidas a algún fin, resulta razonable asumir que también el derecho es establecido para algún objetivo y que resulta un medio en vista de fines. En otros términos, que posea o trate de satisfacer ciertas funciones. Con esto se ve pronto que una pregunta sobre qué es el derecho se transforma rápidamente en una pregunta sobre para qué, en la medida en la cual es importante entender con qué objetivos y funciones se establece el derecho y en la medida en la cual sus diferentes formas (civil, penal, administrativo, constitucional, etc.) se explican en términos de esas diferentes funciones. Decir que el derecho es un artefacto sin decir para qué sirve no es un buen modo de dar cuenta de él.

Creo que consideraciones de este género se pueden extender, *mutatis mutandis*, a los otros modos de responder a la pregunta “qué es el derecho”, pero no puedo ocuparme de eso aquí. Lo que quiero sostener es que no damos cuenta adecuadamente del derecho si nos limitamos a la pregunta “qué es”. Sin haber identificado sus funciones peculiares, es difícil saber qué es el derecho o en qué consiste.

3. ¿Para qué el derecho?

Las preguntas “para qué” requieren respuestas teleológicas, o al menos explicaciones de las causas o razones por las cuales existe una entidad tal. La teleología del derecho, si existiese, sería la rama filosófica dedicada a ocuparse de las preguntas “para qué” relativas al derecho, es decir a las preguntas acerca de para qué lo establecemos o utilizamos. De hecho es esto de lo que se ocupa cierta sociología jurídica atenta a las cuestiones macrosociológicas y algunos filósofos del derecho que no se contentan con dar definiciones estructurales. ¿Para qué el derecho? ¿para qué sirve? ¿cuáles son sus finalidades o funciones?

Una de las respuestas más difundidas en sociología es aquella de tipo funcionalista que trata de distinguir las funciones del derecho en general de otros sistemas normativos o sociales, y las funciones de ciertos tipos de derecho en particular de otros tipos de derecho (civil, penal, etc.). Es cierto que el término “función” es polisémico y debe ser cuidadosamente especificado. Pero una vez hecho esto (distinguiendo por ejemplo los aspectos intencionales de creación de artefactos, de los aspectos no intencionales de su funcionamiento efectivo) no parece imposible proceder a una investigación sobre las funciones del derecho. Tomemos por ejemplo el sentido de “función” utilizado en filosofía de la mente: las funciones de un estado mental son definidas por sus causas y por sus efectos típicos (en otros términos, en la identificación de un estado mental lo relevante no es su constitución interna sino más bien su rol dentro del sistema al cual pertenece). Análogamente, una explicación funcional del derecho ilustra su para qué en términos de causas y efectos típicos.

¿Cuáles son por tanto las funciones del derecho? En la literatura sociológica se encuentran numerosas respuestas, de las cuales podemos seleccionar las siguientes: de control u orientación social; de legitimación del poder; de promoción de la transformación social; de integración o de resolución de conflictos; de distribución y ubicación de los recursos. Es plausible pensar que estas funciones no sean incompatibles entre sí y que, por el contrario, el derecho lleve adelante más de una.

No pretendo tomar posición en cuanto al mérito de estas posiciones y decir cuáles son las (principales) funciones del derecho. Lo que me resulta interesante es que el acento en una u otra función está ligado de manera estrecha al tipo de teoría del derecho que se quiere defender. Una teoría del derecho de formación espontánea (evolucionismo jurídico) sostiene por ejemplo que la función del derecho es estabilizar expectativas sociales (antes que guiar los comportamientos), mientras que una teoría imperativista declara que su principal función es controlar los comportamientos. Por su parte, una teoría realista le atribuye al derecho una función de promoción del cambio social, y el análisis

económico del derecho se concentra sobre la ubicación de recursos, y los ejemplos podrían seguir.

Ahora bien, creo que el punto sea el siguiente: si tomamos en serio las explicaciones funcionales no podemos seriamente decir qué es el derecho si no comprendemos para qué sirve, pero nos damos cuenta que no es fácil decir para qué sirve si no tenemos una idea de qué es. Por lo tanto, las preguntas “qué es” y “para qué sirve” parecen interdependientes.

Este tipo de dificultades es bien conocido para quien se ocupa de funcionalismo en filosofía de la mente. Como hemos dicho, en filosofía de la mente las funciones de un estado mental son definidas por sus causas y sus efectos típicos. Sin embargo -sostiene una de las objeciones- para identificar las causas y los efectos *típicos* es necesario haber identificado el estado en cuestión! Frente a esta dificultad se puede responder que *cualquier cosa* que ayude a producir una cierta función es identificable como aquel tipo de cosa que sirve a realizar tal función. Tomemos un ejemplo intuitivo: cualquier cosa que sirva para pinchar comida y llevársela a la boca es un tenedor, con independencia del hecho que tenga una cierta estructura. Esta respuesta, no obstante sea rigurosa al defender la ortodoxia funcionalista, no puede negar algo evidente: frente a un sujeto que pinche la comida con un destornillador o un clavo largo no diremos que está usando un tenedor, sino que está usando un destornillador o un clavo *como* un tenedor. En esta reacción, si alcanzo a ver bien, se encontrarían implícitas dos cosas: (i) con tal conducta el sujeto lleva a cabo la función propia del tenedor, pero no lo hace con un tenedor, (ii) la función no es suficiente para definir qué es un tenedor, dado que a tal fin no podemos dejar de lado algunas propiedades estructurales.

Creo que esto es válido también para el derecho. Supongamos que la (principal) función del derecho sea aquella de resolver los conflictos (o, dicho de manera más cauta, de gestionarlos). ¿Podremos decir que *cualquier cosa* capaz de solucionar los conflictos es derecho? Me temo que no. Lanzar una moneda podría ser una forma de resolver un conflicto, pero creo que la mayor parte de nosotros no estaríamos dispuestos a considerarlo un modo de proceder según el derecho. Ni qué

hablar de la solución extrema, que sería la de eliminar una de las partes o incluso ambas. Ciertamente se trataría de un método maravillosamente eficaz! Sería funcionalmente perfecto, desde el momento que todo conflicto sería resuelto (con la eliminación de las partes). Y no obstante, diríamos, no se trata de derecho. En esta reacción estarían implícitas, nuevamente, dos cosas: (i) la eliminación de los contendientes lleva a cabo la función del derecho (resolver el conflicto) pero no lo haría a través del derecho; (ii) la función no es suficiente para definir qué es el derecho, dado que a tal fin no podemos soslayar algunas propiedades estructurales, como que es un sistema de normas generales y abstractas que se aplican a casos particulares y concretos, a través de órganos autorizados a hacerlo, con determinados procedimientos, etc.

Pienso que consideraciones análogas puedan hacerse asumiendo que la (principal) función del derecho no sea tanto la resolución de conflictos, sino otra de las ya mencionadas o mencionables. Supongamos que sea la de orientación social: ¿se podría llevar adelante esta función a través del sistemático suministro de sustancias condicionantes a los ciudadanos (como sucede en *Brave New World*) o programándoles la mente desde el nacimiento? Sí, pero no sería una forma de orientar las conductas *a través del derecho*. Y así podemos continuar en los ejemplos. Por tanto, una vez más, decir para qué sirve el derecho no es suficiente para decir qué cosa es.

4. Atomismo de las preguntas y holismo de las respuestas

Si lo que he indicado resulta correcto, la pregunta “qué es” y la pregunta “para qué” son siamesas: dependen la una de la otra y no son escindibles. ¿Qué enfoque asumir entonces en estos temas? La hipótesis que propongo es que el enfoque correcto sería aquel propio de un *atomismo de las preguntas y un holismo de las respuestas*. Las preguntas “qué es” y las preguntas “para qué” sobre el derecho son interdependientes y -dicho en términos de disciplinas- la teoría del derecho y la sociología del derecho no pueden prescindir la una de la otra, no obstante no deban confundirse. Pues bien, la hipótesis que sugiero indica lo siguiente: a los

finde la claridad conceptual las preguntas deben ser distinguidas lo máximo posible, mientras que a los fines de la comprensión las respuestas deben ser integradas lo máximo que se pueda.

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2012, en la
Editorial de la Universidad Nacional del Sur,
Avda. Alem 925, Bahía Blanca, Argentina

Se imprimieron 200 ejemplares

