



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Guastini, Riccardo

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 43, octubre-, 2015, pp. 11-48

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363643925005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

Legal Interpretation and Legal Construction

Riccardo Guastini

Resumen

Este trabajo bosqueja una teoría analítica y realista de la interpretación jurídica. Analítica, en el sentido que su método es el análisis lógico del lenguaje de los juristas. Realista, en el sentido que, por un lado, sostiene que el derecho es indeterminado y, por otro lado, representa la interpretación desarrollada por los jueces como una actividad intrínsecamente discrecional. En la primera parte, se introducen las distinciones fundamentales entre: interpretación “in abstracto” e interpretación “in concreto”; interpretación cognoscitiva, decisoria, y creativa; interpretación en sentido estricto y construcción jurídica. Esta última distinción tiene una importancia especial: la interpretación en sentido estricto consiste en atribuir significado a un texto normativo, mientras que la construcción jurídica consiste (esencialmente) en formular normas nuevas, que se pretenden implícitas en el sistema jurídico. En la segunda parte, se analizan, en su estructura lógica, las más difundidas técnicas argumentativas por las cuales los juristas suelen justificar sus operaciones interpretativas y constructivas.

Palabras clave

interpretación, indeterminación del derecho, construcción jurídica, argumentación, reglas positivas sobre la interpretación

Abstract

This article spells out an analytical and realistic theory of legal interpretation. Analytical, since its method is the logical analysis of jurists' and judges' language. Realistic, since it assumes, first, that law is indeterminate and, second, that judicial interpretation is intrinsically discretionary. In the first part, some fundamental distinctions are introduced, namely: “in abstracto” and “in concreto” interpretation; cognitive, adjudicative, and creative interpretation; interpretation strictly understood and juristic construction. The last mentioned distinction, in particular, takes on a special importance. Interpretation properly understood amounts to ascribing meaning to normative texts, whereas juristic construction mainly consists

Riccardo Guastini, Università di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto. Correspondencia: Via Balbi, 30, 5º piso, 16126, Genova (GE), Italia. guastini@unige.it

in formulating new norms, supposedly implicit in the legal system. The second part is devoted to the logical analysis of the arguments most commonly used by jurists to justify their interpretive and constructive operations.

Keywords

interpretation, legal indeterminacy, legal construction, interpretive arguments, legal rules on interpretation

I. Introducción

En este trabajo pretendo bosquejar una teoría analítica y realista de la interpretación jurídica. Analítica, en el sentido que su método es el análisis lógico del lenguaje (del lenguaje de los juristas, por supuesto). Realista, en el sentido que, por un lado, sostiene que el derecho es indeterminado y, por otro lado, representa la interpretación desarrollada por los jueces como una actividad intrínsecamente discrecional: no cognoscitiva, sino decisoria y, en muchas ocasiones, genuinamente creativa de normas.

A partir de la distinción entre interpretación en sentido estricto –que consiste en atribuir significado a un texto normativo– y construcción jurídica –que consiste (esencialmente) en formular normas nuevas, que se pretenden implícitas en el sistema jurídico–, se propondrá un análisis, en su estructura lógica, de las más difundidas técnicas argumentativas por las cuales los juristas suelen justificar sus operaciones interpretativas y constructivas respectivamente.

II. Interpretación

En general, “interpretar” en el ámbito jurídico significa –como sugiere el artículo 12, apartado 1, de las disposiciones preliminares del código civil italiano– “atribuir [...] sentido” a un texto.¹

¹ Sin embargo, en la literatura se encuentra también un concepto más estricto de interpretación. Varios autores distinguen la interpretación propiamente dicha, entendida como solución de dudas sobre el significado, de la (mera) comprensión. Es decir, según esta definición, se interpreta solo cuando no se comprende, y en cambio cuando se comprende no se interpreta (“*in claris non fit interpretatio*”). *Cfr.*, e.g., Wróblewski, 1983 y 1989; Marmor, 1992; Diciotti, 1999; Lifante, 1999 y 2010. Esta manera de ver (comprometida con una teoría ingenua de la interpretación) suena problemática por varias razones. Entre otras, la siguiente: la comprensión inmediata de un texto parece ser nada más que *una forma* de interpretación –la interpretación *prima facie*– distinta, en cuanto tal, de otras formas (distinta, en particular, de la interpretación “*all things considered*”). *Cfr.* Diciotti, 1999, cap. IV.

Sin embargo, en el lenguaje de los juristas la palabra “interpretación” sufre una múltiple ambigüedad: es ambigua bajo (al menos) cuatro aspectos (Guastini, 2011, parte I, cap. II).

1. Primera ambigüedad: proceso v. producto

Con la palabra “interpretación” nos referimos algunas veces a una actividad (o a un proceso), y otras al resultado o producto de tal actividad (Tarello, 1976).

Por ejemplo, en enunciados del tipo “Tal disposición es ambigua de modo que requiere interpretación”, la palabra “interpretación” denota evidentemente una actividad (podría ser sustituida por el sintagma “actividad interpretativa”). Por el contrario, en enunciados del tipo “De tal disposición el Tribunal de Casación hace una interpretación restrictiva”, la misma palabra claramente denota no una actividad, sino más bien su resultado, es decir, un significado.

La “interpretación” en cuanto actividad es un proceso mental. La “interpretación” en cuanto producto de tal proceso es más bien un discurso. Las distinciones que siguen se refieren a la interpretación en cuanto actividad o proceso.²

2. Segunda ambigüedad: abstracto v. concreto

Con la palabra “interpretación” nos referimos algunas veces a la atribución de significado a un texto normativo –“El texto T tiene el significado S”– y otras veces a la calificación jurídica de un caso concreto –“El acto x constituye asesinato”– calificación que luego da fundamento a la solución (o a la propuesta de solución) de una controversia específica.

Aunque esta segunda cosa presuponga lógicamente (no psicológicamente) la primera, y aunque las dos cosas sean probablemente indistinguibles en el proceso psicológico de interpretación (en particular si se trata de un juez), se trata de dos actividades intelectuales lógicamente distintas (Chiassoni, 2007, cap. II). Una cosa es interrogarse sobre el sentido de una secuencia de palabras; otra cosa es preguntarse si un caso particular y con-

² En efecto, la expresión “producto de la interpretación” es ambigua: en un sentido, el producto de la interpretación es el discurso con el cual el intérprete manifiesta su actividad mental (“La disposición tal significa S”); en otro sentido, el producto de la interpretación es más bien el significado adscrito al texto interpretado (“S”).

creto cae o no dentro del campo de aplicación de una determinada norma, previamente identificada.³ Debemos, por lo tanto, distinguir entre:

(i) la interpretación “en abstracto” (u “orientada a los textos”), que consiste en identificar el contenido de sentido –es decir, la norma o, más a menudo, *las normas*– expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo (una fuente del derecho) sin referencia a ningún caso concreto; y

(ii) la interpretación “en concreto” (u “orientada a los hechos”), que consiste en subsumir un caso concreto en el ámbito de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto” (Ferrajoli, 1966; Wróblewski, 1983; Aarnio, 1987).

La interpretación en abstracto resuelve problemas tales como, por ejemplo, los siguientes. El art. 13, apartado 1, de la Constitución francesa dispone: “El Presidente de la República firma las ordenanzas y los decretos aprobados por el Consejo de Ministros”. ¿Debemos entender que el Presidente tiene el poder de firmar las ordenanzas, o tiene la obligación de hacerlo? El art. 2 de la Constitución italiana proclama solemnemente los “derechos inviolables del hombre”. ¿Qué significa “inviolable”? ¿Se trata solo de una mera fórmula declamatoria, característica del lenguaje retórico comúnmente utilizado por los redactores de textos constitucionales, que como tal carece de cualquier contenido normativo preciso? ¿Se trata de una simple reiteración del carácter rígido de la Constitución (los derechos constitucionales no pueden ser violados por la legislación ordinaria)? ¿O significa en cambio que los derechos en cuestión escapan incluso de la revisión constitucional (no pueden por tanto ser afectados ni siquiera por leyes de revisión constitucional)?

En cuanto a la interpretación en concreto, ésta resuelve problemas –de subsunción– del siguiente tipo: ¿la norma “Prohibido el ingreso de vehículos en el parque” (es un clásico ejemplo que siempre se encuentra en las discusiones sobre la interpretación) se aplica, o no, a un triciclo? ¿una norma constitucional concerniente a la “libertad de religión” se aplica, o no, a *Scientology* o a la así llamada filosofía *New-age*? Etcétera.

La interpretación “en abstracto” es asimilable a la traducción.⁴ La interpretación “en concreto” no es otra cosa, banalmente, que la decisión sobre la extensión de un concepto (del concepto mediante el cual la autoridad normativa ha configurado una clase de casos).

³ Cfr., sin embargo, MacCormick, 1978, p. 95.

⁴ Eco, 2003, cap. 10. Sin embargo, la analogía entre interpretación y traducción es puesta en discusión por Mazzarese, 2000.

Más aún: la interpretación “en abstracto” consiste en atribuir significado a enunciados normativos completos.⁵ Mientras que la interpretación “en concreto” consiste en determinar el significado de predicados en sentido lógico, es decir de términos que denotan clases. En un caso, se identifican las normas en vigor; en el otro, se identifican los casos concretos regidos por cada norma. Se podría decir: la interpretación “en abstracto” tiene carácter intensional; la interpretación “en concreto” tiene más bien carácter extensional.

Así, el derecho, como veremos mejor más adelante, es doblemente indeterminado. Por un lado, es indeterminado *el sistema jurídico*, en el sentido que –a causa de la equivocidad de los textos normativos– hay controversias sobre qué normas pertenecen a él. Por otro lado, es indeterminada *cada una de las normas* existentes, en el sentido que –a causa de la vaguedad de los predicados en cada lenguaje natural– no se sabe exactamente qué casos recaen en su ámbito de aplicación.

Pues bien, la interpretación “en abstracto” reduce la indeterminación del sistema jurídico en cuanto tal, identificando las normas en vigor; mientras que la interpretación “en concreto” reduce la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos que cada norma rige.⁶

Sin embargo, hay que añadir una aclaración y una precisión sobre la interpretación “en concreto”, la cual, hemos dicho, consiste en subsumir un caso concreto en el ámbito de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”.

⁵ Conviene advertir que el “enunciado completo”, que es el objeto de la interpretación en abstracto, no necesariamente es una precisa disposición de las fuentes normativas (el apartado tal del artículo tal de la ley tal): puede ser también, y frecuentemente es, un fragmento de disposición, o bien el fruto de la recomposición, por parte del intérprete, de varios fragmentos de disposiciones, a veces dispersas en una pluralidad de documentos normativos.

⁶ Se llaman “predicados” todos los términos que denotan no un individuo (“el señor X”, “el acusado”, “el Tribunal constitucional”, etc.) sino una clase (como “contrato”, “tratado”, “empresa”, “asociación”, “tribunal”, etc.). Una clase es un conjunto de entidades individuales que comparten un mismo atributo o un mismo conjunto de atributos (que pueden ser propiedades o relaciones). Por lo general, el significado de los predicados puede ser analizado en dos componentes: el sentido (o intención: “¿qué quiere decir?”) y la referencia semántica (o extensión: “¿a qué se refiere?”). El sentido es el conjunto de atributos (propiedades o relaciones) que un objeto debe tener para que el predicado se le pueda aplicar. La referencia es la clase de objetos a los que el predicado es aplicable. Así, por ejemplo, el sentido de “planeta” es (*grosso modo*) cuerpo celeste opaco que gira alrededor de una estrella; su referencia es a todos los cuerpos celestes opacos que giran alrededor de una estrella (Venus, Marte, Tierra, etc., pero no Luna). Evidentemente, la referencia depende del sentido: cuanto menos sea preciso el sentido, tanto más extensa es la referencia y viceversa. Cuanto más se precisa el sentido de un predicado –es decir cuantos más atributos se incluyen– disminuye la referencia; cuanto menos se precisa el sentido –cuantos menos atributos se incluyen– aumenta la referencia. Si, por ejemplo, definiésemos “planeta” como un cuerpo celeste opaco (sin precisar: que rueda alrededor de una estrella) la referencia del predicado sería más amplia e incluiría también a la Luna.

La aclaración es la siguiente: “subsumir” puede significar: (*a*) incluir una entidad individual dentro de una clase, o bien (*b*) incluir una clase dentro de una clase más amplia. Por ejemplo: diciendo “Fulano es un hombre”, se incluye una entidad individual (Fulano) dentro de una clase (la clase de los hombres); diciendo “Los hombres son mortales”, se incluye en cambio una clase (la clase de los hombres) dentro de una clase más amplia (la clase de los mortales). Existen, dicho de otro modo, dos tipos de subsunción, a los que podríamos llamar, respectivamente: subsunción “individual” (o en concreto) y subsunción “genérica” (o en abstracto).⁷

A partir de aquí hay que precisar lo siguiente. En el proceso de interpretación, se realizan tanto subsunciones individuales como subsunciones genéricas. Para poner un ejemplo de escuela (Dworkin, 1977): supongamos que hay una disposición normativa que prohíbe los “contratos sacrílegos” y supongamos que tenemos que juzgar el caso concreto de un contrato estipulado en domingo. Para subsumir (subsunción individual) el contrato en cuestión en la clase de los contratos sacrílegos, se hace necesario subsumir previamente (subsunción genérica) en la clase de los contratos sacrílegos la clase de los contratos estipulados en domingo.

Podemos decir así: mediante subsunción genérica (o en abstracto) se determina una relación semántica (intensional) entre dos predicados (es decir términos que denotan clases): por ejemplo, “Son sacrílegos los contratos estipulados en domingo”. Mediante subsunción individual (o en concreto) se determina una relación semántica (extensional) entre un predicado y una entidad individual: por ejemplo, “El contrato entre Fulano y Mengano es sacrílego”.

Pues bien, la subsunción genérica es –por un lado– parte esencial de la interpretación “en abstracto” y –por otro lado– presupuesto necesario de la interpretación “en concreto”. En el acto de subsunción genérica los dos tipos de interpretaciones, para decirlo de algún modo, se confunden.

3. Tercera ambigüedad: cognición v. decisión

Con la palabra “interpretación” nos referimos a veces a un acto de conocimiento, otras veces a un acto de decisión, y otras a un acto de creación normativa (Kelsen, 1966, cap. VIII). Debemos por lo tanto introducir otras distinciones.

⁷ La terminología “subsunción genérica” vs. “subsunción individual” ha sido propuesta por Alchourrón y Bulygin, 1991, pp. 303 y ss.

(i) La interpretación *cognitiva* consiste en identificar, en un texto normativo, los diversos posibles significados (teniendo en cuenta las reglas de la lengua, las diversas técnicas interpretativas en uso, las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina, etc.) sin escoger ninguno.⁸

(ii) La interpretación *decisoria* consiste en escoger un significado determinado, que se pretende “correcto”, descartando los restantes.

Evidentemente, la interpretación cognitiva es (como el nombre sugiere) acto de conocimiento, mientras que la interpretación decisoria es acto de voluntad, y entonces acto discrecional.

Por supuesto, puede ser (meramente) cognitiva la interpretación doctrinal, pero no puede no ser (también) decisoria la interpretación judicial.

La interpretación cognitiva –“La disposición D puede ser interpretada en los sentidos S1, o S2, o S3”– consiste en enumerar los diversos significados que plausiblemente se pueden atribuir a un texto normativo según se emplee uno u otro método interpretativo, según se adopte una u otra tesis dogmática; o bien, desde otro punto de vista, consiste en enumerar los diversos significados que previsiblemente serán atribuidos a un texto normativo.

La interpretación decisoria presupone lógicamente (no psicológicamente) la interpretación cognitiva. La interpretación cognitiva arroja luz, si se nos permite decirlo así, sobre la indeterminación del sistema jurídico, es decir la equivocidad de los textos normativos; la interpretación decisoria la resuelve.

Tómese este simple ejemplo. El art. 40 de la Constitución italiana dice: “El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan”. Supongamos ahora que, de hecho, ninguna ley regule el ejercicio de tal derecho (así era hasta hace no muchos años). Pues bien, la interpretación cognitiva de esta disposición constitucional podría asumir la forma siguiente. Al art. 40 de la Constitución se le pueden atribuir (al menos) tres significados distintos: (a) el derecho de huelga no puede ser ejercido en absoluto hasta que alguna ley regule su ejercicio; (b) en ausencia de

⁸ Escribe Kelsen: “The task of a scientific commentary is first of all to find, by critical analysis, the possible meanings of the legal norm undergoing interpretation; and then to show their consequences, leaving it to the competent legal authorities to choose from among the various possible interpretations the one which they, for political reasons, consider to be preferable, and which they alone are entitled to select. A scientific interpretation has to avoid giving countenance to the fiction that there is always but a single ‘correct’ interpretation of the norms to be applied to concrete cases” (Kelsen, 1950, p. xvi). Y también: “If ‘interpretation’ is understood as discovering the meaning of the norms 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” (Kelsen, 1992, p. 80).

cualesquiera regulación legislativa, el derecho de huelga puede ser ejercido sin límites; (c) incluso en ausencia de leyes que regulen la materia el derecho de huelga puede ser ejercido, pero no sin límite alguno, sino dentro de los límites derivados de su ponderación con otros derechos y valores constitucionales. La interpretación decisoria de la misma disposición, por su parte, consistirá en escoger uno u otro de estos tres significados en competencia.

Por otra parte, se pueden distinguir ulteriormente dos tipos de interpretación decisoria:

(ii.a) a veces –interpretación decisoria estándar⁹– la decisión interpretativa consiste en escoger un significado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva;

(ii.b) otras veces –interpretación *creativa*– la decisión interpretativa consiste en atribuir a un texto un significado “nuevo”, no comprendido entre aquellos identificables mediante interpretación cognitiva.

En general: supongamos que cierta disposición D es ambigua y puede por tanto ser entendida en el sentido de expresar la norma N1 o la norma N2. Pues bien: la interpretación cognitiva se expresará mediante el enunciado “D puede significar N1 o N2”; la interpretación decisoria estándar se expresará mediante el enunciado “D significa N1”, o bien mediante el enunciado “D significa N2”; la interpretación creativa se expresará mediante un enunciado del tipo “D significa N3” (no escapará al lector que, en la hipótesis, la norma N3 no figura entre los significados plausibles de la disposición D, tal como han sido identificados en el ámbito de la interpretación cognitiva).

El siguiente me parece un buen ejemplo de interpretación creativa. El art. 72 de la Constitución italiana (apartado 4) requiere un cierto procedimiento de aprobación para las leyes “en materia constitucional”. Inútil decir que “materia constitucional” es un concepto vago (*open textured*, como también se suele decir), que deja un vasto margen de discrecionalidad interpretativa.¹⁰ El concepto de ley “en materia constitucional”, sin embargo, no es ambiguo: en el lenguaje jurídico común este concepto denota unívocamente leyes *ordinarias* (no constitucionales) sobre materias de relevancia constitucional (ejemplos paradigmáticos: la materia electoral, la

⁹ De ahora en adelante la llamaré “interpretación decisoria” sin ulteriores especificaciones.

¹⁰ Por ejemplo: ninguna duda que las leyes electorales regulan una materia constitucional, pero ¿la materia “ejercicio del derecho de huelga” es, o no, materia constitucional? Probablemente muy pocos lo sostendrían. Pero, estando el derecho de huelga previsto en la constitución, se podría perfectamente argumentar que sí: también el ejercicio del derecho de huelga es “materia constitucional”.

organización del Gobierno). A pesar de ello, según la opinión del Tribunal Constitucional italiano, por ley “en materia constitucional” debe entenderse: ley formalmente constitucional según el procedimiento de revisión establecido por el art. 138 de la Constitución. Este significado de la expresión queda manifestamente fuera de los significados –en efecto: del único significado en el presente caso– identificables en el ámbito de la interpretación cognitiva.¹¹

Otro buen ejemplo, tal vez, es el siguiente. El art. 11 de la Constitución francesa permite al Presidente someter directamente a referéndum un proyecto de ley “relativo a la organización de los poderes públicos”. Pero la constitución regula de forma bastante distinta, en otros artículos, el procedimiento de revisión constitucional: entonces, parece evidente que el art. 11 no se aplica a la revisión constitucional. Sin embargo, De Gaulle utilizó el art. 11 para someter a referéndum precisamente un proyecto de revisión constitucional (sobre la elección del Presidente por sufragio universal), interpretando la expresión “organización de los poderes públicos” como sinónimo de “constitución”, lo que les pareció a todos una interpretación en modo alguno plausible y por lo tanto “creativa”.

La interpretación cognitiva es análoga a la definición informativa (reconocimiento de los usos lingüísticos efectivos). La interpretación decisoria es análoga a la redefinición (selección de un significado determinado en el ámbito de los usos efectivos). La interpretación creativa es análoga a la estipulación pura (introducción de un significado nuevo, inusual) (Guastini, 1997b).

La interpretación cognitiva es una operación puramente científica, que carece de cualquier efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación creativa son operaciones “políticas” (de política del derecho), que pueden ser realizadas tanto por un jurista, como por un órgano de aplicación. La única diferencia importante es que solo la interpretación decisoria y/o creativa realizada por un órgano de aplicación es “auténtica”, en sentido kelseniano, es decir, provista de consecuencias jurídicas, al menos *inter partes* (de las que carece, en cambio, la interpretación ofrecida por los juristas).

¹¹ Corte costituzionale, 168/1963.

4. Cuarta ambigüedad: interpretación (en sentido estricto) vs. construcción jurídica

Hace falta subrayar, sin embargo, que la interpretación creativa, tal como ha sido definida aquí, es un fenómeno bastante raro. En la mayor parte de los casos, lo que intuitivamente se presenta como una interpretación “creativa” consiste en obtener del texto normas no expresadas –llamadas “implícitas”– con medios pseudo-lógicos, es decir, mediante razonamientos no deductivos (por ejemplo, mediante el argumento analógico, el argumento *a contrario*, etc.). Tal operación no es, estrictamente hablando, un acto de “interpretación”: se trata de un verdadero acto nomopoiético, es decir de creación normativa, cuyo nombre apropiado es (tal vez) “construcción jurídica”. Todo esto nos conduce a la cuarta ambigüedad de la palabra “interpretación”: tal vez la más importante.

Con la palabra “interpretación” nos referimos a veces a la atribución de significado a un texto (interpretación propiamente dicha), otras veces a eso que, a falta de algo mejor, llamaremos –utilizando una expresión de Rudolf von Jhering– “construcción jurídica”.

La actividad de construcción jurídica incluye una vasta serie de operaciones inferenciales características de la doctrina (principalmente de la doctrina, pero, claro está, también de la jurisprudencia), de las que sería difícil realizar un elenco completo. Sin embargo, se pueden mencionar (al menos) las siguientes:

- (i) construcción de lagunas (normativas y axiológicas);
- (ii) construcción de jerarquías axiológicas;
- (iii) construcción de excepciones implícitas; y sobre todo
- (iv) construcción de normas implícitas.¹²

Dichas operaciones están estrechamente conectadas entre sí y cada una con las otras. Por ejemplo: la construcción de excepciones implícitas sirve para crear lagunas normativas y axiológicas; la construcción de normas implícitas sirve para resolver lagunas axiológicas y normativas (así como para concretar principios); la construcción de jerarquías axiológicas sirve para crear normas implícitas (y para resolver conflictos entre principios); etc.

¹² “Implícitas” no en sentido lógico, sino en el sentido de “no formuladas (por ninguna autoridad normativa)”. Implícitas en sentido lógico solo pueden ser normas derivadas deductivamente de otras normas sin añadir otras premisas.

III. La doble indeterminación del derecho

El derecho, hemos dicho, es doblemente indeterminado. Intentemos aclararlo. La indeterminación concierne, por un lado, al sistema jurídico en cuanto tal; y por otro lado, a cada uno de sus componentes, es decir, a cada norma.

1. La equivocidad de los textos normativos

El sistema jurídico es indeterminado en el sentido que hay controversias sobre qué normas “existen”, qué normas pertenecen al mismo o están vigentes dentro del mismo. Y esto depende de la equivocidad –“ambigüedad”, si se quiere, pero en sentido amplio– de los textos normativos, es decir del hecho de que cada texto normativo admite una pluralidad de interpretaciones y está por esto sujeto a (posibles) desacuerdos interpretativos.¹³

Ofrecer un catálogo completo de los diversos tipos de equivocidad no parece posible. Sin embargo, algunos ejemplos característicos de equivocidad –y de controversias interpretativas correspondientes– pueden aclarar el punto.¹⁴

(a) *Ambigüedad*. A veces, un texto normativo es (sintáctica o semánticamente) ambiguo en sentido estricto: nos preguntamos si expresa la norma N1 o expresa *en cambio* la norma N2.

Por ejemplo. Una ley italiana (art. 31, Ley 352/1979) establece que “no puede ser depositada solicitud de referéndum [“derogatorio”, es decir, para derogar a leyes] durante el año anterior al término del mandato de una de las dos Cámaras [...]. Ahora bien, la ambigüedad depende aquí del vocablo “año”, el cual puede denotar el período que transcurre entre el 1 de enero y el 31 de diciembre (en francés: *année*), pero puede también denotar genéricamente un periodo de 365 días (en francés: *an*). ¿Debemos por tanto entender que la solicitud de referéndum no puede ser depositada en el año solar anterior al término del mandato de una de las Cámaras, o

¹³ Guastini, 2011, parte I, cap. III; Guastini, 2012. Véanse sin embargo los análisis pioneros de Ross, 1958, cap. IV, y Tarello, 1980, cap. III. La equivocidad, de la que se habla aquí, incluye la ambigüedad en sentido estricto, pero –como surgirá de los ejemplos– no se reduce a ésta.

¹⁴ Para no sobrecargar el discurso, omito aquí cualquier referencia a los problemas, incluso más complicados, que pueden nacer de la sucesión de normas en el tiempo, de los conflictos entre normas, de las lagunas, etc.; problemas cuya solución, por lo demás, pertenece más bien al dominio de la “construcción jurídica” que al de la interpretación en sentido estricto.

debemos entender que no puede ser depositada en los 365 días anteriores a dicho término?

(b) *Complejidad.* A veces, se acuerda que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si dicha disposición expresa *también* la norma N2.

Por ejemplo. El artículo 32 de la constitución española dispone: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. No cabe duda de que cada hombre y cada mujer tienen el derecho de contraer matrimonio el uno con la otra (N1); pero ¿esa disposición expresa también la norma (N2) según la cual cada hombre y cada mujer tienen derecho a contraer matrimonio con cualquiera (es decir también con personas del mismo sexo)?

Otro ejemplo (italiano): el art. 38, ley 352/1970, dispone que “en el caso que el resultado del referéndum sea contrario a la derogación [...] no puede proponerse la solicitud de referéndum para la derogación de la misma ley”. Ahora bien, el resultado del referéndum puede ser “contrario a la derogación” –o, mejor dicho, no surtir efecto derogatorio– por dos razones o en dos circunstancias diversas: no solo cuando la mayoría de los votantes vote “no” (como es obvio), sino también cuando la mayoría de los que tienen derecho a hacerlo no vote en absoluto (art. 75, apartado 4, Constitución italiana). Pues bien, no cabe duda de que, de la disposición mencionada, está excluida la solicitud de un referéndum cuando la precedente demanda de referéndum haya sido rechazada por la mayoría de los votos válidos (N1). Pero cabe la duda de si esta misma disposición impide una nueva solicitud incluso cuando el referéndum precedente haya tenido un resultado negativo por el hecho de no haber participado en la votación la mayoría de los que tienen derecho a hacerlo (N2).

(c) *Implicación.* A veces, se acuerda que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si N1, a su vez, implica, o no, la norma N2.

Dos ejemplos más, sacados del derecho constitucional italiano. El art. 94 de la Constitución, apartados 2 y 5, prevé que una de las Cámaras pueda votar la desconfianza al Gobierno. ¿Tal norma implica, o no, que una de las Cámaras pueda votar la desconfianza también respecto de un solo ministro? El poder del Jefe de Estado de reenviar una ley a las Cámaras pidiendo una nueva deliberación (art. 74, apartado 1) implica, o no, el poder de reenviar (solo) parte de una ley (es decir, no la ley en su conjunto) promulgando la parte restante?

(d) *Derrotabilidad*. A veces se está de acuerdo en que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si tal norma es “derrotable” (*defeasible*), es decir, sujeta a excepciones *implícitas* no especificadas.¹⁵

Otros ejemplos “italianos”: el Presidente de la República puede oponerse con el veto (suspensivo) a las leyes (art. 74, apartado 1, Constitución italiana) pero ¿puede oponerse también a las leyes de revisión constitucional? El Tribunal de Cuentas ejerce el control preventivo de legalidad sobre los actos de Gobierno: ¿sobre todos? ¿o solo sobre aquellos que carecen de fuerza de ley? Y aún más: ¿la norma que prohíbe el ingreso de vehículos en un parque –por poner un clásico ejemplo de libro– es o no aplicable a las ambulancias?

La interpretación “en abstracto” responde a preguntas de este tipo, y de este modo reduce la indeterminación del sistema jurídico.¹⁶ Por otra parte, la equivocidad de los textos normativos exige distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos formulados en las fuentes del derecho –las “disposiciones”– y las normas, entendidas como significados: entre las dos cosas, de hecho, no existe una correspondencia biunívoca (Guastini, 1989). Existen disposiciones que expresan dos (o más) normas conjuntamente, disposiciones que expresan dos (o más) normas alternativamente, así como normas no expresadas por ninguna disposición (que son fruto de construcción jurídica).

Hay que subrayar que la equivocidad de los textos normativos no depende solamente de ciertos defectos “objetivos” de sus formulaciones (intrínseca oscuridad, ambigüedad semántica y sintáctica, etc.), sino también –es más: sobre todo– de otras cosas, como: intereses en conflicto, distintas ideas de justicia, multiplicidad de métodos interpretativos, y distintas

¹⁵ Sobre el concepto de “derrotabilidad” en el derecho, el texto fundamental es Alchourrón, 1996. Pero véase también Redondo, 1997; Navarro y Rodríguez, 2000; Rodríguez, 2002; Bayón y Rodríguez, 2003; Alchourrón, 2010; Ferrer Beltrán y Ratti, 2012; Ratti, 2013, cap. VIII.

¹⁶ Es importante comprender lo siguiente. A veces, un enunciado normativo es ambiguo, o sea, admite dos interpretaciones alternativas: del mismo enunciado se pueden obtener, por interpretación, dos normas alternativas. En estas circunstancias, por cierto no se puede afirmar la existencia en el sistema jurídico ni de una ni de la otra norma, hasta cuando una de las dos interpretaciones sea generalmente compartida y adquiera estabilidad. Sin embargo, la ambigüedad en sentido estricto es bastante rara. La mayoría de las controversias interpretativas son distintas: el objeto de la controversia interpretativa, para así decirlo, no es el significado del enunciado en su integridad, sino sólo una parte de dicho significado. En efecto, casi siempre el significado de un enunciado normativo puede ser descompuesto en dos partes: un núcleo no controvertido y un halo controvertido, en el sentido que no tenemos dudas sobre el hecho que el enunciado E expresa la norma N1; sólo discutimos sobre si el mismo enunciado expresa (o implica) también la norma N2, o si la norma N1 tiene excepciones implícitas, etcétera.

construcciones dogmáticas.¹⁷ Es decir: los juristas pueden volver equívocos textos que no lo serían en absoluto en la conversación.

2. La vaguedad de las normas

A la indeterminación del sistema se suma la ulterior indeterminación de cada norma.¹⁸ Cada norma vigente es indeterminada, en el sentido que no se sabe exactamente qué casos recaigan en su campo de aplicación. Esto depende de la ineludible vaguedad de los predicados en cada lenguaje natural (Waismann, 1968).

Ahora bien: todos los predicados tienen una referencia dudosa, o “abierta” (*open textured*), y en este sentido se ven afectados por la vaguedad extensional.¹⁹ Por otro lado, la vaguedad extensional depende de la incertidumbre acerca de los atributos que un objeto debe poseer para pertenecer a la clase de que se trata, es decir depende de la vaguedad intensional del predicado en cuestión.

En consecuencia, dada una norma cualquiera, hay casos a los que ésta es seguramente aplicable, casos a los que seguro no puede ser aplicada y, finalmente, casos “dudosos” o “difíciles” (*hard cases*, como se suele decir) para los que la aplicación de la norma es discutible.

Por ejemplo, un intercambio al precio medio de mercado es sin duda una venta; una supuesta “venta” a un precio irrisorio es una donación disimulada; pero ¿en qué precio debemos fijar el confín entre la venta y la donación? Se puede estar de acuerdo en que el suministro de antibióticos o de analgésicos constituye “tratamiento sanitario” en los términos del art. 32, apartado 2, de la Constitución italiana. Pero ¿constituyen “tratamiento sanitario” también la nutrición y la hidratación forzadas?

La vaguedad, la trama abierta –a diferencia de la equivocidad– es una propiedad objetiva del lenguaje y no solo del lenguaje jurídico: todos los predicados en sentido lógico comparten (al menos potencialmente) esta propiedad. La vaguedad no depende, por tanto, de las técnicas interpreta-

¹⁷ Las construcciones dogmáticas condicionan la interpretación: algunas veces sugiriendo que una decisión interpretativa determinada es preferible a otras, y otras veces excluyendo ciertas decisiones interpretativas que de otro modo serían posibles. Por otra parte, cada construcción dogmática, además de orientar la interpretación, es una matriz de normas “implícitas”.

¹⁸ En la extensa literatura se puede ver: Hart, 1961; Carrió, 1994; Luzzati, 1990; Coté, 1999, especialmente pp. 353 y ss.; Diciotti, 1999, especialmente pp. 367 y ss.; Endicott, 2000.

¹⁹ Para simplificar, omito distinguir entre vaguedad sin ulteriores especificaciones y *open texture* o vaguedad “potencial” (trama abierta).

tivas o de la dogmática: no puede ser suprimida (aunque pueda reducirse por medio de definiciones).

La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes –que no se resuelve con la interpretación en abstracto– hace que el intérprete, frente a un caso “marginal”, es decir a un caso que cae en los márgenes de la “trama” –en el “área de penumbra”, como se suele decir–, pueda decidir discrecionalmente si el caso en examen debe o no debe ser incluido en el ámbito de aplicación de la norma en cuestión.²⁰

La interpretación “en concreto” reduce (en relación con uno u otro caso concreto) la indeterminación de las normas.

IV. Técnicas de interpretación y construcción

En las culturas occidentales modernas es habitual para los juristas y los jueces “motivar” sus decisiones interpretativas, es decir ofrecer (no propiamente “motivos”, a pesar de esta palabra, comúnmente usada, sino) *razones*.²¹ Dicho de otra forma, cada decisión interpretativa –“El enunciado normativo E expresa la norma N1 (no la N2)”– se presenta normalmente como la conclusión de un razonamiento.

Los “métodos” o las “técnicas” de interpretación no son otra cosa que el conjunto de razones que, dentro de una cultura jurídica determinada, se pueden ofrecer en favor de la interpretación elegida. En las culturas jurídicas occidentales modernas, dichas técnicas son innumerables: en lo que sigue se señalan solo algunas de las más difundidas en la práctica jurídica.²²

1. Técnicas de selección de las normas explícitas

Una disposición normativa es ambigua (en el sentido amplio que hemos dicho): es decir, puede ser entendida en dos (o más) sentidos distintos, puede expresar la norma N1 o la norma N2. Se trata de un problema típico de interpretación en abstracto. Ahora bien, existen numerosas técnicas para elegir entre estas dos normas. No parece posible hacer un inventario completo de ellas. Sin embargo, se pueden señalar las siguientes.

²⁰ Lo cual no excluye que haya casos paradigmáticos que sin duda sí caen en el ámbito de aplicación de la norma.

²¹ Los motivos son hechos psicológicos que *causan* una decisión. Las razones son argumentos, a saber enunciados, que forman parte de un razonamiento como premisas, y que (no causan, sino) *justifican* una decisión. Cf.: Ross, 1958, pp. 152 y ss.

²² Cf.: Tarelo, 1980; Twining y Miers, 1982; Evans, 1989; MacCormick y Summers, 1991; Diciotti, 1999; Sartor, 2005; Chiassoni, 2007; Guastini, 2011.

1.1. Algunas técnicas recurrentes

(i) *El sentido común de las palabras.* En primer lugar –interpretación literal– se puede sostener, muy simplemente, que una (pero no la otra) de las dos normas en competición corresponde al sentido común de las palabras, cual se desprende del diccionario y de la sintaxis del idioma en el que la disposición normativa está formulada.²³

Nótese, sin embargo, que a menudo tal argumento no resulta persuasivo y/o concluyente. No resulta persuasivo (al menos) cada vez que en la disposición normativa en cuestión se emplean términos técnicos o casi-técnicos del lenguaje jurídico (“usucapión”, por ejemplo). No resulta concluyente porque el sentido común de las palabras permite detectar y poner en evidencia las ambigüedades y la vaguedad de las formulaciones normativas, pero no resolverlas.

Además, el sentido común de las palabras es inestable. No siempre el sentido común que tenían las palabras en el momento en que la disposición normativa fue promulgada coincide con el sentido que las mismas palabras tienen en el momento de la aplicación (y esto, obviamente, es cierto sobre todo cuando se aplican textos normativos viejos o incluso antiguos,²⁴ así como textos que incluyen términos valorativos).²⁵ Por eso existen, en efecto, dos tipos muy distintos de interpretaciones igualmente literales: la interpretación “originalista” y la “evolutiva”. La primera atribuye a las palabras el sentido que tenían en el momento de la formulación del texto. La segunda elige el significado que ellas adquieren en el momento de su aplicación.²⁶

Los argumentos restantes, de que vamos a hablar, sirven sea para elegir entre dos (o más) significados en competición, sea para dejar de lado el significado literal.

(ii) *La intención de la autoridad normativa.* En segundo lugar –interpretación “intencional” o “psicológica”– se puede sostener que una (pero no la otra) de las dos interpretaciones en competición corresponde a la intención –la intención “semántica”, lo que quería decir– de la autoridad normativa. Intención que se puede desprender –al menos, así se supone– de los “trabajos preparatorios”. Tal argumento supone, por un lado, una

²³ Sobre la interpretación literal, véase: Vernengo, 1994; Velluzzi , 2000; Poggi, 2007.

²⁴ Piénsese a la Constitución de los Estados Unidos (1787).

²⁵ Términos valorativos se encuentran, típicamente, en las así llamadas “cláusulas generales” y en muchos principios constitucionales.

²⁶ Una defensa de la interpretación originalista se encuentra, e.g., en Scalia, 1996; una defensa de la evolutiva se encuentra, e.g., en Eskridge, 1994.

concepción imperativista del derecho (el derecho como conjunto de mandatos del “soberano”) y, por otro lado, una actitud de deferencia hacia la voluntad del legislador.

Sin embargo, también este argumento a menudo no resulta persuasivo. Las autoridades normativas –normalmente: órganos colegiados– no tienen una “intención” en el mismo sentido que la tiene o puede tenerla un individuo. Por eso, la intención de las autoridades normativas –puesto que existe algo parecido– no puede ser conocida empíricamente: solo puede ser el objeto de conjeturas. Entonces la adscripción de una intención a una autoridad normativa puede ser fácilmente contestada (e incluso descalificada en cuanto tal, es decir, sea cual sea la intención adscripta).

Por lo demás, el argumento de la intención de la autoridad normativa sirve no tanto para elegir (en positivo) el significado de una disposición, sino más bien para descartar (en negativo) otros significados admisibles, en particular el significado literal (“El significado S, literal, *no* corresponde a la intención de la autoridad normativa”). En otras palabras, en estos casos el argumento no es, en cuanto tal, concluyente: es solo un paso dentro de una estrategia argumentativa más amplia. Descartado el significado literal, ¿qué otro significado tenemos que elegir? Aquí se abre el espacio para otros argumentos interpretativos.

(iii) *El fin de la ley*. En tercer lugar –interpretación “teleológica”– se puede sostener que una de las dos interpretaciones en competición, pero no la otra, corresponde al “fin” de la ley, a la *ratio legis*: a la intención “práctica” de la autoridad normativa, lo que ella quería hacer. Se supone que el fin de la autoridad normativa se puede encontrar en los “trabajos preparatorios” mirando a las circunstancias sociales en las cuales la ley fue promulgada.²⁷ Sin embargo, la adscripción de un fin a la autoridad normativa es una mera conjetura, que plantea los mismos problemas que hemos señalado al hablar de la intención (Ross, 1958, pp. 146 y ss.).

Nótese además que la observancia o aplicación de una norma produce normalmente varios efectos prácticos, y cualquier efecto práctico que una norma podría producir puede ser considerado como el fin de la norma en cuestión. Una norma que establezca un impuesto sobre las rentas puede ser entendida como dirigida indistintamente a aumentar los ingresos del Estado, a redistribuir la riqueza, o (¿por qué no?) a desincentivar las actividades productoras de réditos. Una regla penal puede ser entendida indistintamente como dirigida a la represión, o en cambio, a la prevención del

²⁷ No existe, sin embargo, una clara distinción entre la interpretación intencional y la interpretación teleológica.

comportamiento calificado como delito, o (¿por qué no?) como dirigida a incrementar la población carcelaria. Los ejemplos ilustran muy bien el carácter valorativo de las conjeturas en torno a la *ratio legis*: es probable que a muchos le parezca “irrazonable” que el legislador quiera desincentivar la producción de réditos, y les suene en cambio, “razonable” que el legislador quiera redistribuir el rédito producido; muchos considerarán “razonable” el intento de reprimir ciertas conductas e “irrazonable” querer aumentar la población carcelaria. Pero, obviamente, “razonable” e “irrazonable”, referidos a la elección de fines, son conceptos valorativos.

(iv) *Las exigencias sociales*. En cuarto lugar, se puede sostener que una de las dos interpretaciones en competición responde mejor a “las exigencias de la sociedad” (o algo por el estilo).²⁸

Este tipo de argumento se puede usar para elegir entre dos significados literales en competición, o bien para sostener una interpretación que atribuye al texto un significado distinto del literal, pero también (tal vez sobre todo) para atribuir al texto un significado “nuevo”, distinto de los significados ya establecidos (interpretación “evolutiva” en un sentido ligeramente distinto de lo que ya hemos encontrado).

No hace falta decir que la identificación de las “exigencias sociales” –lo que la sociedad requiere– no es y no puede ser el resultado de una averiguación empírica; es más bien el resultado de una valoración política del intérprete.

(v) *El “sistema” del derecho*. En quinto lugar, se puede sostener que una de las dos interpretaciones en competición concuerda (o concuerda mejor) con el “sistema del derecho”. Este tipo de argumento –sin duda uno de los más utilizados– sirve para preservar, a la vez, la consistencia lógica y la coherencia (la armonía) axiológica del derecho.

Frente a una disposición que admite dos interpretaciones alternativas, N1 y N2, se usa este argumento para elegir aquella (por ejemplo, N1) que *no* crea antinomias –es decir, contradicciones lógicas– o desarmonías axiológicas con otras normas:

(a) sea –y sobre todo– con normas superiores en la jerarquía de las fuentes (por ejemplo, entre una ley y la constitución: interpretación “sistemática vertical” o interpretación “conforme”),²⁹

²⁸ E. g., “la naturaleza de las cosas”, o la “naturaleza de las relaciones sociales”.

²⁹ La interpretación “conforme” de la ley respecto a la constitución (a una constitución rígida) desempeña un papel fundamental en la jurisprudencia de todos los tribunales constitucionales.

(b) sea con normas del mismo nivel jerárquico (por ejemplo, entre una regla y un principio general: interpretación “sistemática horizontal”) (Coté, 1999, p. 388).

(vi) *La razonabilidad*. En sexto lugar, se puede sostener que una de las dos interpretaciones en competición no es “razonable”, ya que produce resultados “absurdos”.³⁰ Este argumento –que normalmente supone una conjeta sobre la *ratio legis*– puede ser utilizado sobre todo para descartar la interpretación literal.

Pero, como ya se ha dicho en otro lugar, la “razonabilidad” de una norma, o del efecto que una norma puede producir en la sociedad, depende enteramente de juicios de valor de los intérpretes. Los juicios de “razonabilidad” son juicios de justicia disfrazados.

1.2. Un problema persistente

Existe, por otra parte, un problema de interpretación en abstracto que merece ser tratado en sí mismo a causa de su extendida presencia: el mismo compromete, de hecho, a la casi totalidad de los textos normativos.

Puede pasar (pero pasa muy raramente) que una disposición normativa contenga en el antecedente el adverbio “solo” (o un adverbio equivalente): “Solo si H (supuesto de hecho), entonces J (consecuencia jurídica)”. En estas circunstancias, el caso H es condición no suficiente, sino necesaria de la consecuencia jurídica J. Es decir, no se da esa consecuencia J sin ese caso H. Se sigue lógicamente que a la clase de casos complementaria³¹ de aquella regulada (esto es, la clase no-H) no se aplica la consecuencia jurídica en cuestión: “Si no-H, entonces no-J” (García Amado, 2001).

Pero, para cada disposición normativa que tenga la forma “Si H, entonces J” –de manera que la clase de casos H *parecería* (al pie de la letra) condición suficiente, no necesaria, de la consecuencia J– ¿qué debemos pensar de la clase de casos complementaria (no-H)? Se abren aquí dos posibilidades interpretativas y cada una de ellas se vale de una variante del argumento *a contrario*.³²

³⁰ Se asume entonces que las autoridades normativas sean agentes “racionales”. Cf. Bobbio, 1971.

³¹ Dos clases de casos son entre sí complementarias cuando su conjunción agota el entero universo de casos. Dada una clase C de entes cualesquiera, la clase complementaria de la misma es aquella que incluye a todos los entes que no pertenecen a C. Véase, sobre este punto, Chiassoni, 2007, pp. 222 ss.

³² Cf. G. Carcaterra, 1994. Más en general: dada una disposición cualquiera con estructura condicional (“Si H, entonces J”), es dudoso si el antecedente estatuye una condición solo suficiente o en cambio necesaria y suficiente.

(i) En primer lugar (argumento *a contrario* en función interpretativa), se puede interpretar la disposición al pie de la letra: la disposición *no dice nada* sobre los casos no-H, que permanecen por lo tanto simplemente carentes de cualquier regulación: la disposición se aplica “solo” a la clase de casos H en el sentido que *calla* sobre la clase complementaria.

(ii) En segundo lugar (argumento *a contrario* en función constructiva), se puede interpretar la disposición como si *tácitamente* incluyese la cláusula “solo”, y por lo tanto implice lógicamente la norma “Si no-H, entonces no-J”: la disposición se aplica “solo” a la clase de casos H en el sentido que la clase de casos complementaria tiene la consecuencia jurídica opuesta. De este modo, a partir de la norma explícita “Si H, entonces J”, se construye la norma implícita “Si no-H, entonces no-J”.

Imaginemos una disposición constitucional que otorga el derecho de voto a “los ciudadanos”. ¿Tienen, o no, derecho de voto los extranjeros? Esta pregunta admite dos respuestas, y cada una de ellas utiliza precisamente una de estas dos variantes del mismo argumento *a contrario*.

(a) La disposición constitucional, al mencionar solo los ciudadanos, no dice nada sobre los extranjeros. Es decir, la constitución contiene una laguna sobre este asunto. (Consecuencia: el legislador puede otorgar, así como negar, el derecho de voto a los extranjeros, sin violar la constitución.)

(b) La disposición constitucional, al mencionar solo los ciudadanos, excluye positivamente –aunque tácitamente– a los extranjeros. Es decir, los extranjeros no tienen derecho de voto. (Consecuencia: el legislador, al otorgar el derecho de voto a los extranjeros, violaría la Constitución).

2. Dos técnicas de reducción de la vaguedad de las normas

Tomemos por ejemplo una disposición que se refiere al supuesto de hecho: “ruina de edificio”. Tal locución es vaga: es indiscutible que el concepto comprende el derrumbe total de un inmueble, pero es discutible si se extiende también, por ejemplo, al derrumbe de un balcón. ¿Cómo reducir la vaguedad y resolver el problema?

Ahora bien, las estrategias fundamentales de reducción de la vaguedad son dos: la tesis de la analogía (o de la igualdad “sustancial”) y la tesis de la disociación (o de la diferencia “sustancial”).³³

³³ Ross, 1958, pp. 148 y ss. Cfí., también Schauer, 1991. Decir que dos supuestos de hecho son “sustancialmente iguales” equivale a decir que requieren la misma consecuencia jurídica; y decir que son “sustancialmente diferentes” equivale a decir que requieren consecuencias jurídicas distintas.

(i) *Tesis de la analogía.* Una primera estrategia de reducción de la vaguedad consiste en sostener que –a la luz de una supuesta *ratio legis* (el fin de la norma, o el resultado que la norma pretendía perseguir)– el derrumbe de un balcón es en todo análogo, *sustancialmente igual*, al derrumbe de un edificio. Se puede concluir que la norma sobre el derrumbe de un edificio se aplica también al caso “derrumbe de balcón”: “*lex minus dixit quam voluit*”.

Es un ejemplo de interpretación extensiva, fundada sobre el argumento analógico. Por esta vía, el área de “penumbra” de la norma se reduce, *incluyendo* en su ámbito de aplicación la clase de casos marginales “derrumbe de balcón”.

(ii) *Tesis de la diferencia.* Una segunda estrategia consiste en sostener, por el contrario, que derrumbe del edificio y derrumbe del balcón –siempre a la luz de una supuesta *ratio legis*– son casos diferentes, *sustancialmente distintos*. Con la conclusión que la norma sobre derrumbe de edificio *no* se aplica al caso “derrumbe de balcón”.

Es un ejemplo de interpretación restrictiva, fundada sobre el argumento de la disociación (algo muy parecido al *distinguishing* de los jueces de *common law*). De nuevo, por esta vía el área de “penumbra” de la norma se reduce, *excluyendo* de su ámbito de aplicación la clase de casos marginales “derrumbe de balcón”.

3. Técnicas de construcción jurídica

Hemos dicho en otro lugar que las operaciones de construcción jurídica más importantes son: (1) la construcción de lagunas (normativas y axiológicas); (2) la construcción de jerarquías axiológicas; (3) la construcción de excepciones implícitas; y sobre todo (4) la construcción de normas implícitas. Vamos a analizar detenidamente estas operaciones.

3.1. Construcción de lagunas

Existen dos tipos principales de lagunas: normativas y axiológicas.³⁴

³⁴ En efecto, existen también lagunas de un tercer tipo: las lagunas llamadas “técnicas”. Una laguna técnica es la falta de una norma que sería condición necesaria de eficacia de otra norma. Por ejemplo, una ley (o una constitución) instituye un órgano electivo, pero no determina ningún sistema electoral, de tal forma que el órgano en cuestión no puede ser elegido hasta que uno u otro sistema electoral no sea determinado por normas ulteriores.

(i) *Lagunas normativas.* Hay una laguna normativa cuando un supuesto de hecho H no está regulado en manera alguna por las normas explícitas existentes en el sistema.

Sin embargo, a menudo las fuentes del derecho pueden ser interpretadas en el sentido que el supuesto H no está regulado, pero también en el sentido que tal supuesto H sí está regulado.³⁵ La primera interpretación produce una laguna, la segunda la evita. En otras palabras, las lagunas normativas no son defectos “objetivos” del sistema jurídico: dependen de la interpretación. La interpretación puede crearlas así como evitarlas.³⁶ Una laguna normativa puede ser creada, por ejemplo, de las dos formas siguientes.³⁷

(a) Usando el argumento *a contrario* en función interpretativa y rechazando cualquier interpretación extensiva: frente a un conjunto de disposiciones –el sistema jurídico en su integridad, si se quiere– que regulan un conjunto *finito* (aunque muy amplio) de supuestos de hecho, argumentando *a contrario* se puede concluir que cualquier supuesto no expresamente incluido en este conjunto no está regulado por ninguna disposición.³⁸

(b) Usando el argumento de la diferencia o disociación: frente a una disposición que regula la clase de casos H, se puede sostener que tal clase de casos incluye dos subclases, H1 y H2, “sustancialmente diferentes”, y que la intención de la autoridad normativa era regular una sola de ellas (H1, por ejemplo), de tal forma que la otra subclase (H2) queda carente de cualquier regulación.

(ii) *Lagunas axiológicas.* Existen dos tipos de lagunas axiológicas (Papodi, 1996; Guastini, 2011, parte II, cap. III).

(a) A veces, banalmente, un supuesto de hecho no está regulado por ninguna norma,³⁹ pero, según el interprete, debería serlo.

Por ejemplo, el legislador ha otorgado un cierto derecho a una clase de sujetos S1 (los profesores de universidad, supongamos), sin extender el mismo derecho a la clase de sujetos S2 (los profesores de escuelas se-

³⁵ Dicho de otra forma, las normas explícitas son el resultado de una determinada interpretación.

³⁶ Piénsese, e.g., al ejemplo del “derrumbe de un balcón”. Si se interpreta la disposición sobre la ruina de edificios en el sentido que sí se aplica también al derrumbe de un balcón, el supuesto de hecho en cuestión resulta regulado; si en cambio se interpreta en el sentido que no, la disposición no se aplica al derrumbe de un balcón, así que este supuesto de hecho resulta no regulado por el derecho.

³⁷ A veces, incluso la simple interpretación literal puede crear una laguna normativa, mientras que una interpretación extensiva la evitaría.

³⁸ Cf. Conte, 1968. El conjunto de hechos no regulados por el derecho sería el así llamado “espacio vacío de derecho”: Bergbohm, 1892; Romano, 1925.

³⁹ Y entonces, se podría sostener, cae dentro del “espacio vacío de derecho”.

cundarias). Al intérprete, sin embargo, las dos clases de sujetos le parecen “sustancialmente” iguales. Falta entonces una norma que otorgue el mismo derecho a los sujetos S2. O bien, otro ejemplo, el derecho otorga un cierto poder a un órgano del Estado sin establecer ningún límite sustancial a su ejercicio. Al intérprete, sin embargo, no le parece admisible (o “razonable”) que no existan límites sustanciales a dicho poder. Falta entonces una norma que establezca tales límites.

(b) Otras veces, un supuesto de hecho sí está regulado por una norma, pero, según el intérprete, está regulado de forma “axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta”; se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión “por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente” al supuesto de que se trata (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 158). Dicho de otra forma, una laguna axiológica no es un caso sin regulación, sino más bien un caso con una mala regulación. Por ejemplo, el legislador ha otorgado un cierto derecho a todos los profesores sin distinguir entre clases diferentes (los profesores de universidad y los de escuela secundaria, supongamos). Al intérprete, sin embargo, las dos clases de sujetos le parecen “sustancialmente” distintas. Falta entonces una norma que otorgue derechos distintos a una u otra de las dos clases.

Ambos tipos de lagunas axiológicas dependen de juicios de valor del intérprete: es el intérprete que “construye” valorativamente dichas lagunas. Las del segundo tipo, en particular, se producen precisamente por medio de la disociación (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1966), es decir, derrotando (incluyendo una excepción implícita dentro de) una norma, del tal forma que dicha norma no se aplique a todos los supuestos de hecho literalmente previstos, sino solo a una subclase de ellos, mientras que la otra subclase queda no regulada por el derecho.

Las lagunas normativas y axiológicas se resuelven por medio de normas implícitas que regulan los casos no previstos.

3.2 Construcción de jerarquías axiológicas

Una jerarquía axiológica es una relación de valor entre normas, creada no por el propio derecho (como, por ejemplo, la jerarquía de las fuentes) sino por los intérpretes, por medio de un juicio de valor comparativo, expreso o tácito: “La norma N1 tiene más valor que la norma N2” (Tarello, 1980, cap. VII; Guastini, 1997a).

Una manera típica para crear una jerarquía tal entre dos normas es considerar una de ellas como “principio” y la otra como mera “regla”. Se supone que los principios son más importantes que las reglas, ya que caracterizan la fisonomía del sistema jurídico, y cada uno de ellos ofrece fundamento axiológico (justificación) a una multiplicidad de reglas.

Las jerarquías axiológicas orientan la interpretación, en particular la elección entre dos significados igualmente admisibles de una cierta disposición normativa. Supongamos que tenemos una disposición que admite dos interpretaciones N1 y N2; supongamos además que N1 es conforme a una norma axiológicamente superior (por ejemplo, un principio general del derecho), mientras que N2 está en conflicto con ella; pues bien, la existencia de una jerarquía axiológica es un argumento (bastante persuasivo) para elegir N1. Por ejemplo, si una ley puede ser entendida sea como retroactiva, sea como no-retroactiva, se entenderá preferiblemente como no-retroactiva para “conformarla” al principio general de no-retroactividad de las leyes.⁴⁰

Por otra parte, se encuentran ejemplos muy importantes de jerarquías de este tipo en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

(a) Algunos tribunales constitucionales (el italiano, por ejemplo) asumen que las normas constitucionales no tienen todos el mismo valor, en el sentido que algunas entre ellas (que pueden ser explícitas así como implícitas) están “más arriba” de las otras. La consecuencia es que dichas normas no pueden ser modificadas, derrotadas, o derogadas en forma alguna: tampoco por medio del procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, este tipo de jerarquía axiológica se vuelve un límite totalmente implícito (una norma implícita por lo tanto) a la revisión constitucional.

(b) Todos los tribunales constitucionales a menudo tienen que resolver conflictos entre principios, ya que los principios constitucionales poseen la censurable tendencia a entrar en conflicto unos con otros. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones, es el conflicto entre la libertad de prensa y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la identidad personal, etc.). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos constitucionales de los usuarios.

Tales conflictos no pueden ser resueltos utilizando los criterios estándar para la solución de conflictos entre normas. No es posible emplear el criterio “lex posterior”, ya que dichos principios son coevos. No es posible

⁴⁰ En muchos sistemas jurídicos, el principio de no-retroactividad es un principio constitucional inderrotable (solo) para las leyes penales, pero es un principio (aunque general) derrotable en otras materias.

emplear el criterio “lex superior”, ya que los principios en cuestión poseen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No es posible emplear el criterio “lex specialis”, pues las clases de supuestos regulados por los principios de que se trata se entrecruzan (no existe entre las clases de supuestos regulados una relación género/especie).

Pues bien, la técnica normalmente empleada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es la que se suele llamar “ponderación”.⁴¹ La metáfora es bastante transparente: se trata de poner los dos principios en conflicto sobre los platos de una balanza y, por lo tanto, “pesarlos” para ver cuál “pesa” más, es decir, cuál tiene más valor *en relación con el caso concreto*. El resultado de la ponderación es un juicio de valor comparativo, que instituye precisamente una jerarquía axiológica. El principio con más valor será, en este caso concreto, aplicado, el con menor valor será dejado de lado.⁴²

3.3. Construcción de excepciones implícitas

A menudo, la construcción jurídica toma la forma de la elaboración de excepciones implícitas, por medio de la “disociación”, es decir, introduciendo dentro de una clase de casos previstos por el legislador una distinción que el legislador no ha hecho para nada. Este argumento, en efecto, puede ser usado no solo como técnica de reducción de la vaguedad –para restringir la referencia de un predicado (interpretación restrictiva)–, sino también para derrotar una norma, construyendo excepciones implícitas, y entonces para construir lagunas (normativas o axiológicas).

Volvemos a un ejemplo (algo empalagoso) muy bien conocido entre los teóricos del derecho: la norma que prohíbe el ingreso de vehículos en un parque.

Frente a tal norma, alguien puede argumentar –invocando una presunta *ratio legis*– que está sujeta a (al menos) una excepción: la de las ambulancias, que sin duda sí son vehículos, porque no parece “razonable” que el legislador quiera impedir el ingreso en el parque incluso de las ambulancias cuando esto sea necesario (cuando haya, por ejemplo, un herido que hace falta trasportar al hospital). En otras palabras, la prohibición *no se aplica a tal supuesto de hecho*.

⁴¹ Dentro de la extensa literatura sobre la ponderación de principios se pueden ver: Alexy, 1993; Celano, 2002; Prieto Sanchís, 2003; Martínez Zorrilla, 2007; Pino, 2010.

⁴² Pero, por supuesto, el principio ahora descartado permanece vigente, listo para ser utilizado en otras decisiones.

Pues bien, la estructura lógica de la norma originaria era: (N1) “Si vehículo, entonces prohibido ingresar”. Ahora, en cambio, tenemos una norma con la estructura siguiente: (N2) “Si vehículo y no ambulancia, entonces prohibido ingresar”. Como se ve, se trata de dos normas con contenido diferente. De esta forma la norma N1 ha sido derrotada, y esto quiere decir que N1 ha sido substituida por N2, que es claramente una norma distinta.⁴³

3.4. Construcción de normas implícitas

Entre las múltiples operaciones de construcción jurídica, la formulación de normas implícitas posee una importancia especial. Con la expresión “normas implícitas” me refiero a aquellas normas que no han sido formuladas por autoridad normativa alguna: normas que no pueden ser consideradas como significados (plausibles) o como implicaciones lógicas de ninguna disposición normativa determinada. Por medio de la construcción de normas implícitas los intérpretes llevan a cabo una actividad legislativa disimulada. Y esto constituye la parte principal y más importante del trabajo de los juristas.

A menudo (aunque no siempre) una norma implícita es la conclusión de un razonamiento que incluye premisas que son normas explícitas. En la mayoría de los casos, sin embargo, tales razonamientos, primero, no son lógicamente válidos (no son deductivos) y, segundo (y más importante), incluyen también premisas que no son normas explícitas, sino esquemas conceptuales y teorías elaboradas arbitrariamente por la dogmática (Guastini, 2004, pp. 104 y ss.). Algunos ejemplos permitirán aclarar el punto.

El artículo 139 de la constitución italiana prohíbe cualquier tipo de revisión (incluso mediante procedimiento de revisión constitucional) de la “forma republicana” del Estado. La mayoría de los constitucionalistas, sin 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.

La Corte de Justicia de la Unión Europea asume, por un lado, que el derecho de la Unión y el derecho de los Estados miembros forman un sis-

⁴³ En cambio, la mera interpretación restrictiva no sustituye la norma: se limita a restringir su “área de penumbra”.

tema 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 de la Unión.⁴⁴ Queda claro que ninguna de estas asunciones posee una contraparte textual en el tratado de la Unión.

Según la teoría constitucionalista “clásica”, surgida de la Ilustración, la función de cualquier constitución es limitar el poder político.⁴⁵ 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. Hoy en día, sin embargo, la mayoría de los constitucionalistas piensan que la función de la constitución es (también o incluso esencialmente) la de modelar las relaciones sociales entre los ciudadanos. A partir de esto concluyen que las reglas constitucionales deben ser aplicadas directamente por cualquier juez en cualquier controversia (lo que en la dogmática alemana se denomina “*Drittewirkung*”).⁴⁶

3.4.1. Algunas técnicas para construir normas implícitas

Algunas técnicas típicas para la construcción de normas implícitas son el argumento *a contrario* en función constructiva, el argumento analógico, y el argumento *a fortiori* (Ross, 1958, pp. 145 y ss.).

(i) *Argumento a contrario*. Como ya hemos visto, el argumento *a contrario* tiene dos variantes, y por lo tanto puede servir para hacer dos cosas muy distintas (Carcaterra, 1994).

En una primera variante –meramente interpretativa– el argumento sirve para crear una laguna (normativa). Recuérdese el ejemplo más arriba: la Constitución, otorgando el derecho de voto a los ciudadanos, no dice nada en absoluto sobre el derecho de voto de los extranjeros.

En una segunda variante –no meramente interpretativa, sino constructiva– el mismo argumento resuelve, para decirlo de algún modo, esta misma laguna, construyendo la norma implícita según la cual los extranjeros no tienen derecho de voto: “*ubi lex voluit dixit; ubi tacuit noluit*”, o bien “*inclusio unius est exclusio alterius*”.

⁴⁴ 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, *Simmenthal*.

⁴⁵ 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”.

⁴⁶ Véase, e.g., Zagrebelsky, 1992.

(ii) *Analogía*.⁴⁷ El argumento analógico puede ser usado no solo como técnica de reducción de la vaguedad –para extender la referencia de un predicado más allá de su significado común, como ya hemos visto (interpretación extensiva)–, sino también para construir normas implícitas. El argumento se desarrolla más o menos así:

(a) El caso H2 no está regulado por ninguna norma: es decir, hay una laguna (normativa) en el derecho.

(b) Sin embargo, existe la norma N1 que regula el caso H1: “Si H1, entonces J”.

(c) El caso H2 es análogo al caso H1.

(d) Por lo tanto –conclusión–, existe una norma implícita que atribuye al caso H2 la misma consecuencia jurídica que H1: “Si H2, entonces J”.⁴⁸

En este razonamiento hay dos pasajes que hace falta subrayar.

Primero: la identificación de una laguna supone evidentemente una determinada interpretación, por ejemplo restrictiva, de las fuentes. En el sentido que una interpretación diferente, por ejemplo extensiva, podría concluir que el caso H2 sí está regulado, y entonces no subsiste ninguna laguna.

Segundo, la identificación de una analogía entre los dos casos supone un enunciado contrafáctico del tipo: “Si el legislador hubiera previsto el caso H2, lo habría regulado de la misma manera que H1”. Esto, a su vez, supone la adscripción al legislador de una intención o de un fin: la así llamada *ratio legis*.

(iii) *Argumento a fortiori*. El argumento *a fortiori* es distinto del argumento analógico, porque no supone asunciones sobre la analogía entre los casos. Su estructura es más o menos la siguiente (Alchourrón, 1991).

(a) El caso *x* no está regulado por ninguna norma: es decir, hay una laguna (normativa) en el derecho.

(b) Sin embargo, existe la norma N1 que regula el caso *y*: “Si *y*, entonces *z*”.

(c) El caso *x* merece *con mayor razón* la misma reglamentación que el caso *y*.

⁴⁷ La literatura sobre la analogía es muy extensa. Una obra fundamental es Bobbio, 2006. Pero véase también Atienza, 1986; Gianformaggio, 1987; Carcaterra, 1988.

⁴⁸ En cambio, la mera interpretación extensiva no produce un norma implícita: se limita a extender la “zona de penumbra” de la norma en cuestión.

(d) Por lo tanto –conclusión– existe una norma implícita N2 que atribuye al caso *x* la misma consecuencia jurídica que *y*: “Si *x*, entonces *z*”.

Como se ve, el hueso del argumento es la expresión “con mayor razón”, que supone evidentemente una conjectura (valorativa, como ya sabemos) sobre la “razón”, la *ratio*, de la norma explícita que se usa como premisa. Este argumento también, como el analógico, sobreentiende un enunciado contrafáctico del tipo: “El legislador no ha regulado de ninguna manera el caso *x*. Sin embargo, si hubiera previsto el caso *x*, lo habría regulado de la misma manera que el caso *y*”.⁴⁹

3.4.2. Concreción de principios

Por otra parte, las normas implícitas sirven no solo para llenar lagunas, sino también para concretar principios.

Los principios, por ser altamente indeterminados (condiciones de aplicación “abiertas”, contenido genérico, derrotabilidad, etc.), no son aptos para la solución “directa” de controversias (Dworkin, 1978; Carrió, 1994, pp. 197 y ss.; Alexy, 1993; Prieto Sanchís, 1992; Atienza y Ruiz Manero, 1996; Ratti, 2009, cap. III; Pino, 2010, cap. III). En el sentido que no son aptos como premisas de razonamientos deductivos –“Todos los asesinos deben ser castigados. Fulano es un asesino. Por lo tanto, Fulano debe ser castigado”– cuya conclusión sea una prescripción individual y concreta. Para contribuir a la solución de casos, los principios tienen que ser “concretados”.

Concretar un principio consiste en usarlo como premisa –dentro de un razonamiento normalmente no deductivo– para la construcción de una regla implícita, ella sí apta para la solución de una controversia.

Por ejemplo: “La defensa es un derecho inviolable en cada estado y grado del procedimiento (principio). El interrogatorio del imputado constituye parte del procedimiento. No existe verdadera defensa sin la presencia del defensor. Por lo tanto el defensor debe estar presente en el interrogatorio del imputado (regla implícita)”. Otro ejemplo: “La soberanía nacional pertenece al pueblo (principio). La soberanía se expresa por me-

⁴⁹ Existen dos variantes del argumento *a fortiori*. (i) *A minori ad majus*: e. g., si está prohibido introducir en el parque gatos, *a fortiori* –con mayor razón– está prohibido introducir tigres (que son más peligrosos). (ii) *A majori ad minus*: e.g., si la ley no tiene efecto retroactivo, *a fortiori* –es decir, con mayor razón– no puede tener efecto retroactivo el reglamento (que es fuente subordinada a la ley).

dio del voto. El pueblo es el conjunto de los ciudadanos. Por lo tanto, los extranjeros no tienen derecho de voto”.

Las conclusiones de razonamientos de este tipo son precisamente reglas implícitas que “concretan” –o “especifican”– el principio en cuestión.

V. Disposiciones positivas sobre la aplicación del derecho

En el mundo de *civil law* muchos códigos civiles (y a veces penales⁵⁰) pretenden limitar la discreción judicial dictando –a menudo en un “título preliminar”– disposiciones sobre las técnicas interpretativas y constructivas que pueden y/o deben ser empleadas por los jueces (y por los otros órganos de aplicación).⁵¹

La interpretación en sentido estricto, sin embargo, es una actividad mental, no susceptible, en cuanto tal, de reglamentación. Se sigue que, pese a las apariencias, las disposiciones positivas que pretenden regularla no son, en efecto, reglas “sobre la interpretación”, sino más bien reglas *sobre la argumentación* de la interpretación elegida, con independencia del proceso mental mediante el cual el intérprete ha llegado a aquella conclusión.

Por otra parte, como veremos, muchos códigos civiles autorizan a los jueces a usar no una u otra técnica interpretativa determinada, sino un conjunto de técnicas distintas, sin ningún orden preciso de preferencia entre ellas: interpretación literal, intencional, teleológica, sistemática, etc. De tal forma que, al final, el intento de limitar la discreción judicial parece totalmente ineficaz (Kelsen 1966, pp. 385 y ss.).

Además casi todos autorizan al juez a usar una pluralidad de técnicas constructivas –el argumento analógico, la formulación de normas implícitas (a partir de principios), la equidad, y (en un caso) incluso el así llamado “derecho natural”– que son intrínsecamente discretionales.

1. Métodos interpretativos

Casi todos los códigos civiles –el italiano, el español, el colombiano, etc.– establecen que los textos normativos deben interpretarse al pie de la

⁵⁰ Pero casi siempre en materia penal existen reglas de interpretación distintas de las que rigen la materia civil: *e.g.*, está prohibida la analogía *in malam partem*.

⁵¹ Tarelo, 1980, cap. VI. Según algunos autores, las normas sobre la aplicación son normas “materialmente constitucionales”: *Cfr.* *e. g.*, Sorrentino, 2004, pp. 22 y ss.

letra, es decir, según “el sentido propio (o común) de las palabras”, según su sentido “natural y obvio” de acuerdo con el “uso general” de las palabras, teniendo en cuenta el contexto. Por supuesto, dicha regla de interpretación –algunos códigos (el colombiano entre otros) lo dicen expresamente– no se aplica frente a términos técnicos de una u otra ciencia o arte, así como frente a términos expresamente definidos por el propio legislador.⁵²

Una excepción se encuentra en el código portugués, que exige al juez no quedarse a la letra del texto, sino de reconstruir “el pensamiento” del legislador, pero precisando al mismo tiempo que el intérprete debe presumir que exista correspondencia entre texto e intención, y de todas formas no le está permitido atribuir al legislador una intención que no encuentre ninguna correspondencia en el texto.

Casi todos los códigos, sin embargo, prevén también otros métodos de interpretación. Muchos de ellos –por ejemplo, el italiano, el austriaco, el español, etc.– establecen que las leyes deben ser interpretadas también según la intención o los fines del legislador. No queda clara, sin embargo, la relación de preferencia entre los dos métodos, que claramente pueden conducir a conclusiones diferentes: cada vez que el significado literal y el intencional son (o parecen) distintos, ambos resultan admisibles, y no existe ningún criterio establecido para elegir entre los dos (Ross, 1958, pp. 152 y ss.; Chiassoni, 1999, pp. 496 y ss.; Chiassoni, 2007, pp. 147 y ss.).

El código colombiano, en cambio, establece que, cuando el sentido de la ley es claro, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar “su espíritu”, y solo se puede recurrir a la intención del legislador para interpretar expresiones oscuras. El mismo código, por otra parte, admite también el uso del “espíritu general de la legislación” y de la “equidad natural” en tanto métodos subsidiarios de interpretación.

De modo análogo, el código de la Louisiana prohíbe la búsqueda de la intención cuando el texto es claro,⁵³ pero admite la interpretación teleológica (según el fin de la ley) para resolver las oscuridades del texto.

Es muy distinto el código brasileño que, sin mencionar en modo alguno la letra de la ley, prescribe al juez que considere “los fines sociales” de la ley y “las exigencias del bien común”. Lo que es, más o menos, como decir que los jueces pueden hacer lo que quieran.

⁵² Sobre los problemas teóricos planteados por las definiciones legislativas, *cfr.* Belvedere, 1977.

⁵³ Evidentemente, una disposición de este tenor supone (ingenuamente) que claridad y oscuridad sean propiedades “objetivas” de los textos normativos, antecedentes cualquier interpretación (“*interpretatio cessat in claris*”).

2. *Métodos constructivos*

Varios códigos –empezando por el *Code Napoléon* (todavía vigente en Francia), art. 4– prohíben los fallos de *non liquet*, es decir, obligan al juez a resolver cualquier controversia que sea sometida a su decisión.⁵⁴

Ahora bien, tal obligación solo puede ser cumplida si se da una u otra de dos condiciones:

(a) el sistema jurídico (o, al menos, el código de que se trata) es realmente completo, no tiene lagunas; o bien

(b) el sistema jurídico no es completo, sí existen lagunas, pero frente a una laguna el juez está autorizado a resolverla creando normas nuevas *ad hoc* (aunque eficaces solo *inter partes*⁵⁵).

A menudo, dichas disposiciones han sido entendidas como autodeclaraciones de completitud: los códigos, al dictarlas, pretenderían ser completos (Bobbio, 1960, p. 129). Sin embargo, parece más plausible entenderlas como autorizaciones (tácitas) a los jueces para resolver las lagunas –cuando de hecho aparecen– mediante “legislación intersticial”, es decir, mediante derecho jurisprudencial (o “derecho libre”, como a veces se dice).⁵⁶

Sea lo que sea, la existencia de lagunas está expresamente prevista por el código civil suizo, el cual, además, autoriza el juez a resolverlas “actuando como si fuera legislador”. Lo que equivale a otorgar expresamente al juez un poder genuinamente normativo –a pesar del principio de separación de los poderes– y entonces una discreción total.⁵⁷

Por otra parte, muchos códigos –el español, el italiano, el portugués, el belga, el argentino, el peruano, el mexicano, el brasileiro, etc.– admiten, aunque solo tácitamente, la existencia de lagunas, ya que autorizan el juez a resolver los casos (civiles, no los penales) que no estén regulados por ninguna norma explícita (a) mediante la analogía o bien (b) extrayendo normas implícitas de los principios generales del derecho.

⁵⁴ Tal prohibición actúa como una causa de lagunas axiológicas del primer tipo: un cierto supuesto de hecho no está regulado por el derecho, pero, desde el punto de vista el juez, “debería serlo”, porque él está obligado, aun así, a resolverlo.

⁵⁵ Así establece expresamente (entre otros) el *Code Napoléon*, art. 5.

⁵⁶ Así pensaba el propio Portalis, el autor principal del *Code Napoléon*: Portalis, 1989, pp. 26 y ss.; Portalis, 1998, pp. 75 y ss.; Ewald, 1989, p. 119. Cfr. también Ghestin y Goubeaux, 1977, p. 326.

⁵⁷ Según Kelsen, sin embargo, las lagunas siendo meras “ficciones”, tal autorización tiene más bien un efecto psicológico (paradójicamente) inhibitorio sobre los jueces, que normalmente no desean asumir una responsabilidad tan grande como la de crear lagunas y resolverlas actuando “como legisladores” (Kelsen 1966, pp. 279 y ss.).

El código de la Louisiana, sin embargo, no prevé la aplicación analógica: en los casos de laguna, autoriza u obliga al juez a decidir según la equidad. El código austriaco, por su parte, sí prevé la aplicación analógica, pero establece que, cuando la analogía no es viable, el juez tiene que decidir los casos dudosos “según los principios del derecho natural”. En ambos casos el juez está autorizado a juzgar sencillamente según sus ideas de justicia.

Referencias bibliográficas

- Aarnio, Aulis, 1987: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht, Springer.
- Alchourrón, Carlos E., 1991: “Los argumentos jurídicos ‘a fortiori’ y ‘a pari’”, en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- _____, 1996: “On Law and Logic”. *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 4, pp. 331-348.
- Alchourrón, Carlos E., 2010: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid, Marcial Pons.
- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea.
- _____, 1991: *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales* (1986). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel, 1986: *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid, Civitas.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel.
- Bayón, Juan C. y Rodríguez, Jorge, 2003: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Belvedere. Andrea, 1977: *Il problema delle definizioni nel codice civile*. Milán, Giuffrè.
- Bergbohm, Karl, 1892: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, Duncker & Humblot.
- Bobbio, Norberto, 1960: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Turín, Giappichelli.

- _____, 1971: "Le bon législateur", en Hubien Hubert, *Le raisonnement juridique: Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruselas, Bruylant, pp. 243-250.
- _____, 2006: *L'analogia nella logica del diritto* (1938). Milán, Giuffrè.
- Carcaterra, Gaetano, 1988: "Analogia", en *Enciclopedia giuridica*, II. Roma, Treccani.
- _____, 1994: "L'argomento a contrario", en S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti y A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Boloña, Il Mulino.
- Carrió, Genaro R., 1994: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Celano, Bruno, 2002: "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", en Susanna Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*. Turín, Giappichelli.
- Chiassoni, Pierluigi, 1999: *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milán, Giuffrè.
- _____, 2007: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Boloña, Il Mulino.
- Conte, Amedeo G., 1968: "Décision, complétude, clôture", en Chaïm Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*. Bruselas, Bruylant.
- Côté, Pierre-André, 1999: *Interprétation des lois*, 3a ed., Montreal, Themis.
- Diciotti, Enrico, 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Turín, Giappichelli.
- Dworkin, Ronald, 1977: "No Right Answer?", en P.M.S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 1978: *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Londres, Harvard University Press.
- Eco, Umberto, 2003: *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*. Milán, Bompiani.
- Endicott, Timothy A.O., 2000: *Vagueness in Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Eskridge, William N., 1994: *Dynamic Statutory Interpretation*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Evans, Jim, 1989: *Statutory Interpretation. Problems of Communication*. Auckland, Oxford University.

- Ewald, François (ed.), 1989: *Naissance du Code civil. La raison du législateur*. París, Flammarion.
- Ferrajoli, Luigi, 1966: “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1, pp. 290-304.
- Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni B. (eds.), 2012: *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford, Oxford University Press.
- García Amado, Juan A., 2001: “Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, pp. 85-114.
- Ghestin, Jacques y Goubeaux, Gilles, 1977: *Traité de droit civil. Introduction générale*. París, L.G.D.J.
- Gianformaggio, Letizia, 1987: “Analogia”, en *Digesto delle discipline privatiche*, Sez. civile, I, Turín, UTET.
- Guastini, Riccardo, 1989: “Disposizione vs. norma”. *Giurisprudenza costituzionale*, vol. XXXIV, núm. 1, pp. 3-14.
- _____, 1997a: “Gerarchie normative”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXVII, núm. 2, pp. 463-468.
- _____, 1997b: “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*. Berlín, Duncker & Humblot.
- _____, 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán, Giuffrè.
- _____, 2011: *Interpretare e argomentare*. Milán, Giuffrè.
- _____, 2012: “Para una taxonomía de las controversias entre juristas”, en P. Luque Sánchez, G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid, Marcial Pons.
- Hart, Herbert L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Law Series.
- Kelsen, Hans, 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. Londres, Stevens & Sons.
- _____, 1966: *Dottrina pura del diritto* (1960). Turín, Einaudi.
- _____, 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934). Oxford, Clarendon Press.
- Lifante Vidal, Isabel, 1999: *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- _____, 2010: “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”, en I. Lifante Vidal (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima, Pal estra Editores.
- Luzzati, Claudio, 1990: *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*. Milán, Giuffrè.
- Martínez Zorrilla, David, 2007: *Conflictos constitucionales, ponderación, e inde terminación normativa*. Madrid, Marcial Pons.
- Mazzarese, Tecla, 2000: “Interpretazione giuridica come traduzione: tre letture di un’analogia ricorrente”. *Ars Interpretandi*, núm. 5, pp. 165-194.
- MacCormick, Neil, 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press.
- MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), 1991: *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot, Ashgate Publishing Group.
- Marmor, Andrei, 1992: *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Hart Publishing.
- Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, 2000: “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”. *Isonomía*, núm. 13, pp. 61-85.
- Parodi, Giampaolo, 1996: “Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale”, en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Turín, Giappichelli.
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, 1966: *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica* (1958). Turín, Einaudi.
- Pino, Giorgio, 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Boloña, Il Mulino.
- Poggi, Francesca, 2007: “Contesto e significato letterale”, en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Turín, Giappichelli, pp. 169-213.
- Portalis, Jean-Étienne-Marie, 1989: *Discours et rapports sur le Code civil* (1844). Caen, Presses Universitaires de Caen.
- _____, 1998: *Ecrits et discours juridiques et politiques*. Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille.
- Prieto Sanchís, Luis, 1992: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- _____, 2003: “El juicio de ponderación constitucional”, en Francisco J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- Ratti, Giovanni B., 2009: *Norme, principi e logica*. Roma, Aracne.
- _____, 2013: *El gobierno de las normas*. Madrid, Marcial Pons.
- Redondo, María C., 1997: “Teorías del derecho e indeterminación normativa”. *Doxa*, núm. 20, pp. 177-196.
- Rodríguez, Jorge, 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Romano, Santi, 1925: *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*. Módena, Facoltá di Giurisprudenza.
- Ross, Alf, 1958: *On Law and Justice*. Londres, Stevens & Sons.
- Sartor, Giovanni, 2005: *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law*. Dordrecht, Springer.
- Scalia, Antonin, 1996: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay*. Princeton, Princeton University Press.
- Schauer, Frederick, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford, Clarendon Press.
- Sorrentino, Fernando, 2004: *Le fonti del diritto amministrativo*. Padua, CEDAM.
- Tarello, Giovanni, 1976: “Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica”, en Uberto Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milán, Edizioni di Comunità, pp. 375-395.
- _____, 1980: *L’interpretazione della legge*. Milán, Giuffré.
- Twining, William y Miers, David, 1982: *How to Do Things with Rules*. Londres, Cambridge University Press.
- Velluzzi, Vito (ed.), 2000: *Significato letterale e interpretazione del diritto*. Turín, Giappichelli.
- Vernengo, Roberto, 1994: *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, 2a. ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Waismann, Friedrich, 1968: “Verifiability” (1945), en F. Waismann, *How I See Philosophy*. Londres, Macmillan, pp. 39-66.
- Wróblewski, Jerzy, 1983: *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki, Jurídica.
- _____, 1989: *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián, Universidad del País Vasco.

Zagrebelsky, Gustavo, 1992: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Turín, Einaudi.

Recepción: 12/11/2014

Revisión: 29/04/2015

Aceptación: 20/05/2015