

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

**Federico José Arena**  
Investigador con beca  
Universidad Bocconi, Milán

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

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

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

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

En segundo lugar, el escepticismo tampoco podía ser una teoría general acerca de cómo conciben el derecho todos aquellos que deben identificarlo. En particular, no parecería ser éste el modo en que los jueces conciben el contenido del derecho, puesto que cuando se refieren al contenido del derecho, los jueces no se preocupan por, ni hacen previsiones acerca de, lo que dirán sus colegas al respecto. Dicho desde otro ángulo, si los jueces asumieran un punto de vista escéptico acerca de las normas, entonces perdería sentido el discurso que ellos mismos hacen acerca de la corrección de las interpretaciones<sup>2</sup>.

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

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

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

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

La tesis central del escepticismo ante las reglas es traducida por Guastini en una tesis sobre la interpretación, a saber, la tesis según la cual los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad. Afirmar que los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad, implica sostener que no tiene sentido decir que un juez se ha equivocado en atribuir al texto un significado (falso), en lugar de otro significado (verdadero). No es posible predicar error acerca de la interpretación de los jueces (en términos de verdad/falsedad). Al proponer este replanteamiento, Guastini intenta también conservar uno de los cometidos que inspiran a los defensores del escepticismo, a saber, construir una teoría de la interpretación que no contenga directivas interpretativas. O, dicho de otro modo, el esfuerzo de Guastini consiste en ofrecer un aparato conceptual que evite formular directivas interpretativas y, ulteriormente, en revelar los puntos en los que otras teorías de la interpretación terminan en realidad formulando tales directivas<sup>3</sup>.

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

Así, podemos diferenciar las cuatro posiciones del modo siguiente:

Formalismo:

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

Eclecticismo:

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

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

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

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

Escepticismo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al menos tres cuestiones generales son señaladas por los participantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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