



Problema: Anuario de Filosofía y Teoría

del Derecho

ISSN: 2007-4387

problema.unam@gmail.com

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

ZAMBRANO, Pilar

#### LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO CO-CREACIÓN

Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 3, 2009, pp. 375-414

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940001014>

- ▶ 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

## PROBLEMA

Anuario de Filosofía  
y Teoría del Derecho 3

# LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO CO-CREACIÓN\*

Pilar ZAMBRANO\*\*

### Resumen:

Este trabajo se propone mostrar, en contraposición al positivismo jurídico de Wilfrid Waluchow y Joseph Raz —como representantes, respectivamente, de la versión incluyente y excluyente del positivismo contemporáneo—, que la interpretación jurídica supone atender siempre, y no de modo excepcional o recortado, a las razones o fines del derecho. La expresión metodológica de esta tesis podría enunciarse diciendo que la interpretación teleológica-sistemática, mediante la cual el intérprete determina el sentido de las normas a la luz de los fines globales de la práctica jurídica, no es un método interpretativo más, sino el modo necesario de toda interpretación jurídica.

El segundo propósito de este trabajo es argumentar que la dimensión teleológica sistemática de la interpretación abre un espacio para la valoración por parte del intérprete que podría denominarse, “creatividad interpretativa”. Por esto mismo, la creatividad en la interpretación jurídica no es una excepción, sino una nota general y necesaria de toda interpretación. Se intentará mostrar, por último, que esta creatividad interpretativa no es un defecto o un mal inevitable del derecho, sino que es funcional o instrumental a la función del derecho de coordinar conductas de modo razonable.

\* Este trabajo constituye una versión extendida y editada de la ponencia de la autora en el IV Congreso Sudamericano de Filosofía Jurídica, Universidad Católica de Puerto Alegre, Puerto Alegre, Brasil, viernes 6 de noviembre de 2008.

\*\* Profesora de Filosofía del derecho en la Universidad Austral (Buenos Aires) e investigadora del Consejo Nacional de Ciencia y Técnica de Argentina (CONICET). La autora agradece al profesor Juan Cianciardo, a Juan Bautista Etcheverry, y a los demás miembros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral, por las valiosas sugerencias que han hecho a una primera versión de este trabajo, y que ahora se incorporan a esta edición definitiva.

Palabras clave:

Interpretación jurídica, co-creación del derecho, positivismo jurídico, creatividad interpretativa.

Abstract:

*The claim of this paper is to argue contra Waluchow's and Raz's versions of legal positivism – as main representatives of the inclusive and exclusive variants – that legal interpretation always requires an appeal to law's reason or purpose. The main thesis could be expressed as follows: one technique of legal interpretation (the author labels it as systematical), one that demands that the interpreter interprets the law through its general purposes in legal practice, is not one technique amongst many, it is necessary in all legal interpretation.*

*The second purpose of the paper is to argue that this systematic approach towards legal interpretation enables an evaluative role on the part of the interpreter that may be called "interpretative creativity". Due to this, the creative role in legal interpretation is not an exception, but a necessary element in all interpretation. This creative role is not a defect or an inevitable evil in law, but is functional and instrumental to law's coordinating activity of citizen's conducts in a reasonable manner.*

Keywords:

*Legal Interpretation, Co-Creation of Law, Legal Positivism, Interpretative Creativity.*

## LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO CO-CREACIÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El rechazo al formalismo y los desafíos para las tesis de las fuentes sociales*. III. *Waluchow y Raz: el método literal o textual como modo necesario de toda interpretación jurídica*. IV. *La distinción entre la determinación de la existencia del derecho y la interpretación de su contenido*. V. *La interpretación literal y la interpretación teleológica: dos dimensiones de un único acto interpretativo*. VI. *La intención pragmática y los fines del derecho: La preeminencia de la interpretación teleológica sistemática*. VII. *La interpretación como co-creación: desde una teoría lingüística objetiva hacia una teoría de la justicia objetiva*. VIII. *La co-creación interpretativa: una condición para la coordinación razonable del obrar social*. IX. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Podría afirmarse que la corrección de la interpretación de una expresión lingüística depende de que en algún grado se encuentren el sentido al que se refiere el emisor u orador, y el sentido determinado por el intérprete.<sup>1</sup> Se trata de una dependencia no absoluta, pues la distinción entre los tipos o clases de interpretación lingüística radica, de modo prioritario, en el grado de fidelidad de la determinación de sentido por parte del intérprete, con respecto al sentido referido por el orador.

<sup>1</sup> La definición de la interpretación como “determinación de sentido” se encuentra bastante generalizada entre quienes han escrito al respecto. Cfr., entre otros, Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, trad. de C. I. Massini y otros, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 109; Massini, C. I., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1, 2004, pp. 155 y 156; Raz, J., “Interpretation Without Retrieval”, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 155; y, señalando el carácter multifacético de la interpretación, Viola, F. & Zaccaria, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, trad. de G. Robles Morchón y otros, Madrid, Dykinson, 2007, p. 115. Sobre el significado del término “sentido” aquí propuesto cfr. Fernández Pedemonte, D., *La producción del sentido en el discurso poético. Análisis de Altazor de Vicente Huidobro*, Buenos Aires, Edicial, 1996, pp. 48 y ss.

Aunque pueda ser discutible, muchos filólogos o literatos coincidirían en que el grado de correspondencia entre el sentido al que se refiere el autor de una poesía, y el sentido determinado por el intérprete de la poesía, por ejemplo, es mínimo. Y esto es así por los fines de la poesía como práctica literaria. La poesía no se propone tanto —o no se propone únicamente— transmitir estados de ánimo, vivencias, experiencias, o mundos interiores de modo fidedigno, como provocar estas mismas vivencias, experiencias, y estados de ánimo en el intérprete. Por supuesto, algún grado de fidelidad se requiere para que la interpretación de la poesía sea mínimamente exitosa. Pero no se requiere, porque la práctica poética no aspira a ello, una fidelidad plena (si es que esta fidelidad plena fuera posible).

Cuando en cambio un médico psiquiatra trata de interpretar el sentido de las expresiones del paciente, el éxito de la interpretación dependerá casi exclusivamente de la identidad entre el estado de ánimo que quiso nombrar o referir el paciente, y el estado de ánimo que el psiquiatra interpretó que el paciente estaba nombrando. Y esto es así porque, como en la poesía, la comunicación entre el paciente y el psiquiatra tiene una finalidad pragmática que excede la finalidad de comunicación. A saber, la curación del paciente.

Estos ejemplos manifiestan que una condición insorteable para la evaluación de la corrección de una interpretación es el análisis de cuáles son los fines de la práctica social en la cual se inserta el acto del habla interpretado. Si, como en la poesía, la práctica se propone generar estados de ánimo en el intérprete, entonces una condición del éxito de la interpretación poética será que efectivamente genere esos estados de ánimo. Si en cambio, como en la medicina, la práctica en la cual se inserta el acto del habla que es objeto de interpretación se propone curar dolencias, entonces el éxito de la interpretación dependerá casi exclusivamente de la fidelidad entre el sentido atribuido a la expresión por el hablante y el sentido determinado por el intérprete.

El rol de los fines últimos en la interpretación de las prácticas sociales ha sido puesto de manifiesto por la tradición hermenéutica, en un intento por substraerse a la pretensión positivista de condicionar la posibilidad de todo conocimiento a la asunción del método propio de las ciencias naturales. Ya es clásica, en este sentido, la distinción hermenéutica entre la explicación y la comprensión como modos de conocimiento prevalentes, respectivamente, en las ciencias naturales y en las ciencias sociales o “del espíritu”. La explicación se propondría descubrir conexiones causales o de regularidad entre fenómenos, que se ofrecen de modo inmediato o “puro” al intérprete; mientras que la comprensión se propondría descubrir conexiones intencionales entre las acciones humanas y los motivos, propósitos o razones que las tornan inteligibles.<sup>2</sup>

La diferencia más marcada por la hermenéutica entre “comprensión” y “explicación” radica en el peso del universo conceptual subjetivo —o de los pre-conceptos del intérprete— involucrado en la configuración del objeto conocido. Dado que la explicación tiende a interpretar fenómenos ajenos al obrar humano intencional, los pre-conceptos a partir de los cuales el intérprete accede al objeto de conocimiento no suponen de modo de necesario una auto-comprensión. Como en la comprensión se trata, en cambio, de determinar el sentido del obrar humano intencional, los pre-conceptos a partir de los cuales se desarrolla la interpretación involucran intencionalmente al intérprete. En la determinación del sentido o de los fines del obrar social, se pone en juego

<sup>2</sup> Paul Ricoeur señala que la dicotomía entre explicación (del alemán *erklären*) y comprensión (del alemán *verstehen*) fue propuesta por Dilthey para “dotar a las ciencias del espíritu de una metodología y de una epistemología tan respetables como las de las ciencias naturales”, en Ricoeur, P., *Del Texto a la acción*, trad. de P. Corona, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 77. Una buena síntesis de la evolución del debate en torno a la pertinencia de esta distinción puede hallarse en Rousse, J., “Interpretation in Natural and Human Sciences”, en Hiley, D. R. et al. (eds.), *The Interpretive Turn*, Cornell University Press, 1991, pp. 42-56. Sobre la utilización de la distinción metodológica entre comprensión y explicación en la teoría legal anglosajona actual, cfr. Taylor, Ch., “Hermeneutics and Critique in Legal Practice: Critical Hermeneutics. The Intertwining of Explanation and Understanding as Exemplified in Legal Analysis”, *Chicago Kent Law Review*, 76, 2000, 1001.

de forma ineludible una auto-comprensión acerca de los fines que dotan de sentido al propio obrar.<sup>3</sup>

La prevalencia de la comprensión en la interpretación de las prácticas sociales ha sido asumida por Hart y por el positivismo post-hartiano de modo explícito, al distinguir al derecho respecto de otras prácticas sociales en función de la clase de razones que mueven a obrar en uno y otro caso. Hart elabora su propio concepto del derecho a partir de la asunción de que una teoría del derecho debe poder explicar, aunque no justificar, la obligatoriedad del derecho desde el punto de vista de sus participantes.<sup>4</sup> Raz, por su parte, ha centrado su reflexión en torno al derecho en el problema de la especificidad de las razones jurídicas para obrar, respecto de otro tipo de razones que movilizan a obrar.<sup>5</sup>

Sin embargo, ni Hart ni el positivismo post-hartiano aceptó de modo pleno las consecuencias de esta aproximación epistemológica al estudio del derecho. La primera parte de este trabajo se propone mostrar contra el positivismo ju-

<sup>3</sup> Iluminando este punto respecto de Dilthey, sostiene Ricoeur: "Dilthey busca en la psicología el rasgo distintivo de la comprensión... En el conocimiento natural, el hombre sólo incorpora fenómenos distintos de él, cuyo carácter fundamental de *cosas* se le escapa. En el orden humano, por el contrario,... por más extraño que otro hombre nos parezca, no es algo ajeno en el sentido en que puede serlo la cosa física incognoscible. La diferencia de estatuto entre la cosa natural y el espíritu preside pues la diferencia de estatuto entre explicar y comprender", *cfr. idem*, p. 78.

<sup>4</sup> *Cfr. Hart, H. L., The Concept of Law*, 2a. ed., Clarendon Press, 1994, especialmente pp. 51-61.

<sup>5</sup> Lo ha hecho principalmente en Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979 y, de modo más integral en Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, 1975, reeditado en 1990 por Princeton University Press, y en 1999 por Oxford University Press. La especificidad de las razones jurídicas para actuar ha sido utilizada por Raz como punto de anclaje para su concepción "excluyente" del positivismo jurídico. *Cfr.*, entre otros trabajos del autor, Raz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 212-215; "Reasoning with Rules", *Current Legal Problems*, 54, 2001; "Incorporation by Law", *Legal Theory*, 10, 2004; "The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception", *Minnesota Law Review*, 90, 2006. Una excelente síntesis del cambio metodológico que representaron Hart y Raz, respecto del positivismo de Austin y Bentham, puede hallarse en Rivas, P., *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Madrid, Civitas, 2006, capítulo 2.

rídico en la versión de Wilfrid Waluchow y Joseph Raz —como representantes, respectivamente, de la versión incluyente y excluyente del positivismo actual— que la aproximación comprensiva gobierna o rige el estudio del derecho en toda su extensión y que no hay, como pretende el positivismo jurídico en estas dos versiones, espacios que puedan extraerse a una mirada comprensiva.<sup>6</sup>

Al hilo de la discusión con el positivismo, se aspira a manifestar que la comprensión gobierna no sólo la interpretación *del* derecho como práctica social, sino también y de modo prioritario, la interpretación *en* el seno de cada una de las prácticas sociales que denominamos derecho. La consecuencia metodológica más saliente de esta tesis podría enunciarse diciendo que la interpretación teleológica-sistématica, mediante la cual el intérprete determina el sentido de las normas a la luz de los fines globales de la práctica jurídica, no es un método interpretativo más, sino el modo necesario de toda interpretación jurídica.

<sup>6</sup> Ronald Dworkin es probablemente uno de los mayores exponentes en el ámbito académico anglosajón de la asunción de la perspectiva comprensiva y teleológica en la conceptualización del derecho como práctica social interpretativa, y en la conceptualización de la interpretación como determinación de sentido. La teoría de la interpretación desde la cual se asume en este trabajo la crítica al positivismo, se encuentra fuertemente inspirada en la teoría de la interpretación desplegada por Ronald Dworkin en *Law's Empire*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1986. Esta obra fue precedida por una serie de trabajos en los que Dworkin criticó, entre otras cosas, la pretensión positivista de aproximarse al estudio del derecho con una metodología prevalentemente "explicativa". Los trabajos más importantes de esta época preparativa fueron: "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, XIV, 1967; "Social Rules and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, LXXXI, 1972, 855; y "Hard Cases", *Harvard Law Review*, 88, 1975, 1057, luego reimpresos y en parte reeditados en los primeros cuatro capítulos de *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977; y *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, caps. 1 a 7. En *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, Dworkin reúne una serie de trabajos que, en conjunto, aplican su concepción de la interpretación al texto constitucional. Los últimos trabajos de Dworkin sobre el problema de la interpretación se encuentran reunidos en *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006. Para una descripción crítica de la propuesta interpretativa de Dworkin, cfr. Zambrano P., "Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en el derecho. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin", *Persona y Derecho*, 57, 2007, y las referencias allí citadas; y *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, en prensa, 2008.

El segundo propósito de este trabajo es argumentar que la dimensión teleológica sistemática de la interpretación abre un espacio para la valoración por parte del intérprete que podría denominarse, “creatividad interpretativa”. Por esto mismo, la creatividad en la interpretación jurídica no es una excepción, sino una nota general y necesaria de toda interpretación. Se intentará mostrar, por último, que esta creatividad interpretativa no es un defecto o un mal inevitable del derecho, sino que es funcional o instrumental a una concepción del derecho, respecto de la cual tanto el positivismo como el iusnaturalismo podrían adherir.

## II. EL RECHAZO AL FORMALISMO Y LOS DESAFÍOS PARA LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES

Es ya casi un lugar común distinguir en el seno del positivismo jurídico contemporáneo —del positivismo jurídico post-hartiano— entre “positivismo incluyente” y “excluyente”. Ya se ha escrito suficiente, dentro y fuera del positivismo sobre las diferencias entre una y otra corriente.<sup>7</sup> A los fines de esta exposición no interesan tanto las diferencias, como las coincidencias, que son precisamente las que permiten continuar englobando a ambas corrientes en la tradición positivista.

Pues bien, en el plano de las coincidencias podría afirmarse sin temor a errar que tanto el positivismo incluyente (Waluchow) como el excluyente (Raz) sostienen la tesis central que le da nombre al positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales. Según esta tesis, el derecho es un conjunto de normas creadas por la autoridad humana<sup>8</sup>. Cuando el filósofo del derecho pretende ofrecer un concepto de derecho debe estudiar, no el derecho que “podría ser” o que “de-

<sup>7</sup> Para una exhaustiva y actualizada descripción de los argumentos encontrados en la discusión “inclusivos/exclusivos” cfr. Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, *passim*.

<sup>8</sup> Sobre el concepto de fuente en el positivismo cfr. Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. de R. De Assis, y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993, pp. 169 y ss.

bería ser” según algún parámetro de justicia, sino el derecho que rige como cuestión de hecho social (Hart).<sup>9</sup>

A partir de esta tesis casi parece necesario concluir que el positivismo postula también el formalismo como método único de interpretación del derecho. Esto es, la tesis de que la interpretación del derecho y la aplicación del derecho es “mecánica” o avalorativa: el intérprete es capaz de distinguir entre el derecho que *es*, y el derecho que *debe ser*, e interpreta y aplica sólo el derecho que *es*.

Pero aunque el formalismo haya sido defendido por alguna escuela posterior a la codificación napoleónica, como la Escuela de la Exégesis, o la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania; lo cierto es que —al menos desde Hart en adelante— ningún iusfilósofo que se concibe a sí mismo como positivista sostuvo seriamente esta tesis de la aplicación mecánica (Bobbio).<sup>10</sup>

El propio Hart dedicó un capítulo entero de *El concepto del derecho* a refutar el formalismo jurídico, haciendo especial hincapié en la naturaleza abierta del lenguaje y en la inevitable “zona de penumbra” que posee todo concepto, y no únicamente los conceptos jurídicos. Advertía Hart, en este sentido, que cuando el intérprete debe interpretar una norma respecto de un caso se encuentra en la “zona de pe-

<sup>9</sup> Cfr. Sobre la separación del derecho existente con relación al derecho ideal, debido o deseado, como núcleo de la aproximación iuspositivista al estudio del derecho, Bobbio, N., *op. cit.*, nota 8, pp. 178 y ss. En los dos autores aquí estudiados cfr. Waluchow, W. J., *op. cit.*, p. 4; Raz, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, 2a. ed., 2003, p. 213.

<sup>10</sup> Como señalan Lombardi Vallauri y Norberto Bobbio, entre otros, la pretensión del positivismo decimonónico, en especial de la escuela de la exégesis, de que los jueces aplicaran mecánicamente la ley se vinculaba a una naciente visión liberal que identificaba la legitimidad política con el gobierno de las mayorías. Cfr. Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1981, pp. 25-31; Bobbio, N., *op. cit.*, nota 8, p. 55. En sentido parecido, Dworkin observa que los “originalistas” norteamericanos asumen en su descripción y crítica de la labor judicial la premisa “contramayoritaria” (cfr. Dworkin, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 13).

numbra” de los conceptos, el intérprete debe “elegir” de acuerdo a criterios que no provee enteramente el derecho.<sup>11</sup>

Si esta advertencia de Hart es aplicable a todo derecho y a toda práctica jurídica; con mayor razón aun es aplicable a las prácticas constitucionales contemporáneas, en las que la presencia e influencia de los principios constitucionales en la interpretación y aplicación del derecho es insoslayable. En el Estado constitucional de nuestros días, se ha reconocido el llamado “efecto irradiación” de los principios constitucionales, caracterizados por utilizar un lenguaje deliberadamente abierto o abstracto.<sup>12</sup>

En síntesis, afirmar la tesis de la aplicación mecánica o de la interpretación avalorativa del derecho, frente a la naturaleza abierta del lenguaje en general, y en especial, respecto de un derecho que debe ser interpretado a la luz de los principios constitucionales, se parece más a una aspiración con fundamentos éticos o metodológicos que a una descripción del derecho que es. Así, podría sugerirse que, en nombre de la seguridad, se interprete y aplique mecánicamente el derecho. O que se lo haga en nombre de la pureza metódica. Pero entonces el positivismo habría dejado de lado la tesis de las fuentes sociales, y en lugar de describir el derecho que es, estaría sugiriendo *cómo debe ser* el derecho.

Todo esto fue visto y aceptado por el positivismo de Hart y post-hartiano, a punto tal que, desde Hart en adelante, en el seno del positivismo se intentó el sostenimiento de lo que aparentemente son dos tesis contrarias:

<sup>11</sup> Cfr. Hart, H. L., *op. cit.*, nota 4, pp. 127 y 154.

<sup>12</sup> La irradiación de la fuerza normativa de la constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico es un punto de coincidencia entre las tradiciones constitucionales norteamericana y la europea, más allá de las diferencias que puedan marcarse entre una y otra. Cfr. entre muchos otros, Cruz, L. M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, p. 1; del mismo autor, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, *passim*; y “Neonconstitucionalismo y positivismo jurídico”, *Archiv fur rechts-und sozialphilosophie* 106, 2007, pp. 22-33. Pueden consultarse también Pozzolo, S., *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; y Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, pp. 107 y ss.

- a) La tesis de las fuentes sociales y de la aproximación a-valorativa al estudio del derecho. Una cosa es el derecho que *es*, y otra cosa es el derecho que “*debería ser*”. Lo primero es verdadero derecho. Lo segundo pertenece a otros órdenes normativos, distintos y distinguibles del derecho: la Moral, la Política. El derecho que *es* es objeto de un estudio científico del derecho, y el derecho que *debería ser* es objeto de otras disciplinas, dudosamente científicas (la moral, la política).
- b) No es posible interpretar el derecho que *es* sin utilizar conceptos y normas de ese otro orden normativo que denominamos moral, o política, y que no es el derecho.

Que ambas tesis, al menos así formuladas, son insostenibles al mismo tiempo no precisa de mayor explicación: si no es posible interpretar el derecho que *es* sin utilizar normas y conceptos morales —o, si se quiere, del derecho que *debería ser*—, entonces tampoco parece posible aislar el fenómeno jurídico y describirlo conceptualmente de modo puro o a-valorativo.

Y como seguir sosteniendo la tesis de la aplicación mecánica en la era del constitucionalismo revelaría un *animus* prescriptivo incompatible, tanto con la tesis de las fuentes sociales, como con la aproximación a-valorativa y descriptiva que cualifica al método positivista de estudio del derecho; el positivismo se vio obligado, a riesgo de ser abiertamente contradictorio, o bien a reformular sustancialmente la tesis de las fuentes sociales, o bien a intentar minimizar la entrada o filtración de moral en la interpretación del derecho. El quiebre interno al positivismo jurídico entre incluyentes y excluyentes se originó, precisamente, en la discusión en torno a cómo reformular la tesis de las fuentes sociales una vez constatada la filtración de moral en la interpretación del derecho.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Aunque esta afirmación se fundamenta en las referencias correspondientes al desarrollo de este punto en los epígrafes que siguen, puede consultarse en este mismo sentido, entre otros, Etcheverry, J. B., *op. cit.*, nota 9, p. 269; Himma, K. A., “Situating Dworkin: The Logical Space between Legal Positivism and Natural Law

En fin, una vez aceptado como hecho indiscutible que la interpretación y la aplicación del derecho, y en particular la interpretación del derecho constitucionalizado, es un sitio privilegiado de encuentro entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico, el positivismo debería formularse y responder dos interrogantes:

- A) ¿Puede llamarse “derecho” a la parte de moral que se cuela en la interpretación de las normas jurídicas?
- B) ¿Controla el derecho de algún modo la entrada de moral en el derecho?

El enfrentamiento entre incluyentes y excluyentes se concentró en torno a la respuesta a la primera pregunta. Según Waluchow, los razonamientos morales interpretativos y aplicativos del derecho pueden en algunas prácticas conceptualizarse como “derecho”.<sup>14</sup> Raz, en cambio, rechaza enfáticamente esta conclusión.<sup>15</sup>

Desde un punto de vista lógico, esta diferencia conceptual debería proyectarse sobre la respuesta a la segunda pregunta. Si la interpretación “moral” del derecho no es bajo ningún punto de vista “derecho” (como sostiene Raz), entonces el derecho poco y nada (más bien nada) tiene para decir acerca de la corrección de esta interpretación (por no hablar de la validez de la interpretación).<sup>16</sup> Si las interpreta-

Theory”, *Oklahoma City University Law Review*, 27, 2002, pp. 98 y 99; y Rivas, P., *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Civitas, 2007, pp. 11-16.

<sup>14</sup> Cfr. Waluchow, W., *op. cit.*, pp. 2; 82-83; 112; 178; etcétera.

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, Raz, J., *Ethics in the Public Domain...*, *cit.*, nota 5, pp. 220; 226; 230; “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, 10, 2004, pp. 12 y ss.

<sup>16</sup> Raz distingue explícitamente entre la validez o invalidez de las normas, y la corrección o incorrección de las interpretaciones jurídicas en un doble sentido: (a) una interpretación incorrecta de una norma válida en nada afecta —desde un punto de vista conceptual— a esta validez normativa general; (b) una interpretación autoritativa incorrecta de una norma puede ser vinculante a pesar de su incorrección. Cfr. Raz, J., *Razón práctica y normas*, *op. cit.*, nota 5, p. 156. En este sentido, podría hablarse de una norma individual inválida (no cumple con las condiciones de validez estipuladas en las normas de reconocimiento) pero vinculante. La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ofrece varios ejemplos de un “uso alternativo” de uno u otro camino en el empleo de la razonabilidad (razonabilidad de la

ciones morales son o pueden ser también jurídicas (Waluchow), entonces el sistema “controla” —o al menos se propone controlar— la decisión del intérprete, y en esta misma medida se acota o restringe su discrecionalidad.

Esta diferencia práctica no se manifiesta, sin embargo, en las teorías de la interpretación propuestas por uno y otro positivismo.<sup>17</sup>

### III. WALUCHOW Y RAZ: EL MÉTODO LITERAL O TEXTUAL COMO MODO NECESARIO DE TODA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Waluchow distingue entre dos métodos interpretativos, uno literal o textual, y otro finalista, teleológico o liberal. Cuánta dosis de moral o de cualquier otro orden normativa se cuela en la interpretación del derecho dependería, en última instancia, de cuál de estos dos métodos recojan las reglas de reconocimiento vigentes en cada práctica jurídica.

Cuando las prácticas acogen reglas interpretativas textuales o literales, la única obligación jurídica del intérprete sería la de sujetarse a las reglas lingüísticas que gobiernan el idioma en que se expresa la práctica. En cambio, cuando, como suele suceder, estas reglas lingüísticas son insuficientes para ofrecer respuestas claras y unívocas, el intérprete gozaría de una discreción absoluta. Estaría facultado para llenar el espacio vacío de sentido con un razonamiento moral o de justicia, pero no estaría jurídicamente obligado a hacerlo, ni mucho menos a hacerlo de acuerdo con un orden normativo moral determinado.

El grado de discrecionalidad sería menor en las prácticas que acogen reglas interpretativas finalistas o teleológicas,

ley y razonabilidad de la interpretación). Cfr., al respecto, Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2da. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco, 2008, *passim*.

<sup>17</sup> Esta ausencia de proyecciones prácticas en la discusión incluyentes-excluyentes fue señalada criticamente, entre otros, por Etcheverry, J. B., *op. cit.*, nota 9, p. 396; Finnis, J., “Natural Law: The Classical Tradition”, en Coleman, J., & Shapiro, S., (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, p. 13; Rivas, P., *El retorno a los orígenes..., cit.*, nota 5, pp. 11-16.

donde el intérprete estaría jurídicamente obligado a solucionar la indeterminación semántica mediante un razonamiento (moral, no positivado) acerca de lo justo o razonable. Con el acogimiento de reglas interpretativas teleológicas las prácticas jurídicas darían entrada, pues, al razonamiento y a la argumentación moral en el derecho. Pero no a cualquier razonamiento y argumentación moral, sino al razonamiento o argumentación que la propia práctica, mediante sus reglas de reconocimiento, acoge como válido.<sup>18</sup>

Las reglas de reconocimiento funcionarían, pues, como la llave de la puerta de entrada al derecho, de la moral o de cualquier otro orden normativo. Las prácticas que acogen reglas liberales o teleológicas, al mismo tiempo que abren la puerta a la moral, controlan la dosis y el tipo de moral que se filtra en el derecho. No se trata de un control exacto y total, dice Waluchow, la moral acogida por el derecho mediante sus reglas de reconocimiento puede tener también, y de hecho suele tener, espacios de indeterminación. En este caso, pues, el grado de discrecionalidad del intérprete dependerá, en última instancia, del grado de objetividad de la teoría moral de justicia, señaladas por las reglas interpretativas teleológicas como parámetro o perspectiva de determinación interpretativa.<sup>19</sup>

*Contrario sensu*, las prácticas que sólo acogen reglas interpretativas textuales, privan al intérprete de toda orientación jurídica para determinar el sentido de las normas en los casos de indeterminación lingüística. Aunque en este punto la discrecionalidad del intérprete no estaría en modo alguno controlada —ni siquiera apuntando una obligación de resolver moralmente o en justicia el caso—, el derecho conservaría mediante sus reglas de reconocimiento el poder de limitar y orientar el flujo de razonamiento a-jurídico.

Raz sostiene, por su parte, que la pregunta por los fines del acto de crear una norma es parte necesaria de toda interpretación. Explica, en este sentido, que cuando se le ad-

<sup>18</sup> Cfr. Waluchow, W., *op. cit.*, pp. 236-250.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 178, 179, 219-226.

judica poder a una autoridad para legislar, se le adjudica poder para modificar de algún modo —el modo en que estime razonable— un área de las relaciones jurídicas. Esto supone, dice Raz, que en la misma práctica de legislar está implícita la convicción de que es posible conocer la intención —de cambio o modificación— de la autoridad que crea la norma.<sup>20</sup> La pregunta obvia en este estadio es ¿qué nivel de conocimiento de la intención de la autoridad normativa se requiere por parte del intérprete para que tenga sentido la práctica de separar la creación del derecho, de su interpretación y aplicación? O, lo que es lo mismo, ¿a qué nivel de identidad entre la intención auténtica de la autoridad normativa y la intención que cree descubrir y determinar el intérprete, tiende toda interpretación legal?

Raz responde que, si la práctica de separar la producción del derecho de su interpretación y aplicación tiene sentido, el intérprete debe ser capaz de identificar lo que él denomina la “intención mínima” del legislador: la intención de que las expresiones utilizadas en el texto legal sean comprendidas como normalmente se comprenden en la cultura legal en que fueron utilizadas.

Aunque Raz se refiere de modo explícito a leyes en sentido estricto —esto es, a las leyes emanadas del Poder Legislativo— las razones que propone para dar preeminencia a la “intención mínima” del legislador en la interpretación legal son extensibles a todo tipo de creación normativa. Así generalizado, el argumento podría pues enunciarse del siguiente modo: cuando se deposita el poder de crear normas en una institución, se asume que el intérprete es capaz de determinar, con algún grado de fidelidad, cuál es la intención mínima de los sujetos que ejercen las competencias propias de

<sup>20</sup> Cfr. Raz, J., “Intention in Interpretation”, en George, R. P., (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 258.

esa institución, ya sea un cuerpo legislativo, un juzgado o un organismo ejecutivo.<sup>21</sup>

Por parte del intérprete, el acceso a esta intención normativa mínima requiere un manejo adecuado de las reglas lingüísticas del idioma en que se expresa la norma, y de las reglas interpretativas que rigen en la cultura legal en que se inserta la norma interpretada.<sup>22</sup>

Nada dice Raz acerca de si estas reglas poseen alguna característica necesaria o inevitable. Afirma, sin embargo, en el mismo texto, que aunque algunas prácticas jurídicas de hecho exigen por parte del intérprete la determinación de fines normativos ulteriores a la “intención mínima”, este requerimiento adicional no es universal ni necesario, sino circunstancial.<sup>23</sup> Sobre esta base, podría afirmarse que Raz coincide con Waluchow en que la interpretación de las expresiones normativas más allá de la intención semántica o textual de la autoridad, no es una cualidad necesaria de toda interpretación legal. La integración de la interpretación textual con la interpretación teleológica es casual, dependiente de las reglas de reconocimiento que como cuestión de hecho rigen en cada práctica.

Raz no hace depender, sin embargo, la integración entre moral y derecho con el tipo de reglas interpretativas que acoge cada práctica. A diferencia de Waluchow, entiende en cambio que todo espacio de indeterminación jurídica —sea cual fuere su origen— debe ser suplido creativamente por el intérprete mediante un razonamiento moral de justicia.<sup>24</sup> Y aunque afirma que esta creación no es genuinamente un acto de interpretación, porque toda interpretación supone sujeción a un texto u objeto original que aquí estaría ausente, aún así entiende que la creación no es total sino marginal. Se daría sólo en los espacios —excepcionales—

<sup>21</sup> Raz sugiere la extensión de este argumento a la interpretación de otras fuentes del derecho diversas de la ley en “*Interpretation Without Retrieval*”, *cit.*, nota 1, p. 165.

<sup>22</sup> Cfr. Raz, J., “*Intention...*”, *cit.*, nota 20, p. 267.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>24</sup> Cfr. Raz, J., *Ethics...*, *cit.*, nota 5, pp. 225, 232-234.

en que las normas jurídicas dan margen para la creación y, además, dentro de estos espacios excepcionales, la creación estaría controlada por la obligación moral y jurídica de resolver moralmente o en justicia.<sup>25</sup>

Resumiendo, ambos sostienen que:

- (a) La única forma necesaria y permanente de la interpretación jurídica es la interpretación textual. La interpretación teleológica y sistemática será jurídicamente pertinente allí donde esté mandada por las reglas interpretativas que cada práctica acoja como cuestión de hecho mediante sus reglas de reconocimiento.
- (b) Cuánta y qué teoría de la justicia de forma al razonamiento interpretativo jurídico depende también, en última instancia, de las reglas interpretativas que cada práctica acoja como cuestión de hecho, mediante sus reglas de reconocimiento.

Difieren en lo siguiente:

- a) Para Raz, el espacio para la creatividad interpretativa no está necesariamente ligado a ningún método interpretativo; y no es nunca un espacio para la arbitrariedad, sino un espacio para la búsqueda razonada de lo justo moral.
- b) Para Waluchow la creatividad interpretativa se verifica de modo diferente, según que las reglas interpretativas acogidas por la práctica sean teleológicas o textuales. Si son teleológicas el derecho manda al intérprete que determine el sentido de las normas a la luz de una determinada concepción moral —no positivizada aún— de la justicia. En este caso el espacio de creatividad dependerá del grado de objetividad de la teoría de la justicia. Si las reglas interpretativas son, en cambio, textuales, el intérprete carece de todo parámetro para determinar el espacio de indeterminación semántica.

<sup>25</sup> Cfr. Raz, J., “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, cit., nota 15, pp. 12 y 13.

Emergen aquí tres preguntas. La primera se refiere a la relación entre los puntos de coincidencia (a) y (b), y la tesis de las fuentes sociales, según la cual el derecho que *es* puede distinguirse analíticamente del derecho que *debe ser*: ¿cómo es posible sostener que el derecho que *es* se distingue del derecho que *debe ser*, cuando en la interpretación de lo primero supone el recurso a lo segundo? La segunda pregunta está muy ligada a la respuesta a esta primera, y puede formularse del siguiente modo: ¿es cierto que la estructura mínima necesaria de la interpretación jurídica es la interpretación textual o literal o, acaso, la interpretación teleológica, finalista o liberal es, no tanto obligatoria como inevitable? La tercer y última pregunta se refiere a los puntos de discrepancia, y podría sintetizarse así: ¿hay espacios de discrecionalidad total en el derecho, como propone Walluchow, o son sólo márgenes de creación orientada, como propone Raz? En los puntos que siguen se esbozará una respuesta para cada una de estas tres preguntas. Finalmente, al hilo de estas respuestas, se ofrecerá un esquema descriptivo alternativo de la estructura necesaria de toda interpretación jurídica.

#### IV. LA DISTINCIÓN ENTRE LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN DE SU CONTENIDO

Ambos autores coinciden en afirmar que la interpretación semántica o textual constituye la estructura básica de cualquier interpretación. Más allá de esta estructura, cada práctica determina mediante sus propias reglas de reconocimiento qué otros métodos interpretativos son válidos en esa práctica, y cuánta y qué teoría moral de la justicia es aceptada por la práctica. Esta afirmación reafirma la tesis de las fuentes sociales dotando al derecho positivo el último control acerca de cuánta y qué teoría moral se cuela en el derecho.

Pero las reglas de reconocimiento que controlan qué métodos interpretativos son válidos, y cuánta y qué teoría moral se cuela en la interpretación del derecho, al fin y al

cabo, también son normas que deben ser interpretadas. Y si no se quiere regresar al infinito, en algún momento habrá que mostrar que estas reglas de reconocimiento pueden ser interpretadas sin el auxilio del razonamiento moral.

La solución es, una vez más, común a ambos autores y podría enunciarse del siguiente modo: aunque las normas de reconocimiento pueden incorporar criterios axiológicos de validez cuya determinación exija realizar algún tipo de razonamiento moral, el juicio acerca de la existencia de una norma de reconocimiento es un juicio fáctico y a-valorativo acerca de los hechos (una costumbre jurídica) que le dieron origen.<sup>26</sup>

Una vez que se cae en la cuenta de que cualquiera sea el método interpretativo, indefectiblemente hay un espacio para la creatividad interpretativa, la separación y la distinción entre el juicio de existencia de una regla y su interpretación es una necesidad lógica para el positivismo. Si en algo consiste el positivismo, es en afirmar que el derecho es el derecho que *es*, no el que *debería* ser. Y esta afirmación, huelga decirlo, descansa sobre otra igualmente básica o fundamental: es posible identificar el derecho que *es* con un juicio empírico, no valorativo.

Pero, ¿es posible predicar la existencia de una regla de reconocimiento sin interpretarla?, ¿qué se afirma cuando se afirma la existencia de una norma de reconocimiento?

Asumiendo que una regla de reconocimiento adquiere vigencia o existencia en la costumbre de los tribunales de utilizarla como parámetro de validez para otras normas, ¿cómo puede verificarse de modo empírico y no interpretativo la existencia de esta costumbre normativa? Un modo posible de abordar este interrogante consiste en analizar la costumbre de utilizar normas desde el punto de vista de las intenciones estructurales de un acto del habla.

<sup>26</sup> Cfr. Raz, J., *Ethics...*, cit., nota 5, pp. 225 y ss.; "On the Authority and Interpretation of Constitutions", en Alexander, L. (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998, 152-193, p. 161; Waluchow, W., "In Pursuit of Pragmatic Legal Theory: The Practice of Principle by Jules Coleman", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 15, 2002, pp. 141-150.

Un acto del habla conjuga al menos tres intenciones. En primer lugar, la intención de producir un cambio en el mundo físico: producir un sonido y/o un grafismo. En segundo lugar, la intención de nombrar un concepto y, mediante éste, referirse a algo con el sonido y/o el grafismo introducidos en el mundo físico. En este plano se materializa la intención propiamente lingüística que, en la descripción de Raz sobre las intenciones legislativas, correspondería a la “intención legislativa mínima” de utilizar el lenguaje de modo tal que sea referido a las cosas o las situaciones a las que se las suele referir en el contexto y en las circunstancias en que se utiliza el lenguaje. Finalmente, un acto del habla supone también una intención pragmática o performativa de hacer algo con lo que se dice: mandar, pedir, informar, etcétera...<sup>27</sup>

Sobre la base de este esquema intencional, afirmar que existe una norma de reconocimiento supone afirmar que: (a) en distintos y relativamente recurrentes casos, distintos jueces produjeron los mismos sonidos o grafismos; (b) quisieron nombrar el mismo concepto y/o referirse a la misma cosa o situación (aquí denominada intención lingüística propia); y (c) quisieron establecer la misma regla con “lo que dijeron” (intención pragmática). Si la identificación de la existencia de una regla de reconocimiento excluye a la interpretación, esto es, a la determinación del sentido de la expresión normativa, debería basarse en el primer sub-juicio (a): “el tribunal X y el tribunal Y produjeron los mismos sonidos y/o grafismos”.

<sup>27</sup> La distinción entre estos tres niveles intencionales está tomada de Moore, M., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *S. Cal. Law Review*, 58 (1985), p. 339. Se trata, sin embargo, de una distinción que ha devenido clásica en la filosofía del lenguaje, a partir de la teoría Austin de los actos del habla “performativos” o realizativos, entendidos como aquellos que no se proponen describir sino generar un estado de cosas nuevo. En nuestro caso, generar o ratificar una obligación legal. Cfr. Austin, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de G. Carrioy E. A. Rabassi, Paidós, 1981 (1a. edición en español), pp. 45 y ss. Estas tres dimensiones de análisis del lenguaje aparecen también con algunas variaciones, en otras obras clásicas, como Carnap, R., *Introduction to Semantics*, Cambridge, Mass., 1948, pp. 9 y ss., y Russel, B., *An Inquiry into Meaning and Truth*, Londres, Unwin Paperbacks, 1980, p. 27.

Para que este primer sub-juicio tenga algún basamento fáctico, la identidad entre los enunciados normativos que se supone que conforman la regla de reconocimiento en cuestión debería ser total. Así, si en diferentes ocasiones una o diversas autoridades utilizan como criterio de validez una norma del tipo “todo ciudadano tiene derecho a la vida”, podría afirmarse que en cada una de esas ocasiones la autoridad produjo un fenómeno idéntico. La costumbre de citar normas constitucionales en los sistemas con constitución escrita, así como la costumbre de citar textualmente precedentes en los sistemas no escritos, parece sugerir *prima facie* que para la mayoría de los casos este sub-juicio acerca de la identidad de expresiones puede ser a-valorativo.

Quedan en el camino todas aquellas normas de reconocimiento que emanan de una constatación, no de identidad, sino de semejanza entre los signos físicos declarativos —palabras orales o escritas— de las expresiones normativas.<sup>28</sup> Pues afirmar que existe una norma de reconocimiento allí donde existe la costumbre de utilizar signos físicos semejantes pero no iguales, supone concentrar la mirada no en el signo, sino en el significado. Esto es, superar el plano físico y concentrarse en el nivel simbólico o representativo, y avanzar, pues, al nivel interpretativo de determinación del sentido de las expresiones.

Puede asumirse por el momento que el positivismo está dispuesto a pagar el costo de esta exclusión, e identifica como normas de reconocimiento únicamente aquellas que se aplican recurrentemente por los tribunales con una idéntica formulación lingüística. Aun así, parece necesario avanzar desde el plano gráfico o gestual al plano intencional, y por lo tanto interpretativo, para afirmar que desde el punto de vista fáctico existe la costumbre de utilizar una

<sup>28</sup> Cfr. una exposición clásica de porqué todo juicio de analogía o semejanza entre enunciados lingüísticos excede el plano de lo empíricamente comprobable o de la lógica en Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1995, pp. 95 y ss. Cfr., asimismo, Kaufmann, A., *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976, p. 40.

norma de reconocimiento x. Pues mover la boca y emitir sonidos no constituye un acto del habla mientras no se asocie a la intención de nombrar y/o referir algo. Por esta razón, el parloteo de una cotorra o de un loro no es propiamente lenguaje, incluso cuando emita los mismos sonidos que en el lenguaje humano se asocian con un concepto o con una proposición. Y no es lenguaje precisamente porque falta la intención de sentido en el animal que emite tales sonidos.<sup>29</sup>

Si no quiere reducirse el derecho a un juego de sonidos o de grafismos sin sentido, deberá aceptarse que no hay norma si no hay intención de comunicarse en quienes pronuncian los sonidos o grafican los signos correspondientes a los enunciados normativos; y si no hay intención de determinar el sentido de la comunicación, por parte de quienes interpretan su contenido. La afirmación de Raz de que la creación legislativa supone una intención mínima de decir algo con sentido se aplica también, por los mismos motivos que señala Raz, a la creación de las normas de reconocimiento. Por ello, predicar la existencia de una norma de reconocimiento supone predicar la existencia de una costumbre relativamente extendida de comprender que los enunciados en que se expresa la norma tienen algún sentido obligatorio uniforme. En esta inteligencia, el juicio de existencia de una norma de reconocimiento es indisociable del juicio interpretativo acerca de su contenido.

<sup>29</sup> Austin distingue en este sentido tres dimensiones propias del acto parcial de “decir algo”: (a) el acto fonético, consistente en la producción de sonidos; (b) el acto fático (phatic), consistente en la emisión de palabras entendidas como “ruidos de ciertos tipos pertenecientes a cierto vocabulario y en cuanto pertenecen a él”; y (c) el acto rético (rehtic) consistente en realizar el acto fático, con un sentido y una referencia más a o menos definidos. Según Austin, aunque en algún caso pueda no darse el acto rético, los actos fonéticos y fáticos son partes esenciales de la locución, sin las cuales no se entra en la dimensión del lenguaje. *Cfr.* Austin, J. L., *op. cit.*, nota 27, pp. 136-137. En sentido parecido, *cfr.* Searl, J. R., *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969, pp. 23 y 24, insistiendo en que el acto fonético (utterance) no se relaciona con el acto fático instrumentalmente, como comprar un boleto se vincula con viajar el tren; sino que más bien constituye el modo de realizar tanto el acto fático, como la dimensión pragmática del lenguaje o, más propiamente, “el acto ilocucionario”.

V. LA INTERPRETACIÓN LITERAL Y LA INTERPRETACIÓN  
TELEOLÓGICA: DOS DIMENSIONES DE UN ÚNICO ACTO  
INTERPRETATIVO

Si no puede predicarse la existencia de una norma sin interpretar su contenido, la pregunta por el tipo o método de interpretación más compatible con la tesis de las fuentes sociales se torna ineludible para el positivismo. Desde el punto de vista de las intenciones estructurales de un acto del habla, se impone averiguar qué intención es preciso interpretar o determinar para afirmar la existencia de una norma de reconocimiento: ¿la intención lingüística o “mínima”, en palabras de Raz, y/o la intención pragmática? ¿Se trata de determinar qué se quiso decir cuando se enunció la proposición normativa que constituye la norma de reconocimiento; qué se quiso hacer con lo que se dijo; o ambas cosas?

Aparentemente la interpretación tendiente a determinar la intención lingüística de nombrar algo ofrece menos espacio para la creatividad interpretativa que la interpretación tendiente a determinar la intención pragmática —la intención de hacer algo con lo que se nombra—. Esto es así al menos por tres razones. Primero, porque la intención lingüística se muestra explícita en los enunciados, mientras que las intenciones pragmáticas son o suelen ser implícitas. Segundo porque, aun cuando las intenciones pragmáticas de quienes aplican una norma de reconocimiento sean explícitas, la existencia de una norma de reconocimiento nace de la costumbre extendida entre una multiplicidad de actores —ciudadanos, legisladores, abogados y, principalmente, jueces— que bien pueden albergar intenciones pragmáticas irreductibles entre sí. En tercer lugar, aún si se tratara de determinar la intencionalidad de una única autoridad, la intencionalidad humana no se dirige a un objeto o fin único, sino a una cadena o sucesión de fines u objetos.

Una norma de blanqueo de intereses por créditos fiscales puede haber sido promulgada con la intención inmediata o próxima de facilitar el pago de las obligaciones fiscales. Lo

cual a su vez puede ordenarse a la intención mediata de recaudar más para financiar obra pública, y/o a la intención de beneficiar ilegítimamente a un grupo de deudores leales al gobierno. Lo cual a su vez puede ordenarse a la intención más mediata de promover el empleo entre toda la población, y/o a la intención de beneficiar ilegítimamente a un sector empresarial. Lo cual a su vez puede ordenarse a la intención más remota de garantizar ciertos derechos constitucionales, y/o a la intención de aumentar la popularidad del gobierno en vistas a la próxima elección. Por cada fin o intención que pueda vincularse razonablemente con la medida analizada, la cadena intencional podría continuar desplegándose tanto dentro de cada nivel intencional, como hacia adelante, en dirección a niveles intencionales más altos de abstracción.

Frente a la multiplicidad de intenciones razonablemente vinculables con una norma, el intérprete se encuentra en la necesidad de optar por el nivel de intencionalidad pertinente y, dentro de cada nivel intencional, por la intencionalidad que unifica las diversas intenciones o motivaciones posibles. Desde este punto de vista, no puede negarse que la interpretación de la intención mínima o lingüística como modo de determinar el contenido y la existencia de una norma de reconocimiento, parece un campo mucho más propicio para la defensa de la tesis de las fuentes sociales que la interpretación tendente a determinar la intención pragmática.

No puede sin embargo avanzarse muy lejos sin tropiezos por este rumbo. Dejando a un lado el inconveniente de la textura abierta del lenguaje señalado por el propio Hart, aún dentro de los márgenes claros de referencia de los conceptos, que Hart denominaba el “caso central”, una correcta interpretación exige atender también a la intención pragmática. Una vez más, aunque analíticamente puedan distinguirse en cada acto del habla tres niveles de intención —la intención de producir un cambio físico en el mundo; la intención de decir algo; y la intención de hacer algo con lo

que se dice—, desde el punto de vista existencial se trata de un acto intencional único. Esta unidad existencial del acto del habla se corresponde con la unidad existencial del acto interpretativo: la determinación de la intención mínima o lingüística del autor de la norma no es separable de la determinación de la intención pragmática.<sup>30</sup>

Desde el punto de vista de los métodos de interpretación, la pregunta no es pues si el método literal tendente a determinar la intención lingüística es preferible al método teleológico tendente a determinar la intención pragmática, sino más bien cómo se condicionan recíprocamente ambas dimensiones en una búsqueda de sentido único.

## VI. LA INTENCIÓN PRAGMÁTICA Y LOS FINES DEL DERECHO: LA PREEMINENCIA DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA SISTEMÁTICA

En este estadio emergen dos preguntas. Primero, si alguno de los niveles de intencionalidad pragmática posee preeminencia sobre el resto. Segundo, ¿cuáles son, si es que alguno, los márgenes de creación o elección del intérprete para la determinación de la intencionalidad pragmática en cada nivel?

La naturaleza práctica del derecho señala una respuesta positiva para la primera pregunta. El derecho no es un pedazo de piedra, ni un fenómeno meteorológico o físico, sino una práctica social. Si de lo que se tratara de investigar y determinar fueran los patrones que se repiten regularmente en una dimensión de la naturaleza física, podría resultar legítimo recortar el objeto de investigación a una parte de la cosa o fenómeno estudiado, haciendo abstracción de sus fines o tendencias intrínsecas. Podría resultar legítimo en el caso de que no se tratara tanto de conocer la cosa, como de dominarla.

<sup>30</sup> Cfr. Searl, J. R., *idem*.

Sin embargo, el derecho es una práctica humana cuya participación supone comprender los fines inmediatos de las reglas que la componen a la luz de los fines mediados o globales de la práctica. Esto y no otra cosa intentó poner de relieve el propio Hart al distinguir entre punto de vista interno y externo.<sup>31</sup> Y Aquino, Raz y Finnis, cuando explican que el núcleo de inteligibilidad del actuar humano es la intención deliberada del fin (las razones para actuar).<sup>32</sup>

Por lo mismo, la perspectiva de determinación de la intención pragmática de las normas jurídicas es siempre, de modo inevitable, la perspectiva de los fines últimos del derecho. De lo contrario, el intérprete estaría “jugando otro juego”. Desde este punto de vista, podría decirse que, a menos que el derecho se contemple como un juego de sonidos y grafismos sin sentido, es conceptualmente errado afirmar que una práctica jurídica puede eventualmente acoger reglas interpretativas que excluyan la interpretación teleológica sistemática (Waluchow) o que sólo la admitan para casos excepcionales (Raz).

De algún modo podría decirse que Raz coincide en la doble afirmación de que la determinación de la intencionalidad pragmática es indisponible en toda interpretación, y de que esta intencionalidad se determina o, si se quiere, se elige, a la luz de los fines últimos del derecho. En efecto, dice Raz que la determinación mínima de la autoridad supone algo más que el manejo de las reglas semánticas y sintácticas del idioma en que se expresa la norma: exige contextualizar la expresión normativa en las circunstancias y en la cultura legal en que fue enunciada. Si no se quiere regresar al punto de partida, esta contextualización implicará avanzar desde el sentido idiomático hacia un sentido más restringido. Y si la cultura legal restringe de algún modo el sentido idiomático general de una expresión, será agregan-

<sup>31</sup> Cfr. Hart, H. L., *op. cit.*, nota 4, pp. 87-91.

<sup>32</sup> Cfr. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. I, art. 3; Raz, J., *Razón práctica...*, *cit.*, nota 5, pp. 18 y ss., Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 11-18 y Aquinas, Oxford University Press, 1998, p. 29.

do una perspectiva de sentido nueva, propia del ámbito cultural al que denominamos “derecho”.

Analizando la función del contexto en la interpretación de las obras de arte, Raz distingue entre el contexto privado y el contexto público en que se sitúa la creación una obra. El contexto privado estaría configurado por las circunstancias que encuadran la vida personal del autor al momento de la creación; mientras que el contexto público estaría configurado por el estado de desarrollo del arte y de la rama del arte en que se inserta la obra.<sup>33</sup> El contexto cultural relevante para determinar el sentido de una creación normativa podría identificarse, en este orden de ideas, con el estado de desarrollo del derecho y del área del derecho en que se inserta la creación normativa.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho, como cualquier otra práctica humana se especifica por sus fines, la perspectiva de sentido desde la cual la cultura legal limita o circscribe el sentido idiomático general de las expresiones normativas, ha de ser la de los fines de la práctica jurídica en que se inserta la expresión. En este sentido, también dice Raz que para saber cómo interpretar, primero hay que saber porqué o, más precisamente, para qué interpretar; y para saber para o porqué interpretar es preciso determinar cuál es la función de la interpretación en relación con la práctica a la que pertenece el objeto interpretado.<sup>34</sup> Por último, como la noción de función supone por definición una referencia de medios a fines, puede afirmarse sin temor a errar que toda interpretación jurídica supone determinar cuáles son los fines del derecho.

En esta misma línea, si las circunstancias restringen de algún modo el sentido idiomático de una expresión normativa y el sentido propio de los fines de las prácticas, será agregando una perspectiva nueva no contenida en los dos

<sup>33</sup> Cfr. Raz, J., “Interpretation without Retrieval”, *cit.*, nota 1, p. 162.

<sup>34</sup> Cfr. Raz, J., “Why Interpret?”, *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 1, 1996, p. 355. Para una muy buena síntesis del papel del contexto en la interpretación según la actual filosofía jurídica analítica, cfr. Etcheverry, J. B., *Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, pp. 134 y ss.

primeros. Pero las circunstancias que encuadran un acto humano son innumerables —en este caso, el acto de emitir un enunciado normativo— y puede a su vez ser observadas desde muchos puntos de vista.

¿Cómo determina el intérprete qué circunstancias son relevantes y desde qué punto de vista? La respuesta parece hallarse, una vez más, en los fines de la práctica en que se contextualiza el acto del habla. Así, si un sujeto desconocido levanta su mano al paso de un vehículo, las posibilidades interpretativas incluyen una petición de auxilio, un mandato ilegítimo de detención o un simple saludo. Si, en cambio, el mismo sujeto porta la vestimenta propia de los policías de tránsito, parecería razonable interpretar el mismo gesto como una orden legítima de detención.

La circunstancia del tipo de vestimenta habrá permitido en este caso determinar en la comunicación gestual cuál fue el fin pragmático del acto de levantar el brazo: saludar, solicitar ayuda, mandar detenerse legítima o ilegítimamente. Esta determinación reposa, a su vez, sobre el conocimiento previo de los fines propios de la práctica de ordenar el tránsito; del uso social de saludar o de comunicarse en el tránsito mediante gestos. Uno comprende que está legalmente obligado a detenerse ante el gesto del sujeto uniformado y no, en cambio, ante el mismo gesto del sujeto que no porta uniforme, porque comprende que el primero posee y detenta autoridad para ordenar el tránsito, mientras que el segundo no. Y comprende la diferencias porque comprende cuáles son los fines de la práctica de ordenar autoritativamente el tránsito.

Cuanto más evidente es la vinculación entre una norma, sus fines propios, y los fines globales del derecho, más espontánea es su comprensión y la aquiescencia interna a su obligatoriedad. Cuando la evidencia de esta vinculación instrumental se quiebra, con la misma espontaneidad se desencadena un proceso racional de reconsideración del sentido y de la obligatoriedad de la norma, a la luz de los fines globales del derecho.

## LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO CO-CREACIÓN

Un ejemplo puede aclarar. Podría interpretarse que cuando los conductores detienen su marcha frente a un semáforo en rojo lo hacen sin tomar en consideración la vinculación entre el mandato de detención y la seguridad como fin propio de las reglas de tránsito; ni la vinculación entre la seguridad y los fines o bienes últimos a los que tiende el derecho. En rigor, esta triple vinculación se asume de modo espontáneo hasta que la obediencia al mandato de detención obstaculiza el paso de una ambulancia en una situación de emergencia. En esta situación, los conductores se ven interpelados por el ruido y por las luces de las sirenas a decidir si la orden de detención se mantiene; si opera una suerte de excepción implícita en la finalidad de seguridad propia del mandato de detención o si esta excepción no está implícita en la norma pero sí, en cambio, en los fines globales del derecho.

Podría muy bien argumentarse que sería mejor para la garantía de la seguridad vial que los conductores “interpretaran menos” y se dedicaran más a obedecer de forma indefectible. Sea o no esto cierto, en cualquier caso se asienta en una lectura finalista de la norma y del derecho, que otorga prioridad a un modo de garantizar la seguridad vehicular sobre otro, a un modo de garantizar la vida sobre otro y, en última instancia, a una comprensión de los fines del derecho sobre otra.

### VII. LA INTERPRETACIÓN COMO CO-CREACIÓN: DESDE UNA TEORÍA LINGÜÍSTICA OBJETIVA HACIA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA OBJETIVA

No hay participación en el derecho si no hay comprensión de sus fines, del mismo modo que no hay participación real en el ajedrez si uno no conoce el objetivo del juego. Pero como todo el “juego” o práctica del derecho consiste en “mandar mediante palabras”, la pregunta por los fines del derecho comienza por la pregunta por el qué y el para qué de lo mandado.

Se vuelve así al punto de partida. Se dijo que la intención lingüística manifestada en las palabras no es suficiente para determinar el sentido de un enunciado normativo, pues la dinámica intencional del lenguaje exige poner en juego también la intención pragmática. Constatada la falta de evidencia y uniformidad de las intenciones pragmáticas de los autores de los enunciados normativos, se determinó que el punto de vista o la perspectiva para su determinación era el de los fines globales de la práctica en que se inserta el enunciado. Pero ahora se dice que la determinación de cuáles son estos fines supone volver la mirada sobre los enunciados lingüísticos.

La circularidad no es, sin embargo, tautológica. Y no lo es porque cada extremo del círculo aporta una perspectiva propia o peculiar que no se confunde con la otra, sino que la complementa. ¿Cuál es, pues, la perspectiva propia de la dimensión lingüística de la interpretación, y cuál la de la dimensión teleológica?

En toda comunicación oral o escrita se parte de la base de que el orador utiliza las palabras que quiere utilizar y de que, al utilizarlas, elige someterse a sus reglas de uso. Esto es lo que pone de relieve Raz al indicar que en toda interpretación legal habrá de tenerse en cuenta lo que él denomina la “intención mínima” del legislador y que consiste, en primer lugar, en querer decir lo que se dice. El resultado de la aplicación de estas reglas de uso a los casos no es siempre uniforme, por supuesto. Pero tampoco es infinito. Ofrece un campo reducido de respuestas, dentro de las cuales el intérprete tendrá que indagar acerca de la intención pragmática, a la luz del fin de la norma y de la práctica. Las reglas lingüísticas cercenan pues la determinación de la intención pragmática de los enunciados normativos con una regla como la que sigue: no puede atribuirse a una norma una motivación pragmática que no se adecue a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje en que se expresa.

A diferencia de lo que ocurre con la intención lingüística, que aparece expresa en el enunciado, el fin pragmático de las normas no está expresamente determinado por reglas

objetivamente reconocibles. ¿Cómo determina el intérprete cuál es la intención pragmática del enunciado normativo, de entre todas las intenciones pragmáticas compatibles con las reglas de uso del lenguaje? Se ha concluido más arriba que la intención pragmática se determina, de modo necesario y más o menos espontáneo, según los casos, a la luz de los fines globales del derecho. ¿Pero cómo determina el intérprete cuáles son estos fines globales, dentro del margen dado por las reglas de uso del lenguaje?, ¿es esta determinación pura creación desde los pre-conceptos del intérprete, o es en cambio descubrimiento de un sentido global objetivo?

El propio Raz podría coincidir en que la finalidad de justicia es un fin global o justificativo del derecho cuya negación o desconocimiento por parte del intérprete tornarían objetivamente inválida cualquier interpretación.

Hart advirtió en su famosa crítica a Austin, que la pretensión de reducir el derecho a un conjunto de mandatos coactivos peca de insuficiencia y, en esa misma medida, de falsedad. El derecho, decía Hart, no es pura y exclusivamente coacción: es coacción que se supone legítimamente ejercida. ¿Y qué es ejercer legítimamente la coacción? Es ejercerla, no según los designios de una voluntad caprichosa, sino de acuerdo a reglas. ¿Qué reglas? Reglas creadas consuetudinariamente por la misma comunidad a la que se dirige el derecho.<sup>35</sup> Hart no arriesgó más. Cesó su descripción con esta referencia última a la costumbre. En una línea sustancialmente parecida, Raz expresa que:

«Surge del carácter del derecho como una estructura de autoridad, el que sea un sistema estructurado y coordinado de autoridades. Y las autoridades son legítimas únicamente si facilitan la conformidad con la razón. La tarea del derecho, definida abstractamente, es asegurar una situación donde se realicen los objetivos morales que, dada la situa-

<sup>35</sup> Cfr. Hart, H. L., *The Concept...*, cit., nota 4, pp. 51-61.

ción social actual en el país de cuyo derecho se trata, difícilmente se realizarían sin ella».<sup>36</sup>

Lo que en todo caso conviene retener aquí es aquello sobre lo cual insiste el mismo Raz: la distinción entre la pura violencia y el derecho como un orden de coordinación coactivo que al menos tiene una *pretensión* de razonabilidad y, en esa medida, de moralidad, es un punto de encuentro entre la tradición positivista del derecho y la tradición de la ley natural.<sup>37</sup> Pues bien, si el juicio justificativo o teleológico forma parte necesaria de toda interpretación, y si la finalidad intrínseca del derecho es el reemplazo de la violencia por la razón (práctica/moral) como método de coordinación social, se concluye que toda interpretación jurídica implícita o explícitamente incorpora en la determinación del sentido de los mandatos un juicio acerca de lo justo (lo razonable por oposición a lo violento). El juicio acerca de lo justo es estructural a toda interpretación jurídica y no, en cambio, un elemento contingente de algunas prácticas jurídicas.

Recapitulando, pueden señalarse dos limitaciones, o mejor, orientaciones, para la determinación interpretativa de los fines particulares y globales del derecho por parte del intérprete. En primer lugar, el intérprete debe atenerse a las reglas de uso del lenguaje de las normas para determinar el fin lingüístico del legislador, o lo que Raz denomina “intención mínima”. En segundo lugar, y dentro de este campo acotado por la lingüística, habrá de determinar el fin pragmático dentro de otro sub-campo: el de los modos posibles de realizar la justicia en el caso.

Es cierto que “lo justo” es un concepto excesivamente abstracto, y dado que la reproducción exacta del sentido de lo justo implícito en la norma exigiría una indagación psicológica infructuosa, podría volver a insistirse sobre lo mis-

<sup>36</sup> Cfr. Raz, J., “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, 43, 2003, p. 13 (la traducción es nuestra).

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 3.

mo: el intérprete que pretende reproducir este sentido en rigor está creando, y excluye o desplaza a la autoridad.

También el concepto de derecho ofrecido por Raz limita una vez más las posibilidades interpretativas. Más allá de las múltiples concepciones acerca de lo razonable que se han ofrecido desde distintas tradiciones políticas, hay un punto de encuentro que torna factible esta discusión. A saber, que lo razonable se opone a arbitrariedad. Si esto es así, y si el derecho es una práctica que se propone coordinar conductas razonablemente, es estructural al derecho la exclusión de perspectivas morales de interpretación que abran espacios para la arbitrariedad.

### VIII. LA CO-CREACIÓN INTERPRETATIVA: UNA CONDICIÓN PARA LA COORDINACIÓN RAZONABLE DEL OBRAR SOCIAL

Es estructural al derecho la dotación al intérprete de un margen de creatividad en la determinación del sentido de las normas, situado entre dos límites. Un límite inferior, dado por las reglas lingüísticas en que se expresa la norma, y que conforma algo así como un piso o punto de partida para la creatividad interpretativa; y un límite superior, dado por la razonabilidad en la elección de las perspectivas morales desde las cuales el intérprete puede determinar el sentido de los conceptos morales que utiliza el derecho.

Entre el piso lingüístico de la interpretación y el techo de un sentido objetivo de la justicia queda todavía un amplio margen de posibilidades interpretativas que muchas veces enfrenta a los intérpretes a una “elección”. Esta elección acotada no es sinónimo ni de arbitrariedad, ni de la confusión total entre derecho y moral. Es un camino intermedio entre la creación pura del derecho por parte del intérprete y la reproducción textual (imposible) de las motivaciones del derecho. Es “co-creación” o creación “a partir” del piso dado

por las reglas lingüísticas, y hacia el techo o ideal delimitado por los fines objetivos del derecho.<sup>38</sup>

Esta dosis de co-creatividad que inevitablemente y por tanto conceptualmente conlleva la determinación de los fines normativos particulares (del mandato) y globales (del derecho), no es un mal necesario sino el modo de realizarse el derecho en su pretensión de razonabilidad. Si el derecho se propone ser algo más que pura coacción. Si como sugiere Raz, el derecho se propone crear razones para actuar, y no meramente motivos para temer, entonces el derecho ha de poseer la suficiente flexibilidad referencial para adecuar la razón a la contingencia. El derecho ha de poder ser determinado de modo tal que provea razones para actuar de principio a fin: desde la abstracta letra de la ley, hasta su aplicación judicial a los individuos concretos en los casos concretos, donde se juega existencialmente la capacidad del derecho de ser una alternativa a la violencia. La creatividad interpretativa orientada se justifica, en otras palabras, como una herramienta de flexibilización del margen de referencia del derecho.

Esta concepción de la interpretación como co-creación es perfectamente conciliable, en fin, con una interpretación posible de la tradición hartiana continuada tanto por Raz como por Waluchow. El propio Waluchow lo ha señalado con mucha lucidez en su concepción de la constitución como “árbol vivo”, según la cual los principios constitucionales no son puntos de acuerdo moral o de justicia inamovibles sino, más bien, puntos de partida para la construc-

<sup>38</sup> En sentido parecido, también destaca Francesco Viola que la interpretación jurídica no es ni pura reproducción del significado abstracto de la norma (formalismo), ni pura creación (en cuyo caso no habría interpretación), sino un punto intermedio entre ambos extremos: “senza l’interpretazzione la regola non esiste (contro il formalismo), e senza la regola non vi protebere essere ne pure interpretazzione in senso proprio (contro lo scetticismo)”, en “Interpretazzione e indeterminatezza della regola giuridica”, *Dirito privato*, 2001-2002, VII-VIII, p. 57. Cfr., señalando el peso de la tradición iusnaturalista en el recorrido de este camino interpretativo, Finnis, J., “Natural Law...”, cit., nota 32, p. 14, y enfatizando el carácter cognitivo tanto de la dimensión explicativa como de la dimensión comprensiva —o, como la llamamos aquí, “creativa”— de la interpretación, Massini, C., “La interpretación jurídica como interpretación práctica”, *Persona y Derecho*, 52, 2005, pp. 413-443.

ción progresiva de un acuerdo moral dinámico. Esta concepción constitucional, explica Waluchow, permite conciliar las necesidades aparentemente contrapuestas de seguridad y de adaptación al cambio, a las que según Hart tiende toda legislación.<sup>39</sup>

Una vez más: la brecha entre el contexto lingüístico de la interpretación y el contexto funcional o moral o de justicia, no es el agujero “negro” del derecho. Es, en cambio, el espacio de adaptación razonable del derecho, a la realidad social que se propone regular. Pero las mismas razones que justifican la creatividad explican también que deba ser orientada desde razones jurídicas y hacia razones morales. Explican, en otras palabras, que la creatividad se sitúe en un campo acotado entre un margen inferior dado por las reglas de la lingüística y un margen superior, establecido por principios morales objetivamente reconocibles como tales.

La funcionalidad del margen inferior o de la orientación lingüística de la interpretación es bastante obvia: el derecho no puede coordinar en forma general si carece de la potencialidad para ser leído en forma sustancialmente igual por el público general al que se propone obligar. Si cada intérprete sólo reproduce sus propios pre-conceptos cada vez que determina el sentido de las normas, entonces el derecho sería una farsa inútil.

Está en la vocación reguladora del derecho el que pueda ser leído en forma coherente por intérpretes que parten de pre-conceptos diversos. El derecho descansa, en este sentido, sobre la base del presupuesto lingüístico de que normalmente, como regla general, las palabras tienen un margen de referencia indiscutido, y que los casos oscuros —o, utilizando la expresión de Hart, el margen de penumbra de los conceptos— están siempre del otro lado de la luz. Esto es, que aún en los casos de penumbra, hay un criterio semántico y sintáctico que orienta al intérprete.

<sup>39</sup> Cfr. Waluchow, W., “Constitutions as Living Trees: An Idiot’s Defense”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 18, 2005, pp. 244 y 245.

La funcionalidad de la orientación moral es menos obvia pero igualmente justificada: sin objetividad moral no hay objetividad para el derecho y sin objetividad para el derecho no sólo no hay razonabilidad en la coordinación de conductas sino tampoco, ni antes, coordinación.<sup>40</sup> Según esto, cualquier teoría de la interpretación jurídica debería poder explicar cómo funcionan las reglas lingüísticas en la interpretación jurídica y, en el otro extremo, qué grado de objetividad es necesario para que el derecho pueda cumplir con su doble función de regular razonablemente las conductas.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> La advertencia de la necesidad de justificación de la dimensión determinativa o creativa de la interpretación jurídica explica el renacimiento en Europa de teorías argumentativas, en obras que en poco tiempo devinieron clásicas, como Viehweg, T., *Topik und Jurisprudenz*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1963, traducida al castellano por Díez Picazo, L., *Tópica y Jurisprudencia*, 1964, Taurus, Madrid; Perelman, Chaim, *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, París, 1976, traducida al castellano por L. Diez Picazo, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979; Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der jusitischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, traducida al castellano por Atienza, M. y Espejo, I., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*; y otras más recientes como Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. Treatise on Legal Justification*. Dordrecht, Reidel, 1987. Hay traducción al castellano por E. Garzón Valdez, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Una muy buena introducción crítica a cada una de estas teorías puede hallarse en Serna, P., (ed.) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005, *passim*. En el ámbito anglosajón el aporte más relevante en materia de justificación de la argumentación moral en el plano judicial y político en general, proviene del liberalismo, y particularmente de John Rawls y Ronald Dworkin. Hemos discutido la capacidad de estas propuestas para dotar de objetividad a la argumentación moral en el plano jurídico en "Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin", *Persona y Derecho*, 56, 2007; "El liberalismo político y la interpretación constitucional", en Cianciardo, J. (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, pp. 83-117; "Sobre la noción política de persona en John Rawls", *Persona y Derecho*, v. 52, 2005; "Antipaternalismo y antiperfeccionismo en el pensamiento de John Rawls y Ronald Dworkin", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 113, mayo-agosto de 2005, pp. 869-887.

<sup>41</sup> Micheal Moore es sin duda uno de los autores que más se ha concentrado en la dimensión semántica de la interpretación constitucional en el ámbito norteamericano, a través de los siguientes trabajos: Moore, Michael S., "Interpreting Interpretation", 18 *Tel Aviv U. L. Rev.*, 1994, 359 (en hebreo), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy 1* (Andrei Marmor ed., 1995) (en inglés); "The Interpreti-

## IX. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha intentado determinar cuál es la estructura indisponible de toda interpretación jurídica, más allá de cuáles sean las reglas interpretativas que cada práctica jurídica adopte como cuestión de hecho.

Como recurso metodológico, esta indagación se ha desplegado al hilo de la discusión con el positivismo jurídico en las versiones de Waluchow y Raz, tomados como representantes, respectivamente, de la versión incluyente y excluyente del positivismo. En tanto recurso metodológico, esta discusión no tuvo por fin principal manifestar los puntos débiles o inconsistentes de aquellas propuestas conceptuales. Más bien, se intentó poner de manifiesto que, al menos en lo que concierne a la interpretación del derecho, estas versiones del positivismo son conciliables con las concepciones del derecho que ligan el derecho a la justicia.

ve Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", *Stan. L. Rev.*, 41, 1989, 871; "The Constitution as Hard Law", *Const. Comment.*, 6, 1989, 51; "Do We Have an Unwritten Constitution?", *S. Cal. L. Rev.*, 63, 1989, 107; "A Natural Law Theory of Interpretation", *S. Cal. L. rev.*, 58, 1985, 277; "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", *Cornell L. Rev.*, 73, 1988, 364; "Plain Meaning and Linguistics - A Case Study", *Wash. U.L.Q.*, 73, 1995, 1253; "The Semantics of Judging", *S. Cal. L. Rev.*, 54, 1981, 151; "The Written Constitution and Interpretivism", *Harv. J.L. & Pub. Pol'*, 12, 1989, 3. La ambigüedad de la propuesta de Moore en relación con el carácter realista (o no) de su epistemología disparó la respuesta de al menos los siguientes autores en los siguientes trabajos: Barber, Sotirios A., "Epistemological Skepticism, Hobbesian Natural Right and Judicial Self-Restraint", *48 Rev. of Pol.*, 374; Coleman, Jules L. y Leiter, Brian, "Determinancy, Objectivity, and Authority", en Marmor, Andrei, (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, 1995; Walker, Graham, *Moral Foundations of Constitutional Thought* (1990); Brubaker, Stanley C., "Conserving the Constitution", *Am. B. Found. Res. J.*, 1987, 261; Leiter, Brian "Objectivity and the Problems of Jurisprudence", *Tex. L. Rev.*, 72 (1993), 187; Stavropoulos, Nicos, *Objectivity in Law* (1996); Brink, David O., "Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)", *2 Can. J.L. & Jurisprudence*, 181, 1989; Bix, Brian, "Micheal Moore's Realist Approach to Law", *University of Pennsylvania Law Review*, 140, 1992; Marmor, Andrei, "No Easy Cases?", en Patterson, Dennis M. (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory* 1992; y otras, citadas por Moore en "Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation", *Fordham Law Review*, 69, 2001, p. 2088, n. 5.

Los principales resultados o conclusiones de este diálogo con el positivismo en torno a la interpretación jurídica podrían sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) Según Raz y Waluchow, la única forma necesaria y permanente de la interpretación jurídica es la interpretación textual. La interpretación teleológica y sistemática será jurídicamente pertinente allí donde esté mandada por las reglas interpretativas que cada práctica acoja como cuestión de hecho mediante sus reglas de reconocimiento.
- b) Aunque difieren en los fundamentos, ambos autores concuerdan en que toda práctica jurídica posee espacios de creatividad interpretativa, donde la determinación de sentido de los enunciados normativos exige poner en juego una teoría moral —no positivizada— de la justicia. Cuánta y qué teoría moral de la justicia de forma al razonamiento interpretativo jurídico depende sin embargo, en última instancia, de las reglas interpretativas que cada práctica acoja como cuestión de hecho, mediante sus reglas de reconocimiento.
- c) La aceptación de que el razonamiento interpretativo jurídico puede no ser autónomo del razonamiento moral presenta un desafío para la tesis de las fuentes sociales en la versión hartiana, según la cual el último origen del derecho es la costumbre social, y no en cambio, otro orden normativo (la moral, la ley natural, etcétera). Este desafío sitúa al positivismo en la necesidad de separar el reconocimiento empírico y a-valorativo de la existencia de una regla de reconocimiento, de la interpretación —potencialmente valorativa— de su contenido.
- d) Aplicando la estructura intencional de cualquier acto lingüístico a las normas, se concluyó que la separación entre existencia y contenido de una norma —y de una norma de reconocimiento en particular— es analíticamente posible, pero existencialmente injustificada. Cuando se afirma la existencia de una norma de

reconocimiento necesariamente se interpreta su contenido. De lo contrario, todo lo que puede afirmarse es la existencia de sonidos y/o grafismos.

- e) Las mismas razones que explican que no pueda separarse la determinación de la existencia de una norma de su interpretación, explican también que no puede separarse la interpretación textual de la interpretación teleológica sistemática. Toda interpretación textual supone una pregunta por los fines de la norma, y la pregunta por los fines de la norma supone una pregunta por los fines globales de la práctica.
- f) La irreductibilidad de las intenciones pragmáticas de las normas, así como su carácter implícito, determinan que la dimensión teleológica de la interpretación abra un espacio para la creatividad interpretativa.
- g) La concepción raziana del derecho como “coordinación de conductas” con una pretensión de razonabilidad ofrece elementos para delinear los contornos de la dimensión creativa de la interpretación. Si el derecho pretende coordinar conductas, debe hacerlo utilizando un lenguaje que pueda ser leído en forma sustancialmente análoga por diversos intérpretes. De lo contrario, no hay coordinación posible. Desde este punto de vista, podría decirse que el derecho supone un margen inferior para la creatividad interpretativa, dado por reglas sintácticas y semánticas que garanticen un mínimo de objetividad.
- h) Si además de coordinar conductas el derecho se propone hacerlo de modo razonable, podría señalarse un margen superior para la interpretación, dado por una teoría de la justicia razonable, no arbitraria, objetiva.
- i) Entre el margen inferior de una lingüística objetiva y el margen superior de una teoría de la justicia objetiva, la dimensión creativa de la interpretación jurídica podría concebirse como una tarea de co-creación del

derecho. Esta tarea co-creativa del intérprete no es “el agujero negro del derecho”, sino el espacio para la adaptación de la norma a las exigencias de justicia del caso concreto, que se presenta como perfectamente funcional a su fin de coordinación razonable de conductas.