



**HAL**  
open science

# Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica

Thomas Hochmann

► **To cite this version:**

Thomas Hochmann. Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica. Revista Discusiones, 2024, 33 (2), pp.35-77. 10.52292/j.dsc.2024.4289 . halshs-04758425

**HAL Id: halshs-04758425**

**<https://shs.hal.science/halshs-04758425v1>**

Submitted on 4 Nov 2024

**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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

## Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica

*Some Theoretical Remarks on Scientific Interpretation*\*

Thomas Hochmann\*\*

Recepción: 03/07/2023

Evaluación: 10/08/2023

Aceptación final: 05/09/2023

**Resumen:** En contra de las concepciones de la escuela de Nanterre, este ensayo defiende la posibilidad y el interés de una descripción objetiva del derecho positivo. Una vez que se precisa un concepto de derecho, parece claro que existe un único “método” de interpretación de los enunciados jurídicos y que es sencillo de llevar a la práctica. El argumento propuesto distingue diferentes tipos de significados implícitos, que son tanto rechazados como admitidos por la interpretación científica. Diferentes argumentos que podrían ser esgrimidos en contra de esta afirmación son luego combatidos: el escepticismo lingüístico, la idea de que la interpretación científica sería expresión de una elección ideológica, o que enmascararía el poder de las autoridades jurídicas. Finalmente, el texto detalla la manera en la que coexisten los diferentes significados de un enunciado jurídico, y muestra que los resultados que pueden obtenerse revisten un gran interés.

**Palabras clave:** interpretación, normativismo, realismo.

**Abstract:** Against the conceptions of the Nanterre school, this essay defends the possibility and the interest of an objective description of positive law. After clarifying a concept of law, it appears that there is only one

\* Traducción del francés por Federico José Arena.

\*\* Doctor en derecho, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Francia. Profesor de Derecho Público, Université Paris Nanterre, Centre de Théorie et Analyse du Droit; Institut Universitaire de France, Nanterre, Francia. Correo electrónico: thomas.hochmann@gmail.com

“method” for interpreting legal statements, and that it is easy to implement. The demonstration distinguishes different types of implicit meanings, which are either rejected or admitted by scientific interpretation. Various arguments likely to be opposed to this approach are then combatted: linguistic skepticism, the idea that this approach towards interpretation would reflect an ideological choice, or that it would mask the power of legal authorities. Finally, the article details the way in which the different meanings of a legal statement coexist, and shows that the results likely to be obtained are of great interest.

**Keywords:** interpretation, normativism, realism.

## 1. Introducción

No hay en Francia una revista equivalente a *Discusiones*. En efecto, son muy pocos los debates que han tenido lugar en los últimos años. Una excepción importante se refiere a “la teoría realista de la interpretación” desarrollada en la universidad de Nanterre, la cual ha sido objeto de múltiples discusiones, entre ellas, el bien conocido intercambio entre Otto Pfersmann (2002a y 2002b) y Michel Troper (2002a). Siendo discípulo del primero<sup>1</sup> y habiendo sido recibido de manera formidable por los discípulos del segundo en Nanterre, agradezco a *Discusiones* por darme la posibilidad de continuar aquí el “debate sobre la interpretación” que convocó a Pfersmann (2002a, p.789).

Mi objetivo es simple: pretendo defender, contra la concepción dominante en Nanterre, la posibilidad y el interés de una descripción objetiva del derecho positivo concebido como un sistema normativo. Este objetivo requiere, en primer lugar, ofrecer varias definiciones (1). Luego, introduciré la interpretación científica del derecho (2) antes de defenderla contra algunas críticas (3) y concluir (4).

<sup>1</sup> Véase mi tesis doctoral dirigida por Otto Pfersmann (Hochmann, 2013).

## 2. Definiciones preliminares

### 2.1. Interpretación del derecho

La interpretación científica que pretendo defender es un tipo de interpretación jurídica, es decir, interpretación aplicada al derecho. La interpretación consiste en buscar el significado de algo, un enunciado o cualquier otro símbolo. El término también puede referirse al resultado de esa actividad, al significado o significados obtenidos. Sin embargo, entre los juristas también se utiliza con frecuencia de forma mucho más amplia, para describir todo el proceso de concretización del derecho. Bajo una concepción amplia, señala Frydman (2007) “la interpretación designa cualquier forma de razonamiento jurídico que conduce a la solución de un caso” (p. 15). Andrei Marmor (2014, p. 112) va aún más lejos: la interpretación no consiste en saber qué dice el derecho, sino en cómo complementar o modificar la ley. Estas concepciones extremadamente amplias de la interpretación son engañosas: designan decisiones perfectamente subjetivas mediante un término que conlleva una connotación objetiva y cognitiva.<sup>2</sup> Es entendible que los jueces hablen en este sentido de interpretación, para presentar su decisión como el descubrimiento objetivo de la solución dada por el derecho. Pero debemos evitar esta confusión. La interpretación jurídica no designa la totalidad de las actividades de los juristas.

Para precisar de qué se trata la interpretación jurídica es necesario adoptar una concepción del derecho. Siguiendo al positivismo normativista vienés, que pretende distinguir el derecho tanto de la moral como de los hechos,<sup>3</sup> el derecho se concebirá aquí como un sistema de normas puestas por seres humanos.<sup>4</sup> El carácter sistemático se deriva de que el modo de creación de normas está previsto por otras normas del sistema.

<sup>2</sup> Véase Pfersmann (2015), en particular sección 15-18, 46 y ss. Véase, no obstante, el trabajo de Sandro (2022, p. 160).

<sup>3</sup> Véase Paulson (2000, p. 280); Nogueira Dias (2005, p. 9 y ss.); Jestaedt (2013, p. 1014).

<sup>4</sup> El derecho se distingue de otros sistemas normativos únicamente en virtud de la suposición de validez bajo el cual es concebido. En la teoría pura del derecho, este supuesto se denomina “norma fundamental”. No necesito desarrollar este punto aquí. Véase Jestaedt (2019, p. 223) y Hochmann (2019a, p. 286).

Ahora bien, es esencialmente a través del lenguaje que los seres humanos ponen normas.<sup>5</sup> La interpretación jurídica consiste, por tanto, en buscar el significado de los enunciados jurídicos.

Por último, hay que distinguir, siguiendo a Kelsen (1999), según quién sea el autor de la interpretación. La interpretación “científica” es la que practica el observador que procura describir el derecho. La interpretación “auténtica”, por su parte, es la que lleva adelante un organismo jurídicamente autorizado a producir derecho.

## 2.2. Interpretación auténtica

Este concepto está en el centro de un conjunto de confusiones que, en parte, se deben al mismo Kelsen. Cuando se refiere a la “interpretación auténtica”, en realidad parece referirse a dos tipos de actividades llevadas a cabo por un órgano jurídico. Se trata, en primer lugar, de una interpretación en sentido estricto, es decir, de la búsqueda del significado de los enunciados, que el órgano lleva a cabo para identificar la norma que debe aplicar. En este sentido, la interpretación es “un proceso intelectual que necesariamente acompaña al proceso de aplicación de la ley” (Kelsen, 1999, p. 335). Pero Kelsen también designa imprecisamente como “interpretación” la elección por parte de ese órgano de la norma más concreta que produce: para este órgano la interpretación consiste en “saber cuál es el contenido que debe dar a la norma individual que debe deducirse de la norma general [...] en su aplicación a un caso concreto” (Kelsen, 1999, p. 335).<sup>6</sup> En realidad, es esencialmente este proceso de creación del derecho lo que Kelsen trata bajo el término “interpretación”.

Ahora bien, la ausencia de una distinción clara entre interpretación y creación de derecho es fuente de otra confusión, que consiste en afirmar que el intérprete auténtico crea la norma que aplica. Para Troper, por ejemplo, la interpretación dada por el tribunal de última instancia “crea una norma general, que es el significado del texto que debe aplicar” (1994,

---

<sup>5</sup> Dejo aquí de lado el problema de la costumbre que no es de interés para la interpretación.

<sup>6</sup> Véase Pfersmann (2002a, p. 807 y ss.).

p. 90 y 304). Para Riccardo Guastini (2010), dado que un enunciado es susceptible de varias interpretaciones diferentes, “el sistema está destinado a cambiar, según cuál sea la interpretación dominante o estable, sin que cambien las propias fuentes del derecho” (p. 42). Por supuesto, estas afirmaciones son correctas (incluso triviales) si consideramos que el derecho simplemente se corresponde con lo que ciertos operadores dicen que es, por ejemplo, con las normas “utilizadas para motivar las decisiones” (Guastini, 2013b, sección 35). Pero si mantenemos una concepción sistemática del derecho, si consideramos que las normas jurídicas sólo pueden producirse en virtud de otras normas jurídicas, entonces debemos advertir que la única norma creada por el órgano jurídico es la norma de aplicación, y no la norma aplicable. Por ejemplo, el juez constitucional puede demoler una ley, pero no puede modificar la Constitución. Incluso es probable que la interpretación que un juez haga de la Constitución sea nuevamente empleada (mobilisée) por otro juez u otro órgano en el futuro. Una jurisprudencia asentada, tal como una práctica política habitual, desarrollará la “presión del precedente”. Pero esa jurisprudencia no modifica el texto de la Constitución y las normas que esta expresa, que siempre pueden identificarse mediante interpretación científica.

### 2.3. Interpretación científica

La interpretación científica consiste en identificar el significado o significados que comunican los enunciados jurídicos. Ésta es la operación que permite conocer el derecho positivo. Cuando un enunciado admite varios significados, la interpretación científica no consiste en elegir entre ellos, sino en constatar esta ambigüedad. Los argumentos a favor de una u otra interpretación ya no son una cuestión de interpretación científica.

Conceptualmente se pueden distinguir tres tareas diferentes, aun cuando, sin duda, suelen estar mezcladas en la práctica o, a veces, ausentes de la reflexión real sobre un caso concreto. Una primera tarea consiste en identificar los diferentes significados de un enunciado. La segunda consiste en elegir uno de estos significados, o incluso elegir un significado que no esté admitido por ese enunciado. La tercera consiste en elegir una norma

concreta (en el caso de un órgano jurídico) o imaginar una aplicación (en el caso de la dogmática). La interpretación científica se refiere sólo al primer punto, la identificación de los diferentes significados de un enunciado. La interpretación científica no pretende indicar una única solución para cada caso concreto.

Una parte importante de los estudios sobre la “interpretación jurídica” cumple la función de indicar al juez cómo llegar a una solución adecuada en los litigios que son sometidos a su decisión. Por su parte, en cambio, la interpretación científica no pretende en modo alguno proporcionar un método para resolver disputas. Su utilidad para la práctica es limitada: es una herramienta para describir el derecho y no un medio para justificar una decisión. La interpretación científica no nos permite saber qué decisión debe tomar el juez. Por ello, denunció Gény (2016) es “impotente para satisfacer las necesidades legítimas de la vida” (p. 9). Se trata de una herramienta minimalista, “que no ayudará a los jueces a resolver la mayoría de los problemas que encuentran”, añade Marmor (2014, p. 128). Pero la interpretación científica reivindica esta falta de utilidad práctica: su objetivo es describir el derecho, no modificarlo.

## 2.4. Teoría y ciencia del derecho

Las teorías de la interpretación llamadas “realistas” no están muy interesadas en la interpretación científica. Los genoveses, por ejemplo, están atentos a señalarla (Guastini, 2013b, sección 10, nota 11 y sección 56; Chiassoni, 2019, pp. 27, 109 y ss.), pero en realidad la interpretación científica no está en el centro de su atención. La crítica genovesa respecto de los discursos sobre la interpretación se centra, en primer lugar, en quienes defienden la existencia o bien de un único significado del texto, o bien de una única solución a la controversia, ya sea porque deben hacerlo (los jueces) o porque quieren hacerlo (escritos dogmáticos que pretenden orientar la jurisprudencia). Esta actitud aparece por ejemplo en *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, la extensa obra que Pierluigi Chiassoni ha dedicado a la interpretación. Si bien su análisis no se limita al estudio de la actividad de los jueces, son ellos quienes casi siempre están en primer plano

(Chiassoni, 2019, p. 49), o incluso quienes en ocasiones constituyen objeto exclusivo de la investigación.<sup>7</sup> La idea de que el “juego interpretativo” puede terminar cuando se han identificado los diferentes significados posibles no parece merecer mucha atención.<sup>8</sup> Esta actitud se justifica perfectamente en el marco de un enfoque realista: pretende describir la práctica de los juristas, y esta última no da mucho espacio a la interpretación científica.

Aquí adopto una concepción muy diferente de la teoría de la interpretación. Para mí se trata de establecer la manera de llevar a cabo una interpretación científica y, por tanto, de conocer el derecho positivo. Las teorías realistas de la interpretación (o las teorías realistas del derecho) persiguen un objetivo completamente diferente: buscan proporcionar los medios para estudiar los discursos sobre el derecho. Procuran ofrecer un “informe” de la interpretación realizada por los diversos actores del ordenamiento jurídico y, en particular, por los jueces (o más bien, debería decirse, un informe de lo que los jueces hacen cuando dicen que interpretan) (Chiassoni, 2019, p. 48).<sup>9</sup> Por lo tanto, estas teorías no tienen dificultad en demostrar que no describimos fielmente la actividad de los jueces si afirmamos que se limitan a aplicar mecánicamente el derecho o a encontrar las normas preexistentes del derecho. Estas observaciones, sin embargo, no alcanzan en modo alguno a la interpretación científica. Esta última no pretende describir la práctica de los jueces, por lo que no podemos decir que sea falsa *porque* no se corresponde con esta práctica (Chiassoni, 2019, pp. 152 y 157; Guastini, 2011, p. 160). En términos más generales, los realistas están esencialmente

<sup>7</sup> Siguiendo a Chiassoni (2019) “Por interpretación entiendo la actividad, llevada a cabo por el juez para decidir un caso” (p. 126).

<sup>8</sup> Véase Chiassoni (2019, p. 59 y p. 71 y ss.). Así, a los juegos interpretativos “abiertos” que no avanzan sobre los resultados indeterminados, Chiassoni (2019, p. 64) opone los juegos “bien diseñados” (*well-designed*) que apuntan a resolver la indeterminación. Se me concederá que lo contrario a “abierto” no es “bien diseñado” y que esta elección de términos es bastante reveladora. Si estos juegos están bien diseñados es porque se trata de una actividad dirigida a decidir casos, más que a conocer el derecho tal como es.

<sup>9</sup> Chiassoni (2019) ha señalado en varias ocasiones: “dar cuenta, aquí y ahora, de la forma en que se interpretan los enunciados legislativos” (p. 54). El objeto de la investigación es “la práctica judicial de la interpretación de leyes” (p. 70). Por su parte, Guastini (2011) escribe “El análisis y la reconstrucción racional de la práctica de adscripción de significado de los juristas” (p. 156). Véase también Giovanni Tarello (1993, p. 366). Sobre esta concepción de la teoría de la interpretación, véase Sandro (2021, p. 109).



interesados en aquellos discursos que pretenden determinar en cada caso el significado único y preciso del texto, y es fácil para ellos mostrar que estas supuestas descripciones ocultan decisiones.<sup>10</sup> Pero la interpretación científica de ninguna manera busca “resolver” la ambigüedad de los enunciados o la naturaleza vaga de los conceptos: se contenta con identificarlos. De todos modos, si bien la interpretación científica no es alcanzada por buena parte de las reflexiones realistas, ciertos argumentos le conciernen, y volveremos a ellos después de haber presentado con mayor precisión en qué consiste.

### **3. Presentación de la interpretación científica**

Dado que la interpretación científica se ocupa de identificar los significados expresados por los enunciados del derecho positivo, y no de elegir entre ellos o de indicar la mejor solución para un caso concreto, escapa a la mayoría de los debates sobre la “interpretación”, que en realidad se refieren a estas cuestiones y hacen que este tema parezca un problema de insondable complejidad. Adaptada a su objeto (3.1), la interpretación no parece una empresa tan complicada (3.2). Daremos algunos ejemplos de su implementación (3.3) antes de detenernos en un problema concreto (3.4) y especificar los resultados a los que conduce (3.5).

#### **3.1. Un método dependiente del objeto**

Cualquier teoría de interpretación jurídica necesita un concepto de derecho, porque la elección de un método de conocimiento depende del objeto a estudiar. Si se desea saber si un niño tiene fiebre se usará un termómetro, no una regla de doble decímetro. Para no perder de vista su objeto, el método de interpretación debe ser determinado por él, adaptarse a él (Jestaedt, 2000). Ningún análisis del derecho puede prescindir de este tipo de presuposiciones. No podemos buscar en el derecho la definición de

derecho, ya que hasta entonces no sabremos dónde buscar. Como explica el teorema de Münchhausen, mencionado por Kelsen (1920, p. 96) y Adolf Merkl (1993b, p. 88), es indispensable una concepción previa del objeto para poder estudiarlo. De la misma manera que uno no puede, diga lo que diga el caprichoso barón, salir de un pantano tirando de su propio cabello, no se puede buscar la definición de derecho en el derecho.

Más arriba definí al derecho como un sistema de normas puestas por seres humanos, esencialmente mediante enunciados. La interpretación científica procura por lo tanto identificar los significados de esos enunciados. Este método se inscribe en una concepción del derecho bastante diferente de la adoptada por los realistas, según la cual las autoridades jurídicas “determinan el estatus de los textos que aplican”. A ellos les corresponde “decidir” libremente “que se trata efectivamente de un enunciado jurídico –es decir perteneciente al ordenamiento jurídico en cuestión– y atribuirle un lugar en la jerarquía normativa” (Le Pillouer, 2017, p. 32; Troper, 2002b, p. 63). Bajo esta concepción, los enunciados jurídicos tal como los he concebido, producidos siguiendo las condiciones establecidas por normas superiores, son sólo un elemento más entre los muchos que forman parte del derecho. Si un juez invoca la biblia, ésta se convierte en derecho positivo, al igual que cualquier otro principio, máxima o adagio a los que hagan referencia los jueces.

Si, por el contrario, consideramos el derecho como un sistema en el que las normas se producen según ciertas condiciones establecidas por el derecho, muchos de estos elementos evocados por los jueces no son más que argumentos utilizados para justificar sus decisiones. Y aunque queramos analizarlos como normas jurídicas, su identificación no es una cuestión de interpretación sino de algo más; Chiassoni (2019) habla de “integración” (p. 127). El papel y el estudio de estos argumentos son de suma importancia a fin de examinar el funcionamiento de un sistema jurídico, pero de ninguna manera se relacionan con la interpretación de los enunciados jurídicos. Esta tarea, además, resulta ser mucho menos aterradora de lo que a menudo se afirma.

### 3.2. Un método simple para interpretar el derecho

¿Es tan complicado interpretar textos? ¿No lo hacemos todos los días, leyendo el periódico o los eslóganes publicitarios? ¿Quién lee este texto no está haciendo eso ahora mismo? La única diferencia es que la interpretación científica del derecho se esfuerza sistemáticamente por buscar varios significados, mientras que la lectura ordinaria generalmente se contenta con uno solo. A veces, un enunciado admite numerosas interpretaciones. Buena parte de los términos incluidos en los enunciados jurídicos serán muy imprecisos. La interpretación no resuelve la ambigüedad de los enunciados ni la vaguedad de los conceptos. Ella simplemente los muestra.

Sin embargo, la “tarea de desplegar de manera exhaustiva y objetiva interpretaciones posibles es [...] una tarea imposible” asegura Patrick Wachsmann (1986, p. 63). La pretensión de identificar todos los significados alternativos es una ilusión, añade Horst Dreier (1990, p. 149, nota 342). Refleja una ambición “excesiva”, una empresa “colosal” o incluso “imposible” para Arnaud Le Pillouer (2017, p. 36). ¿Pero no debería tranquilizarnos el uso cotidiano del lenguaje? Si se han escrito tantos libros y artículos académicos sobre interpretación es porque sus autores se esfuerzan por indicar cómo identificar *el* significado correcto, incluso la aplicación correcta de la ley. La interpretación científica sólo busca lo que el texto quiere decir, y eso no tiene nada de complicado.

Interpretar un texto no requiere ningún método que haya que aplicar a conciencia para descubrir su significado. Hay que subrayar que los fascinantes debates que ocupan a los filósofos del lenguaje no se refieren a cuál es el método para interpretar textos.<sup>11</sup> Más bien, se esfuerzan por explicar qué sucede cuando entendemos un texto. Los defensores del significado literal, los “contextualistas”, los “minimalistas semánticos” y los otros no están en desacuerdo sobre el significado de los enunciados, sino sobre las razones que explican por qué un enunciado transmite determinado significado. Esta fascinante cuestión, sin embargo, es ajena a la actividad del intérprete: de la misma manera que podemos apreciar un plato sin conocer

---

<sup>11</sup> Puede consultarse resúmenes dedicados a juristas en trabajos de Chiassoni (2019, pp. 86 y ss.) y Sandro (2021, pp. 178 y ss.).

la receta, podemos interpretar un enunciado sin tener una filosofía del lenguaje. Como observa Richard Posner (2009, p. 276) la interpretación es una actividad intuitiva, que no mejora a medida que filosofamos sobre ella, del mismo modo que el estudio de la lingüística no nos convierte en mejores lectores. Por su parte, François Recanatì (2007), uno de los principales filósofos contemporáneos del lenguaje, señala que “para determinar lo que se dice hay que recurrir a la interpretación que daría un intérprete normal. Esto es suficientemente objetivo” (p. 37). Para el lingüista, “lo que se dice” es el punto de partida de su investigación. Para el intérprete científico del derecho, en cambio, se trata casi del punto de llegada.

Para interpretar el derecho, un hablante que domina el lenguaje en el que aquél se expresa no necesita más que leer atentamente el enunciado, teniendo obviamente en cuenta su contexto y, en particular, su “peritexto”, es decir, las disposiciones que lo rodean y otros enunciados jurídicos. Ciertamente, estos enunciados suelen ser numerosos, lo que puede complicar la interpretación del derecho. Sin embargo, esta dificultad no debe ser exagerada. Si un enunciado afirma que, quien come la comida del jefe está *tû-tû*; mientras que, otro establece que quien está *tû-tû* debe ser ahorcado en la plaza pública, la interpretación permite establecer el castigo que espera a quien coma la comida del jefe (Ross, 1999). Asimismo, la ley aprobada en Francia en 2012 (y censurada por el Consejo Constitucional), que prohibía impugnar la existencia de genocidios reconocidos por ley, se combinaba con la ley de 2001 que reconoció el genocidio armenio. Indudablemente existen casos más difíciles, pero no hay razón para temer una complejidad inextricable.

La relación entre enunciados jurídicos de diferentes “niveles” tampoco puede ser considerada preocupante. Ciertamente, muchas jurisdicciones practican una “interpretación coherente con la Constitución”, que parecería abrir la puerta a todo tipo de posibilidades. Pero, por lo general, se trata en realidad de una forma en la que el juez justifica la creación de una norma concreta teniendo en cuenta los “valores” de la Constitución, la garantía de los derechos fundamentales o la jurisprudencia constitucional.<sup>12</sup> Otras veces, se trata de una forma de razonamiento que procura evitar la apli-

<sup>12</sup> Véase Lembke (2009).

cación de una ley a fin de evitar la violación de una norma superior. En una decisión ampliamente comentada en Francia, la Corte de Casación se negó a declarar la nulidad del matrimonio entre una mujer y el padre de su anterior marido, a pesar de la disposición del Código Civil que prohíbe este tipo de unión. Para la Corte, tal decisión, respecto de una unión que había durado veinte años sin provocar la más mínima reacción, habría causado una vulneración injustificada del derecho de la esposa a la vida privada y, por tanto, habría violado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>13</sup>

Ahora bien, esto no tiene nada que ver con la interpretación propiamente dicha. La interpretación científica que presento aquí no pretende “seleccionar entre los significados lingüísticamente posibles aquellos que también son posibles con respecto a las normas superiores del mismo sistema” (Millard, 2022, p. 96). Simplemente establece los diferentes significados comunicados por los enunciados. Si estos significados son, algunos o todos ellos, contrarios a una norma superior, es un problema que no pertenece al intérprete, sino al juez o al legislador.

Podemos, si queremos, calificar esta interpretación como “literal” o “lingüística”. De todos modos, lo que es importante señalar es que su rasgo característico no es su “método”, sino su objeto: enunciados. Los llamados “métodos de interpretación”<sup>14</sup>, que son a menudo invocados en este contexto, no se refieren estrictamente a la interpretación: no buscan el significado del texto, sino que intentan identificar algo más a partir de él. La intención del legislador, identificado, por ejemplo, en los intercambios durante los debates parlamentarios, no permite establecer el significado del texto. Aunque tradicionalmente se presente como un “método de interpretación”, la búsqueda de la intención del legislador no forma parte de la interpretación científica tal como es aquí defendida. De hecho, el método de la intención del legislador no pretende buscar los diferentes significados de los enunciados, sino argumentar a favor de un significado particular. Si

<sup>13</sup> Resolución n.º 12-26.066 (Casación Civil, 4 de diciembre de 2013) citado en *Recueil Dalloz* (Fulchiron, 2014, p. 153).

<sup>14</sup> Para una presentación completa, véase el trabajo de Véronique Champeil-Desplats (2022, pp. 424 y ss., y pp. 431 y ss.).

adoptamos, como se hace aquí, una concepción según la cual el derecho se expresa mediante enunciados, entonces lo que importa es lo que ha expresado el legislador y no lo que tuvo la intención de expresar.

Asimismo, la llamada “interpretación teleológica”, que se apoya en la “finalidad” atribuida a la norma, no sirve para detectar el significado del texto, sino para argumentar a favor de una solución, ya sea que resulte compatible con el texto o no. Decir que la ambulancia que entra al parque para salvar a un niño herido no es un vehículo “en el sentido del reglamento” (Perelman, 1976, p. 54) es un recurso retórico que justifica una bienvenida violación de la regla. Pero, suponiendo que ningún enunciado jurídico exime a los vehículos de emergencia de la prohibición de ingresar al parque, este razonamiento no se basa en modo alguno en una interpretación plausible (Duarte, 2011, p. 136). La teoría realista de la interpretación (TRI), tal como es defendida en Francia, considera interpretación todo lo que pretende serlo, sin distinguir entre enfoques que buscan el significado de un enunciado y aquellos que simplemente buscan justificar una decisión. Pero no basta presentar ciertos razonamientos como una empresa interpretativa, es decir, como una búsqueda del significado de los enunciados, para que realmente lo sean y, en consecuencia, para que debamos renunciar a conocer el significado de los enunciados jurídicos.

De todos modos, aun cuando la interpretación científica no sea tan atemoradora como se suele decir, puede darse que quienes la intenten fracasen. El intérprete puede, por ejemplo, olvidar señalar una interpretación permitida por el enunciado. Esta omisión no justifica descartar sus resultados como una simple “selección”, una evaluación subjetiva y no científica.<sup>15</sup> Al esforzarse por identificar los significados admitidos por el texto, al abstenerse de presentar como una exigencia jurídica algo que no es más que una entre otras opciones posibles, el autor habrá de todos modos contribuido a una mejor comprensión del derecho. La identificación de los diferentes significados posibles es ya una contribución relevante que demuestra, por ejemplo, que la decisión del juez no fue “dictada por el derecho”. Numero-

---

<sup>15</sup> Véase Dreier (1990, p. 149, nota 342).

tos teóricos de la interpretación científica le atribuyen incluso el objetivo más modesto de identificar “una pluralidad” de significados, no “todos”.<sup>16</sup>

Finalmente, hay que señalar que la relativa facilidad de la interpretación científica del derecho contrasta con la dificultad de llevar a cabo análisis realistas dignos de sus pretensiones. Tal como la conciben los teóricos realistas, la ciencia del derecho debería basarse en análisis sociológicos cuyos contornos, sin embargo, apenas se delinean. Más que interpretar textos, debemos, por ejemplo, identificar los “métodos de interpretación” aceptados en una “cultura jurídica” (Chiassoni, 2019, p. 27; Millard, 2022, p. 98). Este último concepto constituye un elemento central del análisis, por lo demás extremadamente riguroso de Chiassoni (2019, pp. 27, 123, 132 y 156), sin que sepamos a qué hace referencia ni como conozcamos su contenido. La actitud vigilante de los teóricos realistas, asumida respecto de las elecciones ideológicas y las valoraciones que se ocultan detrás de empresas supuestamente descriptivas del derecho, desaparece por completo cuando se trata de la “cultura jurídica” que, sin embargo, parece una noción mucho más misteriosa.

### 3.3. Implementación de la interpretación científica

Algunos ejemplos de interpretación científica permitirán comprenderla mejor y mostrar que puede conducir a resultados que contradicen todas las “intenciones”, todos los “objetivos” que puedan ser razonablemente imaginados. La ambulancia en el parque es un buen ejemplo. Es posible dar dos más.

A menos que el derecho positivo agregue alguna precisión adicional, la señal “prohibido perros” se aplica a los perros lazarillos, pero no a los cocodrilos. Será ciertamente posible ofrecer argumentos a favor de otras soluciones, en particular invocando el objetivo perseguido por la norma. Este razonamiento, sin embargo, no es una cuestión de interpretación, pues esta última se limita a identificar el significado del enunciado.

---

<sup>16</sup> Entre ellos Merkl (1993b, p. 118), Paulson (1990, p. 146; 2008, p. 25) y Ponsard (2016, p. 83).

En 2013, durante el debate parlamentario sobre la ley que extendía el matrimonio a personas del mismo sexo, un diputado de extrema derecha propuso varias modificaciones al proyecto con vistas a permitir el matrimonio entre más de dos personas, entre menores o entre miembros de una misma familia (Cassely, 2013). Todas estas modificaciones se apoyaban en el siguiente argumento: “El gobierno justifica la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo por la existencia de parejas homosexuales y por el amor que estas personas pueden tener entre sí”. Si continuara con su razonamiento, el gobierno tendría que eliminar cualquier restricción para contraer matrimonio, y terminaría convirtiéndolo en nada más que “un reconocimiento social del interés que las personas tienen entre sí”.<sup>17</sup> Así, para eliminar toda forma de discriminación, sería necesario extender la posibilidad de contraer matrimonio a “todas las formas” de familia, sin distinción de sexo, orientación sexual, origen, número, edad o parentesco. Este diputado intentó de este modo disuadir a la asamblea alentándola a dar pasos adicionales en la misma dirección. Su propuesta constituía un *epítropo*, esa figura que, “con el objetivo de alejarnos de un exceso, o de inspirarnos ya sea horror o arrepentimiento, parece invitarnos a entregarnos a él sin reservas, a llevarlo al extremo, abandonando toda medida” (Fontanier, 1977, p. 148). Si se hubieran incorporado esas modificaciones, la ley habría autorizado el matrimonio entre tres hermanos, a pesar de que la real intención de su autor fuera completamente contraria a ello. La búsqueda de una “intención legislativa” mostraría sencillamente que el autor de la enmienda en realidad no deseaba una norma con ese contenido. Como el derecho se compone de enunciados producidos según un determinado procedimiento, las normas jurídicas son las que surgen de esos enunciados, y no de las afirmaciones que los acompañan.

<sup>17</sup> Como el “*amendement*” no fue finalmente adoptado, puede verse aquí su existencia y motivos, pero no su texto completo: <https://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/0628/4661.asp>.



### 3.4. Lo implícito

Una herramienta formidable para distorsionar la interpretación es el argumento de “lo implícito”. Suele ser usado tanto para descartar significados que, sin embargo, el enunciado expresa, como, por el contrario, para atribuir al enunciado significados que no expresa. Para precisar su papel en la interpretación científica, es necesario aclarar qué se entiende por “explícito” e “implícito”.

La distinción parece apuntar a distinguir entre lo que se dice literalmente y lo que se comunica mediante un enunciado en su contexto, pero el límite no está perfectamente claro: para comprender lo que se dice explícitamente es necesario llevar a cabo cierto número de inferencias. Por ejemplo, la afirmación de que “la tierra es redonda” no se entiende como la descripción de una esfera perfecta sino como una aproximación (Simonin, 2018). Otro modo de precisar el significado literal se realiza mediante “saturación”. Es decir, llenando los vacíos que deja un enunciado semánticamente incompleto: “Pierre come” significa que está comiendo algo, “está lloviendo” indica que está lloviendo aquí y ahora (Beysade, 2017, p. 24). Rara vez se dice todo literalmente, pero, de todos modos, estos agregados no parecen ser en realidad implícitos. Algunos autores distinguen así entre el “significado literal” que se ciñe a las palabras de la frase y el “significado explícito” que incluye ciertos complementos (Beysade, 2017, p. 25).

Pero, sobre todo, hay que distinguir entre lo implícito lingüístico y lo implícito discursivo, es decir lo que está en la lengua y lo que surge del contexto. Habría por tanto un “implícito literal” y un implícito no literal, lo cual es crucial para la interpretación de textos (Beysade, 2017, p. 26). Esta distinción ha sido introducida por Oswald Ducrot (1984) y su estudio acerca de los presupuestos y los sobrentendidos. Respecto de estos últimos, el autor comenta que siempre existe “un ‘significado literal’ que precluye los sobrentendidos”. El hablante siempre puede “escondese detrás del significado literal de [sus] palabras y dejar a [su] interlocutor la responsabilidad de la interpretación que les dé”. Lo presupuesto, por otra parte, “pertenece de pleno derecho al sentido literal”, es “inherente al enunciado”, no otorga al hablante “ninguna manera de evitar [su] responsabilidad” (Ducrot, 1984,

pp. 19 y ss.).<sup>18</sup> Si se dice que “Eric dejó de fumar”, no se puede, sin contradicción, afirmar que nunca fumó (presupuesto), pero se puede afirmar que no se descarta que haya vuelto a fumar (su estatus actual de no fumador es solo un sobrentendido).

Estas observaciones se relacionan con el funcionamiento del lenguaje y, por lo tanto, son relevantes para la interpretación científica. Esta última incluye necesariamente lo presupuesto, pero, respecto de lo sobrentendido, si bien lo tiene en cuenta, es también compatible con su negación. Lo sobrentendido se admite porque constituye uno de los significados del enunciado.<sup>19</sup> Pero su negación no contraviene el enunciado y, por lo tanto, también debe ser aceptada por la interpretación científica. En cambio, la interpretación científica excluye por completo los sobrentendidos que se pretenden atribuir al enunciado invocando los más variados argumentos, por ejemplo, un principio de justicia, la preservación de la finalidad de la ley o, incluso, la máxima según la cual el legislador es coherente. Aquí aparece una distinción hecha por Guastini entre normas implícitas y normas no expresas.<sup>20</sup> En la concepción que defiendo aquí, sólo las normas implícitas, que la interpretación científica puede identificar a partir de los enunciados, forman parte del derecho positivo. Las normas no expresas no son normas jurídicas: son producto de un razonamiento que no se basa únicamente en el derecho (Chiassoni, 2019, p. 105). No surgen de enunciados puestos por las autoridades normativas, no son expresadas por esos enunciados y no pertenecen al derecho positivo. La interpretación científica identifica las normas implícitas, pero rechaza las normas no expresas.

En los ejemplos citados anteriormente y a falta de cualquier otra precisión hecha por el derecho positivo, la ambulancia y el perro guía están

<sup>18</sup> Véase también Marmor (2014, pp. 38 y ss.).

<sup>19</sup> El mecanismo de producción de este significado ha sido analizado por Paul Grice (1989, pp. 26 y ss.).

<sup>20</sup> Guastini (2010, pp. 46 y 200) no utiliza estos términos exactamente, pero me parece que capturan adecuadamente su idea. Distingue (en la traducción francesa) entre “normas implícitas en sentido estricto”, por un lado y “normas implícitas del segundo tipo” o “normas inexpresas”, por el otro. En italiano: “norme inespresso, che si pretendono implicite nell’ordinamento (sebbene normalmente non siano affatto implicite in senso stretto, ossia in senso logico, da altre norme). [...] una norma inespresso è una norma che non costituisce il significato plausibile di alcuna specifica disposizione” (Guastini, 2013a, sección 14).

prohibidos, y ninguna referencia a una supuesta norma implícita puede cambiar esta conclusión. El código penal francés, en su artículo 223-6 prevé una pena para “quien se abstenga voluntariamente de prestar a una persona en peligro la asistencia que, sin riesgo para sí o para terceros, podría prestar mediante su acción personal o procurando socorro”. ¿Obliga esta disposición a los televidentes, informados sobre la difícil situación de las personas sin hogar en un clima muy frío a 150 kilómetros de su casa, a subirse a su coche para ayudarlos? Tal interpretación está implícitamente excluida, afirma Hunt (2016, p. 11), pero no hay nada en el enunciado que consienta darle la razón. Sin duda, el legislador no ha definido el delito con mayor precisión porque a nadie se le ocurrió condenar a alguien en esas circunstancias.<sup>21</sup> Si se iniciara un proceso de ese tipo, el juez sin duda argumentaría que la ley no cubre tal caso, y quizás, luego, el Parlamento introduciría una precisión en el código penal. Pero todo esto no cambia el significado del enunciado actual.

Concentrarse únicamente en los enunciados, independientemente de cualquier principio o máxima externa, puede conducir a presentar como aceptables significados que parecen aberrantes o “intolerables” (Goldsworthy, 2005, p. 496). Alcanza, según la fórmula de Ducrot (1984), con “refugiarse detrás del significado literal” (p. 19). Así, el decreto que, durante una pandemia, ordena el cierre de bares y restaurantes a las 18 horas, puede interpretarse permitiendo la reapertura a las 19 horas.<sup>22</sup> Esta es una de las posibles interpretaciones, que no está implícitamente excluida en absoluto y que coexiste con otra interpretación, aquella según la cual la hora de “cierre” de un negocio es definitiva para el resto del día.

La ley que impone una pena agravada por delitos de drogas cuando el imputado “usó un arma de fuego” ¿se aplica a alguien que no amenazó ni disparó a nadie, sino que intercambió cocaína por un revólver? Puede considerarse que se usa un objeto cuando es usado de acuerdo con su función, pero también es posible argumentar que el término se aplica a

---

<sup>21</sup> Véase Schauer (2015, p. 100).

<sup>22</sup> Este ejemplo se lo debo a Francesca Poggi. Véase también Goldsworthy (2005, p. 497).

cualquier tipo de uso.<sup>23</sup> Esta segunda interpretación también está cubierta por el enunciado, no está “implícitamente” excluida.

De este modo, la interpretación científica identifica a veces significados que sin duda no fueron queridos ni tampoco, en algunos casos, previstos. Algunos de ellos parecen formar parte de un enfoque estratégico más que cooperativo.<sup>24</sup> En este sentido, la interpretación científica se distingue de la simple “comprensión” del texto (Chiassoni, 2019, p. 137), puesto que incluye más significados en sus resultados. A su vez, la interpretación científica no juzga, no procura decidir entre estos significados, siempre que estén soportados por el enunciado.

### **3.5. Resultados de la interpretación científica**

Por tanto, la interpretación científica puede llevar a la conclusión de que un enunciado jurídico admite varias interpretaciones. Pero éste no será necesariamente el caso.

#### **3.5.1. La posibilidad de un significado único**

En este texto utilizo el plural por precaución, pero debe tenerse en cuenta que un enunciado no es necesariamente ambiguo. La interpretación puede tener como resultado la identificación de un único significado (Moreso, 1998, p. 159). La creencia de que ello no es posible se puede explicar de tres maneras.

En primer lugar, se apoya en la extendida invocación de los llamados “métodos de interpretación” que, en realidad, no tienen que ver con el texto. Sobre esta base se señala la existencia de significados alternativos, supuestamente “implícitos”, junto con el significado del enunciado. La interpretación científica excluye esos significados de sus resultados.

<sup>23</sup> *Smith v. Estados Unidos* 508 US 223 (1993). Véase los comentarios críticos de Marmor (2014, p. 122 y ss.).

<sup>24</sup> Véase Marmor (2014, p. 56).

Como consecuencia de lo anterior, suele producirse una confusión entre la interpretación del enunciado, que permite identificar la norma, y la aplicación de la norma a un caso concreto (la “interpretación in *concreto*”, según Guastini, que consiste en la calificación jurídica de hechos).<sup>25</sup> Ahora bien, es ciertamente inevitable que surjan dificultades al momento de aplicar las normas. Como señaló Merkl (1993c) (mucho antes que Hart (1983, pp. 63 y ss.), quien popularizó esta idea entre los juristas): “*Cada palabra tiene, aparte de un cierto núcleo de significado, significados periféricos más o menos fluctuantes*” (p. 1111).<sup>26</sup> Incluso si se utilizaran términos lo más precisos posibles, nunca se estaría a salvo de que surja tal dificultad, debido a la “porosidad de los conceptos” (*textura abierta*). Es decir, la posibilidad ineliminable de que se produzca la vaguedad (Waismann, 1951, pp. 117-144). En definitiva, un enunciado puede tener un significado único pero vago, lo que permitirá múltiples aplicaciones.

Finalmente, la creencia de que la interpretación conduce necesariamente a resultados múltiples quizás esté vinculada, entre los autores influenciados por Kelsen, a la afirmación frecuentemente citada de que una norma nunca vincula completamente al órgano de aplicación (Kelsen, 1999, p. 336). Esta tesis, sin embargo, no se refiere a la indeterminación del lenguaje sino a la indeterminación del derecho. Como ha sido recordado, Kelsen (1999, p. 335) utiliza el término “interpretación” sin mucha cautela, para designar a veces la búsqueda del significado del enunciado, y, otras veces, más a menudo, para designar la decisión de aplicación. Es decir, la elección por parte del órgano de la norma más concreta que él mismo.<sup>27</sup> Así, la tesis de la “indeterminación”, según la cual la norma superior nunca vincula completamente al órgano de aplicación, no es una tesis relativa a la interpretación. Para Kelsen (1999, p. 336), no se trata tanto de una cuestión relativa a la interpretación del enunciado de la norma superior, sino de demostrar que la norma superior, una vez establecida, siempre deja un

<sup>25</sup> Véase Guastini (2013b, sección 8).

<sup>26</sup> Véase Jakab (2007, p. 416, nota 21).

<sup>27</sup> Para el órgano de aplicación, la interpretación consiste en “saber qué contenido debe darle a la norma individual que debe deducirse de la norma general [...] en su aplicación a un caso concreto” (Kelsen, 1999, p. 335). Véase Pfersmann (2002a, pp. 807 y ss.).

margen de apreciación más o menos amplio a su órgano de aplicación.<sup>28</sup> En efecto, ningún camino racional conduce de lo abstracto a lo concreto (Ross, 1929, p. 336), pero eso no dice nada sobre la interpretación estrictamente hablando (Jestaedt, 2000, p. 140, nota 21). Respecto a esto último, Kelsen sólo critica la idea de que la interpretación *siempre* lleve a la conclusión de que el enunciado posee un único significado,<sup>29</sup> pero esto es compatible con que a veces ello pueda ser así.

### 3.5.2. La coexistencia de significados alternativos

Cuando la interpretación científica identifica varios significados permitidos por el enunciado, le atribuye a todos igual valor. Pero si las normas jurídicas son los significados de enunciados jurídicos, ¿qué se debería hacer con estos significados alternativos cuando se describe el derecho? Si un enunciado jurídico admite significados contradictorios, ¿cómo pueden estas normas contradictorias tener el mismo estatus? En resumen, como escribe Hans Klinghoffer (1970) en su importante estudio sobre esta cuestión, ¿cómo pueden ser jurídicamente equivalentes interpretaciones que se contradicen entre sí? (p. 1049).<sup>30</sup>

La respuesta más extendida es que son equivalentes sólo hasta la decisión del intérprete. Sólo la interpretación elegida por el intérprete se convertirá en derecho (Klinghoffer, 1970, p. 1051). Aparece aquí la tesis según la cual la norma aplicable es creada por el intérprete. Sin embargo, como ya se ha dicho, esta posición no es satisfactoria, ya que confunde interpretación y creación de derecho. Las palabras de Klinghoffer (1970) siguen siendo válidas hoy: “La confusión entre creación e interpretación del derecho es uno de los principales defectos de la teoría jurídica” (p. 1053).

<sup>28</sup> Véase Luzzati (1990, pp. 130 y ss.).

<sup>29</sup> Kelsen (1999) escribe: “La interpretación jurídica debe evitar cuidadosamente la ficción de que una norma jurídica sólo permite una interpretación, la interpretación ‘exacta’ o ‘verdadera’” (p. 342).

<sup>30</sup> Hans (Ytzhak) Klinghoffer, alumno de Hans Kelsen en Viena, fue profesor de derecho en Jerusalén y también desarrolló una importante carrera política y militante en Israel. Véase Klein (2008).

Klinghoffer llega a otra solución: cada una de las posibles interpretaciones de la norma respeta la posibilidad de que existan las demás. Esto da como resultado una alternativa: todas y cada una de las normas son simultáneamente válidas, pero en conexión con una autorización para elegir entre ellas. La interpretación científica no establece, como podría pensarse, que un enunciado jurídico significa la norma N1 o la norma N2; sino que establece, en cambio, que ese enunciado expresa una norma que contiene una alternativa: exige la conducta C1 o la conducta C2. Por ejemplo: los propietarios de bares deben cerrar a las 18.00 horas, pueden volver a abrir inmediatamente después o sólo al día siguiente.

La interpretación científica no está constreñida a elegir entre los múltiples significados de un enunciado, sino que se limita a señalar la libertad de elección de sus destinatarios. En resumen, “no es el intérprete quien tiene que elegir entre diferentes posibilidades de interpretación, es el destinatario de la norma quien puede elegir entre diferentes opciones de comportamiento” (Klinghoffer, 1970, p. 1058). Se entiende así por qué la norma no es creada por quien la aplica: haga lo que haga el órgano de aplicación, su decisión no modifica la norma alternativa que resulta aplicada (Kammerhofer, 2011, p. 116). No elige una norma entre varias posibles:<sup>31</sup> aplica una norma alternativa, que le deja libertad de elección. El problema que se presenta frente a la aplicación de un concepto vago es similar: prohibir vehículos en el parque puede interpretarse como prohibiendo o no prohibiendo aquellas máquinas que caen en la penumbra del concepto de vehículo. La autoridad que decide en un sentido o en el otro no agrega una nueva norma al ordenamiento:<sup>32</sup> impone una prohibición o una autorización concreta, pero no modifica la norma aplicada que tiene la forma de una alternativa.

#### 4. Defensa de la interpretación científica

Estudiar los discursos sobre el derecho, como propone el realismo, es perfectamente digno de interés. Y no hay ninguna dificultad en admitir que

---

<sup>31</sup> *Contra* Troper (1994, p. 305).

<sup>32</sup> *Contra* Chiassoni (2019, p. 120).

los órganos jurídicos, en la práctica, no están vinculados por los textos y pueden muy bien adoptar todo tipo de decisiones. También se puede fácilmente reconocer que la doctrina tiende a presentar como la única solución jurídicamente correcta lo que a menudo es sólo una preferencia política. Las contribuciones de los estudios realistas sobre estas cuestiones son innegables.

Sin embargo, nada de esto excluye la interpretación científica. La teoría realista de la interpretación se equivoca cuando concibe a su propio objeto como excluyente: sería el único que puede prestarse a un estudio “científico”, es decir objetivo. Así, desde este punto de vista, un enfoque que formule afirmaciones sobre los significados de los enunciados jurídicos sólo podría producir enunciados no verificables, caracterizados por valoraciones subjetivas.<sup>33</sup> Troper, al igual que Fritz Sander antes que él en el contexto vienés, describe esta última empresa como “dogmática”.<sup>34</sup> Estas pseudociencias del derecho sólo pueden constituir *el objeto* de una verdadera ciencia, que Sander (1922) llamó la “ciencia de la ciencia del derecho” (p. 1207).<sup>35</sup> A pesar de estas afirmaciones realistas, es posible describir el derecho positivo de forma neutral (1). Los realistas que están cerca de admitir esto último, sostienen sin embargo que esa empresa carece de todo interés (2). Están equivocados.

#### 4.1. ¿Una descripción imposible?

La tesis central de la teoría realista de la interpretación es que no existe una forma objetiva de distinguir entre una interpretación “buena” y una “mala”, es decir, entre un significado admitido o no por el enunciado. La tesis de la

<sup>33</sup> Véase Troper (2001): “una afirmación según la cual el juez se equivocó no significa cuestionar la existencia de una norma en vigor, sino que se limita a expresar un enunciado no verificable”. Tal empresa “no es ni puede ser neutral, ya que por definición incluye valoraciones” (p. 13).

<sup>34</sup> Véase Sander (1921, p. 523); Troper (2001, p. 5).

<sup>35</sup> Véase Troper (1994) que alude a “una ciencia del derecho que ya no tendría como objeto las normas ni los comportamientos, sino el discurso y el razonamiento jurídicos, un objeto a la vez específico y sobre el cual se pueden formular proposiciones verdaderas” (p. 44).



imposibilidad de una descripción neutral de los significados admitidos por los enunciados puede ser defendida de tres maneras. La primera, cumple en realidad funciones retóricas. Las otras dos son más serias, pero sólo en apariencia.

#### 4.1.1. Escepticismo lingüístico

La primera manera de sostener la tesis según la cual la interpretación científica es imposible corresponde a lo que Troper (2002a) llamó la versión fuerte de la teoría realista de la interpretación: “Según la versión fuerte, un texto es siempre indeterminado, de lo que se seguiría que el intérprete no está vinculado por el texto” (p. 342). Esta tesis parece referirse al lenguaje: afirma que los enunciados permiten cualquier interpretación. Quien pretenda limitar los significados admitidos por un enunciado se involucraría inevitablemente en valoraciones no verificables (Troper, 2001, p. 13).

Pero la idea de que un enunciado, en su contexto, admite absolutamente cualquier significado es obviamente falsa. El escepticismo radical no llega muy lejos. El lenguaje no podría funcionar si los enunciados no tuvieran significado, los seres humanos no podrían comunicarse. Los defensores de la teoría realista de la interpretación no podrían dedicarse al análisis del derecho, ni, por ejemplo, al análisis de las decisiones judiciales. Nunca podrían tomar un bolígrafo y dirigirse a estudiantes o colegas. Vivirían reclusos en cuevas, y se dedicarían a recolectar y cazar emitiendo gruñidos. En resumen, como escribe Umberto Eco (1992) “Seamos realistas: no hay nada más significativo que un texto que afirma su propio divorcio del significado” (p. 18).

Pero en realidad, esta no es la tesis que verdaderamente defienden los realistas. Troper (2002b) supo escribirlo claramente: “Es evidente, incluso para los ojos más escépticos, que los textos tienen un significado o incluso varios, ya que los entendemos, siempre que conozcamos el idioma en el que están enunciados” (p. 62).<sup>36</sup> Esta aclaración, sin embargo, no absuelve completamente a la teoría realista de la interpretación, ya que me parece

que ella misma se ha beneficiado de esta confusión. Lo que en realidad sostiene la tesis realista, sobre esto volveremos en un momento, es que el intérprete jurídicamente autorizado puede atribuir cualquier significado al texto, y que ese será su “significado jurídico”. Pero afirmar, para apoyar lo anterior, que los textos legales “no tienen significado antes de ser interpretados” (Troper, 2002b, p. 64) por los órganos jurídicos, y que sólo “la interpretación que emana de un órgano autorizado [...] permite decir cuál es el verdadero significado” del texto (Troper, 2001, p. 88), es ofrecer una formulación engañosa de la tesis.

Las tesis más extremas, las más escandalosas, presentan ciertamente una ventaja sobre las tesis moderadas. Decir cosas impactantes, aunque falsas, es una buena estrategia de *marketing*. Repetir que los enunciados “no poseen significado”, produce el encanto de la subversión, del “postmodernismo”, de la seducción propia de las posiciones extremas.

#### 4.1.2. Una elección ideológica

Una forma más fina de cuestionar la posibilidad de una interpretación objetiva de los enunciados consiste en sostener que toda interpretación se basa en la elección previa de un método, que revela una ideología (Chiassoni, 2019, pp. 4 y 109). Esta idea es correcta como descripción de la práctica de la mayoría de los operadores jurídicos. Los llamados “métodos de interpretación” son muy a menudo la expresión de una ideología: garantizar la igualdad de trato entre los individuos o, por el contrario, el reinado de la raza aria, la soberanía del legislador o, por el contrario, el dominio de la Constitución, etc. (Chiassoni, 2019, pp. 71 y 128).<sup>37</sup> Pero no deberíamos poner sobre ese mismo plano a una posición que simplemente se preocupe por el sentido de los enunciados. Sin embargo, Chiassoni (2019) afirma que la interpretación “literal”, el interés por el significado convencional de los enunciados, es también producto de una ideología, al igual que los demás métodos. Refleja, por ejemplo, la idea de que la ley debe formularse de tal manera que los ciudadanos la comprendan, tiene la pretensión de reafir-

<sup>37</sup> Véase Merkl (1993a, pp. 82 y ss.).

mar la autoridad del legislador, aumentar la seguridad jurídica, hacer que el derecho sea accesible a cualquier hablante competente, etc. (Chiassoni, 2019, pp. 84, 116, 101 y 145).<sup>38</sup>

Pero en verdad, si bien es más sofisticada, esta tesis termina también apoyándose en el escepticismo lingüístico. De hecho, la posibilidad de comprender enunciados no es una elección sino una constatación. Si la ciencia del derecho elige algo, ello no es el método de interpretación, sino el objeto interpretado: el derecho. Al hacerlo, la ciencia del derecho no se pronuncia, como escribe Le Pillouer (2017, p. 39), sobre cómo “debería ser” el derecho; sino sobre qué es el derecho. Ahora bien, esto último es inevitable: “no podemos pretender describir el derecho sin proporcionar un concepto del mismo. La ciencia del derecho, como cualquier ciencia, construye su objeto” (Millard, 2022, p. 37). El realismo no es una excepción, como demuestra Le Pillouer (2017) cuando propone “postular [...], como hacen los realistas, que todas las interpretaciones son *igualmente* válidas, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico”, o también “*definir* como ‘jurídicas’ (susceptibles de observación y descripción) todas las decisiones que no puedan ser anuladas dentro del ordenamiento jurídico considerado” (p. 39).<sup>39</sup> Asimismo, Guastini (2013b) defiende precisamente una concepción del derecho cuando lo concibe como el conjunto de normas usadas por los jueces, la administración, los órganos políticos e incluso la dogmática para motivar sus decisiones (sección 35 y ss.).

Si se sostiene que identificar el significado jurídico de los enunciados normativos con su significado lingüístico es una elección (Chiassoni, 2019, p. 116), entonces lo mismo debería decirse de una posición que conciba al significado jurídico como aquel anunciado por ciertos actores. El desacuerdo se refiere al objeto del análisis, y no al carácter ideológico o no: el realista opta por estudiar los discursos de los juristas y sobre todo de los jueces. Ahora bien, los jueces pueden sostener que el enunciado dice algo distinto de lo que dice. Una afirmación de ese tipo no cambia nada sobre el significado del enunciado, pero modifica “el derecho” si es que el derecho se identifica con lo que sobre él dicen ciertos actores. Por otro lado, si

---

<sup>38</sup> En el mismo sentido, véase Le Pillouer (2017, pp. 36 y 39).

<sup>39</sup> Énfasis en el original.

adoptamos mi concepción del derecho, presentar esa misma afirmación como “el significado jurídico del enunciado” es engañoso: es simplemente una afirmación que forma parte del discurso de ciertos órganos.

Sostener que la interpretación científica es de carácter ideológico es, por tanto, formular una acusación falsa. El propósito de la interpretación científica, si es que tiene uno, es simplemente conocer el derecho positivo. Si concebimos al derecho positivo como un sistema de normas expresadas mediante enunciados, no existe una pluralidad de métodos de conocimiento. El único método, que en realidad ni siquiera lo es, es preguntarse qué significan los textos. Los otros supuestos métodos buscan más bien identificar lo que el legislador quería hacer, o cuál sería la mejor aplicación de la ley, la más coherente con su “finalidad”, etc. Todo esto no tiene que ver con la búsqueda del significado de los textos y, por tanto, tampoco tiene que ver con el conocimiento del derecho.

La decisión de ocuparse del lenguaje de los enunciados jurídicos, explicó Merkl en respuesta a las críticas de Sander, no puede calificarse como iusnaturalismo, a menos que califiquemos como tal cualquier presuposición del análisis del ordenamiento jurídico. Pero como el estudio del derecho no puede prescindir de tales presuposiciones, esta crítica es infundada (Merkl, 1993c, p. 250). Si consideramos que el ordenamiento jurídico se apoya en una Constitución expresada lingüísticamente, que se compone de otros enunciados adoptados a partir de ella, nos vemos llevados a estudiar esos enunciados. “El lenguaje no es una pequeña puerta trasera por la que se cuela el derecho natural. Es más bien la gran puerta a través de la cual todo el derecho penetra en la conciencia humana” (Merkl, 1993c, p. 249).

Por lo tanto, no podemos poner la búsqueda de los significados de los enunciados al mismo nivel que otros enfoques que pretenden describir el derecho. Interpretar enunciados no es en sí misma una empresa ideológica sea que se trate del derecho o de cualquier otro texto. En verdad, nadie puede escapar a la constatación de que los enunciados poseen significado. Cualquiera que sea la concepción del derecho que se adopte, “el derecho se presenta ante todo como un lenguaje (un conjunto de entidades lingüísticas)” (Millard, 2022, p. 19). Esta constatación está también en la base de las concepciones realistas del derecho, que tienen la pretensión de analizar el

discurso de ciertos juristas. ¿Cómo sería posible dedicarse a esta empresa sin admitir que es posible comprender esos enunciados? ¿Deberíamos decir que asumir que los enunciados tienen significado equivale a defender una ideología oculta según la cual los jueces deben expresarse de manera comprensible? Y si se admite que es posible comprender objetivamente lo que ha dicho un juez, ¿por qué no admitirlo para todos los enunciados de derecho positivo?<sup>40</sup>

#### 4.1.3. ¿Un discurso prescriptivo que enmascara el poder de los jueces?

Mi teoría de la interpretación científica es prescriptiva y lo acepto: prescribe cómo describir, indica a la ciencia del derecho cómo proceder para cumplir su misión (Millard, 2022, pp. 19 y ss.). Pero a veces este reproche se dirige contra la interpretación científica misma, señalándose que no es descriptiva, sino prescriptiva. Así, en cuanto busca identificar los significados de un enunciado, la interpretación científica indicaría al órgano de aplicación lo que debe hacer (Brunet, 2013, p. 6; Guastini, 2011, p. 155).

Si con esto queremos decir lo que el órgano de aplicación (digamos: el juez) debe hacer según el derecho, el carácter descriptivo de la interpretación no se ve en realidad afectado.<sup>41</sup> Se limita a describir una norma. Indica lo que el juez “debe hacer”, pero sólo lo que debe hacer según el derecho. Esto no implica ningún tipo de valoración sobre el mérito de permanecer dentro del marco de la ley o sobre el demérito de salirse de él (Troper, 2002c, pp. 47 y ss.). La interpretación científica no dice absolutamente *nada* al respecto. Quienes la practican pueden perfectamente alegrarse, por razones extrajurídicas, de la violación de una norma o, por el contrario, pueden lamentar que no haya sido aplicada (Pound, 1907, p. 384).

Por tanto, el carácter prescriptivo que se reprocha a la interpretación científica no puede atribuirse al contenido de los enunciados interpre-

<sup>40</sup> Varios autores han señalado en este punto a Troper, por ejemplo, Pfersmann (2002a, p. 835; 2002b, pp. 774 y 787), Jouanjan (2003, p. 43) y Rials (2003, p. 66).

<sup>41</sup> *Contra* Guastini (2013b, § 57).

tativos, sino únicamente a sus efectos o a su finalidad. El primer reproche, relativo a los efectos, no me parece que pueda oponerse al intérprete científico: ¿debe el intérprete permanecer en silencio puesto que existe el riesgo de que algunas personas se sientan limitadas por su análisis? El autor prudente se tomará, si es necesario, la molestia de señalar, después de haber presentado el resultado de la interpretación científica, que el juez por razones políticas o de otro tipo haría bien en no aplicar esa ley, o el legislador modificarla. El intérprete puede sentir la obligación moral de expresar su desaprobación personal.

El segundo reproche, referido a las finalidades, se parece en realidad a un juicio sobre las intenciones y, por tanto, es difícil defenderse de él. Alcanza en realidad con señalar que quien persiga la finalidad de influir en la decisión del juez tendrá poco interés en optar por la interpretación científica. Generalmente se busca orientar al juez hacia una solución específica, y no hacia una elección entre diferentes significados alternativos, que es a lo que se corre el riesgo de llegar a través de la interpretación científica.

A decir verdad, la interpretación científica apenas se preocupa por el juez cuando describe la ley: se esfuerza por establecer los diferentes significados que expresa el texto, pero sin ignorar nunca que le corresponde al juez elegir entre ellos, y sin ignorar tampoco que es incluso perfectamente posible que el juez dé al texto un significado distinto de los que admite. Además, debe rechazarse enérgicamente la tesis de que la interpretación científica ignora el poder que realmente tienen los jueces. Si Le Pillouer (2017) parece defender tal tesis es porque busca captar en beneficio de los realistas la tesis de la “indeterminación absoluta del derecho”, frente a quienes creen en la tesis de la “indeterminación relativa del derecho” (p. 36). Pero la tesis de la indeterminación absoluta del derecho no es en modo alguno exclusiva del realismo. Más bien, fue desarrollada hace más de un siglo por Merkl (1923, pp. 293 y ss.). El derecho es absolutamente indeterminado, en el sentido de que los órganos jurídicos pueden tomar cualquier decisión y producir una norma que, no obstante, será válida si el derecho positivo así lo decide, por ejemplo, disponiendo que la decisión de un tribunal no es susceptible de ser recurrida. Lo que distingue al realismo es la tendencia a considerar como válidas, en principio, todas esas decisiones que no son susceptibles de recurso, y la negativa a describir el derecho por

fuera de ellas. Al apoyarse en la posibilidad de que existan normas válidas adoptadas en violación de los textos, el realista no se basa en el lenguaje sino en el derecho. Pero entonces ya no se cuestiona la posibilidad misma de la interpretación científica, sino más bien su interés.

## 4.2. ¿Una descripción sin interés?

### 4.2.1. Validez y conformidad

A pesar de las apariencias, la teoría de la interpretación de Nanterre no defiende la tesis absurda de la indeterminación absoluta del lenguaje. La verdadera teoría realista de la interpretación corresponde a su “versión débil”: “[el texto] no es indeterminado, sino que debe ser considerado como tal porque sólo el significado atribuido por el intérprete es jurídicamente vinculante” (Troper, 2002a, p. 342). El significado que un órgano jurídico atribuye al texto que pretende aplicar tendrá efectos jurídicos. Parece entonces que esta teoría no se ocupa del significado de los enunciados (y por tanto de la interpretación propiamente dicha) sino de la validez jurídica de las decisiones de determinados órganos (Guastini, 2005, p. 438).<sup>42</sup>

Los realistas franceses deducen de esto que es inútil ocuparse del significado del texto con anterioridad a la intervención del órgano jurídico. Una empresa tal carecería de interés si consideramos que el interés de la ciencia del derecho está en la descripción del derecho. Así, según Brunet (2011) mientras el juez sea libre de fijar cualquier norma, de atribuir cualquier significado a los enunciados, “la ciencia no importa” (p. 14). Es inútil preguntarse si la norma creada por el juez se ajusta o no a la ley que pretende aplicar: “¿cuál sería el interés de la pregunta, dado que las consecuencias son rigurosamente las mismas?” (Troper, 2002b, p. 67).

Troper dirige una última observación a Guastini: en realidad, los dos realismos están en desacuerdo sobre la cuestión siguiente. Para los genoveses, “no carece de importancia – al contrario, es muy relevante– distinguir [...] la elección de un significado (dentro del conjunto de significados posi-

bles preexistentes) y la creación de un nuevo significado” (Guastini, 2005, p. 438). Es cierto que el juez puede con frecuencia elegir cualquier significado y producir, de todos modos, una norma válida. Pero ello es así, o bien en virtud de que una norma de derecho positivo prevé la validez de ciertas normas, aunque sufran de determinados defectos -lo que Merkl (1923) llama el *Fehlerkalkül*, o “tomar en consideración los defectos” (p. 295),<sup>43</sup> o bien porque se decide considerar válidas a las normas producidas por determinados órganos (que es lo que hacen los realistas).<sup>44</sup> Pero la validez de una decisión errónea no la convierte en correcta.<sup>45</sup> Como escribe acertadamente Champeil-Desplats (2010) una norma puede ser “válida, aunque su contenido sea incompatible con una norma constitucional” (p. 31).

La validez no implica conformidad: es, por ejemplo, equivocado señalar decisiones judiciales que son claramente contrarias a la ley que se supone deberían aplicar para afirmar que los enunciados admiten cualquier interpretación. Semejante afirmación no es cierta ni lingüísticamente, como reconocen los mismos los realistas,<sup>46</sup> *ni tampoco jurídicamente*: que la decisión sea válida, no se debe a que se ajuste a la ley que alega aplicar, sino debido a la existencia de otra norma o fundamento de validez. La validez de la decisión del juez no dice nada sobre el significado del enunciado legislativo. El principal defecto de la teoría realista de la interpretación es, sin duda, desdibujar esta separación esencial. Ello puede advertirse, por ejemplo, en la conjunción de las dos afirmaciones siguientes: “El efecto de la interpretación auténtica es que se impone, cualquiera sea su contenido. El texto interpretado no tiene ni puede tener otro significado que el que le otorga la autoridad normativa” (Troper, 2001, p. 71).

Estas afirmaciones parecen deducir, a partir de la validez de una decisión, su conformidad con la norma que alega aplicar. Ello recuerda a la teoría de la cláusula alternativa tácita que constituye uno de los elementos menos convincentes de la “Teoría pura del derecho” de Kelsen (Hoch-

<sup>43</sup> Véase Pfersmann (2012) y Hochmann (2019b, pp. 301-326).

<sup>44</sup> Le Pillouer (2017, p. 39). También podemos entender en este sentido la teoría de la cláusula alternativa tácita desarrollada por Hans Kelsen. Véase Gianformaggio (1995, p. 273).

<sup>45</sup> Nota para el lector acostumbrado a los escritos de Guastini: llamo “conformidad” a lo que este autor designa, creo con menor precisión, como “validez” Véase Guastini (2010, p. 47).

<sup>46</sup> Véase Troper (2002b, p. 62).



mann, 2019b). Proponiendo esta tesis, el realista coquetea con la lógica de Palmström, el personaje de un poema que se niega a creer en el accidente que acaba de sufrir dado que “*nicht sein kann, was nicht sein darf*” (“lo que no debe ser, no puede ser”).<sup>47</sup> Al ignorar la distinción entre validez y conformidad, la teoría realista de la interpretación da la impresión de creer que lo que *es* debió necesariamente *ser autorizado*. Por supuesto, los abogados a menudo ignoran el significado literal de los enunciados del ordenamiento jurídico. Se puede deducir que tales interpretaciones son *posibles* (Guastini, 2011, p. 158), pero en ningún caso es posible deducir que están *permitidas*. Para decirlo de otra manera, aunque algunos agentes afirmen interpretar un enunciado de *n* maneras, de ello no se sigue que ese enunciado exprese efectivamente cada uno de los supuestos significados (Guastini, 2011, p. 156).

#### 4.2.2. Monopolio de la decisión y privilegio del conocimiento

Ciertamente, cualquiera sea el significado que el órgano jurídicamente autorizado le atribuya al texto, éste puede constituir la base de una decisión con efectos jurídicos. Por lo tanto, para aquellos interesados en el derecho, puede haber una gran tentación de examinar sólo esta interpretación y no competir con ella. Esta tesis fue, por ejemplo, defendida con gran vigor por Sander (1919): dado que sólo el juez es competente para aplicar la ley, la ciencia del derecho no tiene por qué cuestionar la “conformidad” de la decisión del juez, ni analizar si existían otras decisiones posibles. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, la única opinión correcta es la que contiene el derecho (Sander, 2019, p. 146, nota 2). Por tanto, una ciencia del derecho sólo puede consistir en el estudio de las decisiones definitivas de los órganos jurídicos.

Esta tesis ya había sido fuertemente rechazada en su época por Merkl (1993b, pp. 110 y 113), cuyas observaciones se pueden resumir de la siguiente manera: el monopolio de la toma de decisiones no implica el

---

<sup>47</sup> En el poema *Die unmögliche de Christian Morgenstern Tatsache* (1909). Véase Wiederin (2013, p. 90) y Lepsius (2015, p. 31).

privilegio del conocimiento. Sólo el órgano autorizado puede producir una norma jurídica, pero esto no impide la interpretación científica de los enunciados jurídicos. Mientras que no caigamos en el absurdo de defender la indeterminación general del lenguaje, nada impide que un observador describa enunciados jurídicos. En cuanto no se interesa por lo que dice el texto, sino sólo por lo que ciertos actores dicen que dice, la teoría de Nanterre reduce indebidamente el campo de la ciencia jurídica. No obstante, las contribuciones de una interpretación científica al conocimiento del derecho son múltiples. Si bien modestas en algunos aspectos, siguen siendo extremadamente importantes.

#### **4.2.3. Contribuciones modestas**

La interpretación científica decepcionará a quienes esperan que ella establezca la solución a casos concretos. No resuelve ni la ambigüedad de los enunciados ni la vaguedad de los conceptos. Simplemente indica los diferentes significados que admiten los enunciados jurídicos. Sus resultados serán a veces bastante limitados, en particular en lo que respecta a los textos de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico. Las constituciones y los tratados de derecho internacional a menudo contienen enunciados extremadamente generales que dan lugar a múltiples posibilidades. Será importante conocer la práctica de los órganos políticos, así como las precisiones hechas por los órganos judiciales, los criterios jurisprudenciales que juegan un papel esencial en la vida del derecho, aunque no entren en el ámbito del derecho positivo. La modestia propia de los resultados de la interpretación científica contiene ya una lección importante: esta actividad no abarca, ni mucho menos, toda la práctica jurídica. En rigor, la interpretación no es la alfa y la omega de la actividad de los abogados.

#### **4.2.4. Contribuciones importantes**

De todos modos, las lecciones que ofrece la interpretación científica están lejos de ser insignificantes. Los pocos elementos que puede aportar, por

ejemplo, respecto de textos constitucionales o tratados internacionales de derechos humanos son en realidad muy instructivos, dado que la doctrina con frecuencia ignora los textos y se concentra casi exclusivamente en la jurisprudencia. Más en general, las contribuciones de la interpretación científica son múltiples. Es posible demostrar que el derecho admitía soluciones distintas a la adoptada por un órgano. Es posible mostrar que la decisión de un juez, por válida que sea, no es conforme a derecho. Es posible describir el derecho antes de su aplicación, o pensar en los cambios que produciría en el ordenamiento jurídico la sanción de una nueva ley.

Para negar que ese tipo de resultados sea interesante, se debería sostener que son “poco realistas”, en el sentido que al describir normas que tal vez nunca serán usadas por un juez, o al describir un derecho que los órganos jurídicos pueden violar sin sufrir consecuencias, la concepción aquí defendida emprende una tarea desconectada de la realidad. Ross (1929) dirigió con contundencia esta crítica a Merkl, quien consideraba que la tarea del conocimiento del derecho recaía en la ciencia, y no en los cuerpos jurídicos. La indiferencia de Merkl respecto de la realidad social de alguna manera suscita admiración, escribe Ross. Su posición es noble, pero inútil: “Él es el Don Quijote de la teoría normativa del derecho, que no lucha contra los molinos de viento, sino a favor de ellos” (Ross, 1929, p. 329).

Sin embargo, si el esfuerzo por describir la realidad del derecho positivo antes o concomitantemente con su aplicación por los órganos competentes equivale a donquijotismo, entonces debemos defender esta postura. También se podría considerar que es precisamente el poner la atención exclusivamente en las decisiones de determinados órganos lo que conduce a una visión distorsionada y, por tanto, “irreal” del derecho. Para Sander o Troper no hay nada que decir antes de la aplicación. El primero señala en este sentido “la falta de significado jurídico de la situación jurídica preprocesal” *-rechtliche Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Rechtslage* (Sander, 1919, p. 147); mientras que, el segundo sostiene la imposibilidad de describir la ley antes de la intervención del órgano competente para aplicarla: “La norma aplicable aún no existe y no puede ser descrita” (Troper, 2001, p.12).

Ciertamente, el derecho es un sistema dinámico, en el que está en marcha un proceso continuo de producción normativa, pero no hay razón para permanecer en silencio antes de la etapa final de concretización. Es

perfectamente posible tomar una “instantánea” de ese fenómeno cambiante o, dicho de otra manera, es perfectamente posible trazar una línea en algún lugar de la cadena de concretización para describir el derecho vigente (Merkl, 1923, p. 288). ¿No es el legislador, por ejemplo, un órgano facultado para producir normas jurídicas? Toda norma, con excepción, por supuesto, de la primera, es una norma de aplicación: “toda situación jurídica preprocesal es también una situación jurídica postprocesal” (Merkl, 1923, p. 282).<sup>48</sup> Por tanto, la creación del derecho se produce en cada etapa y la interpretación científica permite describirlo.

La obsesión por la última etapa de producción del derecho lleva a percibir a la interpretación como una mera conjetura, como una apuesta sobre el futuro. Así, para Sander, al no existir una norma concreta antes de que el litigio sea decidido por el órgano competente, la ciencia del derecho no puede afirmar que, en virtud del derecho positivo, una parte tenga un “derecho” a la resolución del contrato o que un ladrón “debe” ser condenado a una pena de prisión. Tales afirmaciones constituyen meros deseos o apuestas, y no una descripción del derecho positivo (Sander, 1919, p. 148). El derecho se crea únicamente mediante el proceso de aplicación.

El mismo razonamiento está presente en Brunet (2011) cuando afirma que de una norma según la cual “los ladrones deben ser castigados”, no se puede deducir que Sócrates deba ser castigado, incluso si está legalmente probado que robó una manzana. Así, sostiene que “En derecho, la validez de la inferencia lógica no determina la inferencia de la validez de la norma jurídica: incluso si la lógica y el funcionamiento del lenguaje ordinario quisieran que Sócrates fuera castigado, él no será castigado... si no resulta condenado por un juez” (Brunet, 2011, p. 12).<sup>49</sup>

En ambos autores existe una confusión entre la norma abstracta (aunque sea individual) y la norma concreta. Por supuesto, antes de que se produzca la norma concreta, el contrato no se resuelve y el ladrón no resultará condenado. Pero esto no nos impide describir la norma abstracta antes

<sup>48</sup> “Jede vorprozessuale Rechtslage [ist] zugleich auch nachprozessuale Rechtslage”. Véase Jouanjan (2003, p. 43).

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión véase Troper (1987) que presenta las reflexiones de Letizia Gianformaggio.

de su aplicación, ni tampoco nos impide establecer que los ladrones cuya culpa ha sido probada, incluido Sócrates, deben ser castigados con una pena determinada. Podemos así demostrar que Sócrates debe ser castigado (norma abstracta), lo que de ninguna manera implica afirmar o siquiera predecir que Sócrates es o será realmente castigado (norma concreta según la cual Sócrates, el sujeto individual, debe pagar una determinada suma, o quién ordena a la fuerza arrestarlo y encerrarlo). Centrarse exclusivamente en la etapa final de concretización limita indebidamente el conocimiento del derecho. La interpretación científica nos permite conocer el derecho antes de ello.

## 5. Después de la interpretación...

En un texto publicado en 1938 titulado “Después del análisis...”, Melitta Schmideberg (2012) describe que un

tipo de paciente para quien el psicoanálisis se ha convertido en la nueva religión. [...] Lo que espera, después de haber sido “completamente analizado”, es no volver a experimentar dificultades o desilusiones en la vida y nunca más, en ninguna circunstancia, sentir culpa o desilusión o angustia [...]. A veces se concibe al análisis como una cura para todos los males y la mejor, incluso la única solución, a cualquier problema individual o social. En una comunidad en la que todos los miembros hubieran sido analizados, no habría crimen, ni guerra, ni desempleo, ni odio, ni pobreza, ni relaciones sexuales ni divorcio (p. 798).<sup>50</sup>

Del mismo modo, a veces parecería que la interpretación es concebida como la solución a cualquier problema jurídico. Se trata de un grave error, si por ello entendemos la interpretación propiamente dicha, es decir la interpretación científica. La mayor parte del día a día del derecho se compone más bien de argumentos que pretenden defender o rechazar una

---

<sup>50</sup> Este texto de Melitta Schmideberg constituye un ataque a su madre, Melanie Klein. Véase Spillius (2012).

interpretación o una aplicación de la ley. Cualquiera puede participar de este tipo de discusiones, siempre y cuando no pretenda que su postura constituye la “interpretación” científica del derecho. Tanto la práctica como el estudio de estos argumentos son fascinantes y gozan de un lugar propio en los estudios de derecho. Sin duda, desempeñan, en la práctica, un papel más importante que la simple determinación del significado de los enunciados jurídicos.

Hay, sin embargo, dos tipos de personajes para los cuales la interpretación científica debería jugar un papel importante. Los primeros son los individuos que desean guiar su comportamiento en función del derecho. A este tipo de personaje no le importa las posibilidades de que un policía los arreste o de que un juez los condene, sino que simplemente quieren conocer las normas jurídicas para poder cumplirlas. No es seguro que estos buenos ciudadanos existan (Schauer, 2015, p. 94). Al segundo tipo de personaje ya se lo ha visto en estas páginas: se trata de quienes, practicando la ciencia del derecho, tienen como misión describir el derecho positivo. La interpretación científica debería constituir el núcleo de su actividad.

Sin embargo, los realistas la descartan por completo. Después de haber demostrado con razón que la interpretación no identifica una respuesta única a cada cuestión jurídica, arrastrados por el impulso, llegan a negar toda posibilidad de describir las normas del derecho positivo. Luego dan un paso atrás y se contentan con observar el discurso de quienes dicen interpretar. De esta manera, lamentablemente, tiran al bebé (la interpretación científica) junto con el agua sucia. Por miedo a ser sorprendidos en flagrancia ideológica, se abstienen de hablar sobre el derecho positivo y se limitan a estudiar los discursos sobre el derecho. En resumen, para permanecer neutrales, se sitúan por encima, observando el discurso sobre el derecho sin participar en él. Esta “huida hacia lo meta” empobrece innecesariamente el estudio del derecho. Mi objetivo aquí ha sido evitar el éxodo hacia esas altas esferas de aquellos juristas que deseen describir el derecho positivo. Una empresa tal es posible, útil y fácilmente realizable. Sería una pena renunciar a ello.

## Bibliografía

- Beysade, C. (2017). *Sous le sens. Pour une sémantique multidimensionnelle*. Saint-Denis: Presses Universitaires de Vincennes.
- Brunet, P. (2011). Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative. *Revue générale de droit international public*, 2011(2), 311-327.
- Brunet, P. (2013). Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation?. En J.J. Sueur (Ed.), *La transgression* (pp. 397-414). Bruxelles: Larcier.
- Cassely, J. L. (2013). Mariage pour tous: les amendements provocs de Jacques Bompard. *Slate*, 29 janvier 2013. Recuperado de: <https://www.slate.fr/lien/67721/mariage-pour-tous-amendements-bompard>.
- Champeil-Desplats, V. (2010). Présentation. En R. Guastini (Ed.), *Leçons de théorie constitutionnelle* (pp. 7-39). Paris: Dalloz, collection Rivages du droit.
- Champeil-Desplats, V. (2022). *Méthodologies du droit et de la science du droit*. Paris: Dalloz, coll. Méthodes du droit.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*. Cham: Springer.
- Dreier, H. (1990). *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2ème éd.* Baden-Baden: Nomos.
- Duarte, D. (2011). Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Legal Meaning. *Ratio Juris*, 24(2), 112-139.
- Ducrot, O. (1984). *Le dire et le dit*. Paris: Minuit.
- Eco, U. (1992). *Les limites de l'interprétation*. Paris: Édition Grasset.
- Fontanier, P. (1977). *Les figures du discours (1830)*. Paris: Flammarion.
- Frydman, B. (2007). *Le sens des lois, 2ème éd.* Bruxelles: Bruylant.
- Fulchiron (2014). La cour de cassation, juge des droits de l'homme. *Recueil Dalloz*, 2014, 153-154.
- Gény, F. (2016). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, tome I*. Paris: LGDJ. (Original publicado en 1919).
- Gianformaggio, L. (1995). Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox? En L. Gianformaggio y S. Paulson (Eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 257-273). Turin: Giappichelli editore.

- Goldsworthy, J. (2005). Legislative Intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism. *San Diego Law Review*, 42(2), 493-518.
- Grice, P. (1989). *Studies in the Way of Words*. Cambridge: Harvard University Press.
- Guastini, R. (2005). Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation. En Paul Amselek (Ed.), *Mélanges* (pp. 431-444). Bruxelles: Bruylant.
- Guastini, R. (2010). *Leçons de théorie constitutionnelle*. Paris: Dalloz, collection Rivages du droit.
- Guastini, R. (2011). Rule-Scepticism Restated. En L. Green y B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (pp. 138-161). Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Guastini, R. (2013a). Il realismo giuridico ridefinito. *Revus*, 19, 97-111. Recuperado de: <https://doi.org/10.4000/revus.2400>.
- Guastini, R. (2013b). Le réalisme juridique redéfini. *Revus*, 19, 113-129. Recuperado de: <https://doi.org/10.4000/revus.2511>.
- Hart, H. L. A. (1983). Positivism and the Separation of Law and Morals. En H. L. A. Hart (Ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 49-87). Oxford: Clarendon Press. (Original publicado en 1958).
- Hochmann, T. (2013). *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé*. Paris: Pedone.
- Hochmann, T. (2019a). Efficacité et validité de l'ordre juridique. En T. Hochmann, X. Magnon y R. Ponsard (Eds.), *Un classique méconnu: Hans Kelsen* (pp. 253-274). Paris: Mare et Martin.
- Hochmann, T. (2019b). Les théories de la "prise en compte des défauts" et de l'"habilitation alternative". En T. Hochmann, X. Magnon y R. Ponsard (Eds.), *Un classique méconnu: Hans Kelsen* (pp. 301-326). Paris: Mare et Martin.
- Dreier, H. (1990). *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos.
- Hunt, L.W. (2016). Legal Speech and Implicit Content in the Law. *Ratio Juris*, 29(1), 3-22.
- Jakab, A. (2007). Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit. *Droit et Société*, 66, 411-447.



- Jestaedt, M. (2000). Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 55, 133-158.
- Jestaedt, M. (2013). Geltung des Systems und Geltung im System. Wozu man die Grundnorm benötigt – und wozu nicht. *Juristen Zeitung*, 68(21), 1009-1021.
- Jestaedt, M. (2019). Validité dans le système et validité du système. En T. Hochmann, X. Magnon y R. Ponsard (Eds.), *Un classique méconnu: Hans Kelsen* (pp. 233-259). Paris: Mare et Martin.
- Jouanjan, O. (2003). Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper. *Droits*, 37, 31-48.
- Kammerhofer, J. (2011). *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*. Londres: Routledge.
- Kelsen, H. (1920). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kelsen, H. (1999), *Théorie pure du droit* (C. Eisenmann, Trad.). Paris: LGDJ. (Original publicado en 1960).
- Klein, C. (2008). Hans (Itzhak) Klinghoffer. En R. Walter et al. (Eds.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der reinen Rechtslehre* (pp. 175-184). Vienne: Manz.
- Klinghoffer, H. (1970). Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten. *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini* (pp. 1043-1071). Milan: Giuffrè. (Original publicado en 1939).
- Lembke, U. (2009). *Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Le Pillouer, A. (2017). Indétermination du langage et indétermination du droit. *Droit & Philosophie*, 9(1), 19-43.
- Lepsius, O. (2015). Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. En M. Jestaedt y O. Lepsius (Eds.), *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts* (pp. 1-41). Tübingen: Mohr Siebeck.

- Luzzati, C. (1990). Discretion and “Indeterminacy” in Kelsen’s Theory of Legal Interpretation. En L. Gianformaggio (Ed.), *Hans Kelsen’s Legal Theory. A Diachronic Point of View* (pp. 123-137). Turin: Giappichelli.
- Marmor, A. (2014). *The Language of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Merkel, A. (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff?* Leipzig: Franz Deuticke.
- Merkel, A. (1993a). Zum Interpretationsproblem (1916). En D. Mayer-Maly, H. Schambeck y W.-D. Grussmann (Eds.), *A. J. Merkel, Gesammelte Schriften* (pp. 63-83). Berlin: Duncker & Humblot.
- Merkel, A. (1993b). Das Recht im Lichte seiner Anwendun. En D. Mayer-Maly, H. Schambeck y W.-D. Grussmann (eds.), *A. J. Merkel, Gesammelte Schriften* (pp. 85-146). Berlin: Duncker & Humblot. (Original publicado en 1916-1919).
- Merkel, A. (1993c). Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts (1918). En H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck (Eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (pp. 227-252). München: Europa Verlag.
- Millard, E. (2022). *Théorie générale du droit, 2ème éd.* Paris: Dalloz.
- Moreso, J. J. (1998). *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*. Dordrecht: Springer.
- Nogueira Dias, G. (2005). *Rechtspositivismus und Rechtstheorie, Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Paulson, S. (1990). Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies*, 10(2), 136-152.
- Paulson, S. (2000). On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen’s Basic Norm. *Ratio Juris*, 279-293.
- Paulson, S. (2008). Formalism, “Free Law”, and the “Cognition” Quandary: Hans Kelsen’s Approaches to Legal Interpretation. *University of Queensland Law Journal*, 27(2), 7-39.
- Perelman, C. (1976). *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*. Paris: Dalloz.
- Pfersmann, O. (2002a). Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l’interprétation. *Revue française de droit constitutionnel*, 52(2), 789-836. (Reimpresión de *Revue française de droit constitutionnel* (2002), 50(2), 279-334).

- Pfersmann, O. (2002b). Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper. *Revue française de droit constitutionnel*, 52(4), 759-788.
- Pfersmann, O. (2012). La production des normes: production normative et hiérarchie des normes. En M. Troper y D. Chagnollaud (Eds.), *Traité international de droit constitutionnel deuxième tome* (pp. 483-528). Paris: Dalloz.
- Pfersmann, O. (2015). La distinction fondamentale de la théorie de l'interprétation et les raisons de son oubli. *Fabula-LHT*, 14. Recuperado de: <https://doi.org/10.58282/lht.1492>.
- Ponsard, R. (2016). Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique: l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 31, 65-90.
- Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pound, R. (1907). Spurious Interpretation. *Columbia Law Review*, 7(6), 379-386.
- Recanati, F. (2007). *Le sens littéral. Langage, contexte, contenu*. (C. Puchevin, Trad. y Ed.). Paris: Editions de l'éclat.
- Rials, S. (2003). La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique. *Droits*, 37, 2003, 49-86.
- Ross, A. (1929). *Theorie der Rechtsquellen*. Vienne: Franz Deuticke.
- Ross, A. (1999). *Tû-Tû*. (E. Millard y E. Matzner, Trads.). *Enquête*, 263-279. (Original publicado en 1957).
- Sander, F. (1919). Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1, 132-164.
- Sander, F. (1921). Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2, 511-670.
- Sander, F. (1922). *Staat und Recht, Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung*. Leipzig/Wien: F. Deuticke, 1922.
- Sandro, P. (2021). *The Making of Constitutional Democracy. From creation to Application of Law*. Oxford: Hart.

- Sandro, P. (2022). From rule-scepticism to the interpretive orthodoxy? En T. Gizbert-Studnicki, F. Poggi y I. Skoczeń (Eds.), *Interpretivism and the limits of law* (pp. 159-174). Cheltenham: Elgar.
- Schauer, F. (2015). *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schmideberg, M. (2012). Après l'analyse.... *Revue française de psychanalyse*, 76(3), 797-814.
- Simonin, O. (2018). Sens implicite, implicatures et principes d'inférence. *Corela*, HS-25. Recuperado de: <https://doi.org/10.4000/corela.6511>.
- Spillius, E. (2012). Melitta et sa mère (A.-L. Hacker, Trad.). *Revue française de psychanalyse*, 76(3), 815-831.
- Tarello, G. (1993). Pour une théorie descriptive de l'interprétation. En C. Grzegorzcyk, F. Michaut y M. Troper (Eds.), *Le positivisme juridique* (pp. 365-368). Paris: LGDJ.
- Troper, M. (1987). À propos de la logique juridique. *Droit et Société*, 7, 445-450.
- Troper, M. (1994). *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris: PUF.
- Troper, M. (2001). *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF.
- Troper, M. (2002a). Réplique à Otto Pfersmann. *Revue française de droit constitutionnel*, 50(2), 335-353.
- Troper, M. (2002b). Sur la théorie guastinienne de l'interprétation. La distinction entre text-oriented et fact-oriented interpretation. En P. Comanducci (Ed.), *L'arte delle distinzioni. Scritti per Riccardo Guastini* (pp. 57-68). Madrid: Marcial Pons.
- Troper, M. (2002c). Ross, Kelsen, et la validité. *Droit et société*, 50(1), 435-7.
- Wachsmann, P. (1986). Le kelsenisme est-il en crise ? *Droits*, 4, 53-64.
- Waismann, F. (1951). Verifiability (1945). En A. Flew (Ed.), *Essays on Logic and Language* (pp. 117-144). Oxford: Basil Blackwell.
- Wiederin, E. (2013). Die Neue Wiener Schule und die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. En M. Jestaedt (Ed.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre* (pp. 85-97). Tübingen: Mohr Siebeck.