

Sobre la interpretación científica “à la Hochmann”: observaciones de un ateo

*On the Scientific Interpretation “à la Hochmann”:
Comments by an Atheist**

Eric Millard^{1**}

Recepción: 03/02/2024

Evaluación: 10/02/2024

Aceptación final: 08/08/2024

Resumen: Thomas Hochmann ofrece una potente crítica contra el tipo de realismo jurídico que se practicaría en Nanterre. Su crítica es un capítulo más de un debate más largo que ha tenido lugar en Francia entre el realismo jurídico y el normativismo. Si bien su crítica puede parecer interesante, resulta en última instancia infundada. Por un lado, porque no identifica correctamente las tesis del realismo jurídico en general ni de la versión de Nanterre. Por otro lado, porque propone una concepción de interpretación y de derecho que termina por debilitar considerablemente al normativismo en su dimensión epistemológica.

Palabras clave: interpretación, normativismo, realismo, ciencia del derecho.

Abstract: Thomas Hochmann supports a strong critique of realism as it would be practiced in Nanterre, which is a new step in a longer debate in France between realism and normativism. However interesting this criticism may be, it seems ill-founded to me. On the one hand, it does not correctly identify the theses that are attributed to realism in general or to the Nanterre version of realism. On the other hand, it offers a conception.

* Traducción del francés de Federico José Arena.

** Doctor en derecho público, Université Lyon III, Francia. Profesor de derecho público, Université Paris Nanterre, Centre de Théorie et Analyse du Droit, miembro honorario del Institut Universitaire de France, Nanterre (Francia). Correo electrónico: eric.millard@parisnanterre.fr.

of interpretation and law which contributes to considerably weakening normativism in its epistemologic pretention.

Keywords: interpretation, normativism, realism, legal science.

1. Introducción

El texto que Thomas Hochmann (en adelante TH) (2024) propone para discutir con sus amigos del *Centre de Théorie et Analyse du droit* de Nanterre se inscribe en un debate clásico, incluso bastante antiguo, que tuvo lugar en Francia, y que enfrentó a algunos defensores de un normativismo de inspiración kelseniana¹ y a lo que en ese momento era el precursor de lo que hoy llamamos *Realismo francés* (Barberis, 2015), *Realismo de Nanterre* o “*Escuela de Nanterre*”, o incluso *Teoría Realista de la Interpretación* (TRI). Como observa Mauro Barberis (2015), el *Realismo francés* constituye principalmente, si no exclusivamente, una variante del realismo jurídico contemporáneo desarrollada íntegramente por Michel Troper, antiguo director del *Centre de Théorie et Analyse du droit* y actualmente profesor emérito de la Universidad de Nanterre. Esta variante, que concibe al realismo jurídico como una teoría de la ciencia del derecho, ha sido luego adoptada, con ligeros matices, por algunos de los miembros del *Centre*, e incluso por otros teóricos franceses, se hayan formado o no en el *Centre*. Por tanto, sería posible hablar también de un *realismo troperiano*.

No sé si era necesario retomar este debate, ya que quienes participaron en él, con el tiempo, ofrecieron una cantidad astronómica de argumentos, que obviamente no pusieron fin a los desacuerdos, pero que permitieron exponer bajo una mejor luz las tesis defendidas y ponerse de acuerdo –a grandes trazos– sobre aquello en lo que había desacuerdos. En la medida en que TH aporta nuevos argumentos y propone una mirada original, es posible ver en su propuesta una nueva defensa de una concepción nor-

¹ Los principales debates fueron iniciados por Denys de Béchillon (1994) y Otto Pfersmann (2002a). Michel Troper respondió (1944, 2002) y Pfersmann, a su vez, replicó (2002b).

mativista² frente a las posiciones empiristas. Tampoco sé si este debate, incluso planteado en estos términos novedosos, puede interesar a un lector que se encuentra fuera del contexto francés. Desde hace ya mucho tiempo, fuera de Francia, el debate no ve enfrentados al realismo jurídico y al normativismo (¿por falta de combatientes?), sino a otras formas de pensar el derecho, como los pospositivismos o los antipositivismos. Sin embargo, en la medida en que el realismo jurídico se ha convertido en el buque insignia de la defensa del positivismo (teórico), se enfrenta, como teoría del derecho, a algunas críticas que, paradójicamente, tienen un contenido cercano a aquellas que formula TH.

Hay muchos puntos en el texto de TH con los que puedo estar fácilmente de acuerdo. Pero TH extrae de estos puntos algunas conclusiones que me parecen discutibles y, en ocasiones, erróneas (en particular porque de ellas se pueden extraer otras consecuencias que TH no tiene en cuenta y tampoco justifica por qué no las tiene en cuenta). No puedo sino estar de acuerdo con él cuando escribe (sobre la tesis que rechaza): “Las tesis más extremas, las más escandalosas, presentan de hecho una cierta ventaja sobre las tesis moderadas. Decir cosas impactantes porque son falsas es una buena estrategia *de marketing*” (sección 4.1.1). No quiero discutir aquí el vocabulario empleado, que me parece propio de un registro emocional o moral, cosas que entiendo un objeto y no como herramienta del análisis teórico positivista. Pero es en esta formulación que se encuentra la principal dificultad del texto de TH. Evidentemente, TH asume un punto de vista moderado y critica a su oponente por defender una tesis extrema. Pero

² Hablaré aquí sin mayor precisión de una concepción normativista por dos razones: 1) Dudo que la posición de TH pueda pretender ser ortodoxia kelseniana, incluso si parece ser parte de la tradición de la lectura francesa de Kelsen, planteada ya por Eisenmann, pero luego reforzado por Otto Pfersmann, quien lo lleva lo más lejos posible hacia un antirrealismo o un antiempirismo de principio. Pero tendré cuidado de no hacer un ensayo del kelsenianismo que requiera una comparación más profunda que la que puedo hacer aquí; y 2) porque considero que la discusión de autores y la clasificación de corrientes es menos interesante que la discusión de tesis. Por normativismo entiendo simplemente una posición teórica que apunta a desarrollar una teoría de la ciencia del derecho (concebida como la filosofía de la ciencia moderna concibe una ciencia, por lo tanto, empírica), cuyo objeto son normas entendidas como ontológicamente distintas de los hechos del mundo espacio-temporal.

este esquema, a partir del cual TH construye sus argumentos, distorsiona completamente el debate.

Aun cuando sea posible argumentar que el realismo troperiano es una versión radical del realismo jurídico, se trata solo de una versión, que de ninguna manera agota otras variantes del realismo y, sobre todo, tampoco se aleja de ellas (ni las contradice). Se puede considerar al realismo troperiano como una versión simplificada, comparada con una versión más sofisticada o desarrollada o moderada del realismo jurídico (estos adjetivos se usan a falta de algo mejor, y no implican ninguna jerarquía valorativa entre las diferentes variantes). Ahora bien, en cuanto asume esta reconstrucción del realismo, me temo que TH es víctima del irrealismo: (re)construye un realismo que no existe para intentar descalificar a los que sí existen (2).

TH también quiere defender una teoría moderada. ¿Teoría moderada de qué? El título de su texto nos ilumina: de la interpretación científica, es decir, de la ciencia del derecho. TH no oculta que ello lo ubica del lado normativista: el conocimiento del derecho por medio y a partir del significado de los textos –se trata de la interpretación–; el conocimiento de las normas, y de las normas válidas, a través de la interpretación. Me parece que es posible pedir algunas explicaciones a quienes, como TH, defienden este enfoque sobre el conocimiento del derecho, considerado como científico: ¿en qué consiste interpretar científicamente?, ¿cómo se interpreta científicamente?, ¿cómo se atribuye valor de verdad a los resultados de la interpretación científica? Al respecto, sostendré aquí que la moderación que TH intenta asumir, lo lleva en realidad a decisiones conceptuales problemáticas (3) y a una respuesta metodológica simplista, inconsistente con sus pretensiones epistémicas y con su posición normativista (4).

Para concluir, diré unas breves palabras sobre lo que percibo como el significado (el objetivo) de su crítica al realismo (tal como el mismo TH lo concibe) y de su defensa del normativismo, tal como resulta de su propia reconstrucción (5).

2. El Quijote contra los molinos de viento

En lo que a mí respecta, me cuesta identificar en el trabajo de TH cuál es exactamente la teoría, y por tanto las tesis, que son objeto de sus críticas. Por supuesto, según lo que TH dice explícitamente, se trataría de las tesis defendidas por el realismo, más precisamente por la variante de Nantierre o troperiana del realismo. De acuerdo. El problema es que tanto para caracterizar esa teoría como para discutir sus tesis, TH recurre a autores que defienden otra variante del realismo (pienso ciertamente en los amigos genoveses, en particular Riccardo Guastini y Pierluigi Chiassoni). Además, TH plantea el debate a partir de casos o concepciones que no resulta claro hayan sido pensadas para defender, discutir o criticar alguna variante del realismo (Marmor, Hart, etc.).

Es bien sabido que con la palabra realismo nos referimos a una multitud de teorías, que defienden concepciones y enfoques muy diferentes. Creo que es posible acordar aquí que el debate no se refiere a lo que suele denominarse realismo americano (que, además, no es una teoría de la ciencia del derecho) ni al realismo escandinavo histórico. Ambas variantes han, por supuesto, influido en el realismo contemporáneo en cuanto teoría de la ciencia del derecho (también llamado por Mauro Barberis *realismo europeo continental*), pero este realismo contemporáneo se distingue de esas variantes en muchos puntos: no es una variante del realismo en general, sino una teoría en sí misma y coherente, que a su vez tiene variaciones. Existen tesis comunes a todos los realismos, sin agregados: por ejemplo, la tesis antiformalista del derecho o la tesis del carácter decisonal de la interpretación jurídica práctica. Existen, además, tesis comunes a todas las variantes del realismo contemporáneo: por ejemplo, el no cognitivismo ético, el rechazo del iusnaturalismo, la adhesión más o menos asumida al positivismo lógico, el empirismo, etc. Finalmente, existen tesis específicas que distinguen a cada una de las variantes del realismo contemporáneo.

Me parece que la tesis específica de la variante troperiana del realismo, tal como TH quisiera discutirla,³ es la tesis según la cual la interpretación

³ Cabe señalar que, en el ya mencionado debate sobre el realismo, que tuvo lugar en Francia, la discusión incluía referencias a un conjunto más amplio de tesis atribuidas a la TRI.

jurídica es una interpretación práctica y, por tanto, decisoria. Según esa tesis, la norma jurídica, es decir, el significado, resulta de una atribución del intérprete y, en su versión propiamente troperiana, los textos involucrados en esa interpretación no es que carezcan de significado, sino que sus significados no son jurídicos. De ello se sigue que la ciencia del derecho, que se fija como objeto la descripción del derecho, se limita –a partir de un concepto estipulativo de derecho, coherente con las tesis del empirismo y la adhesión al positivismo lógico–, de manera positiva, a dar cuenta (históricamente) de hechos de atribución de significado (de nuevo, a partir de una estipulación sobre los hechos relevantes). Y, de manera negativa, se limita a afirmar que no le corresponde, como teoría de la ciencia del derecho, considerar los significados que podrían tener los textos involucrados pero que no han sido tenidos en cuenta por los intérpretes (ello en cuanto, esas interpretaciones, según lo estipulado por el concepto de derecho, no son jurídicos).

Por su parte, TH sostiene la tesis de que es posible el conocimiento científico del significado jurídico de los textos. TH defiende esta tesis, como dije, a veces, contra la tesis propiamente troperiana, otras veces, contra tesis que no son troperianas. Por ejemplo, escribe: “Tal como la conciben los teóricos realistas, la ciencia del derecho debería, de hecho, basarse en análisis sociológicos cuyos contornos, sin embargo, apenas se delinear. Más que interpretar textos, debemos, por ejemplo, identificar los *métodos de interpretación* aceptados en una *cultura jurídica*” (sección 3.2). Por esta razón, no deseo abordar aquí (directa o únicamente) la variante radical del realismo. Además, en este mismo número de *Discusiones*, Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Arnaud Le Pillouer pueden defender esa variante de manera “auténtica” y responder a las críticas que se le hacen. Me concentraré, en cambio, en un abordaje de la crítica de TH desde el punto de vista del realismo contemporáneo en general, lo que implica también tener en cuenta su otra variante principal, y sin duda más extendida, el realismo genovés.

Debe quedar claro que si adopto esta lectura amplia es, ante todo, porque TH invita a hacerlo, dado que no especifica cuáles tesis discute exactamente y dado que dirige sus argumentos contra tesis diferentes, alguna específica de realismo troperiano, y otras que, en cambio, Michel Troper

no ha defendido. Ahora bien, mis argumentos en defensa del realismo jurídico, aunque diferentes, no son necesariamente una crítica a Troper. También quiero decir claramente que no existe ninguna contradicción importante entre la versión simple y la versión sofisticada del realismo contemporáneo. La versión simple del realismo contemporáneo se limita a insistir (adoptando una posición teórica estratégica) sobre lo que la versión sofisticada considera el punto nodal de una teoría realista de la ciencia del derecho: la práctica de la interpretación decisoria. Pero ninguno de los argumentos de la versión simple es incompatible con una posible sofisticación, que consista en ampliar, de manera ordenada, el objeto mismo de la ciencia del derecho (el concepto de derecho).

3. Concepto(s) de interpretación

La primera crítica que presenta TH, y que es el punto de partida de su razonamiento, es que el realismo confundiría interpretación y concretización. Ciertamente, el realismo troperiano sólo puede ser pasible de esta crítica en apariencia, ya que la norma jurídica, según su tesis principal, es el resultado de una interpretación en la práctica.

¿Pero es ésta realmente la confusión de la que estamos hablando? Para poder diferenciar interpretación y concretización es necesario plantear estipulativamente un concepto de derecho (de lo jurídico si se prefiere) que permita identificar el derecho antes de su concretización (su aplicación en términos más dogmáticos). Sólo podemos concretizar o aplicar algo que ya existe (que ha sido identificado como existente y relevante). Sin embargo, y en esto consiste su carácter radical, el objetivo mismo de la tesis troperiana es rechazar tal concepto de preexistencia. Por tanto, no hay confusión si con esto entendemos inconsistencia. Ahora bien, el problema aquí surge del concepto de derecho del propio Michel Troper. No tengo la intención de ofender a TH, por lo que no le atribuiré la pretensión de poseer él mismo un concepto *a priori* de derecho. Él mismo reconoce que “en línea con el positivismo normativista vienés, que pretende distinguir el derecho tanto de la moral como de los hechos, el derecho será concebido aquí como un sistema de normas establecidas por los humanos” (sección

2.1). Estipulación. Discutir sobre estipulaciones sólo tiene interés desde un punto de vista heurístico (¿para qué nos sirven nuestras estipulaciones?, ¿por qué preferimos esta o aquella? (Volveré sobre este punto). Además, si pensamos en la otra variante del realismo contemporáneo (la que he llamado sofisticada), esta pseudoconfusión queda inmediatamente excluida, neutralizando el ataque de TH. La variante sofisticada propone, también de manera estipulativa, un concepto de derecho más amplio que la variante simple (e incluso más amplio que el propuesto por TH en su ataque). En efecto, concibe al derecho (para una teoría de la ciencia del derecho) como una clase de hechos. Esta clase de hechos comprende, a su vez, tres subclases: 1) textos (fuentes si se prefiere); 2) normas –sin mayor precisión– entendidas como significados que revelan una ideología normativa (en sentido estricto); y 3) normas vigentes entendidas como significados en un contexto específico y con efectos específicos.⁴

Parece bastante obvio que únicamente la tercera subclase de hechos corresponde a la tesis troperiana y que la interpretación científica, que TH defiende a capa y espada, se refiere a una empresa de cierto tipo sobre la primera subclase de hechos. Por otra parte, podemos preguntarnos legítimamente, pero esa es otra cuestión, si este trabajo mismo podría ser incluido en la segunda subclase de hechos, o si es, como exige toda concepción moderna de ciencia, externa a su objeto. La variante sofisticada del realismo contemporáneo puede, con este concepto amplio, dar cuenta, como recomienda TH y evitando la crítica que le dirige a la variante simple por no hacerlo, de la cuestión de la relación entre los objetos de las diferentes subclases.

Ciertos significados son (por razones vinculadas al objeto del debate: la interpretación cognitiva) significados plausibles y posibles de los textos que componen la primera subclase. Hablaremos entonces de normas expresas, expresadas, explícitas. Son producto de una interpretación (de un acto de interpretación), si bien no son siempre (o, mejor, no son única-

⁴ Obviamente, estos elementos deberían todavía ser descriptos con mayor precisión. Pero, dado que esto no es realmente el objeto de discusión de TH, y dado que los realistas contemporáneos han ampliamente documentado lo que entienden por cada uno de ellos, no me ocuparé de esas precisiones.

mente) el resultado de una interpretación cognitiva, de un acto de conocimiento. También pueden ser, como ocurre con mayor frecuencia, el fruto de un acto de decisión “dentro del marco”, por ejemplo del dogmatismo o del llamado intérprete auténtico, sin que siempre sea posible saber si la interpretación cognitiva (que procura delimitar el “marco”) ha, de hecho, enmarcado y limitado las posibles decisiones (es decir, sin que sea siempre posible determinar si es la causa de tales decisiones). La concretización del intérprete en la práctica no se opone aquí a la interpretación, sino que, en el caso de normas válidas (en el sentido de TH) o expresas (en el sentido de realismo), (lógicamente) viene después de ella, la integra y la supera. Hasta el punto de que puede hablarse de creación compartida entre el autor del texto y el intérprete (al decidir, al momento de la concretización, atribuir al texto uno o incluso el único significado que posee; en todo caso decide).

¿Podría la ciencia del derecho, a su vez, llevar adelante este tipo de interpretación en su dimensión cognitiva y mantenerse dentro de esos límites cognitivos, sin proceder luego a decidir a favor de una norma en el marco del significado, como lo exige TH? La *ciencia del derecho* aquí es un poco ambigua. Es claro que, en el marco de una epistemología prescriptiva, se trata de advertir que quienes se profesan como científicos del derecho no deberían hacer otra cosa. ¿Pero pueden hacerlo científicamente? Ésta es una cuestión diferente, aunque muy conocida. ¿Esta ciencia del derecho así concebida requiere o no los mismos métodos que emplea el intérprete en la práctica? ¿Las proposiciones científicas que son su resultado tienen o pueden tener un estatus que no sea normativo?

Por otra parte, otros significados son (por las mismas razones que para las normas expresas) significados implausibles, imposibles de los textos que componen la primera subclase. Hablamos entonces de normas implícitas, no expresas, porque no son el resultado de una interpretación (en el sentido que le da a este término la versión sofisticada de realismo), sino de una construcción del(de los) jurista(s). Resultan de una pura decisión, que no es más que un acto de creación, ya sea en el contexto de la concretización auténtica (las normas vigentes, que pertenecen a la tercera subclase), ya sea en el contexto de la concretización doctrinal en sentido muy amplio (la dogmática, afirmaciones profesionales –de un abogado, por ejemplo– u ordinarias –simples reivindicaciones–). La oposición entre interpretación

y concretización no es, por tanto, coherente a fin de plantear el problema. La oposición central, en cambio, es aquella entre interpretación y creación, que TH reconoce perfectamente, porque ambas, interpretación y creación, se traducen en parte, pero sólo en parte, en la concretización.⁵ Por lo que:

a) si la versión simple del realismo estipula como su objeto únicamente a las normas vigentes (sólo una de las subclases consideradas), de ninguna manera contradice la versión más sofisticada que aprehende como un posible objeto de descripción (por lo tanto, como un concepto de derecho alternativo) tres subclases de hechos. Lo mismo puede decirse, con las reservas mencionadas, respecto del concepto de derecho que prefiere TH. Si bien existe una clara incompatibilidad entre los dos conceptos (limitados) que, por un lado, propone TH (los textos o más precisamente el significado objetivo de estos textos, que deben establecerse científicamente) y, por el otro, propone Michel Troper (las normas vigentes), estos dos conceptos pueden unificarse (adaptándolos al concepto hochmanniano) en el concepto de derecho más amplio defendido por la variante sofisticada del realismo contemporáneo.

b) Incluso en su versión sofisticada, estos objetos son hechos y no será por lo tanto posible satisfacer la exigencia de TH de distinguir el derecho, de la moral y de los hechos. No creo que TH pretenda negar que la tesis del no cognitivismo ético es una tesis común a los realistas contemporáneos (y al normativismo y, por tanto, a todo positivismo teórico). TH rechaza, en realidad, la tesis empirista (común a todas las variantes del realismo contemporáneo). Estos hechos son ante todo entidades lingüísticas: discursos. El constante reproche que TH dirige a los realistas en cuanto interesados en estudiar los discursos es aquí tan revelador como paradójico. ¿Qué es interpretar textos sino traducir, reformular un discurso en otro discurso? Estos hechos son también decisiones, eventualmente vinculadas a otros hechos por relaciones causales. Las normas, según TH, son puestas por seres humanos. ¿En qué sentido no sería un ser humano el intérprete (auténtico

⁵ TH tiene razón al decir que la concretización es ante todo la cuestión de la norma individual. No creo que adhiera a la idea según la cual la norma individual se derivaría lógicamente de una norma general, a través de un silogismo o de otra manera. Pero, sea ello así o no, desde su punto de vista, toda concretización presupone una norma general que debe concretarse.

o no) o, en qué sentido lo sería en una medida menor al legislador (me parece obvio pensar que cualquier norma presupone un acto de voluntad)? Hay algo fantasmagórico en los presupuestos detrás de posiciones como la defendida (entre otros) por TH: la existencia, estrictamente hablando, de objetos que no serían reducibles a hechos del mundo espacio-temporal. Los derechos, las obligaciones (que generalmente también se reflejan en su vocabulario) son ciertamente frutos de la actividad humana, pero existirían mágicamente en otro mundo, con un estatus diferente a los hechos del mundo espacio-temporal. Obviamente, no tengo manera de demostrar, de probar que tal mundo no existe, y la topología/ontología de Popper puede llevarnos a colocar las ideas normativas válidas (según un sistema dado) en el Mundo 3 (Popper, 1991). Por otro lado, no veo ninguna razón para no tratar la ideología normativa que puebla este llamado mundo 3 como un hecho sociopsicológico, un conjunto de representaciones observables que pueden explicarse como un hecho discursivo (al menos), al someterlas al análisis crítico (científico) del lenguaje. Pero, en última instancia, estoy dispuesto a dejarme convencer de que estoy equivocado. Como Russell y su tetera, simplemente estoy esperando que mi interlocutor me muestre que esta ideología existe de una manera que no es empírica.

4. Interpretación y conocimiento

TH tiene razón al señalar que, paradójicamente, el normativismo clásico no trabajó en profundidad la cuestión de la interpretación, particularmente la de la interpretación científica. Por su parte, TH indica que “la interpretación científica consiste en identificar el significado o significados que comunican los enunciados del ordenamiento jurídico” y que “es la operación que permite conocer el derecho positivo” (sección 2.3). No puedo estar más de acuerdo incluso si tengo dudas sobre la metáfora de que una disposición normativa pueda comunicar algo, y que sin duda diferimos sobre los conceptos de orden jurídico, de conocimiento y de derecho positivo. TH sostiene además que “las llamadas teorías *realistas* de la interpretación no están muy interesadas en la interpretación científica. Si los genoveses, por ejemplo, siempre se cuidan de señalarlo, no es en absoluto el centro

de su atención”; y que “esta actitud se justifica perfectamente en el marco de un enfoque realista: pretende describir la práctica de los juristas, y esto deja poco espacio a la interpretación científica” (sección 2.4). Finalmente considera que

Las teorías realistas de la interpretación (o teorías realistas del derecho) [...] pretenden proporcionar los medios para estudiar los discursos sobre el derecho. Quieren producir una *explicación* de la interpretación practicada por varios actores del orden jurídico, y en particular de los jueces (o más bien, debería decirse, una explicación de lo que hacen los jueces cuando dicen que interpretan). Por lo tanto, estas teorías no tienen dificultad en demostrar que no describimos fielmente la actividad de los jueces si afirmamos que sólo aplican la ley mecánicamente o encuentran normas preexistentes en la ley. Estas observaciones, sin embargo, no se refieren en modo alguno a una interpretación científica. No pretende describir la práctica de los jueces y, por tanto, no podemos decir que sea falsa *porque* no corresponde a esta práctica (sección 2.4).

Me parece que de allí surge la noción de interpretación “científica”, y ello es normal, pues se trata sin duda de un punto central de desacuerdo, conceptualmente dual. Por un lado, podemos hablar de interpretación científica para indicar que existen método(s) “científicos” de interpretación (de enunciados jurídicos). La interpretación es entonces una ciencia y debería poder decirse que sus resultados (¿proposiciones de derecho?) son verdaderos (¿o falsos?). Por otro lado, por interpretación científica podemos entender una actividad encaminada a dar una explicación científica de ciertas prácticas sociales, por ejemplo, lo que hacen los juristas cuando dicen que interpretan (enunciados jurídicos) o (más interesante) lo que hacen los juristas y cómo lo hacen cuando hacen lo que a los efectos de una teoría de la ciencia del derecho (del conocimiento del derecho positivo) llamaremos interpretación. Me parece concebible que este segundo sentido de interpretación científica no excluya el trabajo científico sobre los enunciados del orden jurídico, una vez que han sido identificados. Pero la identificación del significado “comunicado” por estos enunciados jurídicos debe entenderse de otra manera: es la práctica social la que informa

(la que comunica) en este caso sobre los métodos que permiten identificar significados. En el primer sentido, es la interpretación la que reivindica con fuerza su científicidad (en cierto contexto, obviamente). En el segundo sentido, la dimensión científica apunta sobre todo a dar cuenta de la interpretación (que es por tanto objeto de conocimiento y no método). Aquí interpretación no es sólo la que ya ha sido propuesta en un contexto (me refiero a la descripción de normas vigentes, o al análisis crítico –metajurisprudencial– del trabajo dogmático-doctrinal), sino de la interpretación posible, plausible, según los métodos aceptados por los juristas (si es que puede decirse que también es un método de conocimiento, lo será sólo en un sentido muy débil, que no pretende ser conocimiento científico).

Debido a esta dualidad, sin duda sería apropiado reservar el término interpretación científica para el primer sentido (el reivindicado por TH), no en contraposición a la interpretación auténtica sino en contraposición a la interpretación voluntad (o decisión), de la cual la interpretación auténtica es sólo una versión (otra es la dogmática, decisoria pero no auténtica). Y reservar para el segundo sentido la expresión interpretación cognitiva (que es lo que suelen hacer los realistas, a pesar de que esta expresión también es usada por posiciones no positivistas para decir algo completamente diferente, por ejemplo, para designar la *única respuesta correcta* o sostener que hay un método obligatorio para interpretar). La interpretación cognitiva, tal como la entiendo, no consiste en formular proposiciones jurídicas susceptibles de valor de verdad, sino, más modestamente, en dar cuenta, a partir de proposiciones en parte analíticas, en parte empíricas, de los medios a través de los cuales los juristas obtienen conocimiento del significado comunicado por los enunciados: proposiciones respecto de las cuales son será realmente posible decir que son verdaderas o falsas. En efecto, aunque no sean puramente analíticas, tampoco son realmente sintéticas puesto que su dimensión empírica es insatisfactoria: permiten formular hipótesis para otra cosa, sin que sean ellas mismas susceptibles de contrastación. Por lo tanto, la cuestión no es decidir, como afirma TH, si la interpretación científica es falsa (o verdadera); la interpretación científica (entiéndase: los métodos que utiliza y/o los resultados que logra) no corresponde a una descripción de la práctica de los abogados. La interpretación científica de la que aquí se habla es un concepto teórico, una prescripción metodológica,

que puede apreciarse únicamente en referencia a sus propias tesis. Por otra parte, se trata una vez más de decidir si las proposiciones jurídicas a las que llega mediante sus métodos son verdaderas (o falsas). Desde este punto de vista, una ciencia empírica (y admito fácilmente que el normativismo kelseniano correctamente entendido es una ciencia empírica, incluso antes de su llamado giro realista tardío, en cuanto la interpretación científica tiene como finalidad describir el significado objetivo de ciertos actos de voluntad, hechos), pero no empíricamente verificable o falsable (ya que sus proposiciones de derecho no se conciben como proposiciones acerca de hechos), para merecer el nombre de ciencia debería indicar los procesos de validación de sus resultados. No he encontrado en TH una referencia a tales procesos más explícita de lo que sería en el normativismo en general. ¿Veamos qué dice al respecto el realismo?

En resumen, ¿cuáles son los métodos empleados por la ciencia que defiende el realismo en relación con la interpretación cognitiva?

1) Identificar conceptualmente (tipología) los métodos de interpretación sin sujeción a un determinado sistema de derecho positivo, para identificar cómo es posible atribuir significado a un enunciado. Un ejercicio analítico, por tanto teórico y metacientífico, que permite identificar los métodos disponibles (y no los deseables, correctos, obligatorios u otros). Se trata, aprovechando los saberes disponibles en el derecho (filosóficos, teóricos, dogmáticos, históricos) y fuera del derecho (la interpretación no es un problema al que se enfrentan sólo los abogados y la filosofía del lenguaje, la lingüística y otros conocimientos disciplinares son también necesarios), de distinguir los diferentes métodos por los cuales se afirma que un enunciado (E) significa (S), teniendo en cuenta que S aquí es una norma (N) y que N es una norma jurídica (NJ). Pero siendo E, S, N y NJ (únicamente) entidades lingüísticas, conviene en esta etapa no descartar ninguna posibilidad adscriptiva. TH puede quedarse tranquilo: una empresa de este tipo identificará incluso todos los métodos que él misma utiliza y presenta como científicos. Pero una empresa de ese tipo no presupondrá la científicidad de esos métodos ni descartará por este motivo otros métodos posibles. Y no me parece que deba ponerse en duda, y, en cualquier caso, no me parece que TH consiga ponerlo en duda si es que pretende hacerlo para defender su posición, que es necesario partir de una adquisición fuerte de la filo-

sofía del lenguaje: la distinción entre el texto y su significado. El texto no significa nada antes de su interpretación. Si el texto comunica algo, como dice TH, es sólo porque es interpretado (lo que vuelve a hacer central la cuestión de la selección del método de interpretación, de ahí este primer paso conceptual).

2) Identificar (algo que es ciertamente una empresa que puede llamarse sociológica, pero sobre todo un análisis crítico del lenguaje que, en definitiva, no es muy diferente del que tiene como objetivo identificar las fuentes del derecho, los enunciados jurídicos, las sentencias judiciales: una investigación sobre hechos, y sobre hechos tanto lingüísticos como prácticos) cuáles son los métodos utilizados y/o aceptados como jurídicos (y por tanto vigentes) por los juristas en una región determinada (correspondientes a un ordenamiento jurídico dado, incluso si esta idea no se refiere a un sistema en el sentido normativista, sino a una práctica social constructiva de sistemas en general, y de un sistema vigente en particular), en un momento dado, y posiblemente en un campo de cuestiones jurídicas específicas, para interpretar enunciados jurídicos. Incluso sería deseable ir más allá e identificar, cuando sea posible, métodos de jerarquización y de combinación. He aquí la misteriosa *cultura jurídica*. También se le puede llamar ideología jurídica o ideología normativa (en un sentido más amplio que el que usé para hablar de la subclase 2). La cultura jurídica puede ser abordada a través del análisis crítico de las entidades lingüísticas de las subclases 2 y 3, desde una perspectiva obviamente dinámica (de reacciones e interacciones entre lo que sustenta las normas vigentes y lo que sustenta sistematizaciones dogmáticas, pretensiones normativas, etc.). Las proposiciones que identifican estos métodos son por estas razones proposiciones sobre hechos, verificables y falsables. Proposiciones de la ciencia del derecho.

3) Aplicar estos métodos a los enunciados jurídicos (para no desviar la atención, admitiré aquí que los enunciados jurídicos son los enunciados formalmente válidos de acuerdo con una constitución en buena parte y en general eficaz). Esto da como resultado un marco de significado ya que es bastante frecuente que, por un lado, en la mayoría de los casos, los diferentes métodos no conduzcan al mismo significado (esto es, además, lo que los vuelve interesantes y relevantes en la práctica) y, por otro lado, que incluso un mismo método permita válidamente obtener significados con-

currentes. He aquí la interpretación cognitiva de los realistas: un enunciado jurídico E, según los métodos aceptados por los juristas que trabajan en ese ordenamiento jurídico (que, en realidad, le dan forma a ese ordenamiento jurídico) significa N1, N2... Nn. Si bien la interpretación cognitiva no incluye lógicamente ninguna afirmación de otro tipo, como, en particular, que N1, N2 o Nn son normas vigentes (esta sería una proposición de otra naturaleza, verificable o refutable), o que deberían estarlo (en ese caso no son desde un punto de vista lógico prescripciones, aun cuando a veces sean consideradas tales desde un punto de vista pragmático), sus resultados no son, sin embargo, proposiciones científicas en el mismo sentido que en la etapa anterior. Quizás esto explica por qué los realistas parecen tener poco interés en ella. Ésta es también la razón por la que una versión simple del realismo como la variante de Nanterre la excluye radicalmente del enfoque científico. No porque no pudieran hacerla o no quisieran hacerla. Sino porque son conscientes de los límites epistémicos del enfoque y sólo la utilizan analíticamente para refinar ciertos análisis empíricos: para poder producir algunas proposiciones sintéticas, aun cuando quizás no las más importantes.

4) En efecto, esta interpretación cognitiva permite a los realistas calificar, cuando es el caso, las normas vigentes como explícitas, formuladas, expresas si, según un método encontrado en 2, constituyen uno de los significados identificados en 3. Les permite también calificar como no formuladas o implícitas, cuando es el caso, las normas vigentes si, según un método encontrado en 2, no constituyen un significado identificado en 3. Finalmente, les permite calificar, cuando es el caso, el hecho de la creación compartida entre el legislador y el intérprete, o de la creación por parte únicamente del intérprete. (He tomado aquí la línea de análisis respecto de las normas vigentes, pero es claro que el mismo enfoque puede trasladarse de la misma manera para todas las normas, sin mayor precisión, es decir interpretaciones o construcciones no auténticas que llevan a cabo los juristas: la metafilosofía del derecho como análisis crítico del lenguaje de los juristas y, en particular, de la dogmática, aun cuando la cuestión de la creación se plantee aquí en términos diferentes).

TH, por su parte, aboga por un método simple de interpretación.⁶ Sin embargo, no veo qué tiene de complicado el proceso de interpretación cognitiva tal como lo describe por el realismo. A su vez, los métodos de interpretación científica que defiende TH no dejan de sorprenderme, sobre todo porque, y particularmente en Francia bajo el liderazgo de Otto Pfersmann, el normativismo contemporáneo se ha comprometido a trabajar en filosofía del lenguaje. A pesar de esto último, TH dice: “de la misma manera que podemos apreciar un plato sin conocer la receta, podemos interpretar un enunciado sin tener una filosofía del lenguaje.” (sección 3.2). No lo dudo. Pero disfrutar de un plato sin conocer la receta, no es en absoluto hacer ciencia: en el mejor de los casos se lo disfruta, en el peor se simula una crítica gastronómica. Por lo tanto, la cuestión no es si puedo interpretar un enunciado (sin filosofía del lenguaje), sino si lo interpreto científicamente. Una vez más, la ciencia realista da cuenta de la interpretación (tal como existe en el mundo, y por lo tanto tal como es practicada en particular por los juristas, es decir, dependiente de métodos diversos, vinculada o no con la filosofía del lenguaje, si bien, en general, no tienen relación alguna). Y la ciencia realista puede (con un valor epistémico muy relativo) ella misma interpretar los textos recurriendo a esos métodos. Pero TH sostiene que la interpretación puede ser científica (que puede ser un método científico para conocer el significado de los textos). ¿De qué manera?

Tal como el clásicamente ha hecho el normativismo y, por lo tanto, de manera consistente con los conceptos y tesis que asume, TH descarta en cuanto no científicos ciertos métodos concebibles (metacientíficamente) y que se pueden encontrar en la práctica jurídica. Por ejemplo, TH descarta el método que recurre a la intención del legislador. Esto es ciertamente entendible si se concibe la norma como el sentido objetivo del acto de voluntad (siendo la intención un significado subjetivo). TH descarta también el método teleológico o –imagino– cualquier método de adaptación

⁶ Sería necesario, pero aquí no tengo espacio suficiente, indagar por qué TH habla de interpretación *del derecho*, dado que la interpretación –en el sentido que comparto con él– es una interpretación de *enunciados jurídicos* y, además, dado que la interpretación científica, en palabras de TH, permite el conocimiento del derecho positivo (algo con lo que sólo puedo estar de acuerdo: las fuentes, cualesquiera que sean, deben distinguirse conceptualmente del derecho –positivo en el sentido de TH–).

del significado a la evolución social, ya que el significado objetivo del acto de voluntad no depende de los cambios sociales. Creo que tiene razón al considerar que “los llamados métodos de interpretación, que a menudo se invocan en otros lugares, no se refieren estrictamente a la interpretación: no buscan el significado del texto, sino que se esfuerzan por identificar otra cosa en él”; “En realidad, no pretende buscar los diferentes significados de las declaraciones, sino argumentar a favor de un significado particular” (sección 3.2). Esta es, en efecto, la razón por la que los realistas intentan identificar estos métodos y (con los límites mencionados) los emplean, a veces, para interpretar ellos mismos enunciados jurídicos, y es la razón por la que no recurren a otros métodos o dan un estatus diferente estos métodos. Si la interpretación científica existe y es algo más que el conocimiento de los métodos vigentes y que, a través de ellos, el conocimiento indirecto de los marcos plausibles de significado de los enunciados, ¿qué es? Es sorprendente que TH escriba: “Podemos, si queremos, calificar esta interpretación de “literal” o “lingüística”. Pero sobre todo hay que señalar que no se distingue por ningún “método”, sino por su objeto: se trata de enunciados.” (sección 3.2). Esto es una coquetería, una pose. No veo cómo sería posible interpretar sin un método de interpretación (ya sea único o científico). Y no veo desacuerdo sobre el hecho de que se trata de “decidir” (científicamente -produciendo conocimiento-, o no) el significado de un enunciado. Tienen que haber un método en TH, no puede no haberlo. Es al menos, y TH está de acuerdo, el método literal o lingüístico. ¿Qué sucede entonces con la indeterminación del lenguaje?

Curiosamente, TH, al abogar por la simplicidad, reformular (quizás sin querer) qué es lo que entiende por científico. Se apoya en la intuición, refiriéndose a Posner, en lo obvio (“para interpretar el derecho, basta que un hablante que domine el lenguaje en el que se expresa lea atentamente la declaración, teniendo en cuenta, obviamente, su contexto y, en particular, su *peritexto*, es decir las disposiciones que lo rodean, otros enunciados de derecho positivo”). No está muy lejos de Hart, incluso precedido por Merkl (1968): “cada *palabra tiene*, junto con un cierto *núcleo de significado*, significados *periféricos más o menos fluctuantes*” (p. 1111). Y quizás, si se sigue la línea de TH, se termine por unir Scalia: la interpretación científica es la del profano, la del conocimiento directo (es decir, la comprensión inmediata),

que podría alcanzar un individuo educado en el momento en que ha sido producido el enunciado (Scalia, 1998). Un originalismo refinado, sin duda. Pero ¿por qué esta (forma de) conocimiento *por familiaridad*, y sólo ella, sería científica? TH no proporciona una explicación epistémica para esto. Si se sigue esta línea, me resulta difícil evitar temer la verificación de uno de los peores pecados en los que puede caer un normativista como TH (que se dice positivismo teórico): que esta interpretación sea científica (al menos que la ciencia del derecho debe emplear este método y ningún otro) por razones que no son epistemológicas, sino porque sería la más legítima. Por lo tanto, no veo ninguna razón para tratar la interpretación “científica” de TH como algo distinto a una interpretación cognitiva, no en el sentido realista, y con todas las limitaciones que los propios realistas plantean para esta actividad, sino en el sentido de una *única respuesta correcta* (o “*una respuestas correctas*” si queremos dar gracias a que TH no excluye una pluralidad de significados que la interpretación científica podría establecer). Quizás estos sean los límites de la teoría normativista del derecho: lograr conciliar su afirmación epistemológica con sus métodos cognitivos.

4. Conclusión

Me parece bastante natural considerar que ninguna teoría puede dar cuenta de todo, y que nuestra preferencia por una teoría sobre otra depende en parte del interés cognitivo que tengamos por una cuestión y no por otra. Obviamente entran en juego otros méritos, en particular la capacidad de la teoría para cumplir su programa y, por tanto, sus cualidades epistémicas cuando se trata de una teoría positivista del derecho, una teoría de la ciencia del derecho. Pero nuestras estipulaciones no pueden eludir una pregunta heurística. Creo que TH está de acuerdo con esto, ya que desde el principio indica el objetivo de su trabajo: “Pretendo defender, contra las concepciones dominantes en Nanterre, la posibilidad y el interés de una descripción objetiva del derecho positivo concebido como un sistema normativo” (sección 1) e indica que “su utilidad para la práctica es limitada: es una herramienta para describir la ley y no un medio para justificar una decisión.” (sección 2.3). Por supuesto, estipula un concepto de derecho (o

de derecho positivo, no siempre es muy claro) adecuado a estos fines, y basa su crítica en la afirmación de un constante desinterés por lo que él llama la práctica de los juristas, que señala como el objeto de la ciencia del derecho propuesta por los realistas (y, aunque este punto ya ha sido discutido, dejaría “poco espacio para la interpretación científica”).

De la misma manera que TH no reduciría sin duda la ciencia del derecho que defiende a la descripción de textos, o de hechos históricos de la legislación, esta presentación es reduccionista: la teoría de una ciencia del derecho realista no interesa realmente a la práctica de los abogados, sino a discursos disposicionales, normativos, argumentativos, interpretativos, adscriptivos, etc. producidos por esta práctica: identifica su objeto como la ideología normativa que resulta de esta práctica (efectiva). El realismo contemporáneo, cuyas virtudes a nivel epistemológico no son puestas en duda por TH, busca efectivamente dar cuenta, a través del análisis crítico, del lenguaje del derecho, concebido como el producto de la práctica de los juristas, entendidos en sentido estricto (los jueces) o amplio (la producción de discursos disposicionales, normativos, argumentativos, interpretativos, adscriptivos, etc., que no es monopolio de los jueces, sino que presupone distinciones entre discursos).

No entraré en un *benchmarking*, que considero finalmente ridículo, a fin de sostener el interés que para un determinado enfoque económico o simbólico pueda tener una teoría frente a la otra. Es deseable que los juristas o los legos tengan acceso (dominando los límites teóricos) a varias teorías, y además no sólo a teorías jurídicas sobre el derecho. Es posible que ni los juristas ni los profanos sientan la necesidad de una teoría de la ciencia del derecho; y es probable que la mayoría tanto de juristas como de profanos estén interesados en teorías que no se enmarcan en una empresa científica destinada a describir y explicar el derecho tal como es, sino en teorías que recomiendan cómo debería ser el derecho.

El normativismo “à la Hochmann”, por su parte, quiere dar cuenta del significado de los enunciados producidos por actos formalmente válidos, según un concepto de validez proporcionado por la teoría. El conjunto de normas identificado resulta de una interpretación científica que no las crea ni las modifica, sino que describe su contenido (la teoría que comprende la estructura). Esto es lo que TH estipula como concepto de derecho. De

manera perfectamente coherente con el proyecto inicial de cualquier teoría normativista, TH pretende describir el significado objetivo de las fuentes del derecho, es decir el derecho tal como es querido por las autoridades que el derecho constituye. En otras palabras, el producto del ejercicio del poder legítimo de un sistema político (según este sistema político que toma la forma de una jerarquía de normas jurídicas). TH nos dice: “Mi objetivo aquí era evitar el éxodo en estas altas esferas de juristas seducidos por la misión de describir el derecho positivo: tal empresa es posible, útil y fácilmente realizable. Sería una pena renunciar a ello.” (sección 5).

Personalmente no dudo de la utilidad de este conocimiento, del conocimiento de lo que TH llama derecho positivo y que yo llamaría más bien el conjunto de normas expresadas (por autoridades legítimas). Pero ello no me impide pensar que este conocimiento sería aún más útil con la articulación de otras cuestiones en una visión más amplia, siempre que siga siendo teóricamente coherente y epistemológicamente posible. Por otro lado, dudo que el conocimiento en el sentido de TH sea posible, al menos según los métodos propuestos por TH, como he explicado. De la misma manera que dudo que consista en una descripción (el programa de una ciencia) porque precisamente lo que necesita una ciencia es poder tener métodos apropiados (lo que incluye también métodos de validación de los resultados). El realismo, por su parte, ofrece un método de fácil implementación para el conocimiento (limitado y no científico –de una ciencia empírica y empíricamente verificable o falsable–): emplear los métodos utilizados por los abogados. Articulan de manera crítica este conocimiento débil con conocimientos más sólidos (empíricos y sintéticos). De este modo podrán informar sobre más cosas, respetando el estado de cada una de ellas. Si a veces se evaden hacia las esferas superiores, no se debe a un éxodo en busca de la tetera de Russell o de molinos de viento: se debe trivialmente a la invitación de su amigo normativista, para unirse a él en el placer de las discusiones.

Bibliografía

- Barberis, M. (2015). El realismo jurídico europeo-continental. En J. L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 227-240). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De Béchillon, D. (1994). L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation – réflexions critiques. *Revue de la Recherche Juridique*, 1, 247-266.
- Hochmann, T. (2024). Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica. *Discusiones*, 33.
- Merkel, A. (1968). 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.
- 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.
- Popper, K. (1991). Sur la théorie de l'esprit objectif (J. J. Rosat, Trad.). *La connaissance objective* (pp. 245-293). Paris: Aubier. (Original publicado en 1968).
- Scalia, A. (1998). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Troper, M. (1994). Réplique à Denys de Béchillon. *Revue de la Recherche Juridique*, 1, 267-274.
- Troper, M. (2002). Réplique à Otto Pfersmann, *Revue française de droit constitutionnel*, 50(2), 335-353.