



HAL
open science

Interpretación normativa y estructura del sistema jurídico

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Interpretación normativa y estructura del sistema jurídico. Carlos Arturo Hernandez y Santiago Ortega Gomero. Interpretación, principios y positivismo jurídico. La Filosofía del Derecho en la Francia Actual, Universidad Libre de Colombia, pp.53-78, 2016, 978-958-8981-13-0. <halshs-01433643>

HAL Id: halshs-01433643

<https://shs.hal.science/halshs-01433643v1>

Submitted on 12 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

35

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO

Directores: Carlos Arturo Hernández • Santiago Ortega Gómero



**UNIVERSIDAD
LIBRE**

INTERPRETACIÓN, PRINCIPIOS Y POSITIVISMO JURÍDICO

EDITORES

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ

SANTIAGO ORTEGA

INTERPRETACIÓN NORMATIVA Y ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO*

Pierre Brunet

El tema de la interpretación normativa parece haberse convertido en el tema principal de los debates de teoría general del derecho, sino el tema exclusivo. Sin embargo, contrariamente a las apariencias, el sentido de la expresión “interpretación normativa” está lejos de ser claro. Sería tentador interpretarla. Pero, ¿En qué sentido se emplearía el término “interpretación”?

La primera dificultad, aquí, es de orden metodológico antes que semántico.

Aunque tal vez sería tentador para creer que las palabras designarán cosas y que procediendo de una descripción detallada, se llegaría a aprovechar la esencia de la interpretación. No obstante, se puede dudar llegar a esa definición porque allí, y en otra parte, el término recibe un gran número de significados y cubre una infinidad de prácticas distintas. Entonces es mejor renunciar a esta idea –atractiva y cómoda, pero seductora justamente porque es cómoda– para centrarse en los usos en los que el término se utiliza.

Publicado en *Diritto ed Questioni Pubbliche*, 2012, Palermo, con el título “Interpretation normative et structure du système juridique”.

Interviene entonces la dificultad semántica. Cuando se examina en los aspectos teóricos y filosóficos de la interpretación normativa, en el marco de una reflexión general sobre las técnicas interpretativas de normas, sin duda, se interesa en la interpretación como actividad¹. La teoría general del derecho tiene la costumbre de distinguir la interpretación como actividad de conocimiento y la interpretación como actividad de voluntad², distinción que parece *a priori* sumamente fácil. Así, la interpretación consistiría en una actividad de conocimiento cuando el intérprete trata de aclarar el sentido de un texto (o de una práctica) o a preparar los diferentes significados posibles (de este texto o de esta práctica). Sería una actividad de voluntad cuando el intérprete se encuentre en situación de elegir libremente el significado de un texto o de una práctica. La simplicidad es sólo aparente ya que, por una parte, esta distinción es en sí misma cuestionada; por una parte, aun cuando se llegara a ponerse de acuerdo sobre el hecho de que la interpretación designará a dos actividades diferentes, parece difícil llegar a establecer la frontera entre una y otra; además, no es cierto que todos los que admiten esta distinción estén de acuerdo en lo que ella abarca.

¹ El término “interpretación” puede referirse ya sea a una actividad –cuando se dice que, tal disposición exige una interpretación– ya sea el resultado o el producto de esta actividad, se habla de la interpretación que tal jurisdicción o tal autoridad ofreció tal declaración. Sobre la importancia histórica de esta distinción, v. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 67 ss.

² H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1960), traducción al francés de Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, chap. VIII; J. Wróblewski, *Legal Reasoning in Legal Interpretation*, en «Logique et Analyse, n. 12, 1969 pp. 3–31; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, Giapichelli, 1992, pp. 14-15 ss; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, ch. VI; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 y *Le droit, l'État et la théorie du droit*, Paris, PUF, 2001; J.-M. Denquin, “Remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation”, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2004, n. 7, pp. 179–209.

Se podría añadir una dificultad al adjetivo “normativo” pues podría ser entendido en sentidos muy diferentes³. En un primer sentido (primero por razones analíticas y sin ninguna jerarquía de valor), podría ser llamada “normativa” la interpretación porque se centra en la descripción o aclarar y, por consiguiente, conocer el sentido de las normas. Se habla por tanto de una interpretación cognitiva de normas (jurídicas). Pero, si se observa bien, la expresión es en sí misma bastante confusa porque si se pretende interpretar una norma, sin duda hay que previamente conocerla pero, ¿Para conocerla, no debe interpretarse?

En un segundo sentido, podría ser llamada “normativa” la interpretación que entiende no conocer el sentido de las normas sino plantear –incluso crear– unas normas. En estas condiciones, el término “interpretación” no puede más que ser tomado en un sentido descriptivo y la expresión “interpretación normativa” parece redundante. Se puede preguntar si es pertinente hablar de interpretación y no simplemente, de prescripción. De ahí, también se puede dudar de la pertinencia de interrogarse sobre los aspectos teóricos y filosóficos de esta actividad prescriptiva, excepto de admitir que las disposiciones puedan ser llamadas justas o verdaderas. Sin embargo, precisamente, si se tiende a pensar que la interpretación normativa presenta aspectos conceptuales, es quizás porque se siente, intuitivamente, que la interpretación no es necesariamente creativa de normas o que, si lo es, esta creación plantea algunas dificultades.

En un tercer sentido, podría ser llamada como normativa la interpretación que pretenda fundar las normas. La actividad sería entonces cognitiva, pero se plantearía de nuevo el problema de su objeto: ¿Las normas se basan en la interpretación de hechos, de enunciados, de otras normas?

³ V. G. Kalinowski, *Querelle de la science normative*, Paris, LGDJ, 1960.

Por último, en un cuarto sentido, la interpretación podría caracterizarse como normativa no porque plantea normas, ni porque describe el sentido, ni tampoco porque funda las normas sino porque se aprueba un punto de vista normativo sobre algunos hechos, punto de vista que sería independiente de otra interpretación, ella misma no normativa⁴. Parecería que tal idea es extraña pero, sin duda, el término “interpretación” sería en el sentido cognitivo y no prescriptivo.

En esta exploración previa, se está en la capacidad de afirmar que la distinción entre las dos actividades de interpretación es el producto de varias construcciones teóricas. Ahora bien, si se admite que hay tres teorías de la interpretación, se verá que estos últimos se reducen en realidad a dos concepciones de la interpretación. Las dos teorías más difundidas hoy, en la cual cada una se basa en una concepción diferente de la interpretación, son así conducidas a adoptar sobre la cuestión de los límites de la interpretación un enfoque radicalmente diferente. Estos dos enfoques no se sitúan en el mismo plano pues uno es normativo y el otro descriptivo.

1. TRES TEORÍAS Y DOS CONCEPTOS

Se admite hoy, en el seno de la teoría general de derecho, que existen tres teorías de la interpretación⁵: una teoría formalista o

⁴ Este es el sentido en el cual Kelsen usa a veces la expresión de “Ciencia normativa” para hablar de la Teoría Pura del Derecho, como bien ha observado Bobbio, v. N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit » en *Essais de théorie du droit*, traducción al francés M. Guéret, Paris, LGDJ, pp. 185-206.

⁵ Esta distinción es generalmente atribuida a H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, OUP, 1983 p. 49-87 y *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, reed. 1993, pp. 123-154. Se retoma y profun-

cognitiva, una teoría escéptica, una teoría mixta o ecléctica⁶. No todas hacen el mismo análisis de la distinción entre conocer y querer.

Según una primera concepción – cognitiva – los términos de la norma deben aclararse si son oscuros– incluso sólo en este caso. Esta idea de clarificación de las obscuridades que conduce a eliminar las ambigüedades es generalmente defendida, cuando lo es, en términos cognitivos: la clarificación es pensada como una actividad de conocimiento porque se presupone que el intérprete puede identificar los sentidos “correcto” de los términos. Además, es con ese fin que se pone antes de la existencia de métodos interpretativos en la cual se postula o presupone que permiten acceder al significado de la norma como se accede a un objetivo que se ha dado, siguiendo un camino trazado por anticipado.

La interpretación consiste pues en un acto de conocimiento o de descubrimiento del “verdadero sentido”, “sentido objetivo” de un texto normativo, de modo que el enunciado según el cual la intérprete afirma que “el texto T tiene el sentido S” es considerado como una proposición descriptiva y susceptible de ser

diza en G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 4e éd., 1994, p. 49 s. V., también H.L A. Hart, «American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream» (1977), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, pp. 123-144 (donde Hart opone la interpretación como descubrir el derecho a la interpretación como creación del derecho), también G.R. Carrió, «Sull'interpretazione giuridica» (1965), en P. Comanducci y R. Guastinil (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, vol. II, 1989, pp. 135 ss.

⁶ El término ha sido propuesto por P. Comanducci, “L'interpretazione delle norme giuridiche. Le problemática attuale”, en M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. I. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 9.

verdadera o falsa. Imputable a la ideología de la Ilustración, esta teoría es hoy relativamente pocas veces defendida⁷.

Según una segunda concepción –escéptica– la interpretación es un acto de voluntad y apenas puede ser otra cosa teniendo en cuenta a la indeterminación del lenguaje normativo que obliga a adoptar decisiones en cuanto al significado de una disposición. Ahora bien, estas opciones son siempre el hecho de algunas autoridades facultadas en virtud del derecho positivo y nadie puede obligar a elegir un significado más que otra. Así pues, los pretendidos métodos de interpretación no tienen otra función que la de justificar la elección de significado pero no pueden en ningún caso determinar esta elección por anticipado. Del mismo modo, sería inútil subrayar que la interpretación no es necesaria cuando el texto es claro porque la claridad o la oscuridad de un texto normativo no son conmensurables, de tal forma que no será claro el enunciado que será entendido como tal y, por el contrario, no será oscuro y no justificará un esclarecimiento el enunciado que haya sido declarado oscuro. Decir que un texto es claro –o decir que es oscuro– equivale en realidad a aproximarse al mismo: en los dos casos, esto es un medio para imponer un significado y las elecciones de una solución más que otra. Así, frente a una argumentación en favor de una solución A aprovechando parte de lo que estaría en duda sobre el sentido de la norma aplicable, un juez podrá oponer que el sentido es claro y

⁷ Para una aproximación claramente normativa M.S. Moore, «A Natural Theory of Interpretation», *Southern Calif. Law Rev.*, 1985, vol. 58, pp. 278-398 así como K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, Univ. Press of Kansas, 1999, quien escribe: «interpretation finds meaning already existent in the constitutional text» (p. 7) además «constitutional interpretation discovers meaning» (p. 11) y también R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999 y ID., *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

abogar en favor de una solución B. Por el contrario, en respuesta a un argumento en favor de una solución B el motivo de que el texto ocupa claramente para esta solución, el juez podrá oponer la duda y la necesidad de una interpretación en favor de una solución A. En resumen, decir que un texto es claro o que es oscuro no demuestra nada; en ambos casos, esto equivale a justificar la elección en favor de una solución más que otra. Claridad u oscuridad son argumentos, no los factores determinantes de medios para un fin, no el fin en sí mismo y el argumento del sentido claro o del sentido oscuro se suma a los argumentos interpretativos tal como se ha podido elaborar en una lista⁸. En estas circunstancias, los métodos interpretativos no sirven para lo que creen o pretenden que ellos sirven: no son útiles –y utilizados– con el fin de justificar *a posteriori* los sentidos que se han elegido atribuir al enunciado normativo que se quiere aplicar.

Según esta teoría, la interpretación es un acto de voluntad consistente, para el intérprete, en la atribución voluntaria de un significado a un texto (una entidad lingüística cualquiera), de modo que los enunciados por los cuales el intérprete afirma que “el texto T tiene el sentido S” se analiza en una norma, la cual es indubitable de ser verdadera o falsa pero solamente válida o inválida en el sistema de normas al que pertenece. Se cita a menudo en favor de esta tesis el propósito del Obispo Hoadly narrado por John Chipman Gray⁹: “Quien tiene una *autoridad*

⁸ Cf. G. Tarello, “L’argomentazione dell’interpretazione”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 947-1012 y CH. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2e éd., n. 33, pp. 55-59.

⁹ J.CH. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1909), 2nd ed., NY, The MacMillan Cy, 1921 réimp. 1938. Esta teoría ha sido igualmente defendida por los realistas escandinavos y especialmente A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958. V., también G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962 e ID., *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980. Esta es defendida hoy en día muy explicita-

absoluta de interpretar cualquier escrito o discurso jurídico, es *el* verdaderamente dador de la Ley y todos sus efectos, y no la persona que primero habló o escribió sobre el asunto”¹⁰. Según esta teoría de la interpretación, el intérprete aparece como el creador de la norma en sí misma y dispone pues de una inmensa libertad.

Por último, según una tercera concepción, la interpretación se define como una actividad de conocimiento que se vuelve en algunos casos una actividad de voluntad. Pero la segunda no puede existir sin la primera y, aun cuando se adoptaría una decisión, no sería nunca arbitraria. Según esta doctrina, el lenguaje normativo está marcado por una relativa indeterminación –relativa porque, si existe un núcleo claro de significado, sigue habiendo una determinada zona de penumbra. Por tanto, debería distinguirse entre dos tipos de casos: los casos fáciles y los casos difíciles, en los primeros, el intérprete es capaz de descubrir el sentido verdadero del texto, no tiene ningún poder discrecional y se limita a aplicar las normas en vigor sin interpretar. La interpretación no es necesaria sino solo cuando el lenguaje normativo es indeterminado. En estos casos de indeterminación –pero sólo en estos casos– los intérpretes que son los jueces, disponen de un margen de discrecionalidad¹¹. Decir esto equivale a admitir que la solución no siempre es determinada por la regla jurídica y a veces toma en cuenta otros elementos además del mismo texto, tales como las creencias, las preferencias personales, en resumen, la subjetividad del juez. Pero el poder discrecional del intérprete

mente por P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 2e éd., Torino, Giapichelli, 1992; M. Troper, *Le droit, l'État et la théorie du droit*, op. cit., 2001, chap. V.

¹⁰ J.CH. Gray, op. cit., p. 102.

¹¹ Por ejemplo, Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, not. chap. II.

debe ser entendido en sentido débil porque existen principios de razón que guía su acción¹².

Contrariamente a las apariencias, estas tres teorías no utilizan el término “interpretación” en el mismo sentido y no realizan más el mismo análisis del poder discrecional del intérprete. La teoría cognitiva o formalista y, en menor medida, la teoría ecléctica o mixta tienden a considerar que la interpretación se realiza sobre las normas y no sobre enunciados mientras que la teoría escéptica afirma que la interpretación no se realiza sobre los enunciados. La distinción entre el enunciado y la norma es, sin embargo, capital¹³.

En efecto, aun cuando se admitiese definir el derecho como un conjunto de normas, es necesario subrayar que esas normas no se imparten como tales: sin duda su “sentido” debe ser aclarado pero incluso antes de su sentido, aún es necesario determinar que se trata de normas. El objeto de la interpretación está en primer lugar constituido por enunciados –o, en algunos casos, como en el derecho internacional, por prácticas– a las cuales corresponde a los intérpretes atribuir el significativo –la modalidad– de norma. Esto no es más que una vez admitidos que tal declaración tiene el significado de norma que es posible aplicar. Y es en el curso de esta aplicación que se verá la necesidad de “aclarar” su significado. Al hacerlo, se tratará de identificar su extensión o su intención a partir de la extensión o de la intención de los términos que lo constituyen, entonces se interrogará, sobre los objetos susceptibles de clasificarse de su ámbito de aplicación y sobre las características comunes de estos objetos.

¹² Esta tesis defendida por R. Dworkin desde «Judicial Discretion», *Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963, pp. 624-638.

¹³ Sobre esta distinción v. G. Tarello, *Diritto, enunciati usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 395 y E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, trad. it. P. Comanducci y R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1995, not. pp. 122 ss.

13 Pero, ¿El hecho de identificar o mejor de atribuir a un enunciado el estatuto de norma es sólo cuestión de semántica? Esto es lo que tienden a afirmar aquellos que perciben las normas como entidades platónicas, independientes del lenguaje, que existan en cierto modo por sí mismas y cuya formulación sería una especie de duplicación de una realidad normativa preexistente a estos enunciados por sí mismos normativos. En otras palabras, la norma sería el significado de un enunciado normativo como una proposición es el significado de un enunciado descriptivo y existiera enunciados dotados ellos mismos de un significado normativo¹⁴.

Si ella presenta indiscutibles ventajas y parece en apariencia simplificar las cosas, esta concepción de las normas es delicada de defender. ¿Cómo comprender los enunciados como normativos, desde un punto de vista estrictamente semántico?, ¿Y que significará aquí “comprender”? Así, un individuo puede comprender que otro individuo le da una orden sin comprender qué es esta orden, porque no comprende el idioma en el que habla. Y que esté en condiciones de comprender que una orden fue dada no demuestra que existan significados prescriptivos ni demuestra que los enunciados normativos sean una categoría semántica distinta de los enunciados descriptivos que expresan las proposiciones, o los enunciados expresivos que expresan emociones¹⁵.

¹⁴ Sobre la oposición entre la concepción helética y expresiva de normas. C.E. Alchourrón y E. Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, en R. Hilpinen (dir.), *New Essays in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 1984, pp. 95-124; trad. esp. “La concepción expresiva de las normas”, en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 155-167 y E. Bulygin, “Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms”, *Law and Philosophy*, n. 4, 1985, pp. 145-163, aquí p. 147.

¹⁵ E. Bulygin, *ibid.*, p. 150.

O, mejor aún, si se podía realmente razonar en términos de enunciados que serían por sí mismos normativos, ¿Cómo explicar que los jueces puedan llegar a demandar si tal texto contiene o no una norma (y, en su caso, ¿cuál?), si tal convención internacional, tal Carta constitucional, tal Declaración de derechos es “vinculante”, o “susceptible de producir efectos” o por último, si una disposición legislativa consagra un “derecho”, en pocas palabras, si tal texto es “normativo”?¹⁶

La respuesta a estas cuestiones no se encuentra en el propio texto. Este último no aparecerá como normativo o por el contrario puramente expresivo después de que los jueces que son los intérpretes la hayan declarado como tal. La identificación del carácter “normativo” de un texto jurídico se debe pues más a cierto uso del lenguaje que a la correspondencia de un enunciado con una realidad que le preexistiera. En otras palabras, no hay ninguna norma sin una interpretación por la cual se ofrece a los enunciados una significación normativa. Es preciso, atribuirlo por un acto y este acto es el resultado de una elección. Esta elección puede estar justificada si bien no es el resultado de conocimiento alguno. En resumen, identificar un texto como normativo no es asunto de conocimiento o razón sino de voluntad, es decir de autoridad.

Es en este sentido que se puede comprender la definición que Kelsen daba una norma como “el significado de un acto de voluntad” El término significado debe aquí ser tomado no en el sentido semántico sino pragmático¹⁷: el acto de voluntad no ha tenido de referente a un mundo normativo específico sino a un uso específico en el mundo empírico a la ayuda de otro acto. Es

¹⁶ O, peor aún, ¿cómo explicar que se pueda hablar, en relación con los principios generales del derecho o la costumbre, de “normas sin textos”?

¹⁷ E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., pp. 161 ss y M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, cit., pp. 173 y ss.

por ello el consagrado puede entenderse como la descripción de un hecho, ya sea como la prescripción de un comportamiento, o como la expresión de un deseo o de un voluntad y es de otra parte entre estos dos últimos significados que se duda a veces frente a algunos textos jurídicos que parecen incluir declaraciones de intención más que las normas.

Todas las teorías de la interpretación no toman en cuenta este elemento. A decir verdad, ni la teoría formalista ni la teoría mixta la comprenden en su complejidad pues ambas tienden a pensar en que los enunciados que son el objeto de una interpretación son ya normas o, para la decirlo de otra manera, que las normas susceptibles de extraerse de estos enunciados son en sí mismas ya conocidas. Sólo la teoría realista toma la cuenta esto como la atribución de que un significado de norma a un enunciado es un asunto de autoridad y no de razón o de la verdad. Pero se podría razonar a la inversa y decir, también, que no son realistas las teorías que no reconocen la importancia de este acto inicial mediante el cual se atribuye a un enunciado el significado de norma más que el significado de una proposición descriptiva o de proposición expresiva¹⁸.

Si bien, una vez admitido que tal enunciado tiene un significado de norma, la interpretación no cesa para siempre. Es preciso “interpretar” los términos que constituyen la “norma” identificada. Por “interpretación” se entenderá determinar las condiciones de aplicación de la norma jurídica con hechos. Pero la medida aquí son dos conceptos de interpretación muy distintos de los que se utilizarán según se describe la interpretación como

¹⁸ Sobre la distinción entre las funciones de la interpretación (identificación de las normas, aplicación de una norma en un caso), E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., pp. 268 y ss., y R. Guastini, *Nuovi Studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, not. cap. 3.

la atribución de un significado de norma a un enunciado (o a una práctica) o que se describe la interpretación como la actividad de cualificación normativa de un hecho concreto, lo que equivale a subsumir un objeto bajo una clase.

Sin embargo, las teorías de la interpretación no hacen uso del mismo concepto de interpretación, no hacen más que el mismo análisis de la libertad que tiene el intérprete en su actividad de interpretación y por tanto de los límites que puede encontrar.

2. LA LIBERTAD DEL INTÉRPRETE (O LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN)

Las tres teorías presentadas no están igualmente vinculadas por la cuestión de la libertad del intérprete. Así, la teoría formalista y cognitiva no tiene ninguna razón a considerar ya que, según ella, el intérprete está obligado a hacer aplicación de un significado objetivo que se le impone. La teoría realista y escéptica, por su parte, se enfrenta a una objeción delicada: si los intérpretes tienen libertad de hacer lo que quieran de los enunciados a los cuales se enfrentan, ¿Cómo explicamos que no sean cualquier cosa, en cualquier momento? Por último, la teoría ecléctica o mixta que explica que la libertad de los intérpretes existe pero es limitada; a su manera, debiendo hacer frente a las dificultades: suponiendo que los intérpretes no estén en posición de elegir un significado más que en los casos difíciles, ¿Cómo identificar estos casos difíciles? Y si la libertad en la que disponen está ella misma enmarcada o limitada por los principios, ¿Cómo estos principios se aplican a los intérpretes y, en su caso, qué podrá imponerles?

En el análisis, sin embargo, se reconoce que las dificultades no son del mismo orden: la teoría mixta debe llegar a demostrar que los límites que invoca son objetivos, mientras que la teoría escéptica debe explicar porque la ausencia de límite que identifica nunca es reconocida por aquellos a quienes describe la actividad.

2.1 Los límites de la interpretación según la teoría mixta

Contra el formalismo cognitivista, sus partidarios afirman que la interpretación de una norma –aquí, su aplicación en un caso determinado– no puede *no* tener en cuenta algunos elementos extra-textuales –de “principios” para los unos¹⁹; el objetivo de la regla para los otros²⁰– pero que siguen siendo jurídicos y se imponen como tales a los intérpretes. La aplicación de una norma en un caso, según esta tesis, no es, o no siempre – mecánica: hay casos en que el significado se da a una norma resultado de una elección. Para ello, esta elección no es arbitraria, precisamente porque se determinará por los elementos extra-textuales que se imponen a los jueces. La teoría realista radical no es, pues, en esta perspectiva, más defendible que la formalista.

Esta teoría suscita una casi unanimidad. Se presenta como la única tesis razonable porque, en el fondo, todo jurista estaría dispuesto a reconocer que existen casos difíciles, para los que la solución no dimana lógicamente de la regla de derecho y que, frente a tales casos, el juez debe buscar la solución además del propio texto y por lo tanto movilizar tanto en otros textos, ya

¹⁹ V. R. Dworkin, “No right answer?” en P.M.S. Hacker and J. Raz, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1977, pp. 58-84; “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?” en R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard UP, 1985, pp. 119-145 et *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. Franc., Paris, PUF, 1995, Chap. 2 et 3; v., también N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, OUP, 2005 y A. Aarnio, M. Atienza, F.J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2010.

²⁰ Cf. A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton and Oxford UP, 2005 o también B.Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton, Princeton UP, 2010 porque “the purpose of the rule is always needed” además “Assumptions about underlying purposes restrict, constrain, shape and rank the possible meanings that occur to interpreters of a rule”.

sea la atención al objetivo que persigue el texto, o incluso buscar los principios (morales) que serían el fundamento del orden jurídico positivo y que se inspiraría en los textos positivos. Se ha intentado incluso demostrar que tanto los partidarios de la teoría formalista como los de la teoría realista la han defendido, a veces sin decirlo, ni saber y que todos estos juristas serían, en realidad, partidarios de un realismo moderado (*balanced realism*)²¹.

Esta tesis permite además poner en tela de juicio la distinción entre la interpretación –conocimientos y la interpretación–voluntad. El argumento invocado es que tiene por objetivo reconstruir y determinar los motivos que justifican la norma, la interpretación permite reducir la indeterminación del derecho. También participa a la vez de una actividad de conocimiento de la norma, mediante el examen de las razones que la justifican, y de producción del derecho porque estos motivos son consagrados por el derecho positivo, a través de disposiciones constitucionales en forma de principio. Por último, porque no se puede conocer una norma en la cual la condición de reconstruir el conjunto de razones que justifican esta norma, se puede concluir que todo conocimiento de la norma participa de una reconstrucción de su justificación²². Al respecto, el derecho internacional público

²¹ Cf. B. Z. Tamanaha, op. cit., que pretende demostrar que la oposición entre principal y realistas, es un mito y que este mito es además muy ampliamente el hecho de realistas, que hubieran necesitado de construir un adversario. En contra, v. B. Leiter, “Legal Formalism and legal Realism: What is the result?”, *Legal Theory*, vol. 16, N. 2, 2010, University of Chicago, Public Law Working Paper n. 320.

²² Cf. R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechts, Frankfurt, Suhrkamp*, 1995, pp. 71-85 (cap. “Juristische interpretación”); M. Atienza, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”, *Isonomía*, n. 1, 1994, pp. 51 ss.; V. Viola, “Interpretazione e indeterminazione della Regola giuridica”, en *Diritto e questioni pubbliche*, 2001-2002, “La interpretazione e giurista”, pp. 49-64; para una versión más sofisticada, v. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Revised 2e ed. rev., Oxford, Hart, 2005, chap. 2.

parece hoy un laboratorio muy interesante para el teórico: la práctica de la interpretación concertada de los tratados internacionales conduce a los que están sujetos a las reglas de los intérpretes y se los aplica a sí mismos: llega a acuerdos interpretativos que son ellos mismos el fruto de la razón²³. Se puede considerar que la interpretación es una actividad que reúne el conocimiento y la voluntad.

Pero esta tesis del realismo moderado se enfrenta a muy numerosas objeciones: Por una parte, presupone que el razonamiento jurídico que consiste siempre en un silogismo práctico y que la premisa mayor de este silogismo no es elegida por el juez, sino que se le impone. Razonar es a menudo ceder a la idea de que la premisa en cuestión es ya una norma identificada por el texto que la contiene. Ahora bien, si de un mismo texto se pueden extraer varias normas, la “premisa” no se impone ella misma al intérprete.

Sin embargo, podría decirse que son a menudo las partes quienes llegan a imponer al juez la norma además susceptible de servir de premisa mayor. Se admitiría mientras que el juez como las partes están de acuerdo sobre el hecho de que la misma norma puede atribuirse a un mismo enunciado. Pero este acuerdo está lejos de resolver todo: no excluye necesariamente que otra norma también pueda atribuirse a este enunciado por uno de los intérpretes o que este mismo enunciado implique él mismo implícitamente otra norma o que la norma en que se reconoce pueda ser objeto de una excepción²⁴.

²³ F. Viola, “Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria dell’interpretazione giuridica”, *Ragion Pratica*, 2001, n. 17, p. 53-71.

²⁴ R. Guastini, “Eugenio Bulygin e Tecla Mazzarese su interpretazione e proposizioni normative”, *Diritto e questioni pubbliche*, n. 6, 2006, pp. 97-100 reimp. *Nuovi studi sull’interpretazione*, cit., cap. 4.

Además, aunque habría acuerdo sobre una norma, aún es necesario llegar luego a demostrar que, de esta norma, el juez llega a tomar lógicamente en cuenta la solución individual del caso que le sea presentada. Si bien cabe mostrar que incluso en los sistemas normativos dinámicos, como lo es un sistema jurídico, existen normas individuales (o, al menos, unos contenidos normativos) que pueden ser derivadas de normas generales (o de otros contenidos normativos) – en virtud del cual el funcionamiento del lenguaje jurídico también obtiene préstamos del lenguaje ordinario²⁵. En otras palabras, si existe una norma de que todos los ladrones deben ser castigados, y si está establecido que Sócrates ha robado una manzana, se podrá “deducir implícitamente” que Sócrates debe ser castigado. Pero el problema es menos de saber si la inferencia es lógicamente válida que si se es jurídicamente²⁶. Ahora bien, en derecho, la validez de la inferencia lógica no determina la inferencia de la validez de la norma jurídica: aunque la lógica y el funcionamiento del lenguaje ordinario desearían que Sócrates sea castigado, no se considerará como si fuese condenado por un juez. Este puede ciertamente justificar la norma que plantea invocando la necesidad de dar cumplimiento a la lógica y la presencia de una norma implícita. Pero este argumento basado en la lógica es sólo un argumento entre otros: no se impone el mismo ni siquiera por razones lógicas. En otras palabras, una norma lógicamente implícita no es jurídicamente válida más que en la condición de ser denominada lógicamente implícita

²⁵ V. U. Schmill, “Derecho y lógica”, *Isonomía*, n. 1, 1993, pp. 11-26; E. Bulygin, “Lógica y normas”, *Ibid.*, p.p 27-35 et U. Schmill, “Lógica y normas positivas. Réplica a Eugenio Bulygin”, *Isonomía*, n.4, 1996, pp. 78-85.

²⁶ V. L. Gianformaggio, In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 22, 56 y 80 ss; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, op. cit., pp. 70 y ss; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, cit., cap. III.

por un intérprete depositario él mismo de la competencia de explicitar lo implícito²⁷.

A decir verdad, no puede decirse que de la conformidad a la lógica en el sentido literal de las disposiciones, la finalidad de la ley o de la intención del autor (ya sea del legislador o de las partes a una convención): no son más que argumentos para justificar una decisión. No son inútiles en sí mismos y merecen ser tomados en serio pero ninguno determina aisladamente y por sí mismo la opción elegida.

Por otra parte, la tesis del realismo moderado no se pregunta sobre la pertinencia de la distinción entre los casos fáciles y los casos difíciles (*easy cases vs. hard cases*) sino en la toma de una decisión²⁸. Ahora bien, se llama difícil el caso de que no hay ninguna norma que determina una solución única y no hay ninguna solución única cuando el significado de la regla es en sí misma indeterminada. Pero, ¿Cómo establecer que el significado de la regla es en sí misma indeterminada, si no que demuestre que no hay ninguna solución única? Por el contrario, ¿Cómo demostrar que existe una solución única, en caso contrario, afirmando que la regla no es indeterminada? Se trata de medir que la definición de un caso difícil (o de un caso fácil) es en sí misma redundante y basada en una pura petición de principio: presupone, sin demostrar, que existirían significados determinados y otros que no lo son.

En realidad, contrariamente a lo que pretenden aquellos que lo empleen, esta distinción no describe nada de empírico ni de

²⁷ V. U. Schmill, "Lógica y normas positivas. Réplica a Eugenio Bulygin", art. cit.

²⁸ F. Schauer, *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

objetivo: la calificación es por el contrario evaluativa y puede utilizarse para justificar la aplicación de una única norma que sea el recurso a la conciliación de varias. En otras palabras, esta distinción es a la discreción de los jueces pero no puede servir de instrumento de medida de un poder discrecional él mismo, propiamente dicho, inconmensurable – no es que sea “excesivo” sino que nadie dispone de un instrumento para medirlo.

Muchos jueces, si no todos, se adhieran a la tesis del realismo moderado y enfrentan a menudo su práctica en la teoría realista en su versión escéptica²⁹. Aparece aquí la dificultad a que está expuesta esta última teoría: aquellos a quienes describe la práctica son los primeros en rechazarla. Antes de examinar el fundamento del argumento, aún hay que precisar la teoría en cuestión.

2.2 Los límites de la interpretación según la teoría escéptica

Cabe distinguir dos variantes de la teoría escéptica en relación a la cuestión de los límites de la interpretación.

Según una primera variante, los límites de la interpretación son el marco que dibuja el texto de la ley o de la disposición aplicable. Es la tesis que defendía Hans Kelsen y que los llevaba a distinguir la interpretación “científica” de la interpretación “auténtica”. Mientras que en la primera se describen los diversos significados o normas que pueden extraerse de un texto, el segundo consiste en una elección entre las distintas normas. La

²⁹ V., las citas numerosas que refieren Brian Tamanaha en su libro y que todas tienden a demostrar que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no es arbitraria porque existe realmente los casos en que el juez no puede hacer otra cosa que se aplique el texto, y de otros casos en que el juez se enfrenta a lagunas que lo lleven a imaginar una solución que el derecho positivo no regula.

elección es ciertamente un acto de voluntad pero encuentra esos límites en un marco trazado por un acto de conocimiento³⁰.

En estas circunstancias, hay que admitir que la oposición entre los dos tipos de interpretación –auténtica y científica– no es tan radical como se puede pensar intuitivamente. Kelsen se da cuenta de este equívoco y afirma un poco más lejos que: “La interpretación auténtica, es decir la interpretación de las normas por los órganos jurídicos que deben aplicarlas, no permite solamente realizar una de las posibilidades reveladas por la interpretación –a base de conocimiento– de las normas a aplicar, sino que *también puede conducir a la creación del marco que constituyen las normas que deben aplicarse*”³¹.

Ahora bien, de dos posibilidades una: o bien se admite que el interpretación es llamada auténtica, porque está relacionada con esta actividad de conocimiento. El intérprete debe efectivamente basar su interpretación sobre esta actividad de conocimiento que, a su vez, puede ser controlada a la luz de esta interpretación “científica” –ello equivale a subordinar la aplicación del derecho positivo a la ciencia, transformando de un mismo golpe esta última en un criterio de evaluación del derecho positivo; o bien, se admite que no hay ningún vínculo entre las dos interpretaciones y el órgano de aplicación es efectivamente libre de plantear la norma que quiere– pero entonces, poco importa la ciencia: aplicar el derecho es decidir el significado de los textos aplicables.

Es fácil de comprender en qué dilema Kelsen se ha encontrado: por un lado, desea afirmar que los órganos de aplicación son

³⁰ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*. cit., p. 460 “En la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación del derecho a aplicar, por una operación de conocimiento, se une a un acto de voluntad por el cual el órgano aplicador del derecho hace una elección entre las posibilidades reveladas por la interpretación a base de conocimiento”.

³¹ *Ibid.*, p. 461. Subrayado mío.

efectivamente libres de plantear las normas que quieren, porque son los únicos con poder de imponer un significado; de la otra, no puede reconocer que estos significados no son producidas *ex nihilo* porque los órganos de aplicación del derecho no viven en un mundo aparte sino que están implicados en un contexto de significación y están en cierto modo limitados por el uso del lenguaje ordinario³².

Lo cierto es que Kelsen emplea la palabra interpretación en dos sentidos diferentes: interpretación como inventario de los significados e interpretación como elección de un significado. No hay, propiamente dicho, ningún vínculo entre los dos conceptos porque no hay ninguna norma de derecho positivo que obligue a los órganos de aplicación a elegir un significado en el inventario que la interpretación científica podría proponer. Sin embargo, el problema del carácter creador de la interpretación de los jueces no proviene de lo que es una interpretación, sino de lo que es auténtico³³. De ahí una segunda propuesta: se ha visto que los órganos de aplicación, cuando eligen un significado, no están vinculados por las interpretaciones que la ciencia del derecho puede proponer, sino no lo son más por otras interpretaciones. De tal forma, que su elección siempre toma en cuenta criterios extra – jurídicos, es lo que Kelsen reconoce como voluntad. Es por tanto únicamente la cuestión de la autoridad del órgano quien determina el carácter auténtico o no de una interpretación y no su carácter racional³⁴.

³² V. R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, cit., cap. 3 §8.

³³ Como justamente lo señala. M. Losano, "Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen", *Riv. Inter. di Fil. del Diritto*, 1968, pp. 524-545 ici p. 537, Que proponía redefinir la primera como "Estructura de la interpretación" y la segunda como la "función de la interpretación".

³⁴ Riccardo Guastini distingue, en el seno de la interpretación como actividad de voluntad, la interpretación decisión, que equivale a elegir una significación determinada entre las previamente identificadas (o

Según una segunda variante, los intérpretes disponen de una libertad total para la elección del significado a atribuir a un texto aplicable³⁵. Para ello, esta libertad no los conduce a hacer cualquier cosa: es de esas ventajas que conviene usar sin abusar ya que se desarrolla en un contexto específico, el del sistema jurídico, que supone la intervención de un gran número de intérpretes. Ahora bien, por una parte, no todos tienen ciertamente la facultad de decidir en última instancia; por otra parte, aquellos que disponen de esa facultad no lo utilizan todo el tiempo. Esto contribuye en crear una red de limitaciones en el que se encuentran atrapados los intérpretes y que determinan sus opciones de significado. Así como la justificación de estas opciones³⁶. En otras palabras, la libertad de un intérprete auténtico se detiene donde comienza la de otro. Pero todos los intérpretes se encuentran en la necesidad práctica –y no la obligación jurídica– de justificar el ejercicio de la libertad de elección. Sin embargo, paradójicamente, para una autoridad que se encuentra en una situación de extrema libertad, el mejor argumento para justificar sus elecciones consiste en

identificables) en el inventario de los significados posibles, y la interpretación-creación por la cual se atribuye a un texto un significado que no figuraría en el inventario resultante de la interpretación- conocimiento y que sería así incluso inesperada o nueva. Si esta distinción tiene el mérito de destacar que los intérpretes no viven en un mundo de significado aislado, sigue siendo una utilización delicada: por una parte, el concepto de interpretación-decisión que se quiere parece mezclado de psicología; por otra parte, cabe preguntarse si la distinción hace aún cuenta de la interpretación como actividad y no ya de la interpretación como resultado de esta actividad, R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, cit., pp. 16 ss y ahora *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. fran. de V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, 2010, pp. 199 y ss.

³⁵ El mejor representante de esta tesis es ciertamente hoy día Michel Troper, v. *supra*, nota 2.

³⁶ Cf. V. Champeil-Desplats y M. Troper, "Proposition pour une théorie des contraintes juridiques", en M. Troper, V. Champeil-Desplats, CH. Grzegorzcyk, (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGD-Bruylant, 2005, pp. 11-23.

demostrar que esta elección se impone a ella o que no puede hacer otra cosa que aplicar esta disposición más que otra, en resumen, que no es libre de hacer lo que quiere pero está obligada a decidir como lo ha hecho.

Esta teoría suscita numerosas objeciones. En primer lugar, se puede examinar su valor descriptivo. En efecto, si se observa, parece no ser más que una vasta proposición analítica que toma la forma del siguiente silogismo: “interpretar es elegir, entonces, elegir es el querer interpretar esta voluntad” Ahora bien, se tendría enormes dificultades para encontrar un fundamento empírico a la premisa mayor –“interpretar es elegir”–: esta es una definición estipulativa del verbo “interpretar”, que no es ni verdadera ni falsa y no describe los usos lexicales del término³⁷. Por consiguiente, se puede concluir que esta teoría no describe lo que hacen “realmente” los jueces, sino que se limita a describir el significado que da al verbo “interpretar” O, peor aún, que ella está desprovista de objeto y contradicción, pues al mismo tiempo que sostiene que no hay de significado, sino solamente la “determinación del significado” presupone que los enunciados que somete a su análisis tienen un significado y que es posible conocerlos³⁸.

Del mismo modo, se puede señalar que esta teoría tiende a disolver la distinción entre creación (o producción) del derecho y aplicación del derecho. Si bien esta distinción es discutible en la medida en que es evidente que la actividad jurisdiccional no es puramente mecánica, no es menos cierto que, por una parte, si el

³⁷ V. G. Just, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, 2005, pp. 208 y ss.

³⁸ O. Pfersmann, “Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation”, RFDC, n. 52, 2002/4, pp. 789-836 y “Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper”, *Ibid.*, pp. 759-788 y M. Troper, “Réplique à Otto Pfersmann”, *Ibid.*, n. 50, 2002/2, pp. 335-353.

legislador y el juez disfrutan los dos de un poder discrecional, este poder no se ejerce en las mismas condiciones: el legislador no está obligado por los textos anteriores, mientras que el juez sí lo está. Es cierto que la obligación es baja, ya que los textos de leyes no son unívocos, pero una obligación baja es todavía una obligación y la variante radical de la teoría escéptica parece excluir un poco apresuradamente³⁹. Y cabe añadir, para concluir, que si los jueces se comportan a veces como legisladores, no pueden limitarse a no ser unos legisladores porque deben garantizar la ejecución de sus propias decisiones ya sea para otros, o para sí mismos⁴⁰.

Finalmente, se puede juzgar no solamente que la teoría de las obligaciones, no llega a trazar la frontera entre las obligaciones puramente jurídicas y las otras sino que también está redescubriendo el hilo de cortar la mantequilla porque todos los juristas presuponen la libertad del juez y la fuerza de los argumentos que los movilizan. Si por obligaciones se entiende indicar que, como Teseo en su laberinto; el juez no puede llegar a esa solución sin dejar de utilizar tal argumentación, entonces, hay que reconocer que esta teoría es la que adoptan implícitamente los juristas.

También se basan en que, estas críticas permiten paradójicamente poner de relieve la pertinencia de la teoría en cuestión, en la condición de redefinirla: no es *otra* teoría de la interpretación, sino una metateoría del derecho: no se encuentra al mismo nivel de lenguaje que las otras teorías de la interpretación jurídica; ni propone un modelo de interpretación, ni prescribe lo que debería jurídicamente –o moralmente– hacer el intérprete; por último, llega a una definición específica del ordenamiento jurídico.

³⁹ R. Guastini, "Michel Troper e l'interpretazione della Costituzione", en P. Ccomanducci y R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., pp. 249-265 not. pp. 256 y ss.

⁴⁰ J. M. Denquin, "Observaciones sobre la teoría realista de la interpretación", art. cit.

Por una parte, la teoría escéptica de la interpretación emplea el término “teoría” en un sentido puramente analítico y descriptivo. No tiene pues ninguna vocación de proporcionar herramientas para tratar de resolver los problemas de interpretación y por los que se pasaría quien entendiese la interpretación como correcta o razonable. Estos últimos adjetivos califican de hecho, menos la actividad de interpretación que el resultado de la actividad y la calificación es en sí misma el resultado de un juicio de valor y no de una descripción. Sin embargo, la gran diferencia entre la teoría escéptica (en sus dos variantes) y otras reside precisamente en el hecho de que la primera carece de cualquier dimensión normativa cuando los segundos buscan soluciones normativas a problemas normativos.

Por otra parte, la teoría escéptica no ofrece una definición lexical rindiendo cuentas del uso del término interpretación en el discurso de los juristas, sino que tal definición no permitiría comprender lo que hacen “realmente”. A lo mejor daría cuenta de lo que dicen que hacen⁴¹. Si se quiere aprovechar lo que hacen realmente los jueces, es necesario pues describir su actividad en ayuda de conceptos distintos de aquellos que utilizan. El concepto de interpretación de la teoría escéptica en su versión realista radical es mucho más amplio que el generalmente utilizado por los juristas, y en particular los jueces, ya que la interpretación comienza en el momento en que se atribuye el significado de norma a un enunciado. Tal atribución es, por otra parte siempre voluntaria y no cognitiva de forma que los límites de esta

⁴¹ Ahora bien, las afirmaciones de los magistrados serían tomadas en cuenta como la experiencia del primer interesado en contradicción con cualquier precaución metodológica elemental, v. J.L. Mackie, “The Third Theory of Law”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n. 1, pp. 3 y ss, ici p. 7: “There is a distinction –and there may be a divergence– between what judges say they are doing, what they think they are doing, and the most accurate objective description of what they actually are doing”.

interpretación reside en la imaginación de los intérpretes⁴². Son las que se imponen a sí mismos.

Así, esta teoría escéptica es una metateoría en la que se describe la estructura lógica de la argumentación que los jueces están obligados a movilizar para dar cuenta de su acción, a saber, que la norma de derecho será obligatoria para ellos “salvo excepción” De los casos difíciles resultantes de una indeterminación general, lagunas, antinomias, etc. Esta “teoría” de los jueces tiene el mérito de reproducir una representación del derecho como un conjunto de normas conocidas e identificables por anticipado. Se utiliza, por los jueces, como una justificación de su libertad. Ella es igualmente utilizada por los juristas científicos –*la doctrina*– pero en un doble sentido: como una prescripción, más jurídica que moral o más moral que jurídica, los límites que los jueces no deben atravesar y como una descripción de que los jueces no cruzan efectivamente nunca estos límites ya existe siempre una buena razón para su “interpretación”⁴³. En estas circunstancias, todo juicio puede describirse como una actividad sujeta a las normas preexistentes y no una creación personal y subjetiva del derecho positivo válido *erga omnes*.

En tanto que metateoría, la teoría escéptica describe la función de la teoría de la interpretación que adoptan los juristas en general y los jueces en particular. Al hacerlo, se pone de relieve que todo jurista sabe en el fondo de ella, sin confesarlo siempre, y que está tratando de ocultar detrás de construcciones académicas tal como la razón práctica: la libertad de los intérpretes no está

⁴² La prueba de ello es que pueden, si lo desean, eludir el contenido del texto invocando los principios definidos como normas sin textos y construyendo una “teoría” de estos principios para justificar esta práctica, v. P. Brunet, “À quoi sert la “théorie” des principes généraux du droit?” en S. Caudal (dir.), *Les Principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 175-187.

⁴³ Para una ilustración de esta ambivalencia v. N. Maccormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, OUP, 2007.

limitada por una “obligación” de aplicar un texto siguiendo un hipotético silogismo sino “obligado” por la justificación que todo intérprete se siente obligado a prestar en respaldo de su propia decisión interpretativa.

No se debería tomar esta metateoría como un punto de llegada. Si no fuera así, sin duda, redescubriría el agua caliente o al cuchillo para cortar la mantequilla. Esta teoría escéptica equivale en realidad, a una definición específica del orden jurídico que no es más un conjunto de normas, sino un conjunto de actos que reciben el significado de normas. En efecto, sobre la base de la distinción entre el enunciado de la norma, reconoce que no hay una norma si no hay un acto de voluntad que la pone y que este acto de voluntad debe ser identificado como tal en el sistema de actos dentro del cual interviene. Por consiguiente, una autoridad no puede plantear normas que atribuyan un significado a un acto de otra autoridad y, al mismo tiempo, justificar su propia competencia para hacerlo. En estas circunstancias, se está en condiciones de dar cuenta del modo por el cual estas normas son efectivamente conocidas y realmente producidas, su evolución en el tiempo y las posibles contradicciones que esos cambios pueden llevar consigo, sino también de las estrategias interpretativas que ponen en marcha los diversos intérpretes cuyas competencias en la materia pueden entrar en conflicto⁴⁴.

Entonces es mejor usar esta metateoría como un punto de partida, una vía de entrada, en resumen, la condición *sine qua non* para una descripción objetiva de los modos de producción

⁴⁴ A título de ejemplo, v. M. Troper, “La signature des ordonnances. Fonctions d’une controverse” (1987), réimp. ds Pour une théorie juridique de l’État, cit., pp. 275 y ss; J. Meunier, Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d’analyse stratégique, Paris, LGDJ, 1994 y P. Brunet, «L’articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné», en J.-B. Auby (dir.), L’influence du droit européen sur les catégories du droit français, Paris, Dalloz, 2010, pp. 195-213.

del derecho y de la estructura del orden jurídico, bajo la— doble y última— reserva de no confundir el derecho con lo que dicen de sí mismos aquellos que lo hacen y no ceder a la ilusión de lo que se debe ser.

COLECCIÓN
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS
DEL DERECHO

35

Directores

Carlos Arturo Hernández

Santiago Ortega Gomero

INTERPRETACIÓN, PRINCIPIOS Y POSITIVISMO JURÍDICO

La Filosofía del Derecho en la Francia Actual

2016

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA VOLUNTAD GENERAL

El juez constitucional y la voluntad general <i>Michel Troper</i>	11
Producción y sentido de los principios: relectura analítica <i>Veronique Champeil-Desplats</i>	33
Interpretación normativa y estructura del sistema jurídico <i>Pierre Brunet</i>	51
Positivismo y derechos del hombre: un asunto doblemente estratégico <i>Eric Millard</i>	79
Contra el neo – realismo jurídico. Por un debate sobre la interpretación <i>Otto Pfersmann</i>	95