

ISSN 2718- 6474 (EN LÍNEA)

DISCUSIONES 33

2 | 2024

LA INTERPRETACIÓN CIENTÍFICA
DEL DERECHO FRENTE AL DESAFÍO
DEL REALISMO JURÍDICO



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

Catalina Tassin Wallace (Conicet, Argentina)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Agostina Copetti (Conicet, Argentina)

Nathalie Mousist (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

Editores de la sección Otras Discusiones

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

Pablo Rapetti (ITAM, México)

DIRECCIÓN POSTAL

Calle San Andrés 800, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabián Luzi

DISCUSIONES 33

2-2024

“LA INTERPRETACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO FRENTE AL DESAFÍO DEL REALISMO JURÍDICO”



THOMAS ACAR

(EDITOR)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

Un recorrido por la controversia sobre la teoría realista de la interpretación. <i>Retracing the Controversy Over the Realist Theory of Interpretation..</i> THOMAS ACAR (<i>Université de Bordeaux, Francia</i>)	6
Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica. <i>Some Theoretical Remarks on Scientific Interpretation.....</i> THOMAS HOCHMANN (<i>Université Paris Nanterre, Francia</i>)	35
¿Existe una única interpretación científica de los enunciados jurídicos? <i>Is There Only One Scientific Interpretation of Legal Statements?.....</i> VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS (<i>Université Paris Nanterre, Francia</i>)	78
¿Teoría simple o teoría modesta? <i>An Easy or a Modest Theory?.....</i> ARNAUD LE PILLOUER (<i>Université Paris Nanterre, Francia</i>)	100
Sobre la interpretación científica “à la Hochmann”: observaciones de un ateo. <i>On the Scientific Interpretation “à la Hochmann”: Comments by an Atheist.....</i> ERIC MILLARD (<i>Université Paris Nanterre, Francia</i>)	123
¿Has dicho científico? <i>Scientific, did you say?.....</i> MICHEL TROPER (<i>Université Paris Nanterre, Francia</i>)	145

¿Interpretar o dar cuenta de las interpretaciones de otros? Una réplica. <i>Interpreting or Accounting for Interpretation by Others? A reply</i>	175
THOMAS HOCHMANN (<i>Université Paris Nanterre, Francia</i>)	

SECCIÓN II: **OTRAS DISCUSIONES**

Raz y Bulygin sobre teoría del derecho y enunciados jurídicos. <i>Raz and Bulygin on Legal Theory and Legal Statements</i>	195
BRIAN H. BIX (<i>University of Minnesota, Estados Unidos</i>)	

Actualizando el debate sobre “el derecho como plan compartido” de Shapiro. <i>Updating the Debate on Shapiro’s Account of Law as a Shared Plan</i>	213
PEDRO MONIZ LOPES Y JORGE SILVA SAMPAIO (<i>Universidade de Lisboa, Portugal</i>)	

Instrucciones para las/os autoras/es	253
--	-----

Sección I

DISCUSIÓN

Un recorrido por la controversia sobre la teoría realista de la interpretación

*Retracing the Controversy Over the Realist Theory of Interpretation**

Thomas Acar**

Recepción y evaluación de propuesta: 07/10/2022

Aceptación: 07/10/2022

Recepción y aceptación final: 31/05/2023

Resumen: En este artículo introductorio se volverá sobre la polémica en torno a la teoría realista de la interpretación de Michel Troper. Esta teoría, como lo demuestra el debate contenido en esta revista, ha sido, y sigue siendo, objeto de fuertes críticas. Se procura aquí presentar la teoría y las diferentes tesis que la componen, para luego introducir algunas de las críticas que ha recibido y, finalmente, evaluar la respuesta que Michel Troper ha ofrecido frente a ellas.

Palabras clave: controversia, interpretación, realismo.

Abstract: This introductory paper traces back the controversy about the Realist Theory of Interpretation set out by Michel Troper. As shown by the papers collected here, this theory has been, and still is, the subject of fierce criticism. We are to present the theory itself through the various theses that make it up, before considering some of the criticisms it has been subjected to, and finally assessing Michel Troper's response to them.

Keywords: controversy, interpretation, realism.

* Traducción del francés de Federico Arena.

** Doctor en derecho público, Université Paris Nanterre, Francia. Maître de conférences en Droit public et Science politique en la Université de Bordeaux, Francia y miembro del CERCCLE (Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État), Francia. Correo electrónico: acartom@hotmail.com.

1. Introducción

El presente número de la revista *Discusiones* nos brinda la oportunidad de (re)sumergirnos en la teoría realista de la interpretación iniciada por Michel Troper y en las controversias que ha suscitado, y que aún suscita, como lo demuestran las contribuciones aquí recogidas. Sobre la base de renovadas críticas, Thomas Hochmann busca ofrecer una refutación de la teoría troperiana, proponiendo una concepción alternativa de la interpretación científica. Esto da derecho y lugar a una serie de respuestas desarrolladas por simpatizantes de la teoría realista de la interpretación: Véronique Champeil-Desplats, Eric Millard, Arnaud Le Pillouer y el propio Michel Troper.

Corresponde aquí presentar esos trabajos. Para ello, y para que quien lee pueda aprovechar plenamente las contribuciones que siguen, resulta útil retroceder en el tiempo para contextualizar la controversia francesa: recuperar su origen, su hilo conductor y su evolución, identificar los argumentos que la animan y apreciar así el escenario que constituye el intercambio que se encuentra a continuación.

Debido a su extensión temporal y escrita, a la diversidad de los protagonistas y de las tesis expuestas, el contenido de la controversia puede a veces parecer inextricable o confuso. Su forma, sin embargo, sigue siendo relativamente legible. Su fuente se encuentra en la formulación, por parte de Michel Troper, de una teoría de la interpretación considerada realista, y se materializa a través de un conjunto de réplicas y contrarréplicas que alimentan la misma cuestión: la del valor epistemológico y heurístico de dicha teoría.

Se procederá aquí en tres etapas, comenzando por presentar el *casus belli*, es decir, la teoría realista de la interpretación (en adelante TRI) de Troper (2). Luego se introducirá la crítica a esta teoría, a través de los argumentos expuestos por uno de estos principales opositores, Otto Pfersmann (3). Finalmente se abordará la respuesta de Troper a estos argumentos (4).

2. La teoría realista de la interpretación de Michel Troper

La formulación canónica de la teoría no ha cambiado respecto de sus tesis esenciales. Desde sus orígenes,¹ ciertamente, Troper ha continuado desarrollando su teoría, completándola o especificando algunos de sus aspectos, en particular con miras a responder a las críticas de las que fue objeto. Sin embargo, estos desarrollos no alteran el núcleo duro de la teoría que será presentada distinguiendo las tesis metodológicas (2.1), epistemológicas (2.2) y ontológicas (2.3), tomando prestado de Riccardo Guastini (2013) su marco analítico del realismo jurídico.

2.1. Tesis metodológicas

La TRI de Troper hace foco en la interpretación, lo que no debería sorprender. Resulta posible distinguir dos tesis esenciales que constituyen el punto de anclaje de toda la teoría.² Su conjunción constituye la tesis metodológica de la teoría de Troper.³

La tesis de la indeterminación normativa de los actos jurídicos: ningún acto jurídico (ni siquiera enunciados jurídicos) expresa directamente normas; “no hay ningún significado que descubrir en los textos” (Troper, 2001, p. 72); “el único significado es el que surge de la interpretación” (Troper, 2001, p. 74). Para identificar la(s) norma(s), es necesario determinar el significado de uno o más actos jurídicos: esta operación de determinación del significado y,

¹ Troper señala como origen de su teoría su artículo publicado en el libro homenaje a Eisenmann (Troper, 1974). Véase Troper (1994b, p. 332, nota 3).

² Las dos tesis se basan en una serie de ejemplos empíricos tomados por Troper (en particular, la famosa sentencia Conseil d'Etat, 17 de febrero de 1950, *Ministre de l'agriculture c/Dame Lamotte*) y parecen, a nivel proposicional, estrictamente complementarias, por lo que ninguna tiene prioridad sobre la otra.

³ Como adelanté, se emplea aquí la tipología guastiniana. Sin embargo, se trata más bien de una combinación de consideraciones epistemológicas y ontológicas aplicadas al fenómeno de la interpretación. La calificación de esta tesis como metodológica es más bien en el sentido de un método meta-interpretativo, ya que ofrece criterios para interpretar las interpretaciones.

por lo tanto, de la norma, es la interpretación (Troper, 1994b, pp. 332-333). Según la fórmula kelseniana, el significado objetivo de esta operación interpretativa es la norma.

La tesis de la interpretación voluntad: la interpretación es un acto de voluntad y no un acto de conocimiento; “[...] la interpretación es una operación de la voluntad y [...] recae tanto sobre hechos como sobre enunciados, debe ser entendida como el ejercicio de un poder considerable” (Troper, 1994b, p. 79). El acto mediante el cual un intérprete determina el significado normativo de un acto preexistente no es el resultado de un proceso cognitivo unívoco basado en un protocolo de verificación objetivo, que permita afirmar la verdad o falsedad del acto interpretativo. El intérprete elige la norma y, cuando corresponda, la justificación (incluidos los posibles “métodos de interpretación”) en los que se basa esa elección.

Aunque con frecuencia se presenta como iconoclasta, la tesis metodológica troperiana se basa en una vieja observación⁴ según la cual la fuerza obligatoria de los textos jurídicos sólo se concreta verdaderamente por el intérprete autorizado, que finalmente se apodera de ella y determina así la norma. Aunque en Francia esta tesis sería catalogada de radical, no se diferencia mucho de una tesis metodológica clásica de los positivistas realistas.⁵

⁴ Troper lo recuerda también citando a Kelsen, quien a su vez cita al obispo Hoadly, obispo inglés de los siglos diecisiete y dieciocho: “Quien tiene autoridad absoluta para interpretar cualquier ley escrita o hablada, es el verdadero legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que primero las escribió o pronunció; a fortiori, quien tiene autoridad absoluta no sólo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, es verdaderamente el legislador” (Troper, 1994b, p. 334). Podríamos agregar a Jean Bodin: “[...] el Magistrado es el funcionario que tiene el mando público, [...] que tiene poder público para obligar a quienes no quieren obedecer lo que él ordena, o que contravienen sus prohibiciones, y que puede levantar las prohibiciones que él mismo ha impuesto; porque la ley que dice que la fuerza de las leyes consiste en mandar, defender, permitir y castigar, se ajusta mejor a los magistrados que a la ley que en sí misma es muda. Y el magistrado es la ley viva que hace todo esto, dado que la ley sólo conlleva mandatos o prohibiciones, [cosas] que serían ilusorias si la sentencia y el magistrado no estuvieran al pie de la ley” (Bodin, 1993, pp. 293-294).

⁵ Guastini (2013) considera así que “[l]os textos normativos [...] adolecen de múltiples formas de indeterminación” y por tanto que “parece obvio que los enunciados interpretativos – en abstracto (“El enunciado normativo E expresa la norma N”) y en concreto (“El caso x cae dentro del alcance de la norma N”) – son el resultado de elecciones y decisiones, y no del conocimiento. Lo que significa que estos enunciados interpretativos no tienen un

Esta tesis metodológica, central en la teoría troperiana, se inscribe en un marco ontológico y epistemológico también realista, aunque adquiere en Troper un significado específico en virtud de la singularidad de la tesis metodológica defendida.

Las tesis ontológicas y epistemológicas son en gran medida interdependientes y, hasta cierto punto, están entrelazadas. Si la primera considera que el derecho es una actividad compuesta en parte de prescripciones y juicios de valor, la segunda exige diseñar una ciencia cuyas proposiciones sean verificables, es decir, capaces de ser verdaderas o falsas. Sabemos, sin embargo, que si sumamos a estas tesis la clave de lectura metaética positivista, que es el no cognitivismo ético,⁶ se genera una dificultad: ¿cómo describir mediante proposiciones verificables (las proposiciones de la ciencia del derecho) un fenómeno formado por proposiciones no verificables (las normas jurídicas),⁷ salvaguardando en la descripción la especificidad del fenómeno jurídico?

carácter descriptivo, ni cognitivo, sino adscriptivo –que no difiere del carácter que poseen las estipulaciones y las redefiniciones, a las que son en todos los sentidos análogos– y, como tales, carecen de valor de verdad” (pp. 115-116). Esta observación da cabida a la idea de una distinción conceptual entre interpretación y construcción jurídica, existiendo entre ambas sólo una diferencia de grado: “Si la interpretación en sentido estricto no es una actividad cognitiva, sino decisoria, la construcción jurídica es a mayor razón una actividad decisoria” (Guastini, 2013, p. 118).

⁶ Como suele ocurrir con Troper, el linaje es explícitamente kelseniano a este respecto: “Los positivistas consideran inaceptable tal concepción [la que concibe la actividad de los juristas dogmáticos como una ciencia], sobre todo en virtud de una metaética anticognitivista: la justicia y, en general, los valores no pueden ser objeto de conocimiento, menos aún de conocimiento ‘científico’, cualquiera que sea el significado que le demos a esta palabra. Los juicios de valor son en realidad sólo la expresión de nuestras emociones o nuestra voluntad, y no describen ninguna realidad empírica” (Troper, 1994b, p. 31). Troper cita a Kelsen (1973) en apoyo de esta afirmación.

⁷ Troper señala muy expresamente esta dificultad cuando analiza la controversia entre Alf Ross y Hans Kelsen sobre la validez de las normas: “Kelsen pretende construir una ciencia del derecho sobre el modelo de las ciencias empíricas asumiendo al mismo tiempo que debe describir un objeto que no es empírico en sí mismo. Vemos que la dificultad es considerable y que las teorías, que tienen la ambición común de fundar una ciencia jurídica sobre el modelo de las ciencias empíricas –y que por tanto pueden llamarse positivistas– deben o bien describir una realidad empírica, que carece de toda especificidad, o bien describir un objeto específico, que no se puede decir que sea empírico” (Troper, 1994b, pp. 43-44). O también: “Parece, pues, que nos enfrentamos a un dilema: o bien nos limitamos

Precisamente con vistas a disipar esta aparente paradoja, el autor de la TRI desarrolla una ontología y una epistemología para una ciencia del derecho. Se abordarán en primer lugar las tesis epistemológicas realistas.

2.2. Tesis epistemológicas

De acuerdo con la máxima realista, la vocación de la ciencia del derecho es la descripción de hechos, es por tanto una ciencia empírica. Para el realista francés, esta tesis supone una conjunción de tres definiciones estipulativas. La ciencia construye su objeto (2.2.1), es descriptiva (2.2.2) y empírica (2.2.3).

2.2.1. La ciencia construye su objeto

En primer lugar, la idea, bastante clásica desde Kant,⁸ de que una ciencia construye su objeto y es exterior a él. Este principio, que se aplicaría a cualquier ciencia, parece tanto más necesario cuando se trata del estudio de un fenómeno como el derecho, que por definición está imbuido de valores. El principio de la dualidad de la ciencia y su objeto es, por tanto, una con-

a la dogmática y renunciamos a la idea de una ciencia pura, libre de toda evaluación; o bien respetamos la exigencia inicial a riesgo de producir una ciencia carente de interés” (Troper, 2001, p. 14). Bajo la primera hipótesis, la ciencia no es neutral y reproduce los juicios de valor contenidos en las normas jurídicas; bajo la segunda, propone a modo de descripción decir que la autoridad *a* ha expresado el mandato *C*, y por tanto se limita a reiterar la prescripción desde un punto de vista descriptivo.

⁸ “Para todo concepto se requiere, en primer lugar, la forma lógica de un concepto (del pensamiento) en general, y luego también, en segundo lugar, la posibilidad de darle un objeto con el que se refiera. [...] Ahora bien, el objeto no puede darse a un concepto de otro modo que en la intuición” (Kant, 2021, p. 253). O también: “Las proposiciones sintéticas relativas a las cosas en general, cuya intuición no puede darse de ningún modo *a priori*, son trascendentales. En consecuencia, las proposiciones trascendentales nunca pueden ser proporcionadas *a priori* por la construcción de conceptos, sino sólo según conceptos. Simplemente contienen la regla según la cual una cierta unidad sintética de lo que no puede representarse intuitivamente *a priori* [...] (de las percepciones) debe buscarse empíricamente. Por otra parte, no pueden presentar *a priori*, en ningún caso, uno solo de sus conceptos, sino que sólo pueden hacerlo *a posteriori*, a través de la experiencia, que sólo es posible según estos principios sintéticos” (Kant, 2021, p. 510).

dición esencial para la posibilidad de los demás criterios epistemológicos de la teoría troperiana. Por tanto, sostiene que una ciencia del derecho es “necesariamente [...] externa al derecho mismo” (Troper, 1994b, p. 31), y que, “si la ciencia del derecho se entiende como un metalenguaje descriptivo, el lenguaje objeto prescriptivo es el derecho mismo. La ciencia es distinta del derecho y externa a él” (Troper, 1994b, p. 32).

2.2.2. La ciencia es descriptiva

Luego, la vocación descriptiva de la ciencia, que se une al imperativo kelseniano de pureza, y, más en general, al principio de neutralidad axiológica en las ciencias sociales y al no cognitivismo ético.⁹ Esta ambición descriptiva de la ciencia es compartida por todos los positivismos jurídicos, más allá de las controversias que suscita, y va, en cualquier caso, más allá del análisis del objeto jurídico: una ciencia describe su objeto si se abstiene de hacer juicios de valor sobre los cuales no se puede obtener conocimiento.¹⁰

2.2.3. La ciencia es empírica

Finalmente, la forma empírica de la ciencia del derecho se adquiere rápidamente como condición para la verificabilidad de las proposiciones que

⁹ “El argumento anticognitvista es que sólo podemos conocer lo que existe y que los valores no son propiedades naturales, sino la expresión de emociones, así como las prescripciones son la expresión de voluntades” (Troper, 1994b, p. 37).

¹⁰ “El único rasgo común a todos los positivistas es que la ciencia del derecho debe limitarse a describir el derecho positivo tal como es, es decir, debe abstenerse de cualquier juicio ético. Pero, en términos generales, la exigencia de pureza concierne a toda ideología. Sin embargo, así como esta tesis no conduce a la afirmación de que no existe relación entre el derecho y la moralidad, no significa que debamos negar que el derecho mismo esté imbuido de ideología. Por el contrario, si la ciencia del derecho quiere describir su objeto, debe afirmar que el derecho refleja, expresa y transmite ideologías. De lo que se abstiene es de evaluar el contenido del derecho o su forma a la luz de una ideología. El requisito se relaciona con el metalenguaje del derecho y no con el lenguaje-objeto” (Troper, 1994b, p. 36).

formula¹¹ y como consecuencia necesaria de las dos primeras tesis. Dado que la ciencia sólo puede conocer hechos, y no valores, debe construir un objeto capaz de ser descrito mediante proposiciones capaces de ser verificadas objetivamente:¹² es la construcción del derecho positivo como objeto lo que hace de la ciencia del derecho una ciencia empírica.¹³

Estos criterios no sorprenden. Proveniente de una corriente que se dice positivista,¹⁴ es lógico que el realismo refrende sus postulados epistemológicos. De estas tres tesis, sólo la última permite distinguir al realismo de otras formas de positivismo. De hecho, es la determinación de una ciencia empírica del derecho la que, combinada con tesis ontológicas, dará lugar a una crítica radical de la posición positivista alternativa: el normativismo.

2.3. Tesis ontológicas

La tesis ontológica implica que el derecho debe ser entendido científicamente como un conjunto de hechos. Esto es lo que significa la noción de derecho positivo. Al mismo tiempo que intenta resolverlo, esta última tesis

¹¹ “Debemos construir una verdadera ciencia del derecho sobre el modelo de las ciencias empíricas” y “la ciencia del derecho pertenece al grupo de las ciencias empíricas. Su función es describir su objeto mediante proposiciones verdaderas” (Troper, 1994b, respectivamente pp. 34 y 40).

¹² Tal verificabilidad no está asegurada “ya que el objeto descrito no puede observarse y las proposiciones de la ciencia no pueden ser verdaderas según el principio de verdad-correspondencia” (Troper, 2001, p. 31).

¹³ “Si la ciencia del derecho debe describir un objeto que le es externo y que tiene una existencia empírica, este objeto es el derecho positivo y sólo puede ser el derecho positivo” (Troper, 1994b, p. 38).

¹⁴ Troper (2022) sostiene constantemente que el realismo es una forma de positivismo y, además, caracteriza a este último sólo un poco más generalmente como: “El enfoque [...] caracterizado por la convicción de que es deseable y posible construir una verdadera ciencia del derecho, sobre el modelo de las ciencias naturales, lo que involucra varias ideas. Primero, debe distinguirse la ciencia de su objeto, es decir, la ciencia del derecho y el derecho mismo. La ciencia se entiende como el conocimiento de un objeto externo. Entonces debe limitarse a describir este objeto, sin hacer juicios de valor sobre él (postulado de *Wertfreiheit* o neutralidad axiológica)”. Siendo el realismo sólo uno de los posibles significados del positivismo: “es posible distinguir dos variantes del positivismo: normativismo y realismo” (pp. 19-20).

completa el abordaje del espinoso problema de una ciencia de los fenómenos normativos.

Intuitivamente, pero también más a menudo estipulativamente, incluso convencionalmente, definimos el derecho como un conjunto de prescripciones, como un conjunto de normas que pertenecen a un sistema particular, el sistema jurídico. En virtud de la ley de Hume, a la que se adhieren la mayoría de las teorías del derecho,¹⁵ pero, notoriamente, el positivismo jurídico¹⁶ y, por tanto, *a fortiori*, el realismo jurídico, estas prescripciones no pueden inferirse lógicamente de una descripción: a partir de un conjunto de premisas descriptivas no es posible inferir una conclusión prescriptiva, que necesariamente supone, para salvaguardar la corrección lógica del razonamiento, que se postule al menos una premisa prescriptiva.¹⁷

Muy bien. Pero entonces, ¿cómo es posible diseñar una ciencia empírica capaz de identificar y describir un conjunto de entidades que tienen la calidad de normas y, por tanto, de deber ser? Aquí nos encontramos frente a un trilema que anima una controversia dentro del marco positivista al tiempo que amenaza con cruel consistencia la validez misma de su existencia.

O el positivista describe hechos y puede deducir normas de ellos. Pero entonces no queda más que enviar la ley de Hume *ad patres*. O el positivista describe hechos, pero les agrega a fin de construir sus proposiciones,

¹⁵ “La mayoría de los teóricos del derecho hoy admiten la necesidad de distinguir lo más claramente posible entre derecho y hecho. Esta distinción se justifica de varias maneras, en particular como reflejo de una oposición ontológica entre ser y deber ser o como la aplicación de un principio lógico, según el cual no se puede inferir una conclusión ética a partir de premisas no éticas. En cualquier caso, comúnmente se sostiene esta tesis: el derecho no puede surgir de los hechos. En otras palabras, sólo porque algo sea no significa que esa cosa u otra deba ser” (Troper, 1994b, p. 127).

¹⁶ Troper (1994b) recuerda así, pareciendo adherirse a él, uno de los principios de la meta-teoría kelseniana: “Para ser una verdadera ciencia, debe limitarse a describir el derecho tal como es y no como debería ser; debe ser ‘pura’ de toda ideología. Esta exigencia de pureza deriva de la separación entre el ser y el deber ser: del conocimiento de lo que es, no se puede inferir una proposición relativa a lo que debe ser y, a la inversa, de una proposición relativa a lo que debe ser, no podemos inferir una proposición relativa a lo que es” (p. 46).

¹⁷ “Con respecto a la justificación por referencia a una proposición indicativa, [...] según la ley de Hume, no podemos inferir prescripción alguna y debe enfatizarse que en realidad siempre se presupone una segunda premisa, que es una prescripción” (Troper, 2001, pp. 115-116).

explícitamente o no, una premisa normativa con miras a identificar normas jurídicas. Y es entonces la ambición científica del positivismo la que se ve afectada: el positivismo ya no es una verdadera ciencia empírica sino una pseudociencia que se basa en parte en presuposiciones normativas no verificables.¹⁸ O el positivista describe hechos, pero sólo infiere hechos que, por jurídicos que sean, pierden el significado prescriptivo que se les atribuye intuitivamente. En ese caso, el derecho descrito por el positivismo no es normativo, o su normatividad escapa a la aprehensión científica, y es sólo una colección de hechos e inferencias causales, tendiendo, por lo tanto, en el mejor de los casos, a confundirse con la sociología del derecho o, en el peor, a reproducir pura y simplemente la factualidad jurídica.

Troper (2001) es muy consciente de este inconveniente cuando reconoce que “parecería que sólo podemos evitar la Caribdis de una ciencia del derecho como ciencia del deber ser cayendo en la Escila de una ciencia empírica desprovista de toda especificidad e inseparable de la sociología” (p. 34).

Los intentos de los positivistas por escapar de este callejón sin salida son, en su opinión, un fracaso. Ni Kelsen ni Ross ofrecen una respuesta satisfactoria.

El primero recurre a “la fórmula ‘Sollen descriptivo’” que “es manifiestamente inadecuada” y su “explicación no es en realidad una y se asemeja a la virtud dormitiva del opio: el enunciado [la proposición de la ciencia del derecho que describe la norma] contiene efectivamente un Sollen, pero es un Sollen descriptivo” (Troper, 2001, p. 25). Este sintagma aparentemente paradójico busca captar la idea de que la proposición de la ciencia del derecho describe efectivamente una norma, es decir, un comportamiento que debe tener lugar, pero la dimensión prescriptiva de esta norma pertenece únicamente al lenguaje-objeto, y no es susceptible de verdad o falsedad, la proposición de la ciencia del derecho sólo describe su existencia (es decir, el hecho de que efectivamente está consagrada en un sistema jurídico determinado), que es empíricamente verificable y, por tanto, verdadera o falsa. La ciencia jurídica kelseniana indica que existe una norma sin prescribir

¹⁸ Lo cual, en ausencia de un protocolo objetivo de verificación, conducirá en la práctica a desacuerdos irreconciliables sobre lo que son las normas jurídicas y, por tanto, el derecho positivo. La objetividad de la descripción propuesta por una “ciencia” tal quedaría comprometida.

su cumplimiento (Troper, 2001, p. 26): “se limita a la descripción de normas que son el significado de actos empíricos, realizados en el espacio y el tiempo” (Kelsen, 2000, p. 19, como se citó en Troper, 2001, p. 30).

Pero el argumento es frágil, si “las normas no son hechos”, entonces “no basta con que sea empírico el acto cuyo significado es la norma, si ese significado en sí mismo no es empírico. Si ello bastara, entonces se debería también calificar como ‘empírica’ a la ciencia de la adivinación, que afirma descubrir el significado de ciertos hechos perfectamente empíricos, como el vuelo de los pájaros o la disposición de una baraja de cartas” (Troper, 2001, p. 30).

La comparación es dolorosa porque el golpe da en el blanco. ¿Cómo puede la ciencia del derecho pretender identificar entidades ideales que no tienen una relación causal con los hechos (sino una simple relación de imputación) a partir de lo empírico? ¿Cómo establecer y verificar la existencia de esta relación misteriosa si no recurriendo a presupuestos que en parte no serán susceptibles de objetividad? “Incluso si admitimos que las normas no son para Kelsen moral o absolutamente, sino simplemente relativamente obligatorias, este carácter relativamente obligatorio no puede ser la propiedad empírica de un hecho empírico, sino sólo la propiedad de una entidad ideal” (Troper, 2001, p. 30), y esto no puede ser capturado científicamente.¹⁹

Ross intenta precisamente disolver esta aporía concibiendo la existencia de normas según una estricta factualidad y descartando una concepción de la ciencia del derecho que se autorizaría a capturar propiedades extraempíricas de la normatividad: como la validez o la obligatoriedad. Bajo la ontología de Ross, estas últimas propiedades resultan o bien excluidas de un análisis empírico (como la obligatoriedad),²⁰ o bien convertidas en propiedades empíricas, como la validez, que debe entenderse como un conjunto de propiedades empíricas y observables del fenómeno jurídico.²¹

¹⁹ La ciencia del derecho no es una ciencia si “el objeto descrito no puede ser observado y las proposiciones de la ciencia no pueden ser verdaderas según el principio de verdad-correspondencia” (Troper, 2001, p. 31).

²⁰ La validez entendida como obligatoriedad “no tiene lugar ni función en la doctrina jurídica” (Ross, 1961, como se citó en Troper, 2001, p. 31).

²¹ Este pasaje lo explica bien: “Una ‘validez’ específica no tiene lugar, la validez no puede entenderse ni como una idea sustantiva, *a priori*, de justicia, ni como una categoría formal

Aunque, en realidad, Kelsen dice precisamente eso cuando afirma que “la validez es el modo de existencia específico de las normas” (Troper, 2001, p. 31).²² Por lo que sostener a continuación que “la validez se reduce pura y simplemente a la existencia o incluso al hecho de encontrarse vigente” (Troper, 2001, p. 31) no resuelve el problema. Ello en cuanto, si la vigencia de las normas depende de que “se consideran obligatorias”, es todavía necesario precisar cómo entender científicamente la propiedad de “ser consideradas obligatorias” que, de todos modos, no parece descansar sobre una base empírica muy sólida y sigue chocando de frente con la ley de Hume.²³

Troper (2001) lo advierte y concluye que “debemos elegir una ontología que permita un tipo de verificación científica” (p. 70). En otras palabras, el objeto construido por la ciencia del derecho debe ser susceptible de proposiciones empíricamente verificables. Por tanto, sólo puede estar formado por hechos. Para eludir esa aporía, la TRI “[concibe] las normas como comportamientos humanos o expresiones lingüísticas” (Troper, 2001, p. 70).

La idea principal de Troper es cortar por lo sano una regresión al infinito de las interpretaciones y evitar, circunscribiendo la ontología jurídica, que la ciencia del derecho naufrague en el océano normativo en el que pretende navegar. Para ello, debemos acabar con la idea de que sería científicamente posible describir cualidades o propiedades más allá de su empiricidad. Lo que implica o bien abandonar el concepto de normas,

[a la manera de Kelsen]. [...] la ciencia jurídica, como todas las demás ciencias sociales, debe ser un estudio de los fenómenos sociales, un estudio de la sociedad humana; y es deber de la filosofía del derecho comprender la ‘validez científica’ del derecho en términos de efectividad social, es decir una cierta correspondencia entre el contenido de las ideas normativas y los fenómenos sociales” (Ross, 2019, p. 81).

²² La interpretación que Troper hace de Kelsen hace pensar a este pasaje: “las normas que son el significado de ciertos actos puestos en el mundo real y el orden jurídico compuesto por normas jurídicas sólo es válido si es en gran medida y en general aplicado y respetado, es decir, si es eficaz. Sin embargo, la eficacia no coincide con la validez. Asimismo, el ser natural no se identifica con el deber ser jurídico. La relación característica entre el ser natural del acto que pone una norma y que corresponde a una norma, por un lado, y el deber ser de las normas puesta, por otro, constituye la realidad específica del derecho o, lo que es lo mismo, la positividad del derecho” (Kelsen, 1992, pp. 554-555).

²³ O bien la obligatoriedad es un simple hecho psicológico y por lo tanto carece de carácter normativo, o bien tiene carácter de deber ser, pero entonces surge la cuestión de su identificación basándose únicamente en elementos empíricos. Véase, en particular, Troper (2001, p. 33).

o bien comprenderlo a través de sus manifestaciones empíricas. Es esta segunda solución la que elige el filósofo de Nanterre:

Lo que llamamos normas no son entidades abstractas. El jurista académico es como el químico. Todo depende de la ontología de las normas que adoptemos. Si pensamos que las normas son entidades ideales y abstractas, entonces, naturalmente, no se trata de construir una ciencia empírica sobre ellas o incluso, como creía erróneamente Kelsen, de construir una ciencia a partir del modelo de las ciencias empíricas. Sin embargo, existe un objeto completamente empírico: se trata de actos lingüísticos. Existen fenómenos de enunciación. Por ejemplo, sé que el 3 de junio de 1982 el Tribunal de Casación decidió que la ley X tiene el significado N. Y puedo describir este hecho empírico. (Troper, 2014, pp. 863 y ss.).

La ontología realista propuesta se limita, por tanto, a la factualidad. El derecho positivo se entiende en este sentido como un conjunto de textos, comportamientos y significados. La indeterminación semántica de los textos jurídicos implica que la interpretación es el acto volitivo de atribuir significado a un complejo de hechos y enunciados a los que se asocian consecuencias normativas. Así, la volición se manifiesta en primer lugar en la determinación por parte del intérprete de los hechos relevantes y en la selección de los enunciados adecuados, se produce aquí una primera decisión discrecional. A ello se suma, en segundo lugar, la atribución de significados a los enunciados seleccionados, la valoración de su correspondencia con los hechos determinados y la conclusión normativa que se les asigna. Hay, por tanto, por así decirlo, cinco actos de voluntad en la actividad de interpretación:²⁴ la determinación de los hechos,²⁵ la determinación de los

²⁴ Se habla aquí de actividad de interpretación y no de interpretación *simpliciter* para evitar tomar partido en el debate que sigue en este número.

²⁵ Por definición, el contexto empírico del acto de interpretación va más allá de la determinación de los hechos por parte del propio intérprete. Aun cuando la doctrina a veces lo reduzca a eso, considerando únicamente los “hechos” explícitamente formulados en la motivación interpretativa (de una decisión judicial, por ejemplo), estos últimos no son en realidad más que la punta del iceberg contextual, son el resultado de una operación inicial de selección y calificación que no tiene nada de inevitable. Tomando el ejemplo de la sentencia *Gomel* (*Conseil d'État*, 4 de abril de 1914), Troper (2001) explica que el hecho

enunciados,²⁶ la determinación de su significado,²⁷ la determinación de su relación²⁸ y, finalmente, la determinación de la solución.²⁹

Una vez definido el acto de interpretación, corresponde a la teoría realista de la interpretación demostrar la especificidad de este acto en el ámbito jurídico. De hecho, una gran cantidad de cosas pueden ser interpretadas sin tener ningún impacto sobre el derecho. Además, se admite con frecuencia que, entre las diferentes interpretaciones del derecho, no todas tienen el mismo impacto normativo. Si formulo aquí una interpretación de un artículo de la Constitución, probablemente ello no tendrá las mis-

de subsumir un hecho o un conjunto de hechos en una clase jurídica “no puede resultar de la sola observación” y “constituye una definición” en ausencia de “criterios de pertenencia a la clase” (p. 78). Las categorías jurídicas no son –en la gran mayoría de los casos– clases naturales y no responden a una extensión determinada por criterios objetivos que puedan ser objeto de una clasificación científicamente comprobable, el intérprete determina, seleccionando los hechos y calificándolos, “la extensión del concepto. Esta definición sólo puede ser voluntaria [...]” (Troper, 2001, p. 79).

²⁶ Tampoco en este caso ese complejo está determinado antes de la interpretación. El intérprete puede seleccionar los enunciados a partir de los cuales formulará su interpretación, ya sea que otros intérpretes auténticos los describan generalmente como “jurídicos” o no. “El poder de los jueces [y de los intérpretes en general] también puede resultar de la capacidad de elegir el texto de referencia” (Troper, 2001, p. 84). Este es el caso, por ejemplo, cuando “el Consejo Constitucional decide que el preámbulo es parte de la Constitución” [Troper se refiere aquí a la decisión sobre libertad sindical, Decisión No. 71-44 DC del 16 de julio de 1971] (Troper, 2001, p.76).

²⁷ “El texto debe siempre ser interpretado y no sólo cuando es oscuro”. “No es posible advertir que un texto es claro sin advertir que se conoce su significado, por tanto, que ya ha sido interpretado. En consecuencia, incluso los textos considerados claros ya han sido interpretados”. Tal interpretación “se refiere tanto al estatus como al contenido del enunciado” (Troper, 2001, pp. 75-76). En otras palabras, el intérprete atribuye significado a un enunciado al mismo tiempo que determina el valor de este enunciado (y del significado que le atribuye) en la jerarquía normativa: “[la jerarquía normativa] debe considerarse interna al discurso del intérprete” (Troper, 2001, p. 83).

²⁸ Huelga decir que esta relación está en gran medida sobredeterminada por la determinación previa de los hechos, los textos y su respectivo significado. Sin embargo, es posible que tenga lugar aquí una constatación específica, considerando que la subsunción de hechos bajo la regla es gradual o derrotable (Carpentier, 2014).

²⁹ Que puede basarse en un enunciado que prevé explícitamente un abanico de soluciones alternativas, como suele ocurrir en materia penal, o ser creada *ex nihilo* por el intérprete, como lo demuestra la modulación en el tiempo de las decisiones del QPC (*Questions prioritaires de constitutionnalité*) del *Conseil constitutionnel*. Véase, en particular, Dominique Rousseau (2017).

mas consecuencias que si se tratara de una autoridad institucional como el Presidente de la República o el Consejo Constitucional. Troper analiza esta cuestión a la luz de la TRI y ofrece un abordaje renovado de la cuestión de la normatividad.

La norma es, en efecto, producto de la interpretación; más precisamente y en línea con Kelsen, es el significado objetivo de este acto de voluntad.³⁰ Sin embargo, la norma no resulta de cualquier interpretación. ¿Mi interpretación de la Constitución produce una norma? Ciertamente no. La norma se produce cuando la interpretación emana de una autoridad competente. ¿Cómo se reconoce una autoridad competente? A los hechos, siempre a los hechos: “porque, cualquiera que sea su contenido, el ordenamiento jurídico asigna efectos” a sus interpretaciones (Troper, 2001, pp. 79-80). En otras palabras, tanto la normatividad como la juridicidad de una interpretación se determinan en términos de los efectos que producen en el mundo, y más específicamente en una parte del mundo que se considera como jurídica.³¹

Como puede apreciarse, la epistemología adoptada deriva de la ontología que ha sido asumida, o viceversa, sin que sea posible establecer una cronología o una jerarquía entre estas primeras proposiciones de la teoría, que parecen dar fundamento o apoyo a la tesis metodológica principal.

A pesar de las numerosas similitudes, inevitables cuando se trata de teorías pertenecientes a la misma corriente, sería un error asimilar todos los realismos negando la originalidad de la teoría troperiana. En efecto, la teoría troperiana adopta formulaciones singulares de las tesis metodoló-

³⁰ Esta, por tanto, no es a su vez objeto de interpretación, ya que es producto de la interpretación, es un significado, y “sería absurdo tratar de determinar el significado de un significado” (Troper, 2001, p. 74).

³¹ Es claro que existe una dificultad en la teoría de Troper ya que esta última evoca también la idea de una “competencia jurídica del intérprete” (en particular, Troper, 2001, pp. 79-80). Ahora bien, tal competencia puede entenderse empíricamente como una potencia, ya sea el hecho de generar efectos concretos en un sistema dado, ya sea, de manera abstracta, como un poder, como la capacidad de generar potencialmente tales efectos. En el segundo caso, la teoría correría el riesgo de verse privada de una base empírica para comprender la “competencia” de los operadores. Se plantea también la cuestión del modo específico de identificación de la juridicidad, puesto que ya no surge de un sistema caracterizado a partir de relaciones de conformidad basadas en una norma fundamental. Estas preguntas serán retomadas a continuación.

gica, ontológica y epistemológica, al tiempo que descansa sobre una base realista unívoca. Lo que nos permite decir muy simplemente que se trata de una variante particular del realismo jurídico. Su originalidad reside efectivamente en cierta radicalidad, o escepticismo en relación con el significado de los textos jurídicos, lo que implica, en particular, no hacer una distinción conceptual entre interpretación y construcción jurídica.³²

Esta posición subraya una reivindicación: hacer de la ciencia del derecho una ciencia empírica y comprender su objeto, el derecho positivo, como un conjunto de hechos. El enfoque general no parece excluir una apertura interdisciplinar.³³ Si bien para la teoría realista la comprensión de los determinantes del fenómeno jurídico pasa por un metadiscurso descriptivo que toma prestado y a la vez explica el aparato conceptual propio de los discursos jurídicos y metajurídicos, ello no es incompatible, sino más bien complementario, con una exploración de factores extrajurídicos realizada desde otras perspectivas disciplinares.

Son estas implicaciones de la teoría realista de la interpretación las que, tomadas en conjunto o aisladamente, estimulan la controversia alrededor de ella.

3. Crítica a la teoría realista de la interpretación

Evaluar el éxito o el fracaso doctrinal de una teoría no es una tarea sencilla. Así, se ha podido decir del realismo americano que murió víctima de su

³² “Podríamos agregar que, si aceptamos una teoría realista de la interpretación en una versión más radical que la de Guastini –es decir, según su terminología, en una versión “escéptica”–, la falta de especificidad se debe al hecho de que, allí como en otros lugares, el intérprete es legalmente libre de dar cualquier significado a cualquier enunciado –o incluso a cualquier hecho–, cualquiera que sea su forma lingüística o su aparente grado de precisión” (Troper, 2011a, pp. 156-157). El intérprete también produce, si existe, el marco.

³³ “Es, por tanto, erróneo oponer la sociología del Estado a la teoría jurídica del Estado y afirmar que esta última describe al Estado tal como debe ser, mientras que la primera analizaría al Estado únicamente tal como es realmente. La sociología presupone necesariamente un concepto jurídico del Estado y la teoría jurídica describe una realidad, que es una determinada organización y un determinado tipo de legitimación del poder político” (Troper, 2011a, p. 74).

éxito, pues la adhesión general a sus principios habría llevado a la extinción de su vocación crítica; o considerar, por el contrario, que nadie había adoptado realmente esta postura (Brunet, en prensa). Este debate no parece ser el que se desarrolla en Francia, donde la controversia se centra más bien en la validez de las tesis defendidas por Troper. Aquí se expondrán solo algunas de las objeciones se le han dirigido, aquellas que anticipan el debate que tiene lugar en esta revista, y de las que se puede encontrar aquí su eco, cercano o lejano.³⁴

Para ello, se mantendrá la delimitación analítica anterior³⁵ distinguiendo las críticas que se dirigen respectivamente a la metodología y a la epistemología, por un lado (3.1), y a la ontología, por otro (3.2), de la TRI.

3.1. Confusión epistemológica y metodológica: una concepción contradictoria de interpretación

Uno de los primeros argumentos esgrimidos contra la TRI señala la imprecisión de su tesis metodológica. Más precisamente, de la tesis de la indeterminación textual que supone que “todo texto es indeterminado, es decir, que no posee, como tal, significado alguno” (Pfersmann, 2002a, p. 801). Esta tesis sirve de base a la tesis de la indeterminación normativa de los actos jurídicos, de la que surge la tesis de la interpretación como voluntad (véase más arriba 2.1. Tesis metodológicas).

Otto Pfersmann (2002a) considera que la operación de atribución (o determinación) del significado de un acto jurídico no es clara y que, en verdad, “la TRI utiliza el término ‘interpretación’ para operaciones fundamentalmente diferentes” (p. 825). Así, Pfersmann (2002a) sostiene que debemos distinguir conceptualmente entre “determinación textual” y “determinación creativa”. La primera, “supone que un objeto que no tiene límites precisos [es] modificado de tal manera que sus límites son de ahora en más

³⁴ Consideraremos principalmente la crítica formulada por Pfersmann (2002a; 2002b; 2015), que avanza argumentos cercanos a los ofrecidos por Hochmann en este número.

³⁵ Si bien no se superpone estrictamente con la clasificación de las críticas hechas por sus autores, lo consideramos en aras de la claridad de la exposición.

precisos” (p. 825). La segunda, “[produce] un objeto sin relación semántica con un objeto ya dado” y si bien puede referirse a un texto (interpretación creativa referencial), es de manera “parasitaria”, siendo la referencia al texto “independiente de la validez normativa” de la interpretación (p. 825).

De esta indeterminación de la determinación (del significado por parte del intérprete), que es también la indeterminación de la indeterminación (textual), Pfersmann extrae varias consecuencias.

La tesis de la interpretación auténtica formulada por el TRI identifica una interpretación en el sentido de interpretación creativa porque si “ciertamente no se excluye una relación entre el conjunto de significados posibles y el significado seleccionado, [...] ella no conlleva ninguna consecuencia con respecto a la producción de significado, que no está condicionado por ella y no la tiene en cuenta” (Pfersmann, 2002a, p. 826). Esto parece coherente, ya que, como hemos visto, la determinación normativa por parte del intérprete auténtico resulta de consideraciones formales y no del contenido de la justificación que propone. Sin embargo, esto parece incompatible con otra tesis de la TRI, tal como es reconstruida por Pfersmann, la tesis de la interpretación eficiente. Esta tesis traduce la idea de Troper según la cual la interpretación auténtica, al atribuir significado a un conjunto de hechos y textos, genera una norma que produce efectos en el orden jurídico. Tal eficiencia, nos dice Pfersmann (2002a, p. 826), refleja una operación de determinación textual, en el sentido de una *precisification* del contenido.³⁶ Si se desea establecer objetivamente la relación entre la atribución de un significado y un conjunto de efectos, se debe presuponer un empirismo semántico, es decir, la idea de que “existen significados expresados por enunciados que son datos lingüísticos observables” (Pfersmann, 2002a, p. 798). La tesis de la interpretación eficiente presupone así una determinación textual que la tesis de la interpretación creativa parece

³⁶ La *precisification* de un enunciado es la operación mediante la cual redefinimos un predicado vago para determinar su extensión, es decir los valores de verdad de enunciados existenciales (aserciones) que lo instancian (Sorensen, 1988). La vaguedad y la indeterminación no se superponen estrictamente, pero esto no tiene ningún impacto aquí sobre el punto que interesa. La determinación textual y la *precisification* comparten una ambición: determinar la extensión del predicado y atribuir valores de verdad a los enunciados de los que ese predicado forma parte (Van Inwagen, 2009).

rechazar. El problema se presenta también de otra manera: ¿cómo explicar que la interpretación de un complejo empírico-textual implique operaciones intelectuales diferentes según estemos aguas arriba o aguas abajo de la interpretación auténtica?

Esta incompatibilidad no está resuelta por la TRI, lo que la precipitaria, en el mejor de los casos, hacia la vaguedad o la petición de principio, y en el peor, hacia el error o la contradicción.

Una consecuencia incidental es, según Pfersmann, que la interpretación científica (o analítica en el léxico de Pfersmann) no queda descartada. Contrariamente a lo que afirma la TRI, partidaria del escepticismo doctrinal, “una interpretación doctrinal puede muy bien ser decisiva sin tener valor normativo” (Pfersmann, 2002a, p. 827). Contra la idea de que cualquier operación de interpretación es un acto de voluntad, se salvaría así la distinción kelseniana entre interpretación científica, como acto de conocimiento, e interpretación auténtica, como acto de voluntad.³⁷

El problema surge de la conjunción entre la aspiración científica de la TRI y el escepticismo doctrinal que mantiene.

Si se admite que las normas constituyen el significado de un acto de voluntad, que no son actos de conocimiento y que resultan de interpretaciones creativas, esto no excluye en modo alguno la posibilidad de que se pueda tener conocimiento del significado de los actos de voluntad, así como de los enunciados que expresan este conocimiento, es decir que puede haber una interpretación analítica de las normas (Pfersmann, 2002a, pp. 827-828).

Si bien en esta cita hay una confusión conceptual respecto de las categorías troperianas, particularmente entre enunciados y normas, es posible entender el sentido de la objeción. Si el acto de voluntad que atribuye significado es cognoscible, si es posible comprender y discutir este conocimiento

³⁷ “La interpretación científica o doctrinal es efectivamente un acto de conocimiento, la interpretación ‘auténtica’ es un acto de voluntad basado en los resultados obtenidos por el camino del conocimiento” (Pfersmann, 2002a, p. 808).

en términos de una discusión científica y doctrinal, es por lo tanto porque es posible ofrecer una interpretación analítica de las normas/enunciados.³⁸

Lo que importa aquí es la naturaleza de la operación intelectual que tiene como objeto el fenómeno jurídico, las interpretaciones auténticas, pero también sus relaciones con los enunciados y los hechos de los que se ocupan. Más precisamente, Pfersmann considera que es posible estudiar y conocer el significado de los enunciados jurídicos independientemente de cualquier acto de voluntad. Esta interpretación analítica sería un acto de conocimiento, neutral, “ya que no opera selección alguna” entre “significados ya determinados o aún indeterminados” por la interpretación auténtica (Pfersmann, 2002a, p. 828).

¡La mejor prueba de la validez de este argumento, para Pfersmann, es que condiciona la validez misma de la TRI! Ésta no puede aspirar a conocer el carácter auténtico de una interpretación sin presuponer algo así como una interpretación analítica: es decir, el hecho de que sea posible describir de manera objetiva los actos de atribución de significado que tendrían la propiedad de ser determinantes (las interpretaciones auténticas que establecen normas), y distinguirlos de los actos de atribución de significado que no tendrían esta propiedad (interpretaciones no auténticas, incluidas las interpretaciones doctrinales).

En el nivel del discurso de la ciencia del derecho de Troper (metadiscurso), interpretar interpretaciones (auténticas o no) es de hecho un acto de conocimiento. Para Pfersmann (2002a), el veredicto cae por sí mismo: “Es por tanto una teoría autocontradictoria que afirma en términos de interpretación analítica que no puede haber interpretación analítica” (p. 828).

Para el normativista,³⁹ eludir la contradicción exige elegir entre dos alternativas: o bien abandonar el empirismo semántico, pero entonces

³⁸ Es bastante claro que lo que para Pfersmann es una norma es para Troper el significado posible de un complejo empírico-textual y que es difícil resolver esta cuestión lexical sin tomar partido en la controversia. La formulación norma/enunciado refleja aquí un esfuerzo de neutralidad.

³⁹ Así se denomina generalmente la corriente de pensamiento defendida por Pfersmann. Etiqueta que él mismo acepta especificando que su crítica a la TRI “no es una crítica desde un punto de vista normativista” sino que pretende “saber si la TRI es una teoría aceptable a partir de sus propias premisas” (Pfersmann, 2002b, p.763). Por tanto, lo que se pone a prueba es la validez general de la teoría.

será imposible identificar fácticamente el significado objetivo de un acto de voluntad, o bien renunciar al escepticismo doctrinal, aceptando que la interpretación analítica de actos jurídicos por parte de la doctrina, entendida como acto de conocimiento, es posible.

3.2. Insuficiencia ontológica: una teoría sin objeto

En el nivel ontológico, Pfersmann critica principalmente la TRI por su concepción de la normatividad. La TRI sostiene que las interpretaciones auténticas son normas que generan efectos en el ordenamiento jurídico, pero no especifica “¿qué significa entonces ‘producir efectos’?”. De hecho, “podría tratarse tanto de efectos normativos como de efectos fácticos”. Sin embargo, “ni una ni la otra variante proporcionan una solución satisfactoria” (Pfersmann, 2002a, p. 832).

Concebir esos efectos como normativos parece inconsistente con la propia TRI, que rechaza la idea de una relación entre normas.⁴⁰ Estaríamos entonces ante una creación pletórica y esporádica de normas que no tendrían vínculos entre sí y no serían comprensibles más que puntualmente, en el momento mismo de su enunciación por un organismo determinado. Como este sentido de normatividad parece en gran medida contrario a la intuición, debemos recurrir a una concepción fáctica de los efectos de la interpretación auténtica.

El problema con una concepción fáctica, y volvemos a la crítica principal que irradia toda la posición de Pfersmann (2002a), es que proviene de un “reduccionismo radical” que “hace depender directamente el carácter normativo de un enunciado de su realización, es decir, que deriva una estricta normatividad de una estricta factualidad, lo cual es lógicamente imposible” (p. 833). La TRI viola la ley de Hume que afirma respaldar.

Una solución posible para esta crítica podría ser debilitar la teoría, considerando simplemente que la producción de efectos en el orden jurídico,

⁴⁰ “En ausencia de relaciones entre normas, se produciría, por tanto, una hiperinflación atomizante, en la que cada órgano y cada norma constituirían un universo en sí mismo y cerrado sobre sí mismo” (Pfersmann, 2002a, p. 833).

la realización, sería un criterio necesario pero no suficiente de la juridicidad de las normas.⁴¹ Sin embargo, la TRI no podría evitar el importante costo epistemológico que implicaría esa respuesta: “tendríamos que poder decir exactamente en qué consiste la norma y tendríamos que poder medir exactamente, para cada una de ellas, si hay una estricta adecuación entre lo que se requiere (o permite) y lo que se hace” (Pfersmann, 2002a, p. 834).

Además, una concepción tan estrictamente empírica debería deshacerse de las trampas normativistas, abandonando las nociones de orden o sistemas jurídicos que no tienen ninguna función heurística si se niega la existencia de relaciones entre normas. La ciencia troperiana del derecho sería entonces una “sociología de las relaciones de poder”, que se situaría en un plano distinto del normativismo y de ninguna manera implicaría “que sea imposible concebir sistemas de normas en los que haya relaciones entre normas y donde las normas existan sin referencia” (Pfersmann, 2002a, p. 834).

La última crítica, que aparece una y otra vez, apunta a la concepción de la indeterminación textual adoptada por la TRI, que tendría como consecuencia volverse contra sí misma y, por tanto, auto refutarse. Si la TRI sostiene, por un lado, que los textos no tienen significado normativo y, por el otro, que la norma es el significado objetivo de un acto de voluntad, parece, al final de un breve silogismo, precipitar en una posición inextricable. De hecho, el significado objetivo de la interpretación auténtica identificada por el científico está bien expresado en un objeto tangible, sin el cual la ciencia no sería empírica, y este objeto, debe concederse, es en la gran mayoría de los casos, al menos en parte, textual.⁴² Si las normas son enunciados (o más generalmente actos jurídicos), parecen susceptibles de interpretación debido a la indeterminación fundamental que se les atri-

⁴¹ “Se podría, sin embargo, debilitar esta construcción a fin de conservarla y hacer de la factualidad estricta un criterio simple para seleccionar el dominio de lo jurídico a partir de una normatividad más amplia: entre todas las normas sólo se consideran jurídicas aquellas que se cumplen con exactitud” (Pfersmann, 2002a, p. 834)

⁴² Por supuesto, es posible imaginar casos en los que la interpretación auténtica se expresa simplemente de forma oral, pero entonces sería siempre sintáctica, o incluso mediante simples gestos como el *pollice verso* de los emperadores romanos. Sin embargo, en todos los casos estos hechos son “actos jurídicos” asimilables a la clase que la TRI originalmente presupone como indeterminada (Tesis de la indeterminación normativa de los actos jurídicos).

buye (Tesis de la indeterminación normativa de los actos jurídicos). Pero entonces aprehender el significado de tales actos no puede ser un acto de conocimiento digno de un discurso científico, sino un acto de voluntad (Tesis de la interpretación voluntad). Las normas no existen independientemente de un acto de voluntad que las determine: “si la TRI es verdadera, es falsa, porque no tiene objeto” (Pfersmann, 2002a, p. 835).

En razón de sus propios puntos de partida, la TRI no puede concebir a las interpretaciones auténticas como normas, porque tal calificación violaría la ley de Hume y, por lo tanto, sería fundamentalmente ajena a cualquier científicidad. Tampoco puede valorar el contenido de las interpretaciones considerando que tal o cual significado ha sido atribuido por tal o cual órgano, porque dichas interpretaciones se expresan en actos jurídicos que, por definición, son semánticamente indeterminados. Las fauces de la indeterminación semántica engullen la serpiente de la normatividad hasta que la TRI pierde su propósito. A partir de entonces, en una versión epistémica del suplicio de Tantalus, se ve condenada a percibir un objeto que no puede ser captado porque “si el TRI pudiera ser verdadera, sería muda” (Pfersmann, 2002a, p. 836).

4. Respuesta a las críticas

Troper ha respondido en gran medida a estas críticas;⁴³ aquí presentaremos solo algunos elementos.

En primer lugar, el realista de Nanterre insiste en la necesidad de distinguir entre los niveles del discurso, es decir, entre el lenguaje objeto y el metalenguaje, que es una condición de posibilidad de la ciencia del derecho, es decir, de la aprehensión descriptiva de un fenómeno que no lo es.

⁴³ Más allá de la respuesta a Pfersmann aquí estudiada, véase la controversia con Denys de Béchillon (Troper, 1994a) y su discusión durante la Conferencia en la Universidad Panthéon-Assas de París sobre las *contraintes* (Troper, 2011b). Véase también Troper (2011a) que contiene numerosos argumentos que tienden a clarificar la TRI o refutar sus críticas.

Muchas de las críticas se basan en la transgresión de este presupuesto, sin que éste sea verdaderamente discutido.⁴⁴

Luego desestima la crítica según la cual la TRI disimularía una concepción normativa de la interpretación auténtica, en cuanto se basaría en una misteriosa competencia *a priori* de los órganos, que sólo podría depender de normas de competencia determinadas por intérpretes auténticos, provocando una regresión infinita.

Esta crítica se basa enteramente en la idea de que, según la TRI, es el carácter del órgano el que determina el carácter de la interpretación. Sin embargo, [...] la TRI sostiene la tesis contraria: la interpretación auténtica es la que se impone jurídicamente, aquella a la que el ordenamiento jurídico hace producir efectos, por ejemplo, porque una interpretación diferente será privada de validez o porque la norma que, de hecho, obtiene conformidad es la que ha sido producida por esa interpretación (Troper, 2002, p. 342).

Independientemente de cualquier contradicción interna, la normatividad de la interpretación es asimilable a los efectos que produce:⁴⁵ “no es el carácter del órgano lo que hace a la interpretación auténtica, es la interpretación auténtica la que hace al órgano” (Troper, 2002, p. 348).

En cuanto a la posibilidad de interpretaciones doctrinales y analíticas, Troper simplemente recuerda que el TRI no las excluye, sino que simplemente no tienen relación con su objeto, que es estudiar la interpretación en el derecho. Sin embargo, nos dice:

Incluso si se aceptara que la interpretación doctrinal es analítica, esto no tendría ningún impacto en la teoría del derecho, porque

⁴⁴ “La reconstrucción de [Pfersmann] enmascara una de las ambiciones de la TRI: establecer una distinción entre dogmática y ciencia del derecho. Si, de hecho, la jerarquía normativa es interna al razonamiento de los jueces, entonces la dogmática jurídica reproduce este razonamiento, mientras que la ciencia del derecho se limita a enunciar proposiciones indicativas relativas a la existencia de normas, es decir, a la producción de enunciados cuyo propósito es interpretar otros enunciados y luego tratar de revelar las *contraintes* que llevaron a los enunciados del primer tipo” (Troper, 2002, p. 340).

⁴⁵ “La calidad de la interpretación es, además, una cuestión de puro hecho” (Troper, 2002, p. 342).

incluso si hubiera un significado verdadero, el significado de los enunciados en el derecho se mantendrá siempre independiente de ese significado verdadero, al igual que la validez de las calificaciones jurídicas es rigurosamente independiente de las calificaciones dadas por la ciencia (Troper, 2002, p. 345).

La posibilidad, o incluso la eventual existencia, de una interpretación analítica no impactaría en la TRI, en el sentido de que sería inerte en relación con interpretaciones jurídicas, que no están o no estarían vinculadas por ella.

Se refuta también la idea de que la TRI presupone la existencia de una interpretación analítica, como condición para comprender la normatividad de las interpretaciones auténticas. Para Pfersmann, de hecho, asimilar interpretaciones auténticas a normas es hacer un trabajo interpretativo; por tanto, en virtud de las definiciones de la propia TRI, es llevar a cabo un acto de voluntad, incompatible con la vocación científica invocada. Tal crítica surge del hecho de que Pfersmann “usa la palabra ‘interpretación’ en un sentido mucho más amplio y significativamente diferente al que le da la TRI” (Troper, 2002, p. 345). La identificación de la norma a través de una proposición de derecho puede ser verdadera o falsa: la interpretación descrita por la proposición se impone o no en el ordenamiento jurídico produciendo efectos, ella es auténtica o no lo es. Esta es la principal diferencia que la distingue de la interpretación textual encaminada a determinar la norma a partir del texto jurídico, que es prescriptiva y no es susceptible de verdad o falsedad, sino que simplemente produce efectos normativos o no los produce. Si se desea aplicar el término interpretación a estas dos operaciones intelectuales, debe atribuírsele un significado distinto.⁴⁶

La TRI tampoco infringe la ley de Hume porque no pretende “describir un ‘dominio específicamente normativo’”, “si por [eso] entendemos un deber ser” (Troper, 2002, p. 346). La TRI entiende la normatividad a través de sus propiedades empíricas y no a través de un concepto cualquiera de obligación. Troper aprovecha para recordar la diferencia que

⁴⁶ “Podemos ciertamente llamarla ‘interpretación’, pero es entonces una interpretación *latisimo sensu*, similar a la que llevamos a cabo cuando afirmamos que una piedra no es un simple fragmento de roca, sino una herramienta prehistórica” (Troper, 2002, p.346).

mantiene con la concepción kelseniana a nivel semántico: “lo que es objeto de conocimiento nunca es el significado mismo, sino sólo la atribución del significado. El significado y la atribución de significado sólo podrían confundirse si se admitiera que existe un significado objetivo, así como existe un deber ser objetivo” (Troper, 2002, p. 346). Ahora bien, es precisamente para sortear la aporía a la que conduce el *Sollen descriptivo* (y la idea de un significado objetivo de un acto de voluntad) que la TRI “admite que no hay significado, sino sólo actos mediante los cuales se asigna significado”, que son objeto de conocimiento científico (Troper, 2002, p. 347).

Estas atribuciones producen ciertos efectos y es ello lo que permite hablar de normas.⁴⁷ Esto obviamente no excluye que las normas así creadas produzcan a su vez efectos susceptibles de observación científica, aunque ese no sea el objeto de la TRI.⁴⁸

Este modo de entender la norma no conduce en modo alguno a la doble regresión señalada por Pfersmann: por un lado, una regresión al infinito de las normas, en la que cada nueva interpretación de la norma suplanta a la anterior; y, por otra parte, una regresión al infinito de su contenido, la aprehensión del contenido de la norma presupone una interpretación que se materializa mediante un enunciado susceptible a su vez de interpretación. La TRI es

una ciencia cuyo objeto es efectivamente la norma, pero la norma concebida no como un deber ser, sino como un hecho, un enunciado. Este hecho sigue siendo un hecho específico: la ciencia del derecho describe enunciados cuyo objetivo es determinar el significado normativo de otros enunciados. (Troper, 2002, p. 353)

⁴⁷ “Podemos decir que la interpretación auténtica produce efectos normativos, porque los sujetos están obligados a aplicar un enunciado dándole el significado que le da el intérprete, de modo que ese enunciado no tenga otro significado que ese”. “[...] Es a través de estos efectos que reconocemos la interpretación auténtica y es también en razón de estos efectos que la interpretación auténtica crea normas” (Troper, 2002, p. 350).

⁴⁸ “Sin duda, estas normas tienen a su vez efectos, en el sentido de OP, ya que prescriben una conducta, pero de ninguna manera se confunden con los efectos de la interpretación misma, como tampoco la conducta prescrita por la ley es idéntica a los efectos del acto legislativo” (Troper, 2002, p. 350).

Ahora bien, estos hechos son finitos⁴⁹ y también lo son las proposiciones que los describen.⁵⁰

5. Conclusión

La controversia se ha extendido en el tiempo y continúa todavía hoy. Demuestra que, al menos objetivamente, ninguna de las posiciones, la TRI y sus críticos, ha triunfado sobre la otra. ¿La controversia es de algún interés?

Thomas Samuel Kuhn (2008) pudo decir que:

En la medida en que dos escuelas científicas no estén de acuerdo sobre cuál es el problema y cuál es la solución, inevitablemente entablarán un diálogo de sordos al discutir los méritos relativos de sus respectivos paradigmas. En la discusión, cercana a un círculo vicioso, que regularmente resulta, parece que cada paradigma satisface más o menos los criterios que él mismo ha dictado y sigue siendo incapaz de satisfacer los criterios dictados por su competidor [...]. Como en el caso de la competencia entre dos normas, esta cuestión de los valores sólo puede responderse introduciendo criterios totalmente externos a la ciencia normal y es este recurso a criterios externos lo que les da un carácter obviamente más revolucionario a los debates entre paradigmas (p. 156).

Sugiriendo que el debate es estéril en sí mismo y que su resultado depende de argumentos axiológicos ajenos a la propia ciencia. Esta observación pesimista, sin embargo, tiene un matiz, y Kuhn (2008) añade, de manera bastante misteriosa: “Sin embargo, también está en juego algo más fundamental que las normas y los valores”, porque si “los paradigmas son los elementos constitutivos de la ciencia”, “también son los elementos constitutivos de la naturaleza” (p. 156).

⁴⁹ Las atribuciones de significados que se producen en el seno de un sistema jurídico determinado pueden individualizarse.

⁵⁰ Se puede decir que son verdaderas o falsas siguiendo un protocolo de verificación empírica.

Vale la pena creer en esta dualidad, puesto que implica que, en la controversia científica, además de cuestiones de valor, también están en juego cuestiones relativas al “crecimiento indefinido de la lista de problemas resueltos por la ciencia y también a la precisión de las soluciones” (Kuhn, 2008, p. 232). Independientemente de lo que piense quien lee, seguramente encontrará material para reflexionar en las ricas contribuciones que siguen.

Bibliografía

- Bodin, J. (1993). *Les six livres de la République*. París: Le livre de poche.
- Brunet, P. (en prensa). Le Réalisme américain comme critique du droit. En A. Corre-Basset (ed.), *Les approches critiques du droit – un aperçu*. París: Éditions de la Sorbonne.
- Carpentier, M. (2014). *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*. París: Institut Universitaire Varenne.
- Guastini, R. (2013). Le réalisme juridique redéfini, *Revus*, 19. Recuperado de: <https://doi.org/10.4000/revus.2511>
- Kant, E. (2021). *Critique de la raison pure*. París: Garnier Flammarion.
- Kelsen, H. (1973). What is justice? En H. Kelsen (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy* (pp. 1-26). Dordrecht y Boston: D. Reidel.
- Kelsen, H. (1992). Qu'est ce que la théorie pure du droit. *Droit et société*, 22, 551-568.
- Kelsen, H. (2000). Une théorie réaliste et la Théorie pure du droit (E. Millard y G. Sommeregger, trad.). En E. Millard, O. Jouanjan y G. Sommeregger (eds.), *Théories réalistes du droit* (pp. 15-42). Strasbourg: Annales de la faculté de droit de Strasbourg. (Original publicado en 1959).
- Kuhn, T. S. (2008). *La structure des révolutions scientifiques (1962-1970)*. París: Flammarion.
- 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. (2015). *La distinction fondamentale de la théorie de l'interprétation et les raisons de son oubli. Fabula-LhT*. Recuperado de: <https://doi.org/10.58282/lht.1492>.
- Ross, A. (1961). Validity and the conflict between legal positivism and natural law. *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 446-493.
- Ross, A. (2019). *On law and justice*. Oxford: OUP.
- Rousseau, D. (2017). Le Conseil constitutionnel, maître des horloges, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 54, 7-18.
- Sorensen, R. A. (1988). Precisification by Means of Vague Predicates. *Notre Dame Journal of Formal Logic*, 29(2), 267-275.
- Troper, M. (1974). Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle. En *Mélanges Charles Eisenmann* (pp. 133-151). Paris: Cujas.
- Troper, M. (1994a). Réplique à Denys de Béchillon. *Revue de la Recherche Juridique*, 1, 267-274.
- Troper, M. (1994b). *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris: PUF.
- Troper, M. (2001). *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF.
- Troper, M. (2002). Réplique à Otto Pfersmann. *Revue française de droit constitutionnel*, 50 (2), 335-353.
- Troper, M. (2011a). *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF.
- Troper, M. (2011b). Argumentation et explication. *Droits*, 54(2), 3-26.
- Troper, M. (2014). Intervention à la table ronde "Ronald Dworkin et la philosophie de la justice". *RDP*, 4, 863-890.
- Troper, M. (2022). *La philosophie du droit*. Paris: PUF.
- Van Inwagen, P. (2009). Indeterminacy and Vagueness: Logic and Metaphysics. *European Journal for Philosophy of Religion*, 2, 1-19.

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 primero¹ 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).

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.² 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,³ el derecho se concebirá aquí como un sistema de normas puestas por seres humanos.⁴ El carácter sistemático se deriva de que el modo de creación de normas está previsto por otras normas del sistema.

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

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

⁴ 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.⁵ 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).⁶ 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,

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

⁶ 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 (mobilisé) 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.⁷ La idea de que el “juego interpretativo” puede terminar cuando se han identificado los diferentes significados posibles no parece merecer mucha atención.⁸ 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).⁹ 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

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

⁸ 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.

⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹ 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

¹¹ 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.¹² Otras veces, se trata de una forma de razonamiento que procura evitar la apli-

¹² 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.¹³

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”¹⁴, 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

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

¹⁴ 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 aterradora 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.¹⁵ 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-

¹⁵ 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”.¹⁶

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 delinear. 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.

¹⁶ 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”.¹⁷ 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.

¹⁷ 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.).¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰ 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

¹⁸ Véase también Marmor (2014, pp. 38 y ss.).

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

²⁰ 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.²¹ 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.²² 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

²¹ Véase Schauer (2015, p. 100).

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

cualquier tipo de uso.²³ 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.²⁴ 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.

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

²⁴ 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).²⁵ 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).²⁶ 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.²⁷ 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

²⁵ Véase Guastini (2013b, sección 8).

²⁶ Véase Jakab (2007, p. 416, nota 21).

²⁷ 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.²⁸ 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,²⁹ 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).³⁰

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).

²⁸ Véase Luzzati (1990, pp. 130 y ss.).

²⁹ 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).

³⁰ 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:³¹ 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:³² 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

³¹ *Contra* Troper (1994, p. 305).

³² *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.³³ Troper, al igual que Fritz Sander antes que él en el contexto vienés, describe esta última empresa como “dogmática”.³⁴ 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).³⁵ 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

³³ 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).

³⁴ Véase Sander (1921, p. 523); Troper (2001, p. 5).

³⁵ 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).³⁶ 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).³⁷ 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-

³⁷ 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).³⁸

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).³⁹ 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

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

³⁹ 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?⁴⁰

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.⁴¹ 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-

⁴⁰ 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).

⁴¹ *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).⁴²

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),⁴³ o bien porque se decide considerar válidas a las normas producidas por determinados órganos (que es lo que hacen los realistas).⁴⁴ Pero la validez de una decisión errónea no la convierte en correcta.⁴⁵ 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,⁴⁶ *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-

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

⁴⁴ 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).

⁴⁵ 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).

⁴⁶ 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”).⁴⁷ 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

⁴⁷ 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).⁴⁸ 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).⁴⁹

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

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

⁴⁹ 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).⁵⁰

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

⁵⁰ 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.

¿Existe una única interpretación científica de los enunciados jurídicos?

*Is There Only One Scientific Interpretation of Legal Statements?**

Véronique Champeil-Desplats**

Recepción: 03/02/2024

Evaluación: 10/02/2024

Aceptación final: 08/08/2024

Resumen: De las diversas proposiciones que estructuran la teoría de la interpretación de Thomas Hochmann, este artículo se propone analizar tres principales. En primer lugar, la afirmación de que interpretar “no es muy complicado”; en segundo lugar, la tesis de que la interpretación científica consiste únicamente en determinar un conjunto de significados intrínsecos a los textos jurídicos; y en tercer lugar, la idea de que la teoría realista de la interpretación, al negarse a buscar el significado del derecho positivo, empobrece el estudio del derecho. Por otro lado, se argumentará, en primer lugar, que la interpretación es un acto complejo que puede implicar diferentes métodos y, en segundo lugar, que en la medida en que tiene en cuenta esta pluralidad de métodos y posibles significados, la teoría realista de la interpretación enriquece el estudio del derecho. En lugar de basarse en certezas, se basa en dudas sobre las condiciones del conocimiento verdadero y la producción de esta verdad por un acto de voluntad.

Palabras clave: interpretación, métodos, realismo, ciencia jurídica.

* Traducción del francés por Hernán Bouvier.

** Doctora en derecho público, Université Paris Nanterre, Francia. Profesora de Derecho Público, Université Paris Nanterre, Centre de Théorie et Analyse du Droit, equipo CRE-DOF, Nanterre, Francia. Correo electrónico: vchd@parisnanterre.fr

Abstract: Among the various propositions that structure Thomas Hochmann's theory of interpretation, this article sets out to discuss three main ones. Firstly, the assertion that interpreting 'is not very complicated'; secondly, the thesis that scientific interpretation only consists in determining a set of intrinsic meanings to legal texts; and thirdly, the idea that the realist theory of interpretation, by refusing to research the meaning of legal statements, would impoverish the study of law. On the other hand, it will be argued, firstly, that interpretation is a complex act that can involve several methods and, secondly, that insofar as it takes into account this plurality of methods and possible meanings, the realist theory of interpretation enriches the study of law. Rather than being based on certainties, it is based on doubts about the conditions of true knowledge and the production of this truth by an act of will.

Keywords: interpretation, methods, realism, legal science.

1. Introducción

En su artículo sometido a debate, Thomas Hochmann (2024) expone una serie de sólidas tesis teóricas y epistemológicas. Reformularemos aquí tres de ellas, tratando de no desvirtuarlas demasiado:

1) No todo puede llamarse interpretación: “la interpretación jurídica no se refiere a todas las actividades de los juristas” (Sección 2.1).¹ Hochmann nos recuerda que los teóricos del derecho utilizan a menudo este concepto en un sentido demasiado amplio, lo que no siempre permite distinguir entre operaciones intelectuales bien diferentes;

2) la tesis según la cual el lenguaje jurídico es indeterminado, como pretenden los partidarios de la teoría realista de la interpretación (en lo sucesivo, TRI), conduce a conclusiones absurdas. Si esto fuera cierto, las autoridades que aplican el derecho tendrían de hecho la posibilidad de determinar libremente el significado de los enunciados normativos que se supone que aplican y a los que se supone que están sujetas;

¹ Las citas del texto de Thomas Hochmann sometido a debate se incluirán entre comillas, indicándose entre paréntesis la sección de su texto en la que se encuentran.

3) existe una interpretación propiamente científica que permite conocer el verdadero sentido de los textos jurídicos y, en consecuencia, del derecho positivo.

Su plena significación sólo puede comprenderse situando estas tesis en el contexto de los debates surgidos entre los teóricos del derecho franceses sobre la cuestión de la interpretación. En particular, estos debates oponen, por una parte, una corriente del positivismo jurídico llamada normativista, encarnada principalmente por Otto Pfersmann y sus seguidores, entre ellos el mismo Hochmann, y, por otra parte, otra corriente del positivismo jurídico llamada realista, identificada con la “Escuela de Nanterre” liderada por Michel Troper.² Estas dos corrientes comparten compromisos epistemológicos y metodológicos comunes, como la ambición de desarrollar un discurso descriptivo y teórico sobre el derecho que las distinga de la dogmática. Difieren, sin embargo, en sus concepciones sobre la ontología del derecho y, vinculado a ello, en su teoría de la interpretación. El texto propuesto por Hochmann y las reacciones que suscitó entre un puñado de representantes de la “escuela de Nanterre”, publicadas en este número de la revista, son un derivado de esta contienda fraternal.

En el texto presentado de Hochmann hay un punto de partida con el que podemos estar de acuerdo: no todo puede llamarse interpretación. Parece heurística y analíticamente útil, incluso empíricamente posible, distinguir entre la operación intelectual de la interpretación y otras operaciones intelectuales similares –Umberto Eco (1992, p. 46), por ejemplo, diferencia entre interpretación y uso del texto– y distinguir entre distintos tipos de actos interpretativos. Hochmann señala que según Riccardo Guastini (2010) la interpretación puede referirse a tres tipos diferentes de actos en el ámbito jurídico: “La palabra ‘interpretación’”, dice Guastini, “a veces se refiere a un acto de conocimiento, a veces a un acto de decisión, a veces a un acto de creación normativa” (pp. 195 y ss.).

Hochmann define la interpretación jurídica como una búsqueda del “significado de los enunciados jurídicos” (Sección 2.1). Esta definición le lleva a distinguir entre la interpretación propiamente dicha de sus métodos

² El debate tomó forma en la polémica iniciada por Otto Pfersmann (2002a), con una respuesta de Michel Troper (Troper, 2002) y una réplica de Pfersmann (2002b).

y resultados. Hasta aquí no hay nada muy problemático. Pero las cosas se vuelven algo más problemáticas cuando Hochmann estipula la cientificidad de su concepción de la interpretación en detrimento de otras teorías, en particular de la TRI, que defendería tesis que han sido repetidamente calificadas de absurdas.

¿Cuál es la raíz del desacuerdo? Hochmann afirma que mediante la interpretación científica es posible conocer fácilmente el significado (o posiblemente los significados) de los enunciados jurídicos; la TRI lo pone en duda y deja abierta la gama de significados que pueden asignarse jurídicamente a estos enunciados. Dicho de otro modo, mientras que Thomas Hochmann sostiene que su concepción de la interpretación jurídica permite determinar científicamente el significado de los enunciados *jurídicos*, la TRI parte de la hipótesis de la indeterminación *jurídica* de los enunciados y se propone la tarea científica de mostrar las manifestaciones y los límites de esta indeterminación y analizarlos.

¿Significa esto que una de estas dos concepciones de la interpretación jurídica defiende tesis más absurdas que la otra? ¿Necesita la propuesta de Hochmann, que pretende ser modesta (Sección 4.2.3), declarar el absurdo de la TRI para existir y establecerse científicamente? ¿Es la TRI el mayor enemigo de las teorías normativistas en las ciencias jurídicas? Creemos que no. La sutileza de las operaciones interpretativas vale sin duda más que las pequeñas disputas entre amigos o en familia, que podrían mitigarse fácilmente aceptando que las concepciones del trabajo científico y las formas de conocer el derecho son inevitablemente plurales. Al menos, podemos discutir críticamente, si queremos hacerlo, no tanto las creencias últimas e indecibles sobre la ontología del derecho y su *verdadero* conocimiento, sino la coherencia interna, la solidez argumentativa y demostrativa, la fecundidad y el interés heurístico, epistemológico o metodológico de los discursos que pretenden concurrentemente describir o conocer científicamente el derecho.

Es desde esta perspectiva desde la que optaremos por examinar con más detalle los argumentos esgrimidos por Hochmann en apoyo de la validez, cuando no de la superioridad, de su concepción de la interpretación científica. Estos argumentos se basan en una serie de recursos retóricos bien conocidos. En primer lugar, el uso de afirmaciones que contravienen la evidencia: la afirmación axiomática (si hemos de ser caritativos) y algo

encantadora (si hemos de serlo menos) según la cual interpretar “no es muy complicado” (Sección 2); en segundo lugar, la afirmación de la superioridad de su enfoque para alcanzar un objetivo que el propio autor se fija: la interpretación científica propuesta permite determinar el sentido correcto de los textos jurídicos, mientras que los (pseudo)métodos concurrentes hablan de otras cosas (3); por último, el uso de un argumento de reducción al absurdo de las tesis competidoras. En este tren, se impondría derechamente descartar la TRI (4).

2. Sobre la (falsa) evidencia de la facilidad de interpretación

Uno de los puntos de partida del pensamiento de Hochmann es que la interpretación de los textos jurídicos no es en absoluto una operación intelectual muy complicada. Pasemos por alto el hecho de que no muchos de los que han abordado la cuestión de la interpretación jurídica han sostenido que sea complicada. Así que tomemos la afirmación en serio. Hochmann utiliza varios argumentos para justificarla. En primer lugar, un argumento general: la interpretación es una actividad cerebral cotidiana que todo el mundo realiza sobre cualquier tipo de texto, desde novelas hasta eslógenes. En segundo lugar, un argumento basado en la evidencia: “Si se han escrito tantos libros y artículos académicos sobre la interpretación, es porque sus autores intentan mostrar cómo identificar *el* significado correcto, o 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” (Sección 3.2).

Discutiremos esta postura cuestionando las dos ideas clave que la estructuran: el trabajo interpretativo no es complicado; el texto comunica un significado intrínseco.

2.1. Lo complicado y lo complejo: en busca del significado correcto...

Empecemos por admitir que el acto de interpretar no es muy complicado. Sin embargo, “no muy complicado” no significa sin complicaciones.

Vincent Forray y Sébastien Pimont (2017), en particular, han destacado recientemente las numerosas operaciones intelectuales, sesgos, prejuicios y bagajes preconceptuales que intervienen en la descripción y, *a fortiori*, en la interpretación del derecho. Aunque afortunadamente ocurre con bastante frecuencia para la coordinación de las acciones humanas y sociales que varios individuos interpreten y comprendan lo mismo de un texto, un signo o unos hechos, también es posible que, debido a las diferencias de puntos de vista, experiencia, formación y deformación, las operaciones de descripción, interpretación, comprensión o asignación de un significado conduzcan a resultados divergentes. Estas divergencias, al igual que las convergencias, deben tomarse en serio y considerarse fenómenos a título pleno en la expresión del conocimiento, en este caso del derecho. La vida jurídica ofrece muchas ilustraciones de enfrentamientos entre especialistas respecto del significado correcto de los enunciados. Por ejemplo: según el artículo 13 de la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958, ¿está obligado el presidente de la República a firmar ordenanzas? Según los artículos 67 y 68 de la misma Constitución, ¿podía el presidente de la República divorciarse de su esposa? ¿Puede un antiguo presidente ser citado como testigo por hechos cometidos durante su mandato?

No es fácil establecer una distinción *científica* entre interpretaciones opuestas. Para ello sería necesario demostrar que una interpretación es mejor o más exacta que otra, comparando sus métodos y argumentos. Pero, ¿cuáles serían los metacriterios indiscutibles para realizar esa evaluación? Otras disciplinas distintas a las ciencias jurídicas, en particular la filología, la lingüística, la filosofía, la historia y los estudios literarios, para las que la interpretación de los textos constituye también el núcleo de la profesión, tropiezan con el mismo tipo de dificultades. No es infrecuente que el significado que se ha conferido hábilmente a un enunciado dado sea objeto de interpretaciones contrapuestas y revisado a la luz de nuevos datos o perspectivas. La aceptabilidad científica de los diferentes significados propuestos se evalúa entonces en términos epistemológicos y se llega a un acuerdo sobre la mayor o menor relevancia de uno u otro en un momento dado del estado de los conocimientos disciplinarios.

Por consiguiente, aun suponiendo que interpretar no sea una operación tan complicada, lo que parece un poco más complicado es demostrar que

una de las interpretaciones propuestas es la correcta o buena con exclusión de todas las demás. En efecto, ¿buena para quién? ¿en relación con qué? ¿en relación con qué otra? ¿sobre la base de qué criterio de evaluación? Si la rutina del día a día de los juristas conduce a la cristalización de acuerdos convencionales sobre el significado jurídico de los enunciados con los que trabajan, es posible que ello se deba no tanto –o, seamos cautos, tanto– a que todos estén convencidos de que actúan y deciden con *la* interpretación *correcta* del texto, como a que la adoptada en un momento dado no se topa con razones o argumentos suficientes para ser modificada.

2.2. ¿Comunica el texto?

No es necesario ser partidario de la teoría realista de la interpretación para admitir la indeterminación de los textos jurídicos.³ A este respecto, recordamos las observaciones de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca (2008):

Lo más frecuente es que la impresión de claridad asociada a la falta de ambigüedad sea fruto de la ignorancia o de la falta de imaginación. (...) Por tanto, la claridad de un texto, o de un concepto, nunca puede garantizarse de forma absoluta, salvo de manera convencional limitando deliberadamente el contexto en el que debe interpretarse (p. 168).

Y más adelante:

Un concepto sólo puede considerarse unívoco si su campo de aplicación está completamente determinado, lo que sólo es posible en un sistema formal del que se hayan eliminado todos los imprevistos (...). Pero no puede decirse lo mismo de los conceptos desarrollados en un sistema científico o jurídico, que deben aplicarse a acontecimientos futuros cuya naturaleza no siempre puede especificarse por completo (p. 175).

³ Véase, por ejemplo, Stéphane Rials (1991, p. 168).

Así, además de las indeterminaciones semánticas en parte (pero no totalmente) ligadas a la mayor o menor precisión de los términos que los componen, los textos jurídicos se enfrentan también a indeterminaciones pragmáticas derivadas de su posible confrontación con hechos imprevistos o inéditos. Tomemos uno de los ejemplos anteriores: ¿acaso los artículos 67 y 68 de la Constitución, cuya revisión en febrero de 2007 se suponía que había zanjado todas las hipótesis de las relaciones entre los presidentes de la República y la institución judicial, impiden que un antiguo presidente de la República sea citado a declarar sobre actos cometidos durante su mandato?

No parece, pues, menos científico, ni más absurdo, partir de la hipótesis de la indeterminación del lenguaje jurídico y confiar a la labor académica la tarea de dar cuenta de la pluralidad, siempre abierta y enmendable, de los significados posibles de los enunciados jurídicos, que presuponer lo contrario y la existencia de un significado bueno. Nos encontramos con la cuestión, *en* última instancia indecidible en términos de verdad, relacionada con puntos de vista ontológicos sobre la correspondencia entre las palabras y las cosas que designan y, correlativamente, sobre la mayor o menor libertad que nos concedemos individualmente, o que se concede en un campo lexical dado, para determinar la extensión y el significado de esas palabras.

En otras palabras, parece difícil convencer a quienes creen en la existencia de un significado verdadero o bueno de las palabras y los conceptos de que su búsqueda es inútil y de que su concepción de los mismos está necesariamente situada y sesgada por su sistema de creencias. A la inversa, es igual de difícil convencer a los escépticos y relativistas de que se están negando a ver una dimensión del conocimiento sobre la cual, justamente, ellos dudan. No obstante, estos presupuestos ontológicos tienen importantes consecuencias para la orientación del trabajo científico, sobre todo en el ámbito de la interpretación. Algunos intentarán encontrar una interpretación supuestamente verdadera o buena, y podrán evaluar otras propuestas interpretativas a la luz de lo que hayan encontrado. Otros renunciarán a la búsqueda, señalando los distintos significados posibles y las opciones elegidas por las autoridades normativas, e intentando explicarlas cuando sea necesario. Esta es la posición defendida por Kelsen (1962) al final de la segunda edición de la Teoría pura del derecho:

La interpretación jurídica debe tener mucho cuidado de evitar la ficción de que una norma jurídica sólo puede interpretarse de una manera, con una interpretación “exacta” o “verdadera”. Se trata de una ficción que la ciencia jurídica tradicional utiliza para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Sin embargo, dada la ambigüedad que afecta, en mayor o menor medida, a la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede alcanzarse de forma aproximada. No se puede negar que, vista desde uno u otro punto de vista político, esta ficción de la univocidad de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas. Pero ninguna ventaja política puede justificar el uso de esta ficción en un análisis científico del derecho positivo (...). (p. 463)

Por nuestra parte, entendemos que la interpretación científica propuesta por Hochmann está más del lado de quienes buscan la verdad de los enunciados jurídicos: “La interpretación científica que presento aquí”, dice, “no pretende ‘seleccionar entre los significados lingüísticamente posibles aquellos que son igualmente posibles teniendo como referencia las normas superiores del mismo sistema’”.⁴ Se “limita a establecer”, prosigue Hochmann, “los diferentes significados comunicados por los enunciados”. Busca “únicamente lo que el texto quiere decir” (Sección 3.2). En otras palabras, la interpretación científica propuesta presupone que el significado o, posiblemente, los pocos significados del texto resultan del propio texto. Pero, ¿comunica el texto? En caso afirmativo, ¿qué?, ¿cómo comunica?, ¿tiene una intención propia? Y si comunica, ¿por qué necesitamos interpretarlo?

En respuesta indirecta a estas preguntas, nuestro colega introduce una importante distinción entre varias operaciones cognitivas. Basándose en Pierluigi Chiassoni, señala que “la interpretación científica difiere de la simple ‘comprensión’ del texto”, en que “incluye más significados en sus resultados” (Sección 3.4). Debemos entender, entonces, que la concepción de interpretación científica propuesta por Hochmann se contenta con recoger una comunicación de sentido del propio texto, pero que consiste en algo más que su simple comprensión. Convengamos en que lo que se anunciaba como poco complicado se vuelve más sutil de lo esperado. Para com-

prender mejor las distinciones entre las distintas operaciones cognitivas en juego, veamos el método asignado a la interpretación científica propuesta.

3. ¿Un único (pseudo) método científico?

Las propuestas de Hochmann sobre la cuestión de los métodos pueden sorprender y, en ocasiones, desconcertar. Tras desacreditar algunos de los métodos habitualmente utilizados en las teorías de la interpretación jurídica (en particular, los métodos histórico o genético, teleológico o funcional), el autor sostiene que su enfoque científico es el más pertinente, y que no necesita recurrir a ningún método: “Interpretar un texto no requiere ningún método aplicar concienzudamente para descubrir su sentido” (Sección 3.2).

Llegados a este punto, podemos estar de acuerdo en un punto: los métodos habituales de interpretación no proceden de forma rigurosamente lineal. Las teorías realistas han subrayado desde hace tiempo que estos métodos se asemejan a justificaciones *a posteriori* de soluciones previamente establecidas. Aunque este análisis pueda parecer excesivo a algunos, parece posible coincidir en el análisis de que el acto de interpretar exige una diversidad de compromisos cognitivos y volitivos interdependientes, cuya disposición concreta depende de los modos singulares de hacer de cada intérprete y de su posición en la cadena de producción normativa.

Sin embargo, ésta no es exactamente la crítica que Hochmann dirige a los métodos mencionados. La crítica radica en que no se interpreta el texto en sí, sino otra cosa, a saber, sus trabajos preparatorios, la intención de su autor, su función social o su utilidad económica... Por ello, recomienda abandonar estos “llamados” métodos en favor de un “no método” que vuelva a centrar el acto de interpretación en el propio corpus textual: “El único método, que ni siquiera es un método, consiste en preguntarse qué quieren decir los textos. Los otros llamados métodos buscan en cambio qué quiso hacer el legislador, o cuál sería la mejor aplicación de la ley, la más acorde con su ‘objetivo’, etcétera. Nada de esto forma parte de la búsqueda del sentido de los textos y, por tanto, del conocimiento del derecho” (Sección 4.1.2). Para Hochmann, interpretar los textos jurídicos es un acto muy sencillo. “Para interpretar el derecho”, afirma, “basta con

que un orador que domine la lengua en la que se expresa lea atentamente el enunciado, teniendo en cuenta, por supuesto, su contexto y, en particular, su “peritexto”, es decir, las disposiciones circundantes y otros enunciados de derecho positivo” (Sección 3.2). Y añade: “Esta interpretación puede calificarse de “literal” o “lingüística”. Pero hay que señalar sobre todo que no se distingue por ningún ‘método’, sino por su objeto: se refiere a enunciados” (Sección 3.2).

Esta propuesta suscita tres reacciones. En primer lugar, en nuestra opinión, se trata de una versión empobrecida e intransigente de la hipótesis kelseniana y guastiniana del “marco” del significado convencional. En segundo lugar, plantea la cuestión de cómo el “no método” expuesto por Hochmann es más científico que los llamados métodos criticados, y cómo proporciona una mejor comprensión del derecho positivo.

3.1. Una versión empobrecida e intransigente de la hipótesis del marco de significado convencional

El método “no” expuesto por Hochmann presenta una versión algo empobrecida, y más intransigente, de la hipótesis de la fijación de marcos convencionales de significación propuesta por Kelsen y luego por Guastini. Para Guastini (2003, p. 115), en particular, sería posible determinar un conjunto de significados admisibles para los enunciados jurídicos a partir de ciertas reglas gramaticales, lógicas y sintácticas convencionalmente aceptadas en una lengua dada, y de la evaluación de estos significados por especialistas en la materia. Este encuadramiento semántico permite emitir una opinión analítica sobre la naturaleza constitucional o jurídica de un enunciado legal, independientemente de su valoración por un juez o una autoridad normativa. Se hace posible, por ejemplo, en un ordenamiento jurídico dado, concluir que un enunciado determinado, aunque incompatible con los significados convencionalmente admisibles del texto constitucional –y, por tanto, desde este punto de vista, inconstitucional– es, no obstante, válido.

Las consideraciones provistas por Hochmann, indicadas anteriormente, para establecer un marco semántico análogo con vistas a la comprensión del derecho positivo plantean una serie de interrogantes. En particular,

resulta desconcertante la idea de que, para realizar una interpretación científica, “basta con que el hablante lea atentamente el enunciado”.

En primer lugar, ¿cualquier lectura atenta es necesariamente una ciencia? Si bien podemos alegrarnos de que la ciencia del derecho sea por fin una ciencia simple, accesible a todos, un ejercicio de sentido común, aún debemos precisar qué diferencia la interpretación científica así concebida de la interpretación ordinaria, no científica, no erudita. Quizá nada, según se podría admitir. Pero vayamos hasta el final y eliminemos la referencia a la científicidad. Hochmann no estaría entonces sentando las bases de una interpretación científica, sino proponiendo una forma entre otras de interpretar los textos jurídicos para uso de todos, es decir, una interpretación para todos.

Entonces, ¿en qué consiste exactamente esta lectura atenta? ¿Hasta qué punto resiste a un conjunto de prejuicios, a un bagaje preconceptual más o menos dominado y consciente por parte del lector? Volvemos aquí a la cuestión de si el texto puede comunicar algo independientemente de la interposición y mediación de su lector. Como ha señalado Umberto Eco (1992, pp. 29 y 46) en relación con lo que él llama la búsqueda de la intención del texto (*intentio operis*) –que distingue analíticamente, de manera bastante similar a lo que explica Hochmann por una parte, de la búsqueda de la intención del autor del texto (*intentio auctoris*) y, por otra, de la intención del lector del texto (*intentio lectoris*)– las intersecciones entre estos tres niveles raramente pueden evitarse en la vida empírica. Así pues, la lectura atenta propuesta por Hochmann implica siempre los ojos o las gafas de un lector socialmente situado, en el tiempo y en el espacio.

Por último, ¿qué debemos hacer cuando lecturas igualmente atentas arrojan resultados interpretativos diferentes, o incluso contradictorios? ¿Estuvo alguien menos atento? ¿Cómo distinguir los distintos niveles de atención?

3.2. ¿Es mejor un no método que los llamados métodos?

Sin tomar partido por los “llamados ‘métodos de interpretación’” (Sección 3.2) que Hochmann rechaza, cuestionaremos la mayor relevancia de su “no método” para determinar científicamente el significado de los enunciados

jurídicos. ¿En qué sentido este “no método” tiene mayor valor o utilidad científica que los demás?

Como hemos visto, Hochmann ofrece una respuesta. Los “llamados ‘métodos’” “no son propiamente interpretación” porque “no buscan el sentido del texto, sino que tratan de identificar algo más a partir de él” (Sección 3.2): la intención del autor, su función social, su efecto útil, etc. Sin embargo, según nuestro colega, si consideramos que “el derecho se expresa mediante enunciados, entonces lo que importa es lo que el legislador ha expresado, no lo que ha querido expresar” (Sección 3.2). En consecuencia, “la búsqueda de la intención del legislador” no tendría por objeto “buscar los diferentes significados de los enunciados, sino argumentar a favor de un significado determinado”. Del mismo modo, “la llamada “interpretación teleológica”, que argumenta a partir del “fin” atribuido a la norma, no sirve para detectar el sentido del texto, sino para argumentar a favor de una solución, sea o no compatible con el texto” (Sección 3.2). Con todo, la explicación no es del todo convincente.

En primer lugar, no se da por supuesto que la búsqueda de la intención del autor sea una búsqueda de algo distinto del significado del propio texto. Desde un punto de vista interno y dogmático, el recurso al método denominado “originalista”, que exige que el texto constitucional se interprete, en los Estados Unidos por ejemplo, de conformidad con la intención de los “Padres Fundadores” fue, hasta finales del siglo XIX, “el único (...) método aceptado de interpretación constitucional” (Vlachogiannis, 2011, p. 30). En Francia, ante la oscuridad de la redacción del Código Civil, sus exégetas trataron de redescubrir su sentido apelando a sus “travaux préparatoires” (Mazeaud, 1963, p. 122). Desde un punto de vista externo y teórico, y más cercano, como hemos mencionado, Eco recordaba que la búsqueda de la intención del autor, la del propio texto y, por último, los límites de la intención del lector eran tres enfoques interpretativos contrapuestos para determinar el sentido de un texto. Algunos buscan la intención del autor para determinar el significado del texto. Otros, por el contrario, buscan lo que el autor quiso decir en el texto. Y otros, como Hochmann, buscan en el propio texto lo que dice “independientemente de las intenciones del autor” (Eco, 1992, p. 29). Eco también ha señalado que los estudios contemporáneos de lingüística o filosofía del lenguaje tienden a favorecer este último

enfoque, es decir, a relacionar el significado del texto con lo que su lector o lectores dicen de él.

Podemos admitir que estas asociaciones entre el significado del texto y el significado que se encuentra en los medios y corpus periféricos son engañosas. Hochmann disipa con razón una confusión analítica entre el significado del texto y el significado pretendido por su autor o el significado asignado por cualquier otra persona. Con todo, sigue sin estar suficientemente demostrado que la consideración de estos significados no es una cuestión de conocimiento jurídico (Sección 4.1.2). ¿Puede reducirse el conocimiento del derecho al conocimiento del significado de los enunciados considerados aisladamente o, como mucho, en su “peritexto”? No pretendemos tener una respuesta definitiva. Sin embargo, una cosa parece casi segura: la concepción del conocimiento jurídico propuesta por Hochmann reduce considerablemente la labor de interpretación jurídica y las vías de acceso al conocimiento jurídico. Por tanto, lo que plantea interrogantes es la capacidad de la concepción de la interpretación científica propuesta por Hochmann para servir a su propósito, a saber, “conocer el derecho positivo” y ser “una herramienta para describir el derecho” (Sección 2.3). ¿Qué dice este concepto cuando las autoridades normativas proponen una interpretación diferente? ¿Que no están haciendo ciencia? Muchos ya lo sospechaban. ¿Que se equivocan? Pero, ¿cómo podemos demostrar que el significado revelado por la interpretación científica de Hochmann es el correcto o el verdadero? ¿Quién se equivoca?

Estas no son las únicas cuestiones difíciles. En caso de discrepancias reiteradas entre las opciones interpretativas de las autoridades normativas y las interpretaciones a las que llega el enfoque científico de Hochmann, ¿cómo podemos seguir afirmando que este último describe y conoce el derecho positivo? El conocimiento en juego se convierte potencialmente en el de un derecho distinto del derecho positivo producido por las autoridades normativas, un derecho conocido y producido únicamente por la ciencia del derecho.

Reducir el conocimiento del derecho a la lectura atenta de los enunciados parece, pues, congelar ese conocimiento y pasar por alto la complejidad de los procesos cotidianos de interpretación y reinterpretación de los enunciados jurídicos que componen el derecho positivo. Esta reducción

nos lleva finalmente a preguntarnos en qué sentido el “no método” de interpretación científica propuesto por Hochmann no es, como los otros, un argumento a favor de un significado particular. Aunque el autor se defiende de la “falsa acusación” del “carácter ideológico” de su “interpretación científica” (Sección 4.1.2), lo cierto es que la elección que hace y su pretensión de llegar a la interpretación correcta no diferencian fácilmente su estatuto del de otras propuestas interpretativas. No parece ser ni más ni menos científica, sino que surge de una dogmática de la interpretación.

4. ¿Tenemos que desechar la TRI?

Los pseudométodos de interpretación de los enunciados jurídicos no son los únicos objetivos de Hochmann. De hecho, como ya se ha mencionado, su principal objetivo parece ser la teoría realista de la interpretación. Para responder a algunas de las críticas de Hochmann a la TRI sin tergiversar sus palabras, recuperaremos un viejo método filológico al que Jeremy Bentham era aficionado, a saber, el comentario por interpolación. Las propuestas de Hochmann se citarán en cursivas, mientras que nuestros comentarios se incluirán entre corchetes. Según Hochmann (Sección 4.2.2):

Mientras no cedamos al absurdo

[montado sobre zancos habría dicho Bentham con aún más virulencia]

...de la indeterminación general del lenguaje

[El TRI nunca ha afirmado esto: señala las diversas formas de indeterminación del lenguaje jurídico vinculadas a la libertad del intérprete y a su capacidad para desvincularse de los significados comunes y eruditos de los enunciados, que es diferente,]

...nada impide que un observador intente describir los enunciados jurídicos

[aquí estamos de acuerdo]

.... Al no centrarse en lo que dice el texto, sino sólo en lo que ciertos actores dicen que dice, la teoría de Nanterre reduce indebidamente el alcance de la ciencia del derecho.

[Esto no es cierto: los representantes de la TRI nunca han reducido sus análisis a lo que ciertos actores dicen sobre los enunciados jurídicos y, por lo tanto, no han “reducido indebidamente el campo de la ciencia jurídica”. La TRI propone una concepción de la interpretación jurídica, pero no es el único elemento de la actividad científica de quienes se adhieren a ella, de lo contrario no estaríamos aquí discutiendo las propuestas de Hochmann].

... Por lo tanto, la interpretación científica puede contribuir de muchas maneras al conocimiento del derecho

[Hochmann se refiere aquí a *su* interpretación científica y no a *una*, pero ¿cuál es la relación en términos de causa-consecuencia con lo anterior?].

En otra parte de su texto, Hochmann también pregunta: “Y si aceptamos que es posible entender objetivamente lo que ha dicho un juez, ¿por qué, entonces, no deberíamos aceptar esto para todas las declaraciones de derecho positivo?” (Sección 4.1.2).

Podríamos aceptar esta objeción, salvo que no nos parece más (o menos) posible comprender objetivamente lo que dice el juez que el texto que interpreta. Además de que Hochmann parece confundir aquí dos actos cognitivos diferentes, a saber, conocer y comprender, tampoco está claro el significado del adverbio “objetivamente” ni el nivel del discurso al que se refiere. Lo que personalmente dudamos es que sea posible conocer o comprender “objetivamente” el significado de los enunciados y el significado que les dan sus intérpretes, si “objetivamente” se refiere a una verdad intrínseca en el significado de los enunciados. Lo que se propone, en cambio, es: a) en el plano epistemológico, la determinación de las condiciones de un conocimiento objetivado (para parodiar a Popper), neutralizando o asumiendo los sesgos y el bagaje (pre)conceptual de cada uno, para, b) en el plano teórico, no identificar la verdad intrínseca del significado de los enunciados jurídicos, ni de lo que sus intérpretes dicen de ellos sino, por un lado, buscar, como se ha dicho varias veces ya, los significados imaginables de los enunciados jurídicos y, por otro, analizar los discursos interpretativos relativos a ellos.

Estos discursos interpretativos pueden ser contradictorios y contrapuestos;⁵ sus significados pueden a su vez ser objeto de múltiples acepciones, reinterpretaciones y comprensiones. Comprender el sentido de una circular, de un decreto, de una ley o de una sentencia de un tribunal administrativo es una tarea habitual de los servicios administrativos. Cabe recordar también el episodio, ciertamente excepcional, que, a finales de julio de 2023, llevó al Consejo Constitucional a sentirse obligado a aclarar, mediante un comunicado de prensa, el sentido, que algunos consideraban malinterpretado, de una parte de su decisión n° 2023-853 DC, de 26 de julio de 2023, relativa a la responsabilidad del propietario de un inmueble ocupado ilegalmente en caso de daños resultantes de una falta de mantenimiento del inmueble.

No se trata de afirmar que nunca es posible estar de acuerdo o entender lo que otros dicen y escriben o han querido decir y escribir. De lo que se trata es de no pasar por alto que la comprensión común de los enunciados jurídicos es el resultado de múltiples factores que nunca pueden darse por sentados, máxime cuando estos enunciados presentan a veces una cierta complejidad sintáctica y están abiertos a jugar con el significado común de las palabras, con la realidad empírica o con representaciones singulares de la naturaleza de las cosas (Thomas, 2011). La comprensión común de los enunciados jurídicos se basa, por tanto, en apuestas comunicativas, en compartir ciertas convenciones lingüísticas y en prerequisites cognitivos. Como esto no puede garantizarse para todas las implicaciones de lo que se formula en los textos jurídicos, los desacuerdos sobre el significado de sus enunciados, del mismo modo que los acuerdos que producen sentidos fijos, están llamados entonces a formar parte integrante del programa de conocimiento y comprensión del derecho positivo. Surge así un amplio campo de estudio de los enunciados jurídicos y sus interpretaciones, sin necesidad de postular que existe un buen significado. La TRI habilita, y no cierra, este tipo de análisis. La TRI pretende tener en cuenta las distintas opciones interpretativas integrando, sin ofenderse ni alegrarse por ello, la capacidad inventiva de los intérpretes y su capacidad para contradecirse.

⁵ Véase, por ejemplo, el dossier temático editado por Patricia Rrapi (2022).

Para concluir, volveremos a la apreciación de que la TRI “renuncia a conocer el significado de las disposiciones jurídicas” (Sección 3.2.). Si esto significa que la TRI renuncia a la afirmación de que existe un significado verdadero de los enunciados jurídicos en ausencia de cualquier otro, es cierto. Pero la TRI no excluye la identificación de posibles significados a la luz de las convenciones lingüísticas, del análisis de los trabajos preparatorios o de la exposición de los diversos usos de los enunciados jurídicos por parte de determinados actores o autoridades normativas. Así pues, proponemos entender la afirmación de Troper, citada por Hochmann, según la cual los enunciados “no tienen sentido antes de ser interpretados” (Sección 4.1.1) de la siguiente manera: los enunciados “no tienen sentido” jurídicamente definido o determinado “antes de ser interpretados” por las autoridades normativas, en el entendimiento de que estas interpretaciones pueden ser revisadas y de que ellas mismas pueden ser objeto de interpretación.⁶ Así pues, proponemos matizar otra cita –un tanto sacada de contexto– según la cual “la interpretación emanada de un órgano autorizado [...] permite decir cuál es el verdadero sentido’ del texto” (Troper, 2001, p. 88), reformulándola de la siguiente manera: “la interpretación que emana de un órgano autorizado [...] permite decir cuál es el sentido jurídico” del texto en un momento dado para dicho órgano. Admitiremos aquí que la referencia al sentido “verdadero” puede inducir a error si no recontextualizamos esta pretensión de verdad. Conviene recordar que los enunciados jurídicos no tienen un significado verdadero en sí mismos, sino que están sujetos a diversas construcciones o reconstrucciones de significado, algunas de las cuales son impuestas en un momento dado por las autoridades normativas como expresión de la verdad del significado jurídico. Abordar la interpretación jurídica de este modo no es más “engañoso” o “farragoso” (Sección 4.1.1) que pretender tener la mejor concepción de la interpretación científica.

⁶ Citando a Troper (2001, p. 88).

5. Conclusión: ni huida, ni éxodo, ni alta esfera

¿Existe entonces una «huida hacia lo meta», una huida que «empobrecería gratuitamente el estudio del derecho» (Sección 5)? En absoluto. No hay fuga, sino consideración y análisis de la pluralidad de modos posibles de interpretar los enunciados jurídicos para, en la medida de lo posible, explicar las opciones interpretativas de unos u otros. Desde este punto de vista, se trata de un enriquecimiento y no de un empobrecimiento.

En lugar de basarse en la certeza y la facilidad, la TRI se basa en la duda. En este punto coincidimos con el análisis de Alexandre Viala (2016), que ve en la TRI una expresión de pesimismo. Pesimismo, por un lado, sobre la posibilidad de pronunciarse sobre la exactitud de un enunciado interpretativo que resulta en todo o en parte de un acto de voluntad; pesimismo, por otro lado, sobre las condiciones de un conocimiento verdadero que se concebiría como algo distinto del resultado provisional de un trabajo continuo de evaluación y reconstrucción de lo que creemos haber adquirido en un momento dado.

Así que seamos todos buenos jugadores. Si aceptar la crítica forma parte del juego científico y es la condición para ajustar y refinar los conocimientos adquiridos temporalmente con el fin de reconsiderarlos y reformularlos sobre una base más sólida y coherente, entonces no hay nada de malo en “clasificar la TRI” (Sección 3.2). Es lo que hemos hecho aquí de vez en cuando en respuesta a ciertas objeciones formuladas por Hochmann. El hecho es que la TRI enuncia proposiciones que permiten desarrollar un cierto tipo de metadiscurso sobre el derecho positivo. La interpretación científica defendida por Hochmann propone otro. ¿Invalida esta última a la primera? ¿Necesita esta última denigrar la TRI para existir, y viceversa? Psicoanalíticamente, tal vez. Científicamente, nada menos cierto.

Por eso es difícil permanecer impasible ante la afirmación de que “La teoría realista de la interpretación se equivoca cuando pretende ser exclusiva: su objeto es el único que puede prestarse a un estudio ‘científico’, es decir, objetivo” (Sección 4). Esto no es cierto. Personalmente, no tenemos ningún inconveniente en admitir que son posibles otros enfoques científicos. Lo que la TRI nos lleva a refutar son las propuestas interpretativas que se valdrían de la ciencia para imponer la verdad exclusiva de un significado particular de los enunciados jurídicos, y más ampliamente del derecho en

su conjunto. Afirmar, en particular, que los jueces yerran porque se apartan de una determinada interpretación científica es oponer pretensiones de verdad que no están ni analítica ni ontológicamente al mismo nivel: por un lado, la verdad científica –en la medida en que es posible alcanzarla– y, por otro, la verdad jurisdiccional en la medida en que es posible considerar como tal el significado de enunciados que resultan de un acto de voluntad. El juez no es un científico. Él decide y, al hacerlo, construye su propia verdad sobre el texto jurídico, que, en el contexto de la TRI, puede ser puesta de relieve y, en su caso, puede incluso explicarse por qué no coincide con determinadas concepciones de la verdad científica o de la cultura jurídica.⁷ Cada cual es entonces libre de retractarse por diversas razones.

En consecuencia, cuando Hochmann concluye su artículo recordándonos que su “objetivo aquí ha sido evitar el éxodo hacia esas altas esferas de juristas seducidos por la misión de describir el derecho positivo” (sección 5), le responderemos con toda comodidad que no hay éxodo, ni altas esferas, ni huida. Por el contrario, existe la construcción reflexiva de herramientas conceptuales para analizar, con cabeza y manos en la maraña de enunciados jurídicos, los diversos procesos de producción del derecho positivo, de los que las decisiones de los jueces no son más que un aspecto. Así pues, los partidarios de la TRI no huyen hacia lo “meta”, ni renuncian a describir el derecho. Pero es muy posible que esta labor de descripción se conciba de forma distinta a como la concibe Hochmann, del mismo modo que es muy posible que los objetos descritos por uno y otro no coincidan exactamente.⁸ Por eso, en definitiva, nos resulta difícil suscribir la idea de que “no hay varios métodos de conocimiento” (Sección 4.1.2), aunque sólo sea porque, hasta ahora, es efectivamente una pluralidad de métodos en pugna la que se expresa en el ámbito jurídico sin que ninguno haya primado definitivamente sobre los demás. Y es una suerte: en efecto, la riqueza de la vida académica consiste en poder tratar de forma crítica diferentes puntos de vista, y es esto lo que, en nuestra opinión, sigue permitiendo distinguir las proposiciones científicas de los dogmas.

⁷ Véase la presentación oral de Denis Baranger, «Méthodes juridictionnelles et méthodes doctrinales», en el coloquio *La doctrine et le Conseil constitutionnel*, en Estrasburgo, el 12 de mayo de 2023.

⁸ Le remitimos a nuestro trabajo (Champeil-Desplats, 2022).

Bibliografía

- Champeil-Desplats, V. (2022). *Méthodologies du droit et de la science du droit* (3ra ed.). París: Dalloz, coll. Méthodes du droit.
- Eco, U. (1992). *Los límites de la interpretación*. París: Édition Grasset.
- Forray, V., y Pimont, S. (2017). *Décrire le droit... et le transformer, Essai sur la déécriture du droit*. París: Dalloz, colección Méthodes du droit.
- Guastini, R. (2003). Michel Troper sur la fonction juridictionnelle. *Droits*, 37(1), 111-122.
- Guastini, R. (2010). *Leçons de théorie constitutionnelle*. París: Dalloz, colección Rivages du droit.
- Hochmann, T. (2024). Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica. *Discusiones*, 33.
- Kelsen, H. (1962). *Théorie pure du droit* (C. Eisenmann, Trad.). París: Dalloz. (Original publicado en 1960).
- Mazeaud, H., L. J. (1963). *Leçons de droit civil, tome 1* (3ra ed.). París: Montchrestien.
- Millard, E. (2022). *Théorie générale du droit*, (2da ed.). París: Dalloz.
- Perelman, C., y Olbrechts-Tyteca, L. (2008). *Traité de l'argumentation*. Bruselas: Éditions de l'Université de Bruxelles.
- Pfersmann, O. (2002a). Contra el neorealismo jurídico. 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). Una teoría sin objeto, un dogma sin teoría. En respuesta a Michel Troper. *Revue française de droit constitutionnel*, 52(4), 759-788.
- Rapi, P. (2022). Interpretaciones contrapuestas de la Constitución. *Revue des droits de l'Homme*. Recuperado de: <https://doi.org/10.4000/revdh.13154>.
- Rials, S. (1991). Entre artificialisme et idolâtrie - Sur l'hésitation du constitutionnalisme. *Le Débat*, (64), 159-175.
- Thomas, Y. (2011). *Les opérations du droit*. París: Seuil, colección Hautes Études.
- Troper, M. (2001). *La théorie du droit, le droit, l'État*. París: PUF.

- Troper, M. (2002). Réplique à Otto Pfersmann, *Revue française de droit constitutionnel*, 50(2), 335-353.
- Viala, A. (2016). El pesimismo de la teoría realista de la interpretación: una lectura schopenhaueriana del positivismo. *Droit & Philosophie*, 8, 195-230. Recuperado de: <https://www.droitphilosophie.com/articles/le-pessimisme-de-la-theorie-realiste-de-l-interpretation-une-lecture-schopenhauerienne-du-positivisme-juridique-192>.
- Vlachogiannis, A. (2011). *Los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos y la noción de constitución viva*. París: Thèse Panthéon-Assas.

¿Teoría simple o teoría modesta?

*An Easy or a Modest Theory?**

Arnaud Le Pillouer**

Recepción: 03/02/2024

Evaluación: 10/02/2024

Aceptación final: 08/08/2024

Resumen: El texto de Thomas Hochmann presenta una defensa de la “interpretación científica”, en el sentido que Kelsen atribuía a esta expresión: una actividad consistente en determinar el conjunto de significados posibles de las reglas jurídicas. Sin embargo, da una definición de esta actividad que difiere de la de H. Kelsen o R. Guastini, por ejemplo: según él, los únicos significados pertinentes son los que son admisibles en virtud de los usos de la lengua considerada –excluyendo cualquier recurso a normas superiores o a los métodos y doctrinas en uso en la cultura jurídica en cuestión–. Él adopta, de este modo, una concepción muy estrecha de la interpretación jurídica, que no representaría ninguna dificultad particular si ella no estuviera articulada a una definición restrictiva del derecho positivo (al asimilar normas y enunciados jurídicos), y vinculada a su vez con una concepción de la ciencia del derecho discutible (en la medida en que conduce a discriminar entre las “buenas” y las “malas” interpretaciones del derecho).

Palabras claves: interpretación, realismo, ciencia del derecho.

Abstract: Thomas Hochmann’s paper presents a defense of “scientific interpretation”, in the sense assigned by Kelsen to the term: the activity of

* Traducción del francés de Catalina Tassin Wallace.

** Doctor en derecho público, Université Paris Nanterre, Francia. Profesor de Derecho Público, Université Paris Nanterre, Centre de Théorie et Analyse du Droit, Nanterre, Francia. Correo electrónico: a.lepillou@parisnanterre.fr.

determining all the possible meanings of legal rules. Nevertheless, he gives to this activity a quite different definition from the one by H. Kelsen or R. Guastini, for instance: in his view, the only relevant meanings are those which are admitted according to the syntactical and semantical rules of the given language –without any consideration to higher norms or the interpretive methods and legal doctrines in use in the given legal culture.

He thus adopts a very narrow view of legal interpretation, which would not raise any particular difficulty, if it were not linked to a very restrictive definition of positive law (by assimilating legal norms and legal texts), which is itself bound up of a highly debatable conception of legal science (insofar as it leads to discrimination between “good” and “bad” interpretations of the law).

Keywords: interpretation, legal science, realism.

1. Introducción

En su artículo, Thomas Hochmann (2024) presenta una defensa de la interpretación científica, en el sentido que Hans Kelsen ha dado a esta expresión –es decir, como una actividad que consiste en determinar el “marco de los significados” de los enunciados jurídicos (incluso si da una versión personal, o si difiere en ciertos aspectos de la original)–. Esta defensa parece refutar la idea (que yo mismo he defendido en otro lugar) según la cual identificar este “marco” constituiría una tarea desmesurada y vana para la ciencia del derecho. Hochmann procura, también, mostrar que buscar estos significados aceptables es a la vez posible y útil –incluso necesaria– para dicha ciencia. Su propósito, que se inscribe en una perspectiva normativista, se presenta más ampliamente como una crítica de las teorías realistas –y en particular de la teoría “de Nanterre” (de Michel Troper)– las cuales descuidarían, en su opinión, el análisis sistemático del sentido de los enunciados jurídicos a favor de un estudio del comportamiento de los actores (en particular de los jueces).

Los argumentos de Hochmann pueden parecer *a priori* persuasivos. Por ejemplo, critica al realismo (en particular al realismo de Nanterre) por utilizar el término interpretación en un sentido demasiado amplio –como

si se refiriera a “todo el proceso de concretización del derecho” (sección 2.1)–. En su opinión, sin embargo, el término interpretación debe reservarse a la búsqueda del significado de los enunciados jurídicos. Cuando una autoridad crea una norma de concretización fuera del marco de los significados admisibles del enunciado que pretende aplicar, lleva a cabo una labor creativa, pero, en sentido estricto, no está interpretando: se trata entonces de eso que Riccardo Guastini denomina una “construcción jurídica” (sin que esta cualificación menoscabe de modo alguno la validez de la norma así establecida). Hochmann reprocha también a las teorías realistas el querer ser exclusivas, focalizando su atención sobre los discursos producidos por los jueces y descuidando los enunciados del *jurislador*,¹ y defiende la idea de que una ciencia del derecho bien concebida se enriquecería considerablemente dedicándose al estudio sistemático de esos enunciados, evidenciando tanto sus potenciales ambigüedades, como, por ejemplo, sus eventuales lagunas.

Los objetivos de la propuesta teórica de Hochmann no son, pues, demasiado ambiciosos: debería conducir a constatar, por una parte, que la interpretación solo juega un rol limitado en la vida del derecho (en particular cuando consideramos los enunciados de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico) y, por otra parte, que, dado que los enunciados jurídicos son a menudo ambiguos o vagos, ellos permiten todo tipo de aplicaciones, a veces involuntarias e incluso a menudo inesperadas.

Si la tesis de Hochmann se limitara a este planteamiento más bien modesto, no se vería en nombre de qué principio metodológico debería ser refutada. La interpretación científica así concebida encajaría sin grandes dificultades tanto con el trabajo dogmático ordinario (de la que constituiría un aspecto importante) como de otros enfoques inspirados en el realismo, atentos, por ejemplo, al comportamiento de los operadores jurídicos. Ninguna teoría realista ha pretendido hasta ahora que sea absolutamente necesario abstenerse de preguntarse qué significan los enunciados jurídicos. Sin embargo, la posición de Hochmann oculta una ambición mucho más fuerte

¹ En lo sucesivo utilizaré este término para designar a las autoridades que producen enunciados jurídicos de carácter general (ya sea que se trate del legislador, del constitutivo o de la autoridad legislatora).

–y es en esta medida (y solo en esta medida) que ella es pasible, según creo, de algunas objeciones serias–. Parece que su objetivo, en efecto, consiste en defender una cierta concepción de la ciencia del derecho basada en una cierta definición de su objeto (el derecho positivo), definición que en sí misma está vinculada con una cierta caracterización de la interpretación jurídica.

Ahora bien, la forma en que se describe la interpretación jurídica es, cuanto menos, sorprendente (2), mientras que la definición de derecho positivo es muy restrictiva (3), por lo que la concepción presentada de la ciencia del derecho sigue siendo muy discutible (4).

2. Una caracterización sorprendente de la interpretación jurídica

Toda tentativa de distinguir entre interpretación y construcción debe enfrentarse a la pregunta por los criterios que permiten aislar estas dos actividades: el elegido por Hochmann le permite calificar su método como “simple”.

2.1. Interpretación jurídica y creación normativa

El criterio propuesto por Guastini (1990) parece bastante simple a primera vista: hay “interpretación” propiamente dicha cuando la norma creada por la autoridad resulta de la atribución de un significado a un enunciado, mientras que hay “construcción” en todos los otros casos (p. 32). Es fácil comprender cómo esa presentación permite aislar dos actividades intelectuales distintas. Sin embargo, Guastini precisa que en realidad podemos distinguir tres tipos de interpretación. La primera es la que se denomina interpretación cognitiva y consiste en identificar el marco de los significados posibles de un enunciado. Las otras dos (que califica respectivamente decisoria y creativa) consisten en elegir un significado, ya sea dentro de ese marco o fuera de él (Guastini, 1990, p. 60). En este último caso (si el intérprete atribuye al enunciado un significado por fuera del “marco”), se trata de la creación de nuevo derecho. Afinando su primera definición, Guastini afirma que, en sentido

estricto, la interpretación puede ser cognitiva (cuando se procura determinar los significados potenciales de un enunciado) o decisoria (cuando se procura elegir uno de ellos). La interpretación creativa puede en realidad entenderse como una construcción jurídica.

La interpretación científica propuesta por Hochmann corresponde evidentemente a la interpretación denominada “cognitiva”. Sin embargo, propone una definición mucho más restrictiva que Guastini. Mientras este último considera que el marco de los significados posibles de un enunciado jurídico puede ser identificado gracias “a las reglas de la lengua, a los métodos de interpretación en uso, a las doctrinas jurídicas, etc...” (Guastini, 1990, p. 59), Hochmann, en cambio, sostiene que solo es posible hablar de “interpretación” en los casos en que la autoridad asigna un significado a un enunciado limitándose a utilizar las reglas semánticas y sintácticas de la lengua usada por el sistema jurídico en cuestión. Es por eso que afirma que se limita a proponer una teoría “simple” de la interpretación (sección 3.2). Ella es simple, en el sentido de que los criterios para identificar el marco de posibles significados de los enunciados son reducidos al mínimo, de modo que la frontera entre interpretación y creación es más simple de trazar (cf. *infra*). Una vez más, Hochmann aclara que no se trata en absoluto de un método simple para determinar “la buena” interpretación (considera, con razón, que ello no es tarea de los juristas), sino solamente para identificar el marco de los significados posibles de un enunciado.

2.2. ¿Una teoría “simple” de la interpretación?

En efecto, el razonamiento de Hochmann tiene el mérito de la simplicidad: puesto que el derecho se expresa mediante enunciados lingüísticos, comprender al derecho consiste en comprender estos enunciados, como cualquier otro enunciado de la lengua utilizada. En su opinión, el hecho de que se trate de enunciados *jurídicos* prácticamente no supone ninguna diferencia. Evidentemente, los textos jurídicos son a veces complejos, y solo pueden entenderse a la luz de su contexto (es decir, de los textos que los rodean o a los que se refiere su “peritexto”) –pero nada distingue esa necesaria contextualización de lo que ocurre en la comunicación ordinaria

usando la lengua en cuestión-. En ese marco, el número de los significados posibles de un enunciado jurídico no es infinito -y, en algunos casos, solo es admisible un solo significado en el marco de la lengua utilizada- (Hochmann, 2024, sección 3.5.1).²

Esta caracterización de la interpretación jurídica no deja de sorprender. En efecto, Hochmann insiste mucho sobre la idea, perfectamente correcta, según la cual el método de análisis elegido debe adaptarse a su objeto (en este caso al derecho) -lo que, en su opinión, justifica el interés por la interpretación científica: como él mismo lo explica, “Para no perder de vista su objeto, el método de interpretación debe ser determinado por él, adaptarse a él” (sección 3.1)-. Sin embargo, al reducir la interpretación jurídica a una interpretación del lenguaje ordinario, que no tiene en cuenta, por ejemplo, la coordinación con las normas superiores, ¿no es evidente que Hochmann hace perder toda especificidad a la interpretación “jurídica” y, por lo tanto, hace que su teoría de la interpretación sea inadecuada para su objeto? Si, como lo dice él mismo, el derecho es un sistema de normas expresado por enunciados “producidos de acuerdo con las condiciones establecidas por las normas superiores” (sección 3.1), ¿cómo se puede concebir la interpretación de estos enunciados como completamente independiente de las normas superiores? ¿En nombre de qué principio sería necesario eliminar este elemento cuando pretendemos buscar el “conocimiento” de los significados potenciales de los enunciados jurídicos?

Del mismo modo, Hochmann parece pensar que la “interpretación científica” que propugna podría prescindir de las “doctrinas jurídicas” (en el sen-

² Si se afirma lo contrario, según la opinión de Hochmann, es porque confundimos la interpretación de un enunciado y la producción de una norma en aplicación de la norma superior -dos operaciones que deben ser distinguidas-. Pues si ello es así, debemos convenir en que solo la segunda tarea nos conduce a considerar la cuestión de la conformidad con las normas superiores: la interpretación, en cambio, concierne únicamente a la atribución de un significado al enunciado. También la interpretación científica por la que aboga (la determinación del marco de los significados posibles) no consiste, como señala por ejemplo Eric Millard, en “seleccionar de entre los significados lingüísticamente posibles aquellos que también son posibles respecto de las normas superiores del mismo sistema” (Millard, 2022, p. 96 como se citó en Hochmann, sección 3.2, nota 36), sino en “establecer los diferentes significados comunicados por los enunciados” (retomando la expresión que Hochmann usa en su texto [sección 3.2]).

tido que Guastini da a esta expresión). Sin embargo, es difícil entender cómo se podrían determinar los “posibles significados” de los enunciados jurídicos sin tener en consideración las teorías que *dan sentido* al vocabulario jurídico –tales como las teorías de la separación de los poderes (con los conceptos de poder legislativo, ejecutivo o judicial), de la soberanía, del Estado de derecho, del contrato (y de la autonomía de voluntad), del servicio público, etc.–. Cada uno de los términos hace referencia a toda una serie de tesis, más o menos coherentes, pero que orientan la interpretación hacia caminos que, de tiempo en tiempo, pueden alejarse de una comprensión “ordinaria”.

Por otra parte, Hochmann rechaza explícitamente cualquier recurso a los llamados “métodos de interpretación”, utilizados en particular por los jueces para “buscar” los posibles significados de los enunciados jurídicos. Considera que estas “técnicas” (la búsqueda de la intención del legislador, los métodos sistemático o teleológico, etc.) no sirven para *establecer* el significado de los textos, pero sí para justificar la elección entre varios sentidos. Que estas pretendidas “técnicas” sean procedimientos de justificación y no instrumentos a disposición de los jueces no es discutible; pero esto vale también para el método “literal”. Sin embargo, lo que resulta más sorprendente es considerar que estas técnicas no deberían ser tenidas en cuenta para la identificación del “marco de los significados posibles” de un enunciado jurídico. De nuevo, Hochmann sugiere que para identificar este marco alcanzaría el lenguaje ordinario. Entiende que, en tanto el derecho se expresa en enunciados, la tarea de quienes quieren conocer el derecho consiste en comprender esos enunciados. Pero, ¿cómo comprender estos enunciados si ignoramos que son producidos y recibidos por personas que se sirven continuamente de esas famosas “técnicas de interpretación”, que conocen las “doctrinas jurídicas” a las que se refieren los textos? ¿No es esto ir demasiado lejos en la descontextualización de la enunciación y la recepción de los enunciados jurídicos?

No obstante, es simple comprender por qué Hochmann pretende excluir estas “doctrinas jurídicas” y estas “técnicas” (efectivamente utilizadas por los jueces para “interpretar” el derecho) de los elementos pertinentes para identificar el marco de significados posibles de los enunciados jurídicos: cuando las incluimos, ese marco puede resultar muy vago y puede resultar difícil trazar sus contornos “objetivamente”. Por lo tanto, en su opinión, el método

gramatical o literal es el único camino a seguir, porque permite que el marco sea más claro, más preciso y por lo tanto más “simple” de identificar.

En realidad, la interpretación más caritativa respecto de la afirmación de Hochmann (según la cual la interpretación científica debe limitarse a la sola identificación de los significados admisibles en virtud de las reglas de la lengua utilizada) consiste en considerarla como una pura estipulación –que, por lo tanto, vale como cualquier otra, a pesar de la cuestión de la utilidad–. Conviene, entonces, examinar las razones de esta elección conceptual. Sin embargo, tras el análisis esta parece estar vinculada a una definición también estipulativa –en un sentido bastante restrictivo– del derecho positivo.

3. Una definición restrictiva de derecho positivo

Estoy completamente de acuerdo con Hochmann cuando afirma que la definición del derecho solo puede estipularse, porque el objeto no preexiste a la ciencia. El valor de una definición estipulativa se aprecia en función de su utilidad respecto del proyecto que se desea llevar a cabo –no en función de su adecuación a la realidad (porque precisamente no existe una realidad con la que confrontar la definición). Por lo tanto, es desde esta perspectiva que conviene examinar la definición de derecho positivo sostenida por Hochmann.

En realidad, se trata de una doble reducción: del derecho positivo a los enunciados jurídicos, y de los enunciados jurídicos a los enunciados producidos únicamente por los “jurisladores”. Se examinarán, sucesivamente, estas dos operaciones.

3.1. La reducción del derecho positivo a los enunciados jurídicos

Hochmann parece considerar que el derecho positivo se reduce a los enunciados producidos por las autoridades normativas –y esto es lo que justifica que la interpretación jurídica deba concentrarse sobre estos enunciados–. Él expresa claramente en su texto: el derecho es “un sistema de normas puestas por seres humanos (...) Ahora bien, es esencialmente a través del

lenguaje que los seres humanos ponen normas. La interpretación jurídica consiste, por tanto, en buscar el significado de los enunciados jurídicos” (sección 2.1). Esta reducción del derecho a los enunciados que lo expresan es perfectamente admisible en una perspectiva empirista –porque es posible considerar que esos enunciados son las únicas “cosas” que una ciencia del derecho puede observar–. Pero resulta sorprendente desde el punto de vista normativista adoptado explícitamente por Hochmann.

En realidad, esta reducción parece derivarse más de una confusión (¿quizá voluntaria?) entre normas y enunciados. Varios pasajes sugieren, de hecho, que las normas son los enunciados jurídicos, y *viceversa*. Esta idea es a veces enunciada de modo explícito (aunque quizás la formulación no es la mejor) –por ejemplo, cuando explica, de pasada, que “el derecho se compone de enunciados producidos según un determinado procedimiento” (sección 3.3.)³–, pero la mayoría de las veces se encuentra implícita en el razonamiento de Hochmann. Ahora bien, esta reducción no carece de consecuencias para el análisis que propone. Cuando, por ejemplo, se pregunta pregunta por el estatuto de las diferentes normas *potenciales* expresadas por un mismo enunciado (pero no deducidas por una autoridad de concretización), parte de una definición clásica de las normas como “significados de los enunciados”, pero termina alejándose de ella cuando invoca los trabajos de Hans Klinghoffer. Explica que en efecto “La interpretación científica no establece, como podría pensarse, que una disposición normativa significa la norma N1 o la norma N2, sino que establece, en cambio, que esa disposición expresa una norma que contiene una alternativa: exige la conducta C1 o la conducta C2” (Hochmann, 2024, sección 3.5.2). Se entiende que Hochmann, por un lado, reduce la norma a su enunciado (a todo enunciado corresponde en realidad una norma, y viceversa), y por el otro, no define la norma como un significado del enunciado (porque el hecho de que existan muchos significados posibles no lo conduce a considerar que existen más normas, sino una sola, que autoriza comportamientos diferentes). Estas “normas alternativas” dejan a

³ Lo mismo ocurre con la frase final de la conclusión, en la que Hochmann lamenta que los realistas “arrastrados por el impulso, llegan a negar toda posibilidad de describir las normas del derecho positivo” (sección 5), en tanto rechazan la utilidad de la “interpretación científica”.

los destinatarios una libertad de elección en cuanto al comportamiento que desean adoptar. Tal es el razonamiento que le permite afirmar, contra las tesis realistas (tal vez este era el objetivo perseguido), que las “normas” no son creadas por los intérpretes: las autoridades de aplicación del derecho (los jueces en particular) solo crean las normas de aplicación, pero no las normas superiores, porque ellas permanecen invariables. Pero entonces, eso que no cambia, en realidad, son los enunciados; y se vuelve evidente también que Hochmann abandona por el camino la definición kelseniana de las normas como “significados” de actos de voluntad. Por lo que estamos ciertamente legitimados a preguntarle qué definición alternativa propone.

3.2. La reducción de los enunciados jurídicos a los enunciados del jurislador

La segunda reducción que hace Hochmann en su definición del derecho positivo concierne a los enunciados que estima dignos de ser calificados de “jurídicos”. No todos gozan, en efecto, de este privilegio: en varias ocasiones sugiere que la jurisprudencia no forma parte del derecho positivo. En particular, Hochmann explica que si bien las decisiones propiamente dichas de los jueces (una condena, una nulidad, una declaración de conformidad –en resumen, eso que en Francia se denomina el “dispositivo” de una decisión judicial– forman parte, según él, del derecho positivo, ocurre todo lo contrario con los “criterios jurisprudenciales” (y, más en general, lo que en Francia llamaríamos los “motivos” de las decisiones), que Hochmann considera como simples “argumentos” que justifican la elección de una solución determinada. Un argumento, desde su punto de vista, no es derecho (aun cuando haya sido expresado bajo la forma de un enunciado producido por una autoridad jurídica). Esta restricción del derecho positivo a los enunciados del jurislador, y únicamente a los “dispositivos” de las decisiones de los jueces (en tanto que sea posible distinguir las claramente de los “motivos”) es cuestionable al menos por dos razones –muy diferentes entre sí–.

3.2.1. De los criterios cuestionables

La primera es que los criterios para identificar los “enunciados jurídicos” son discutibles. Es cierto que Hochmann rechaza claramente la idea según la cual son las autoridades de aplicación del derecho las que determinan el estatus (jurídico) de los enunciados al atribuirles el significado de normas (y su lugar en la jerarquía normativa). Señala, por el contrario que son los enunciados jurídicos los que son producidos “según ciertas condiciones establecidas por el derecho” (sección 3.1.) (con lo que quiere decir “por las normas jurídicas superiores”). Pero si se acepta tal criterio es posible preguntarse qué justifica la exclusión de los “motivos” de las decisiones judiciales. Una de dos: o bien esta exclusión resulta, según Hochmann, del hecho de que los jueces están facultados por el derecho positivo a producir únicamente decisiones, pero no criterios jurisprudenciales, pero en ese caso todo ello dependería, por hipótesis, del sistema jurídico en cuestión (es difícil postular que *todos* los ordenamientos jurídicos contienen una discriminación tal entre el estatus de los dispositivos y el de los motivos);⁴ o bien esta exclusión resulta de una elección epistemológica, es decir, de una estipulación de la teoría del derecho con vistas a definir el derecho, pero entonces debería ofrecerse una precisa justificación (ligada a su utilidad), lo que no es el caso. Todo hace pensar que esta restricción es el resultado de una ideología que podría clasificarse de legalista, la cual niega a los jueces el derecho de crear normas. Sin embargo, aunque estemos de acuerdo con esta apreciación desde el punto de vista político, es necesario admitir, esta vez, desde un punto de vista descriptivo, el rol creador de los jueces.

⁴ Por otra parte, incluso si todos los ordenamientos jurídicos incluyeran tal distinción, cabría preguntarse si esta autorización restrictiva debería expresarse claramente, o puede resultar de una interpretación posible (entre otras) de los textos pertinentes –lo que plantearía aún más dificultades–.

3.2.2. De los criterios inadecuados

Esto nos remite a la segunda dificultad que plantea esta restricción: al definir al derecho positivo de esta manera, Hochmann renuncia a darse un objeto de estudio que se asemeje a las acepciones más extendidas de la palabra “derecho”. Evidentemente, como se recordó anteriormente, una definición estipulativa del derecho no puede ser juzgada por su relación con la realidad y no es muy grave que se aparte ligeramente de los usos más comunes de la palabra. No obstante, parece problemático excluir los criterios jurisprudenciales del concepto de “derecho positivo”, a menos que se pretenda construir una ciencia del derecho que apenas satisfaga las expectativas de quienes esperan comprender mejor eso que llaman “derecho”. Incluso en los sistemas que privilegian el derecho escrito, es suficiente, en efecto, con abrir cualquier código para darse cuenta que los enunciados legislativos o reglamentarios conforman una parte bastante limitada de ese “derecho positivo”, en el sentido más común del término. El significado de cada artículo es precisado por la jurisprudencia a través de los “motivos” (y no solamente en el “dispositivo”) y ese complemento resulta evidentemente indispensable para identificar el derecho vigente. De nuevo, proponer una definición del derecho tan alejada del uso común no constituye un problema en sí mismo, pero tal alejamiento altera la capacidad de la “ciencia del derecho” así concebida para cumplir sus objetivos.

En definitiva, cabe preguntarse qué pretende describir Hochmann cuando afirma que la ciencia del derecho debe interesarse por los enunciados del derecho positivo. Describir un lenguaje equivale a describir los usos; pero Hochmann no se interesa realmente por los usos de los juristas (cuya voluntad, subraya, no debe tenerse en cuenta para determinar el sentido de los enunciados que producen) ni por los usos de los intérpretes (cuya voluntad importa incluso menos, en esta perspectiva). Aparece la idea, repetida en varias ocasiones (incluso si el término no es utilizado), de que le corresponde a la ciencia del derecho determinar el significado *objetivo* de los enunciados jurídicos. Sin embargo, este carácter “objetivo” no es en absoluto conferido, como en el caso de Kelsen, por el ordenamiento jurídico (ya que quiere desdeñar la cuestión de la conformidad con las normas superiores): se trata, explica Hochmann retomando una fórmula

de Posner, de “determinar lo que se dice”, y para ello conviene recurrir “a la interpretación que daría un intérprete normal” (sección 3.2). En otras palabras, Hochmann también ignora el contexto particular de comunicación de los enunciados jurídicos: un autor que sabe que su enunciado va a ser interpretado por los profesionales del derecho (además de sus destinatarios ordinarios, que no siempre son los principales interesados); y destinatarios que saben que el autor del enunciado perseguía determinados objetivos al producirla. La comunicación concreta entre el autor del texto y sus intérpretes no es el objeto del análisis que propone. ¿Qué queda entonces? Enunciados, sin autores ni destinatarios, que Hochmann considera portadores (¿en sí mismos?) de normas. Se trata sin duda del resurgimiento de una concepción hilética radical de las normas jurídicas: radical, porque ellas no son fruto de la voluntad de ningún ser humano vivo, sino que están dotadas de una existencia propia, a partir del momento en son establecidas.

Por último, el hecho de que considere que los enunciados jurídicos deben ser, solamente, entendidos a través de sus significados admisibles en la lengua en la que ellos son expresados, bien podría revelar una cierta concepción del derecho. Se trata de considerar al derecho más como un lenguaje (lo que justifica el empleo del método literal) que como un método de control social (método teleológico), un sistema coherente de reglas (método sistemático) o un conjunto de mandatos emanados de un soberano (búsqueda de la intención del legislador). De todos modos, Hochmann respondería sin duda que esta crítica no es más que un juicio sobre las intenciones: después de todo, una definición del derecho como objeto de investigación debe responder al método que se desee utilizar para dar cuenta de ese objeto.

4. Una concepción discutible de la ciencia del derecho

Si bien nada prohíbe optar por las definiciones estipulativas defendidas por Hochmann (tanto de la interpretación jurídica como del derecho positivo), conviene, para apreciar su fecundidad, asomarse sobre la concepción de la ciencia del derecho que justifica esas elecciones.

Para comprender su posición es necesario recordar su definición de la noción de *interpretación jurídica* y a lo que la distingue de (eso que Riccardo Guastini denomina) la *construcción jurídica*. Hochmann no utiliza esta última expresión, pero es claro que también contrapone ambas *actividades*, ello es claro, como se vio, en la medida en que propone identificar un “marco” de significados admisibles de los enunciados jurídicos. Cuando una autoridad permanece dentro del marco, interpreta y, por lo tanto, aplica las normas; cuando se sale, la autoridad crea las normas que luego aplica (sin que esta creación tenga necesariamente ninguna consecuencia sobre la validez de las normas de concretización producidas en la ocasión, reconoce Hochmann, si el ordenamiento jurídico no permite sancionar estas últimas). La actividad que consiste en determinar este “marco” es precisamente lo que Hochmann denomina *interpretación científica* –científica porque es una operación puramente descriptiva y no valorativa (como puede serlo, por el contrario, la interpretación auténtica, que consiste en elegir uno de los significados permitidos por la norma superior)–. Resta, entonces, comprender la función que ocupa esta distinción entre interpretación y creación (o construcción) en la teoría del derecho defendida por Hochmann, ya que ello permitirá evaluar su interés. Ahora bien, en su texto, Hochmann parece dudar al respecto entre dos funciones, que no conducen necesariamente a la misma apreciación.

A veces, parece que Hochmann simplemente desea distinguir dos operaciones intelectuales llevadas a cabo por las autoridades normativas, a fin de dar cuenta de un mejor modo de la actividad de estas últimas.⁵ En ese caso, la ambición es modesta y apenas plantea dificultades. Pero la mayoría de las veces se observa que Hochmann le asigna una función mucho más importante: la de distinguir los casos en los que dichas autoridades (y

⁵ De este modo, cuando escribe que “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” (sección 2.3) y cuando precisa que solo la primera (“la búsqueda de diferentes significados de un enunciado”) concierne a la interpretación científica (sección 4.1). Lo mismo ocurre cuando reconoce, a propósito de la interpretación científica, que sus resultados son modestos y que “esta actividad no abarca, ni mucho menos, toda la práctica jurídica” (sección 4.2.3).

en particular los jueces) producen decisiones “conforme” al derecho,⁶ de aquellos casos en que producen decisiones jurídicamente “no conformes” (aunque válidas). Ya no se trata simplemente de distinguir dos modalidades específicas de creación del derecho (una basada en enunciados jurídicos, la otra no), sino de pretender que las autoridades han, o no, respetado las normas superiores. En otros términos, la interpretación científica de los enunciados jurídicos es, afirma, “la operación que permite conocer el derecho positivo”. La ambición es, entonces, bien distinta –y plantea muchas dificultades–. La primera es la utilidad una ciencia del derecho de ese tipo.

4.1. La cuestión de la utilidad de la ciencia del derecho

Hochmann busca mostrar que al menos dos tipos de personajes estarían interesados por una empresa de este tipo: por un lado, “los individuos que desean guiar su comportamiento en función del derecho” y, por otro lado, aquellos que “practicando la ciencia del derecho, tienen como misión describir el derecho positivo” (sección 5).

En lo que concierne a los primeros, yo les aconsejaría (pero esta es una observación trivial, que los realistas americanos han formulado hace ya mucho tiempo) que presten menos atención a los enunciados del jurislador y a sus significados “potenciales” y que se preocupen más por el modo en el que los jueces las aplican: ello los salvará de numerosas decepciones, si en efecto desean “guiar su comportamiento en función del derecho” (sección 5). Hochmann me objetará sin duda que sucede a menudo que un enunciado sea producido por el legislador o la administración y que se deba orientar el comportamiento *antes* que cualquiera aplicación haya sido llevada a cabo. Pero incluso en este caso, uno se pregunta por qué afirma que se debería ignorar, para intentar anticipar de qué modo podría ser aplicada en el futuro, la contribución de las “técnicas de interpretación”, de

⁶ Así, escribe que la interpretación científica, además de indicar las aplicaciones imprevistas de una norma dada, puede también permitir establecer “que la decisión de un juez, por válida que sea, no es conforme a derecho” (sección 4.2.4).

las doctrinas jurídicas, o de las normas superiores... Es precisamente lo contrario lo que, en evidencia, debería hacerse.

En cuanto al segundo tipo de personaje, la duda es aún más profunda. ¿De qué manera concibe Hochmann el papel del “científico del derecho” como para afirmar que podría estar interesado por la interpretación científica, en la versión que él propone? A este respecto sólo podemos formular una hipótesis, pero parece que la tarea de este científico bastante inusual es, según él, evaluar en particular si un enunciado jurídica (que Hochmann asimila a una norma) fue efectivamente respetado al momento de su aplicación por una autoridad.⁷ En otras palabras, la determinación del marco de los significados posibles del enunciado sirve esencialmente para identificar el “derecho positivo” (es decir, siguiendo su terminología, el conjunto de los enunciados jurídicos constituyen las fuentes del derecho), para poder comparar con este las decisiones de las autoridades de aplicación.

4.2. La cuestión de las funciones de la teoría de la interpretación

A decir verdad, se trata de una tarea particularmente apreciada por los juristas que practican la dogmática jurídica, puesto que con frecuencia se consideran al mismo nivel que las autoridades de aplicación del derecho, a fin de discutir el modo en que han decidido. Es comprensible que el jurista aprecie particularmente este tipo de posición, ya que esa tarea (independientemente de que se la considere ciencia del derecho o no, aquí ello no es importante) satisface lo que considera ser su función social: iluminar el debate público gracias a sus competencias profesionales, en particular indicando si las autoridades encargadas de aplicarlo han respetado o no el “derecho”. Este es, en efecto, el modo en que concebimos, en general, el rol de los juristas –en el campo académico, político y en los medios de comunicación, por ejemplo–. A riesgo de ser acusado de hacer un juicio

⁷ Conviene reiterar que esta apreciación no tiene consecuencia, para él, sobre la cuestión de la validez de la norma de aplicación, ya que ella puede perfectamente ser válida sin ser conforme a la norma aplicada: ella deriva su validez del ordenamiento jurídico, en particular, cuando este no ha previsto ningún dispositivo que permita su anulación.

sobre las intenciones, me parece que la atracción que esta “misión” ejerce sobre los juristas explica en gran parte las elecciones de Hochmann. Pero esta atracción es comparable a la de la luz sobre los insectos nocturnos: irresistible, sí, pero también, por desgracia, una trampa.

El hecho de que indique que el derecho permite varias soluciones (y no una sola como suelen sostener los juristas dogmáticos) no cambia nada: esta afirmación no constituye jamás una apreciación objetiva.

En este sentido, conviene distinguir esta posición de la defendida por Guastini. En efecto, Guastini parece admitir, en virtud la determinación del marco de significados admisibles de un enunciado, que es posible distinguir objetivamente entre lo que merece el nombre de interpretación y lo que es pura creación del derecho. De todos modos, por un lado, Guastini (1990) insiste sobre el hecho de que no se trata solamente de identificar las interpretaciones “buenas, correctas o admisibles” de las que serían “malas, incorrectas o inadmisibles” (p. 61) –en lo que se aleja claramente de la posición de Hochmann– sino solamente de precisar el lenguaje que se emplea para hablar del derecho: el término interpretación no debería utilizarse con demasiada amplitud. Por otro lado, la definición que Guastini da del “marco” y que permite trazar el límite entre interpretación y construcción es, en su caso, mucho más amplia: mientras que para Hochmann solo las reglas sintácticas y semánticas de la lengua en la cual ha sido expresado el enunciado es expresado servir para delimitarlo, Guastini añade a estos elementos las reglas lógicas, los métodos de interpretación o las “doctrinas jurídicas”. Estos criterios a la vez amplios y numerosos hacen que los límites del “marco” sean variables en el tiempo y relativamente indeterminados: si se quiere considerar todas las opciones, el número de interpretaciones “concebibles” de un mismo enunciado es sin duda muy importante (tanto más cuanto más se asciende en la jerarquía de normas), pero sobre todo resulta muy difícil pretender que podemos fijar “objetivamente” el límite exacto del marco.⁸ El problema no es, sin embargo, tan agudo, si nos contentamos con ver en esta distinción un simple problema conceptual. El

⁸ Esto es lo que me llevó a afirmar que la búsqueda de los significados “posibles” de un enunciado constituía una tarea a la vez imposible e inútil (Le Pillouer, 2017).

problema se agudiza si se quiere hacer de ella un criterio para establecer qué es conforme a derecho y qué no.

Esta es, sin duda, la razón por la cual Hochmann eligió restringir estos criterios de identificación a uno solo. Esto le permite, sin duda, a la vez, limitar el número de significados posibles de un mismo enunciado, ya que cada uno se considera de forma aislada (con el “peritexto” como única luz contextual), teniendo en cuenta únicamente los usos lingüísticos de la lengua en cuestión. En este contexto, efectivamente los límites del marco de los significados posibles de un mismo enunciado son sin duda mucho más claros y estrechos. El precio a pagar es, sin embargo, alto, si el objetivo consiste en distinguir objetivamente aquello que es conforme al derecho de aquello que no lo es.

4.3. La pregunta del objeto de la ciencia del derecho

Una postura como esta lo conduce inevitablemente, por una parte, a considerar como “no conformes al derecho” una serie de decisiones, en absoluto desacuerdo con el sentido común de los juristas (en particular cuando una autoridad se aparta del sentido común de las palabras para adecuar la norma a las normas superiores, utilizando un método de interpretación o una doctrina jurídica), y por otra parte, lo conduce a considerar como “conformes al derecho” interpretaciones relativamente absurdas para el sentido común de los juristas –como las que menciona en su texto (cuando indica, por ejemplo, que un cartel de “prohibido perros” a la entrada de un lugar público permite la entrada de cocodrilos [sección 3.3])–.

Una vez más, esta discrepancia no es un problema en sí: es normal e incluso deseable que la ciencia contemple su objeto de estudio de un modo diferente del sentido común. La pregunta que queda por resolver es la utilidad del planteamiento: ¿el sistema conceptual que Hochmann propone para dar cuenta del derecho positivo permite una mejor comprensión del mismo? A este respecto no puede evitarse plantear algunas dudas: ¿qué sentido tienen estas valoraciones sobre la “conformidad al derecho” proferidas por el científico, si están tan alejadas de la comprensión más común de las normas? Para poner un ejemplo proporcionado por el propio

Hochmann, ¿es realmente útil señalar que los bares podrían, respetando la regla enunciada en el texto, volver a abrir a las 18:05 horas, después de haber cerrado a las 18 horas, incluso si ningún juez lo consideraría así? Pero hay otros: ¿es realmente necesario observar que el artículo 18 de la Constitución francesa, que establece que cuando el presidente de la República hace leer un mensaje a una cámara parlamentaria, ese mensaje “no da lugar alguno al debate” (sin más precisiones), podría significar que se prohíbe a todos los ciudadanos discutirlo con sus familias o en los cafés? A la inversa, ¿debe considerarse que el artículo 45 de la ley orgánica de 1958 sobre el estatus de los magistrados que prevé, en condiciones muy estrictas, la posibilidad de remover a un magistrado de su cargo es contrario al artículo 64 apartado 4, de la Constitución, que establece que los jueces son “inamovibles”? Hasta aquí los ejemplos, todos tomados de la Constitución francesa. Cualquiera podrá además advertir que hay numerosos ejemplos, de interpretaciones muy comunes del derecho, que el enfoque de Hochmann llevaría a considerar como “no conformes al derecho”, o, a la inversa, ejemplos de interpretaciones rebuscadas que Hochmann consideraría perfectamente “conformes” –con el pretexto de que las palabras utilizadas en el texto “admiten” esas lecturas–. La grilla de análisis propuesta por Hochmann es, sin duda, utilizable, pero corre un alto riesgo de resultar inútil para la ciencia del derecho.

En realidad, el hecho de que una norma se derive de una *interpretación* de un enunciado o resulte de una pura *construcción* jurídica tiene, en mi opinión, poco que ver con su “conformidad” con las normas superiores. Un ejemplo de ello es el uso que hizo de Gaulle del artículo 11 de la Constitución francesa en 1962 para revisarla e introducir la elección del presidente de la República por sufragio universal directo.

Por una parte se observa aquí que la decisión de recurrir a este artículo revela una *interpretación* del texto constitucional en el sentido de Guastini (e incluso de Hochmann): en la medida en que el proyecto de revisión concernía a las modalidades de designación del Presidente de la república, se refería claramente, según de Gaulle y sus partidarios, a la “organización de los poderes públicos” (es decir, uno de los ámbitos sobre los cuales puede celebrarse un referéndum en virtud del artículo 11 de la Constitución). Pero esta interpretación está asociada a una *construcción* jurídica (esta vez

en el sentido de Hochmann), en la medida en que trataba de apoyarse en una “doctrina jurídica” –la del pueblo constituyente, capaz de decidir en cualquier momento cambiar la Constitución– para justificar el recurso al artículo 11 (que permite precisamente la expresión directa del pueblo) en lugar del artículo 89. En otras palabras, el hecho de que las autoridades se basaran en una interpretación de una disposición del texto constitucional no impide que también haya habido cierto nivel de construcción. De hecho, según la grilla de lectura de Hochmann es posible preguntarse si la revisión de la Constitución es “conforme” a la Constitución porque ella resulta de una interpretación (en sentido estricto) del artículo 11, o no conforme, porque ella resulta también de una *construcción* jurídica (es decir de una pura creación). Me parece que las dos posiciones pueden perfectamente ser defendidas, por lo que una conclusión se impone: el hecho de que una decisión resulte de una interpretación (o de una construcción) nada dice sobre su conformidad o no al derecho.

Por otra parte, es posible considerar que en este caso la construcción jurídica sirvió para justificar la elección del artículo 11 como base de la revisión constitucional. Puede entonces preguntarse si, de manera general, la elección de recurrir a tal o cual disposición jurídica, a fin de interpretarla para producir una norma, no resulta *siempre* de una construcción jurídica –en el sentido de que, en general, la determinación del texto a interpretar (que resulta de la operación de la calificación) no es también ella resultado de una interpretación–. ¿Tiene sentido, entonces, querer determinar la “conformidad” al derecho de las decisiones de las autoridades normativas a través del prisma de la distinción entre interpretación y construcción jurídica, si la decisión de interpretar resulta ella misma una construcción?

En fin, en la medida en que esta pregunta de la “conformidad al derecho” es una pregunta eminentemente controvertida en cada sistema jurídico (en razón de la carga valorativa de la palabra “derecho” o “legal”), cabe preguntarse si es realmente razonable confiar a la ciencia del derecho la tarea de decidir este tipo de cuestiones.

4.4. La cuestión de las funciones de la ciencia del derecho

Para evitar caer en esta trampa, hace falta simplemente abstenerse, yo creo, de toda apreciación sobre la conformidad (o no) de las decisiones de las autoridades de aplicación del derecho a las normas superiores que ellos pretenden aplicar.⁹ Si se quiere completar la metáfora, es necesario colocar un vidrio entre el insecto que vuela y la luz que lo atrae irresistiblemente y que puede quemarle las alas.

Es por eso que es necesario, a fin de conservar un enfoque útil para la descripción del derecho positivo, invertir el orden de análisis. Es altamente preferible, en efecto, no partir de los “enunciados del derecho positivo” y de significados *potenciales* para compararlos con las decisiones de las autoridades de aplicación, sino partir de estas decisiones, para describir la manera en la que las autoridades *pretenden* aplicar el derecho positivo (y en particular –pero no solamente¹⁰– los enunciados mencionados por Hochmann). De este modo, nos limitamos a describir la práctica (las decisiones, pero también los argumentos) de estas autoridades normativas. Ello nos permite entonces intentar comprender cómo y/o por qué la autoridad se apoyó, para justificar su decisión, sobre un texto del jurislador y no sobre una jurisprudencia o una costumbre, sobre este texto y no otro, sobre el sentido común de las palabras antes que a la intención del legislador, o incluso sobre la teoría de la separación de los poderes o la jerarquía de las normas (y así sucesivamente).

Para refutar este planteo, Hochmann recurre al argumento de que esto llevaría a considerar toda forma de argumento como “del derecho”, incluida la Biblia, si a un juez se le ocurriera utilizarla para resolver un litigio. El

⁹ Me parece que, en efecto, a pesar de sus precauciones, Guastini (1990) no escapa enteramente a la crítica: porque, aunque quiere simplemente reservar el término de interpretación al caso en el que un significado “admisible” es atribuido a un texto jurídico, su empresa conduce, sin embargo, a distinguir entre los casos en los que una autoridad procede a una “verdadera interpretación” de aquellos en los que crea “normas nuevas” (p. 61). Ahora bien, los desafíos de una distinción de este tipo y las incertezas que generan los criterios para aplicarla hacen que resulte muy difícil asignar dicha tarea a una ciencia del derecho estrictamente descriptiva.

¹⁰ La costumbre o los “criterios jurisprudenciales”, que Hochmann parece querer excluir, tienen, en efecto, su lugar en el análisis.

ejemplo es excelente, y manifiesta efectivamente una divergencia entre nuestras apreciaciones. Si las autoridades judiciales utilizaran extractos de la Biblia en sus argumentaciones en apoyo de sus decisiones, y si esas decisiones fueran confirmadas (o no estuvieran sujetas a un recurso), uno se pregunta cuál podría ser la actitud de Hochmann frente a ellas. Sin duda señalaría que los jueces utilizaron mal tales argumentos, porque la Biblia no es un texto del derecho positivo (tal como él lo ve). ¿Podría decir más? Probablemente no. Tal vez, incluso, se vería obligado a admitir que, a pesar de una argumentación defectuosa, la decisión adoptada por la autoridad judicial era efectivamente conforme al derecho –si, a pesar de la argumentación religiosa, la autoridad tributó al enunciado jurídico un sentido lingüísticamente concebible (la Biblia, por ejemplo, solo le sirvió para elegir entre los significados admisibles)–.

Al contrario, en la perspectiva que estoy intentando defender, el hecho de que los jueces recurrieran a un texto religioso para resolver un litigio resultaría un elemento significativo, digno de reflexión: ¿por qué necesitaron basarse sobre algo distinto que enunciados extraídos de fuentes más clásicamente consideradas como jurídicas? ¿Qué buscaron hacer basándose en la Biblia? ¿Crear una excepción a una regla legislativa? ¿Evitar aplicar una norma internacional? ¿Orientar la interpretación del derecho positivo en general? ¿Cómo articularon las disposiciones del derecho positivo al texto sagrado? ¿El texto sagrado fue presentado como superior a la Constitución o como permitiendo precisar del sentido de los principios generales del derecho? ¿Cómo justificaron, sí lo hicieron, el recurrir a la Biblia? ¿Como un derecho natural, como resultado de una lectura de la Constitución? Etc...

Como es posible observar, las preguntas que surgen son numerosas, y del más alto interés, y las respuestas que pueden darse a las mismas pueden, sin duda, contribuir a mejorar la comprensión del derecho positivo –si se acepta dar a esta expresión un sentido, a la vez, más amplio y cercano a su sentido común–.

5. Conclusión

Este enfoque no pretende ser el único que merezca la etiqueta de “ciencia del derecho”, y no es en absoluto excluyente de otras perspectivas – por ejemplo, la propuesta por Hochmann, al menos en su versión más modesta–.

No cabe duda de que el análisis de las formas adoptadas por los enunciados jurídicos, sin consideración de la voluntad de sus actores (muy difíciles de identificar, la más de las veces) ni de sus destinatarios (misma observación) puede ser interesante: permitiría revelar ambigüedades inesperadas, silencios involuntarios, sugerencias implícitas (como demuestran ampliamente los numerosos ejemplos). Como tal, este tipo de análisis puede muy bien vincularse a otros enfoques, ya sean prácticos o teóricos. En cambio, difícilmente puede pretender, por sí solo, el calificativo de “ciencia del derecho”: su carácter científico puede ser discutido, pero, sobre todo, solo se ocupa de un aspecto muy limitado del fenómeno jurídico, de suerte que solo pueda considerarse como un complemento útil de otros enfoques. En resumen, la teoría simple de la interpretación no tiene ninguna virtud a menos que se le reserve un lugar muy modesto en una teoría del derecho más amplia que la prevista por Thomas Hochmann.

Bibliografía

- Guastini, R. (1990). *Dalle fonti alle norme*. Torino: G. Giappichelli.
- Hochmann, T. (2024). Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica. *Discusiones*, 33.
- Le Pillouer, A. (2017). Indétermination du langage et indétermination du droit. *Droit & Philosophie*, 9(1), 19-43.
- Millard, E. (2022). *Théorie générale du droit*, (2da ed.). París: Dalloz.

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 reforzada 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 legítimo. 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.

¿Has dicho científico?

*Scientific, did you say?**

Michel Troper**

Recepción: 03/02/2024

Evaluación: 10/02/2024

Aceptación final: 08/08/2024

Resumen: Partiendo de la conocida distinción de Hans Kelsen entre la interpretación auténtica, que es un acto de voluntad que produce derecho, y la interpretación científica, que solo tiene por objeto el conocimiento, Thomas Hochmann pretende cuestionar la teoría realista. Esta última se refiere principalmente a la interpretación auténtica, a la que considera productora del único significado jurídicamente válido de un texto. Hochmann sostiene que es posible, e incluso fácil, descubrir el significado de los textos por medio de la interpretación científica, que consiste en la búsqueda de su sentido literal. El objetivo de este artículo es cuestionar el carácter científico de la interpretación científica en el sentido de Hochmann, mostrando, en primer lugar, que, a pesar de la similitud de vocabulario, se aparta de las concepciones kelsenianas de ciencia e interpretación científica, y, en segundo lugar, que su propia concepción no es científica ni por el modo de determinar su objeto, ni por el método, ni por su relación con la verdad.

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

Abstract: Starting from Hans Kelsen's well-known distinction between authentic interpretation, which is an act of will, creating law, and scientific interpretation, which only aims at knowledge, Thomas Hochmann intends

* Traducción del francés de Catalina Tassin Wallace.

** Doctor en derecho, Université de Paris, Francia. Profesor Emérito de Derecho Público, Université Paris Nanterre, Centre de Théorie et Analyse du Droit, miembro honorario del Institut Universitaire de France, Nanterre, Francia. Correo electrónico: michel.troper@gmail.com.

to challenge the realist theory of interpretation. According to this theory, which mainly concerns authentic interpretation, the only legally valid meaning of a text, is that which has been produced by an authentic interpreter. Hochmann maintains that it is possible and even easy to discover the meaning of texts by means of scientific interpretation and that this scientific interpretation is none other than the search for literal meaning. This article aims to question the scientific character of this “scientific interpretation” by showing firstly that, despite the similarity of vocabulary, Hochmann departs from Kelsenian conceptions of science and scientific interpretation, then that his own conception is scientific neither by the way in which it determines its object, nor by its method, nor by its relationship to truth.

Keywords: interpretation, normativism, realism, legal science.

1. Introducción

Como extensión de un debate de larga data, referido principalmente a la interpretación (Topper, 1981), entre los realistas (Topper, 2002a) y los que, a falta de un mejor término, pueden llamarse “normativistas” (Pfersmann, 2002), Thomas Hochmann (en adelante TH) (2024) presenta en su texto una tesis destinada a defender la posibilidad de la “interpretación científica”.

Esta tesis tiene, sin embargo, un objeto claramente diferente respecto de la discusión que la precede. Al igual que esta última, parte de la conocida distinción de Hans Kelsen entre interpretación auténtica, que es un acto de voluntad, un acto de creación de derecho, e interpretación científica, que es un acto puramente intelectual encaminado únicamente al conocimiento. Sin embargo, en lugar de ocuparse principalmente de la interpretación auténtica, como los protagonistas anteriores hicieron, TH centra su análisis exclusivamente sobre la interpretación científica, sin discutir realmente la concepción realista de la interpretación auténtica, algunos de cuyos elementos parece aceptar.

Por lo tanto, debemos seguirlo en este terreno e investigar si y en qué condiciones la interpretación científica puede ser realmente “científica”, como él afirma. Lamentablemente, si bien TH comienza afirmando que para ocuparse de la interpretación jurídica “es necesario adoptar una

concepción del derecho” (sección 2.1), no estima igualmente útil indicar la concepción de ciencia a la que vincula su teoría de la interpretación científica. Por consiguiente, para someter esta teoría a la crítica es necesario reconstruirla a partir de la teoría homónima expuesta en la *Teoría pura del derecho*. No hace falta decir, como lo dijo Kelsen a propósito de Alf Ross, que esta crítica no afecta en absoluto a la sincera estima que siento por TH como pensador y como persona.

Conviene hacer una observación preliminar. La tesis de TH no reproduce ni resume la teoría de la interpretación de Kelsen, que a su vez tiene muchos puntos débiles.¹ Por lo tanto, es importante, incluso antes de analizar los méritos y defectos de la presentación de TH, buscar las diferencias que presenta respecto de Kelsen, para detectar la concepción de cientificidad que presupone su teoría de la interpretación científica.

2. La interpretación científica en la *Teoría pura del derecho*

2.1. Interpretación

Si bien los dos términos, “interpretación” y “científica”, son colocados uno al lado del otro en el último título de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, no hay allí ninguna necesidad lógica o metodológica. Además, TH los usa con significados diferentes de los que tienen en la obra de Kelsen y dentro de esta misma obra.

Tomemos el término “interpretación” y el término “significado” asociado a ella. No se refieren exclusivamente, ni siquiera principalmente, a la interpretación jurídica. Tampoco están necesariamente vinculados a una actividad de conocimiento, sino, en todo caso, al conocimiento “científico”. Ya en las primeras páginas de la *Teoría pura del derecho*, queriendo iluminar el lugar de la ciencia del derecho entre las ciencias naturales y las ciencias de la sociedad, Kelsen utiliza el ejemplo de una reunión en la que varias personas pronuncian discursos tras los cuales algunas levantan

¹ Como bien lo dice Stanley Paulson (2008): “A nadie afirmaría que el trabajo de Hans Kelsen sobre la interpretación jurídica es su mejor momento” (p. 7).

tan la mano y otras no. Podemos entender y describir esta reunión desde un punto de vista sociológico y psicológico, es decir, como un fenómeno puramente empírico, pero también desde un punto de vista jurídico. Estos gestos, levantar la mano, significan que se ha aprobado una ley (Kelsen, 1962, p. 7).

Por lo tanto, el significado aquí no es el sentido de un enunciado y la interpretación no es la determinación de lo que se ha prescrito. Interpretar es simplemente establecer la naturaleza jurídica de un acto o cosa y es la ciencia del derecho la que interpreta. Así es como la ciencia del derecho construye su objeto.

Kelsen menciona también el significado cuando distingue entre el significado subjetivo de un acto, el que le atribuye su autor, por ejemplo, el individuo que redacta un testamento –resulta por lo tanto de una “auto-interpretación”–, y el significado objetivo que se le confiere al acto a partir de una norma jurídica. De todos modos, a diferencia de la interpretación de un acto del Parlamento, no es la ciencia del derecho, incluso concebida como ciencia normativa, sino el propio derecho el que establece el significado o la naturaleza jurídica de un acto. La ciencia del derecho solo puede hacerlo indirectamente al constatar que una norma jurídica confiere, a la aprobación de una ley o a la redacción de un testamento, el significado objetivo de los actos jurídicos.

Los términos “interpretación” y “significado” aparecen también en las secciones dedicadas a la norma fundamental, donde no se encuentran exentos de ambigüedad y la interpretación presenta algunas diferencias en este contexto. En primer lugar, Kelsen (1962) considera la norma fundamental como una hipótesis lógico-trascendental necesaria para *justificar* el hecho de reconocer que un determinado acto constitutivo y otros actos realizados en conformidad con la constitución “[...] tienen el significado objetivo que corresponde a su significado subjetivo” (p. 266). Luego especifica que la norma fundamental es “el medio para proporcionar estas justificaciones, de fundamentar estas *interpretaciones...*” (p. 267). Como en el caso anterior, se trata de identificar al derecho, pero no de un acto en el que determinamos la naturaleza, sino todo un conjunto, ya que, si la constitución tiene el significado objetivo de una norma, todos los actos realizados en conformidad con la constitución tienen también ese significado.

Por otra parte, la interpretación ya no es, como en el caso anterior, una simple constatación: la ciencia del derecho no puede establecer, ni siquiera indirectamente, que un acto tiene el significado objetivo de una norma, constatando que esta ha sido formulada conforme a una norma superior, pues no hay norma superior a la constitución y esta debe suponerla.

En tercer lugar, esta hipótesis pretende ofrecer una justificación. Sin duda, no se trata de justificar la afirmación de que el derecho es absolutamente obligatorio. No lo es. Cada norma es obligatoria relativamente a otra norma superior, pero, por definición, la norma suprema no lo puede ser. La norma fundamental solamente proporciona una justificación lógica a la afirmación de que la constitución es una norma válida.

Pero, ¿quién formula esta hipótesis? Kelsen es ambiguo al respecto: a veces parece admitir que es la ciencia del derecho. Así, “para poder admitir que el acto constitutivo y los actos realizados conforme a la constitución tienen un sentido objetivo... que son normas válidas, *incluso cuando ella misma es quien adopta esta interpretación*” (Kelsen, 1962, p. 272 y nota 1). Otras veces, en cambio, Kelsen opina que la interpretación es obra de todos los juristas teóricos o prácticos que, por querer tratar cada norma como objetivamente válida, no pueden evitar suponer que la constitución, que es su fundamento último, es ella misma válida. La ciencia del derecho, que da cuenta de la racionalidad inconsciente de esta práctica, desempeña, entonces, una función de conocimiento.

Las dos respuestas pueden conciliarse si consideramos que la norma fundamental es formulada a nivel metajurídico y metateórico. Esto aparece claramente en el ejemplo de la Corte del Zar, que Kelsen usa para ilustrar la noción de eficacia. Él imagina que el Zar ha escapado de la revolución bolchevique y se ha refugiado en Inglaterra donde redacta una constitución para Rusia; conforma una asamblea legislativa, que aprueba, a su vez, leyes también aplicables en Rusia; nombra funcionarios, etc.; el ordenamiento normativo que el Zar habría creado estaría desprovisto de toda eficacia, y no sería identificado por la ciencia del derecho como un ordenamiento jurídico. No, como suele decirse, porque la eficacia sea condición de la validez, sino simplemente porque la descripción de tal ordenamiento normativo, como el que podría haber sido imaginado por los residentes de un

hospital psiquiátrico, podría presentar un interés para la psiquiatría, pero no para una ciencia específica del derecho.

En cualquier caso, la interpretación a la que se hace referencia en estos diferentes contextos no es nunca calificada de “científica”. Kelsen utiliza el término únicamente para designar la atribución de significado a un enunciado y no lo usa para caracterizar un acto o un conjunto de actos humanos, o determinar su naturaleza jurídica. Nótese, al respecto, que Kelsen se refiere aquí al significado de las normas, lo que es claramente erróneo desde el punto de vista de su propia teoría, ya que, define la norma como el significado de un acto humano y no podríamos atribuir un significado a un significado. Sin duda, este error está vinculado al hecho de que Kelsen no distingue claramente entre los enunciados y sus significados, pero ello no debe detenernos, ya que TH se ocupa claramente de la interpretación de enunciados.

Además del hecho que la interpretación, en este sentido específico, no pretende determinar la naturaleza de una actividad, sino el significado de un enunciado, debe considerarse un hecho adicional. La interpretación se distingue también por el hecho de que, mientras que en los dos primeros sentidos ella era principalmente una función del conocimiento, aquí es a veces una función de la voluntad, cuando es producida por una autoridad jurídica, y otras veces una función del conocimiento, cuando ella producida por juristas no autorizados, por ejemplo, abogados o profesores de derecho. Kelsen denomina “científica” a la interpretación dirigida al conocimiento. TH, cuyo análisis se centra exclusivamente en la interpretación de enunciados, retoma esta denominación.

En consecuencia, no es en absoluto seguro que los términos “ciencia” y “científico” tengan siempre el mismo sentido en la *Teoría pura del derecho*, ni que tengan el mismo significado en la *Teoría pura del derecho* y en el trabajo de TH.

2.2. Ciencia

Al igual que en el caso del término *interpretación*, el término *ciencia* es ambiguo en Kelsen. El término es usado en varios contextos diferentes, por un lado, desde un punto de vista metafórico, cuando presenta su concep-

ción de la ciencia del derecho, por otro lado, desde un punto de vista teórico, para distinguir la interpretación auténtica practicada por los órganos autorizados, que es una función de la voluntad, y la interpretación dirigida al conocimiento y que denomina “científica”.

Cuando Kelsen proclamó en 1934, en el prefacio de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, su intención de “elevar la ciencia del derecho, la jurisprudencia, que –de manera abierta o encubierta– se perdía casi por completo en razonamientos de política jurídica, al nivel de una verdadera ciencia”, precisó que se trata de “una de las ciencias morales”. Si considera esta ciencia del derecho como una ciencia moral y afirma querer “ponerla en contacto con la teoría general de la ciencia”, parece que esta teoría general de la ciencia es aquella que distingue, a la luz de una larga tradición de la epistemología alemana después de Dilthey, entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias morales (o ciencias del espíritu, o incluso ciencias de la cultura en Cassirer).

Esta distinción se debe en parte a la ambigüedad del término alemán *Wissenschaft*, que no es traducible en francés o inglés por “ciencia”. Denominamos *Wissenschaft* no solamente a las disciplinas como química o física, que pretenden establecer verdades objetivas sobre una porción de la realidad mediante procedimientos rigurosos basados en investigaciones empíricas, sino también lo que en otros lugares se denomina artes liberales o humanidades.

Sin embargo, la conexión entre la ciencia del derecho y las ciencias morales no es perfectamente clara. Por un lado, Kelsen en ocasiones no opone las ciencias naturales a las ciencias morales, sino las ciencias naturales a las ciencias normativas, y, a diferencia de Max Weber, sitúa a la sociología en la primera categoría, porque ella estudia su objeto en función del principio de causalidad y no, como las ciencias normativas, en función del principio de imputación. Por otro lado, porque más tarde se acercará a una concepción empirista de la ciencia del derecho, cercana a las ciencias naturales.

En el prefacio de 1934 Kelsen afirma querer hacer de la ciencia del derecho una de las ciencias morales y reivindica una concepción general de la ciencia fuertemente distanciada del empirismo de las ciencias naturales. Las ciencias morales no pretenden explicar los hechos como las ciencias naturales, sino comprender las actividades humanas. Pero el derecho es un

sistema de normas que son precisamente el significado de actos humanos. La ciencia del derecho debe, por lo tanto, abordar su objeto desde la comprensión, y esto es, en efecto, lo que la ciencia del derecho hace cuando, como dice Kelsen, interpreta el acto constituyente y el conjunto de actos realizados conforme a la constitución como un ordenamiento jurídico. Es preciso señalar que esto supone un alejamiento significativo de la metodología de las ciencias del espíritu, que ciertamente pretenden comprender a través de la interpretación, pero a través de los motivos de los actores (Aron, 1976, pp. 504 y ss.). Pero, para Kelsen, la ciencia del derecho es indiferente a los motivos de los actores, porque constituyen únicamente el significado subjetivo de sus actos, mientras el significado objetivo es dado por una norma superior.

Sin embargo, en el prefacio de la segunda edición Kelsen ya no menciona a las ciencias morales e insiste únicamente en la “pureza metodológica de la ciencia del derecho”.² Esta segunda edición expone de una manera muy explícita la metateoría de Kelsen,³ que incluye algunos rasgos que acercan la *Teoría pura del derecho* a la concepción empirista.

El primero de estos rasgos es la distinción entre la ciencia y su objeto, de donde surge la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho: el derecho no es una ciencia, pero sí el objeto de una ciencia, e incluso un objeto específico, porque está constituido por normas. Todo lo demás se deriva de ello.

En segundo lugar, la ciencia del derecho debe limitarse a describir su objeto tal y como es, y no tal y como debería ser, lo que implica evidentemente una condena del iusnaturalismo, pero también supone el deseo de evitar toda prescripción y todo juicio de valor. En particular, Kelsen insiste en la neutralidad y la pureza axiológica.

² “Mientras que en 1934 me contenté con formular los resultados particularmente característicos de una Teoría Pura del Derecho, hoy me esfuerzo por resolver los problemas más esenciales de una teoría general del derecho según los principios de la pureza metodológica de la ciencia del derecho, esto quiere decir, de su conocimiento científico y de fijar la posición de esta ciencia del derecho dentro del sistema de las ciencias con mayor precisión que no había logrado con anterioridad” (Kelsen, 1962, p. XIII).

³ Sobre la distinción entre teoría y metateoría en Kelsen, la referencia clásica es Bobbio (1998).

En tercer lugar, como toda ciencia, la ciencia del derecho se compone de aserciones, proposiciones de derecho, mediante las cuales la ciencia describe las normas. Mientras que las normas, al ser prescripciones, no son ni verdaderas ni falsas, las proposiciones de derecho son susceptibles de verdad o de falsedad, según el principio de la verdad como correspondencia. Una proposición de derecho es verdadera si, y solamente si, la norma que ella describe existe en el mundo, es decir, en el derecho positivo: si, en términos kelsenianos, la norma es válida. El criterio de verdad de una proposición de derecho no es, y no puede ser, su relación lógica con otras proposiciones de derecho, incluso si esas últimas son verdaderas. Así la proposición de derecho “todos los ladrones deben ser castigados”, que es verdadera porque describe una norma positiva, no implica que la proposición de derecho “X, que es un ladrón, debe ser castigado” también sea verdadera, porque es posible que la norma “X debe ser castigado” no sea jamás proferida por una autoridad competente.

Sin duda este esquema no corresponde totalmente al modelo de una ciencia empírica por varias razones, en particular porque las normas no son hechos, sino que pertenecen al deber ser, lo que implica, en Kelsen, que las proposiciones de derecho no describen lo que es sino lo que deber ser. La ciencia del derecho es, por tanto, una ciencia normativa en un doble sentido: porque describe normas y porque sus proposiciones son normativas. No prescriben, sino que describen “lo que según el derecho debe ser”.

Kelsen quiso construir, a partir del modelo de las ciencias empíricas, una ciencia sin objeto empírico (Troper, 2002b). Es perfectamente explícito sobre este punto y afirma

Una ciencia no es “empírica” por oposición a “metafísica” únicamente cuando describe los hechos que tienen lugar en el espacio y tiempo, sino igualmente cuando describe el significado de ciertos actos humanos. Una teoría del derecho continúa siendo empírica si se limita a la descripción de normas que son el significado de actos empíricos, realizados en un espacio y en un tiempo, por el hombre, sin referencia a las normas que emanarían de instancias sobrehumanas como Dios, o como una naturaleza creada por Dios; en tanto que el “deber-ser” de las normas que ella describe no sea el deber ser de una justicia metafísica. Como la Teoría pura del

derecho, al eliminar con la más grande vehemencia cada elemento metafísico de su campo, cumple estas condiciones, y en esto es difícilmente igualada por otras teorías, ella puede pretender, tanto como la teoría “realista” del derecho de Ross, ser considerada como una teoría empírica, e igualmente como una teoría “realista” en este sentido (Kelsen, 2000, p.15).

Este no es el lugar para verificar si Kelsen tiene éxito en esta empresa. Ciertamente es posible hacerle varias objeciones, pero es suficiente con señalar que adopta una concepción cuasiempirista.

Podemos ahora analizar cuál es la concepción de ciencia que está detrás de la tesis que Kelsen desarrolla en el último título de su obra, referido a la interpretación “científica” ¿Se trata de una aplicación al fenómeno de la interpretación de una ciencia del derecho cuasiempírica o de una ciencia con más proximidad a las ciencias morales?

Analicemos primero la primera parte de esta disyunción.

Cuando, en el título VIII relativo a la interpretación, Kelsen distingue la interpretación auténtica de la interpretación científica las diferencia sobre la base de dos características diferentes, por un lado, el tipo de actividad psíquica implicada, la voluntad o el conocimiento, por otro lado, el carácter creativo o no creativo. Esto le permite formular tres tesis diferentes:

- 1) La interpretación auténtica y la interpretación científica implican actividades psíquicas diferentes: a) la voluntad para la interpretación auténtica, y b) el conocimiento para la interpretación científica.
- 2) Solo una de las dos es creadora de derecho: a) la interpretación auténtica es creadora, y b) la interpretación científica no es creadora.
- 3) La interpretación científica es científica.

Aunque ninguna de estas tres tesis se refiere propiamente a la ciencia del derecho, sino a la teoría general del derecho, ya que no describen las normas del derecho positivo, sino que ambas pretenden caracterizar al derecho en su conjunto, podemos examinar si, como todas las proposiciones científicas, ellas son susceptibles de ser verificadas a través de una confrontación con la realidad.

Evidentemente, no es el caso de la primera, pero la segunda es perfectamente susceptible de ser verificada al menos indirectamente por una comparación con el derecho positivo. En efecto, podemos comprobar que existen en el derecho positivo normas que hacen de la interpretación dada por ciertos órganos jurídicos la interpretación oficial, la única jurídicamente válida, o que crean, para los otros órganos, una obligación de dar a los enunciados interpretados el significado determinado por los primeros, como lo hace la Constitución francesa de 1958 en su artículo 62-3: “Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso alguno. Ellas son obligatorias para los poderes públicos y todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”. Entonces podemos decir que la teoría kelseniana de la interpretación auténtica es una descripción verdadera del derecho positivo francés. Por supuesto, tales normas pueden ser implícitas. Ello sucede, por ejemplo, cuando las decisiones de una autoridad cualquiera no pueden ser recurridas.

También debe subrayarse que, si Kelsen considera que la interpretación auténtica es *creadora*, no es porque el órgano crea normas aplicando una norma superior –este es el caso de todos los órganos, salvo el poder constituyente y el órgano que realiza solamente los actos materiales necesarios para ejecutar una norma superior– sino porque la interpretación crea la norma superior al decidir sobre el sentido del enunciado que la expresa.

En cuanto a la otra parte de esta segunda tesis, esto es, que la interpretación científica no es creadora, ella es empíricamente verdadera. Si en efecto, se encontrara en el derecho positivo de un Estado una norma que obligara a los órganos jurídicos a adoptar una interpretación establecida por una autoridad no estatal, por ejemplo, una autoridad religiosa o una asociación de profesores de Derecho, esa autoridad debería ser considerada como intérprete auténtico. Esto es, por ejemplo, lo que preveía en Egipto en 2012 el artículo 2 de la Constitución proclamaba que: “El Islam es la religión del Estado, y el árabe es su idioma oficial. Los principios de la ley Islámica (*sharia*) constituyen la principal fuente de legislación”. Pero todavía era necesario saber qué autoridad tendría el poder de interpretar la sharía, para determinar cuáles eran los principios cuya violación harían que una ley fuera inconstitucional, y el artículo 4 disponía que: “Se tomará la opinión de la autoridad de los grandes Oulémas de Azhar en los asuntos

relacionados a la charia islámica”. Esta opinión no era más que consultiva, pero si hubiera sido un dictamen vinculante, la Universidad de Al Azhar habría sido un intérprete auténtico (Mohamed-Afify, 2015). Dado que no fue así, la interpretación “científica” no puede ser considerada como fuente de derecho para el derecho de Egipto.

La tercera tesis, es decir, aquella según la cual la interpretación científica es científica, es el objeto principal del análisis de TH. Se trata también de una tesis compleja. Ciertas interpretaciones, afirma Kelsen (1962, pp. 462-463), no son *científicas*. En primer lugar, se trata de operaciones puramente intelectuales que, no obstante, pretenden generar derecho nuevo como *Begriffsjurisprudenz*. Ellas no son científicas porque no podemos “generar” derecho sin haber sido autorizados para ello, esto quiere decir, sin haber sido autorizados a crearlo. Del mismo modo, no es científica la interpretación que justificamos por la necesidad de colmar “supuestas lagunas”, porque esta es una operación de creación de derecho y no corresponde a la ciencia del derecho crear derecho. Se trata, asimismo, de operaciones que apuntan a persuadir que una sola interpretación es exacta. Si no son científicas, es sin duda –Kelsen no es explícito sobre este punto, al menos en este pasaje– debido a que por la indeterminación del lenguaje es imposible que haya una interpretación “exacta”, tanto así que quienes pretenden descubrirla están de hecho tomando decisiones a fin de influir en la creación del derecho, de modo tal que esas interpretaciones son en realidad juicios de valor político.

También, una vez descartadas estas concepciones de la interpretación como no científicas, la única interpretación que queda es la que consiste exclusivamente en identificar los significados posibles. Por lo tanto, se cuida de especificar en qué podría consistir ese carácter científico.

Es poco probable que se refiera aquí a su modelo de ciencia del derecho cuasi empírico. Es cierto que la interpretación científica es distinta de su objeto; ella aspira solamente al conocimiento y se esfuerza por ser axiológicamente neutra. Sin embargo, si el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, no es el derecho lo que es objeto de la interpretación científica. Suponiendo que podamos conocer el conjunto de los significados, ese conjunto no está compuesto por normas jurídicas, porque una norma jurídica solo puede ser una prescripción de comportarse de una determi-

nada manera. Dado que el comportamiento no está determinado, su único contenido es “debes comportarte como la autoridad competente lo prescriba”. Por tanto, el intérprete científico no describe normas jurídicas y seguimos sin conocer la naturaleza de esos significados. Esta última no puede ser las posibles intenciones de los autores del acto, puesto que no constituyen un objeto jurídico, sino un objeto psíquico. Además, Kelsen (1962) considera que entre las interpretaciones posibles se encuentran “incluso aquellas que pueden no haber sido en absoluto queridas por el legislador o por las partes contratantes, pero que están incluidas en la redacción elegida por ellos” (p. 463). Pero, ¿cómo determinar cuáles son los significados incluidos? Kelsen rechaza los “pretendidos métodos de interpretación”, pero solo porque ellos pretenden identificar el significado exacto, y porque la invocación de un método no es más que un modo de justificar una elección política. Por lo demás, parece imposible elaborar una lista de todas las interpretaciones posibles sin recurrir a todos los métodos. De todos modos, Kelsen mismo parece apelar a esos métodos, a la interpretación lexical cuando se refiere al significado “incluido en la redacción”, pero también a los otros cuando explica que hace falta ir más allá (Paulson, 2008).

Por otra parte, una ciencia enuncia proposiciones susceptibles de ser verdaderas o falsas, mientras que no vemos cómo podríamos validar o invalidar las interpretaciones generadas por la interpretación científica. A lo sumo, podríamos establecer, recurriendo a un diccionario que en el lenguaje ordinario ciertos términos tienen varios significados que podemos colocar en una lista pero, como la interpretación científica no se limita a la redacción es necesario considerar también el contexto histórico o la función social o política, aunque sea igualmente imposible decir con certeza cuál es ese contexto o esa función.

La tercera razón que nos impide considerar que la interpretación puede ser científica, en el propio sentido de Kelsen, es que ella no describe su objeto ni con la ayuda del principio de causalidad como las ciencias de la naturaleza, ni con la ayuda del principio de imputación.

Finalmente, como lo muestra Stanley Paulson, la exigencia de neutralidad o de pureza es una fuente de dificultad. Si los métodos de interpretación no hacen más que facilitar la introducción de la ideología y de la política en la interpretación, Kelsen se enfrenta a un dilema: o bien el

intérprete rechaza todos los métodos y no tiene modo alguno de elaborar una lista de todos los significados posibles; o bien recurre a estos métodos y viola el principio de pureza (Paulson, 2008, p. 25).⁴

¿Habría que admitir que, si la interpretación no es científica en ese sentido, ella entraría al menos en el ámbito de las ciencias humanas, que buscan, según Max Weber, la comprensión? Tampoco, ya que, como hemos visto, la comprensión es la comprensión de los motivos de los actores, mientras que la interpretación científica es indiferente a los motivos de los redactores del acto jurídico.

Por lo tanto, podemos hipotetizar que la interpretación de los textos jurídicos realizada por personas no autorizadas solo puede considerarse *científica* si se tiene en cuenta las particularidades de la lengua. Por un lado, en alemán, el término *Wissenschaft* es mucho más amplio que el de ciencia, que se utiliza generalmente en francés o en inglés. *Wissenschaft* designa, no solamente un conocimiento objetivo al que llegamos con la ayuda de una metodología rigurosa y susceptible de ser verificada o refutada, como en el caso de las ciencias empíricas, sino también todos los saberes organizados, como las humanidades. Es lo que se conoce como *Literaturwissenschaft*. La interpretación científica bien puede ser científica en el sentido en que la teoría literaria lo es.

Por otra parte, el adjetivo es en ocasiones utilizado en francés para expresar un genitivo, como en la expresión “*la maison paternelle*” para significar tanto la casa paterna como las cualidades que atribuimos a esa casa. Esta formulación puede dar lugar a errores de traducción. Por ejemplo, el artículo de Marx “*die Judenfrage*”, la cuestión de los judíos, se titula en francés “*La question juive*”, al igual que las reflexiones de Sartre sobre esta cuestión, que sin embargo no tiene nada de judío. Del mismo modo, el libro de Theodore Herzl, *der Judenstaat* –y no *der judische Staat*– se tradujo originalmente como *L'État juif*, mientras que el Estado que quería Herzl (2008) era simplemente un Estado para los judíos, un Estado moderno. Podemos entonces entender la expresión “interpretación científica” como

⁴ Podríamos añadir que, para Kelsen, la pureza no es solamente la neutralidad axiológica, sino también el rechazo del sincretismo metodológico, que se vería comprometido por el uso de métodos de interpretación basados en la lingüística, la historia o la sociología.

haciendo referencia no a una interpretación a la que llegamos por medios científicos, cualesquiera que sean estos métodos, sino a la interpretación que llevan adelante los “científicos”, en el sentido de “académicos”, en particular, los profesores de derecho. Ella se distingue, en primer lugar, de la interpretación auténtica dada por las autoridades jurídicas y, en segundo lugar, de la dada por intérpretes no autorizados que, como los abogados, no buscan conocer sino persuadir. Esto es lo que comprendió perfectamente TH cuando resume así la discusión entre interpretación auténtica e interpretación científica: “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” (Hochmann, 2024, sección 2.1).

La interpretación científica de Kelsen solo es científica en este sentido estricto –es obra de profesores de derecho– pero no es inconcebible que la de TH lo sea en un sentido más fuerte, es decir, que posea otra característica que la emparente con una ciencia cuasi empírica.

3. La interpretación científica según Hochmann

Como en el caso de Kelsen, examinaremos primero la concepción que TH tiene de la interpretación, y luego su concepción de la ciencia.

3.1. Definición de la interpretación

En las definiciones que da de la interpretación, TH se aparta en dos ocasiones de la de Kelsen en las primeras páginas de su artículo, y se aparta de ella respecto de dos puntos.

En primer lugar, mientras Kelsen habla *de establecer* el sentido de las normas, TH da primero la siguiente definición: “La interpretación jurídica consiste, por tanto, en buscar el significado de los enunciados jurídicos” (Hochmann, 2024, sección 2.1). Por lo tanto, no se trata del significado de normas, sino de enunciados, y ese desplazamiento está perfectamente justificado. Pero, por otra parte, el verbo “*buscar*” ha sustituido a “*establecer*”.

Ahora bien, el verbo *establecer* no implica ni que la interpretación es una función de la voluntad ni que es una función del conocimiento –lo que le permite a Kelsen utilizar la misma palabra tanto para la interpretación auténtica como para la interpretación científica–. Al contrario, “buscar” remite a algo que ya está ahí y que nosotros podemos encontrar. Según esta nueva definición, la interpretación jurídica solo puede ser una actividad de conocimiento, lo que parece implicar que la interpretación auténtica, que no persigue el conocimiento y es creativa, no es una verdadera interpretación. El resto del artículo es simplemente un desarrollo de esta definición: solo la búsqueda de un significado ya presente en el enunciado es una verdadera interpretación jurídica.

No es de extrañar, por lo tanto, que la definición de interpretación científica, que no es más que una especie del género “interpretación jurídica”, no sea más que una reproducción de la definición inicial. Solo sustituye la palabra “buscar” por la de “identificar”: “la interpretación científica consiste en identificar el significado o significados que comunican los enunciados del ordenamiento jurídico” (Hochmann, 2024, sección 2.3), y no precisa qué distingue la interpretación científica de otras interpretaciones jurídicas.

Por otro lado, mientras que para Kelsen la interpretación científica se define, como hemos visto, no por su método sino por el hecho de que es practicada por los profesores, TH es más generoso y no la reserva a los profesores de derecho. Para Hochmann, practican la interpretación científica todos aquellos que, no estando autorizados a producir derecho, pretenden describirlo. Pero esto conduce a una doble ambigüedad: si aceptamos que antes de elegir un significado, el órgano que formulará la interpretación auténtica debe buscar los sentidos posibles, ¿debemos considerar que es este órgano el que, en un primer momento, formula la interpretación científica? Y, ¿sostendría TH que la interpretación formulada por de Gaulle según la cual “proyecto de ley relativo a la organización de los poderes públicos” significa “proyecto de ley constitucional” es una interpretación científica porque de Gaulle no estaba expresamente autorizado a dar una interpretación auténtica del artículo 11 de la Constitución?

Sin embargo, esta primera definición choca con otra definición de interpretación como actividad de conocimiento, independientemente de quien la

practique. Siguiendo a Kelsen, TH denomina interpretación a una operación intelectual: “la búsqueda del significado de los enunciados, que el órgano lleva a cabo para identificar la norma que debe aplicar” (sección 2.2).

El criterio relativo al autor de la interpretación es, entonces, claramente insuficiente, y si la interpretación consiste en la búsqueda del significado de un enunciado, una búsqueda que es practicada por todos, es necesario que ella presente alguna otra característica para merecer ser llamada científica.

Esto es lo que ahora debemos intentar tratar de reconstruir para comprender la concepción de ciencia sobre la que se basa TH. Aunque no lo dice expresamente, es claro que para él la interpretación científica es una rama de la ciencia del derecho, pero es igualmente claro respecto a que, al igual que con su definición de interpretación, se aparta significativamente de las ideas de Kelsen sobre la cientificidad de la ciencia del derecho.

3.2. La interpretación científica, una rama de la ciencia del derecho

Por supuesto, TH distingue, como Kelsen, la ciencia de su objeto, con esto quiero decir, la ciencia del derecho y el derecho. Al igual que Kelsen, TH considera que el derecho es un objeto específico porque está construido por normas, que son significados, es decir, no hechos empíricos, sino entidades ideales. Del mismo modo, sostiene que la ciencia del derecho debe limitarse a describir su objeto, o lo que es lo mismo, abstenerse de toda prescripción o juicio de valor. Como Kelsen, admite que la ciencia del derecho no produce normas, sino que enuncia proposiciones relativas a normas, de lo que parece deducirse que, del mismo modo, la interpretación científica no produce ni normas ni interpretaciones, sino proposiciones que describen los significados de los enunciados jurídicos.

Pero si la teoría de la interpretación científica de Kelsen distaba de ser satisfactoria, la que propone TH sufre de graves defectos: no se sabe cuál es el objeto de interpretación científica; su método de interpretación, que pretende descubrir el sentido literal de los enunciados, no incluye un medio confiable que permita identificarlo; las proposiciones a las que llega no tienen el valor de verdad; esas proposiciones no cuentan con alcance práctico

o teórico; y no se ajustan al ideal de pureza axiológica. A continuación, se examinarán tales defectos uno por uno.

3.2.1. Un objeto incierto

¿Cuál puede ser el objeto específico de esta rama de la ciencia del derecho? TH indica en reiteradas ocasiones que, puesto que los enunciados expresan normas y que interpretar es describir los significados, la interpretación describe normas. El derecho, afirma TH, es “un sistema de normas puestas por seres humanos, esencialmente mediante enunciados. La interpretación científica procura por lo tanto identificar los significados de esos enunciados” (sección 3.1). Hablar del significado de enunciados, en lugar del significado de normas, es, sin duda, una mejora con respecto a Kelsen, porque si una norma es el significado de un acto humano, ella no puede por sí misma tener un significado.

Pero de ello no se sigue, como él pretende, que el conocimiento del significado de un enunciado sea el conocimiento de una norma. El derecho no es la única actividad humana que se lleva a cabo mediante enunciados. ¿Diríamos que el conocimiento de estas actividades, por ejemplo, la política, los cultos o la brujería, requiere que busquemos el significado de los enunciados emitidos por los políticos, los sacerdotes o los brujos? Solo quienes creen en las profecías de Nostradamus piensan que podemos conocer el futuro interpretándolas. Solo los creyentes pueden pensar que la interpretación de los evangelios revela algo acerca de la naturaleza humana o divina de Jesucristo. Las normas son solo ser un objeto indirecto, que solo podemos conocer si realmente son el significado de los enunciados.

Sin embargo, TH no nos dice nada acerca de la naturaleza de los significados. Se niega a reducirlos a la intención del legislador del mismo modo que pretende rechazar los “llamados métodos de interpretación” –veremos que su rechazo no es el mismo que el de Kelsen y que está lejos de ser absoluto–, de modo que la interpretación lexical de los enunciados, incluso de los enunciados que son efectivamente jurídicos porque emanan de órganos estatales, no puede revelar otra cosa que el significado de los términos que forman parte del enunciado, a menos que se postule que existe un signifi-

cado objetivo de ciertos enunciados que no depende ni de la voluntad del hablante, ni de la percepción de ningún destinatario, ni de ninguna función objetiva, sino solamente de las propiedades del lenguaje. Sin embargo, esto último es lo que TH parece admitir.

También hay que señalar que la interpretación científica, es decir, la interpretación lexical, es incapaz de ayudarnos a identificar los enunciados “jurídicos”. Aunque conociéramos todos los sentidos de las palabras que forman la expresión “Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano”, y aunque cada una de esas palabras tuvieran un único sentido, en un cierto momento determinado de la historia, nos sería imposible establecer si se trata de un texto jurídico y en qué nivel de las normas del ordenamiento jurídico se supone que se encuentra.

Del mismo modo, dado que el derecho es un *sistema* de normas, como TH señala acertadamente, la interpretación de los enunciados no podrá alcanzar el conocimiento de las relaciones entre las normas. El significado del término “preámbulo” no nos dice si el preámbulo de la Constitución de 1958 expresa normas jurídicas y, en caso afirmativo, si ellas son de rango constitucional, infra o supraconstitucional.

La interpretación científica es, entonces, incapaz de determinar el corpus lexical a partir del cual identificar los significados ¿Se trata del lenguaje ordinario o del lenguaje de los juristas? Además, ambos tipos de lenguaje evolucionan. La interpretación lexical permite identificar, para un mismo término, uno o más significados antiguos, uno o más significados modernos, uno o más significados del lenguaje ordinario y del lenguaje específico de los juristas.

Además, los enunciados se formulan según reglas sintácticas que también determinan su significado. Sabemos el papel que puede jugar en la argumentación de los juristas la máxima de que “en el lenguaje del derecho, el indicativo tiene valor de imperativo”, pero sabemos también que ella no tiene ningún valor universal, que en el derecho constitucional francés, ella se aplica o no según los casos, que el análisis del lenguaje no aporta ninguna indicación sobre este tema y que ella tiene solo una función retórica.

TH insiste sobre la idea de que conocer el significado de los enunciados es conocer el derecho, esto es, el derecho *positivo*. Sin embargo, repite constantemente que la interpretación científica tiene como objetivo buscar

los sentidos *posibles*. Si bien es cierto que el sentido de un término o de un enunciado, es el uso que hacemos o que podemos hacer de él, estos usos son totalmente imprevisibles y solo se revelan *a posteriori*. Dado que de Gaulle pudo utilizar la formulación del artículo 11 como argumento en 1962 ¿debemos admitir que reveló uno de los posibles sentidos de este texto y que se apoyó en una forma de conocimiento del derecho positivo?

Del mismo modo, antes de la introducción del matrimonio igualitario, las palabras “los cónyuges” en el lenguaje cotidiano se referían a marido y a la mujer, pero otro significado posible era “los unidos por los lazos del matrimonio”. En 2004, el alcalde de Bègles celebró un matrimonio entre dos hombres, basándose en el hecho de que en el título relativo al matrimonio el Código Civil no precisaba el sexo de los cónyuges. Posteriormente el matrimonio fue finalmente anulado. ¿En qué sentido el conocimiento de este significado posible es conocimiento del derecho? ¿Deberíamos decir que el Código Civil contenía, en esa época, disposiciones alternativas que permitían celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo o bien que prohibían su celebración? Una respuesta positiva implicaría enfrentarse con todas las objeciones realizadas a la teoría kelseniana.

¿O deberíamos decir que hacer la lista de los significados posibles es revelar la existencia de una norma jurídica que habilita al juez a validar o no sus matrimonios? Esta segunda respuesta sería excelente, pero no sería otra cosa que la respuesta realista.

Si la interpretación consiste en “extraer todos los sentidos o el mayor número de sentidos posibles”, ¿puede tener por objeto el derecho *positivo*,⁵ esto es, lo establecido por una voluntad humana? Para afirmarlo, será necesario presuponer que el legislador “o el constituyente” podría *querer* prescribir una conducta, pero también la conducta contraria. Una respuesta tal excede por mucho la teoría kelseniana de la cláusula alternativa tácita, que no imputa tal voluntad al constituyente y que solo funciona como recurso retórico para conciliar la idea de que una ley sólo es válida si se ajusta a las condiciones impuestas por la constitución con la constatación de que el derecho positivo trata como válidas leyes que no lo hacen. Para intentar

⁵ TH afirma: “Para mí se trata de establecer la manera de llevar a cabo una interpretación científica y, por tanto, de conocer el derecho positivo” (sección 2.4.).

esta conciliación, Kelsen parte del supuesto de que la constitución contiene una cláusula alternativa tácita, pero se trata sólo de una hipótesis necesaria y Kelsen no pretende atribuir al constituyente la intención de expresar una cláusula de ese tipo. La teoría de *Kalkül* de Merkl, incluso en una notable presentación hecha por TH, no es en realidad muy diferente, pues consiste en afirmar que los actos ilícitos pueden ser rehabilitados por una norma habilitante y que, si una norma tal no existiera en el derecho positivo, sería necesario presuponerla (Hochmann, 2019, pp. 333 y ss., particularmente 354).

Así, para TH el verdadero objeto de la interpretación científica no es, ni directa ni indirectamente, el derecho positivo, sino simplemente un conjunto de enunciados.

3.2.2. Método: dependencia del objeto

TH deja en claro que rechaza, como Kelsen, los “supuestos métodos de interpretación”, pero sin recordar las razones de ese rechazo en la *Teoría pura del derecho*. La razón de que sean “supuestos métodos” es que se presentan como medios para descubrir el significado verdadero de los textos, cuando en realidad no existe ninguno. Como pueden conducir a resultados diferentes, la elección de un método solo es un argumento para hacer prevalecer las propias preferencias e intereses.

Por eso nos sorprende que, después de denunciar estos supuestos métodos y afirmar que “un texto no requiere ningún método que haya que aplicar a conciencia para descubrir su significado” (sección 2.3), TH propone también un método, “dependiente del objeto” (sección 3.1.) e incluso “un método fácil”. La sorpresa es resultado del hecho que este método fácil es justamente uno de los “supuestos métodos”, la interpretación lexical. Ciertamente se defiende de la acusación de que él también busca un sentido verdadero, porque sostiene la interpretación científica no selecciona uno entre los diferentes sentidos. Esto no es del todo exacto, ya que TH considera que los diferentes sentidos generados por la interpretación lexical, con la exclusión de todos los otros (los que podríamos establecer utilizando otros métodos) son los sentidos verdaderos, de modo que eligiendo uno de los otros sentidos el intérprete auténtico dejaría de aplicar el derecho y devendría creador.

TH tampoco indica el *corpus* a partir del cual la interpretación científica obtendrá el sentido literal de los términos del enunciado. Además, cuando un término tiene sentidos muy diferentes en distintas épocas, si el intérprete científico indica todos estos sentidos, posteriormente será imposible distinguir una interpretación de una creación.

No logra tampoco escapar a la crítica cuando presenta el o los sentidos literales como los verdaderos sentidos del enunciado sin indicar cómo consigue identificarlos. TH pretende basarse, como Richard Posner, en la intuición, pero sin precisar la intuición de quién. ¿La intuición de un “científico”, la de un profesor de derecho? ¿O bien la intuición de un hombre de la calle, de un “hablante normal”? ¿O quizás la intuición de un juez –Posner es un antiguo profesor de derecho que se convirtió en juez federal –? Es necesario remarcar que la intuición de la mayoría de estas personas puede incluso conducirlos a descartar el sentido literal. Para poner un ejemplo clásico, el intérprete “normal” al que se refiere TH, que va al parque con un niño, sabrá intuitivamente que un cochecito no es un vehículo “en el sentido de la ley” y, entonces, que el vehículo cuya entrada está prohibida es aquel susceptible de alterar el orden público en el parque, porque es ruidoso, contamina y representa un peligro para los paseantes. Por consiguiente, es difícil ver cómo el recurso a la intuición puede tener algo de científico. Si TH admite que la intuición permite dar al enunciado, al momento de la aplicación concreta, el significado más adecuado a las circunstancias, no podemos sino alegrarnos de verlo unirse a la concepción realista.

3.2.3. El valor de verdad

Si la interpretación científica consiste en describir el sentido literal, la interpretación científica debe llegar, como todo planteamiento científico, a proposiciones que sean susceptibles, por un lado, de ser verdaderas o falsas y de ser testeadas, esto es, verificables o refutables, y, por otro lado, de aumentar el conocimiento, es decir, que no sean triviales.

Es cierto que la interpretación científica de Kelsen no satisface la primera condición, porque tiene la pretensión de enumerar los significados posibles, mientras que la lista de los significados posibles no puede ago-

tarse, y aunque algunos de esos significados, como el significado literal, a veces sean identificables y verificables con la ayuda de un diccionario, otros, como el significado funcional, no lo son.

La interpretación científica de TH, en la medida en que pretende describir el sentido literal de las palabras, puede parecer que satisface la primera de estas condiciones: afirmar que en francés la palabra “perro” designa un “género de mamíferos del orden de los caninos digitígrados” es cierto si la palabra es efectivamente utilizada por los hablantes competentes en relación con un dóberman o un chihuahua.⁶ Sin embargo, tal verdad es perfectamente trivial, y el conocimiento del derecho positivo que aporta esta proposición no será de ninguna ayuda para quien quiere pasear su perro en un parque donde esté prohibida la entrada a los perros.

Sin embargo, es posible que la palabra no sea empleada en uno de los sentidos generados por el análisis lexical sino en otro sentido, por ejemplo, funcional. A veces, el propio legislador declara explícitamente que “en el sentido de la presente ley” tal o cual palabra debe entenderse de tal manera. Sin duda, en este caso, TH podrá proponer una interpretación literal no fundada sobre el sentido del *definiendum* en los diccionarios, sino sobre el sentido de las palabras de la ley que componen el *definiens*. Esta proposición será siempre verdadera y siempre trivial. Pero si el legislador ha utilizado la palabra en un sentido diferente del sentido literal, sin dar una definición explícita, el análisis literal deberá ser considerado como falso.

3.2.4. Método: análisis literal o lexical

Tras rechazar, como vimos, los “supuestos métodos de interpretación” y afirmar que la interpretación realizada por un intérprete normal no es un método, ya que se distingue de los métodos por su objeto: trata de enunciados, mientras que los pretendidos métodos no buscarían el significado de los textos, sino otra cosa, la intención del legislador, por ejemplo, TH identifica la interpretación científica con la “búsqueda” del sentido literal.

⁶ Esta es la definición dada por el Trésor de la Langue Française (Recuperado de: <http://atilf.atilf.fr/>).

Admitimos que nos cuesta entender por qué la búsqueda del sentido literal de un enunciado no sería un método para llegar al conocimiento de ese sentido.

No obstante, es necesario destacar dos puntos. Por un lado, puede ocurrir que la interpretación del legislador coincida con el significado del texto y que encontremos esa intención recurriendo a la interpretación literal. Podemos considerar que, como el legislador ha expresado su voluntad en un enunciado, la interpretación del enunciado permite conocer su voluntad. Sin duda, podemos también buscar esta voluntad de otros modos, por ejemplo, a través de la historia del proceso legislativo o relacionándola con otros enunciados, pero la interpretación literal puede de todos modos contribuir a ello.

Esta es, además, la justificación de los originalistas, quienes procuran interpretar los términos dándoles el sentido que le daban los padres fundadores, es decir, el sentido literal (*plain meaning*) en el momento en que se adoptó la constitución. Scalia escribe, por ejemplo, que “si el lenguaje es claro, existe una fuerte presunción de que refleja la intención del legislador, incluso si los trabajos preparatorios revelan una intención contraria, a menos que resulte en un absurdo evidente”.⁷

Por otro lado, TH recomienda, a fin de descubrir el sentido literal, confiar en la intuición y “recurrir a la interpretación que daría un intérprete normal” (sección 3.2). Pero el intérprete normal, hemos visto, es quien utiliza su intuición. Sin embargo, hay casos en donde la interpretación, intuitiva o no, revela lo absurdo del sentido literal y conduce necesariamente a la conclusión de que el legislador debió tener una intención diferente. En el ejemplo del parque, donde la entrada a los vehículos y a los perros está prohibida, la interpretación literal mostraría probablemente que el legislador no tenía la intención de prohibir a las ambulancias o a los cochecitos de niños, ni autorizar el paseo de cocodrilos.

TH sostiene que lo importante no es lo que el legislador quiso expresar, sino lo que, de hecho, expresó, pero no indica cómo comprender una creación del derecho independiente de toda voluntad humana. Es concebible que el legislador quiera no solo la norma que enuncia, sino todas las con-

secuencias que las autoridades competentes podrían extraer de ella. Pero, ¿cómo concebir un sistema jurídico en el que se imputaran al legislador las consecuencias más absurdas de la imperfección del lenguaje natural o incluso de un vulgar *lapsus calami*?

3.2.5. Interés y alcance

Por último, podemos esperar que una teoría conduzca a proposiciones que no solo sean verdaderas, sino genuinamente informativas, y que presenten un interés y un alcance que no sea puramente ideológico.

A la pregunta sobre qué utilidad puede implicar la afirmación de que un enunciado tiene tal significado cuando un intérprete auténtico decide que posee un significado contrario, TH responde que esta última decisión no es “correcta” o “válida”,⁸ sino solo “vigente”, sin explicar cómo una norma jurídica podría no ser válida. Como lo subraya Kelsen, si un acto, como la decisión interpretativa, tiene el significado de una norma jurídica, es porque ella es conforme a –Eisenmann prefirió, acertadamente, decir “compatible con”– una norma superior, de suerte que mientras que ella no haya sido anulada por un órgano competente, la decisión del intérprete auténtico debe ser considerada como válida, aunque sea contraria al enunciado tal como es interpretado por un intérprete privado, incluso “científico”.

Cabe señalar de paso, que cuando TH afirma que la decisión interpretativa no es correcta, contradice la tesis del *Fehlerkalkül*, en la que se posiciona, según la cual existiría una norma de autorización, en ocasiones explícita, pero que debería a veces presuponerse, de modo que el juez se conforme siempre al derecho, aunque se comporte de otro modo al que está prescripto por el texto.

Considerarla, como lo hace TH, “no válida”, sería absurdo. En primer lugar, porque, según esta concepción, corresponde a la interpretación científica determinar la validez de una norma. Solo comparando la interpretación auténtica con los resultados de la interpretación científica podremos

⁸ Analizando la tesis de Riccardo Guastini, TH considera a ambos términos como sinónimos (véase 4.2.1. Validez y conformidad).

establecer si el órgano estatal aplicó el derecho eligiendo uno de los significados obtenidos por la interpretación científica o, al contrario, si no aplicó una norma preexistente, sino que creó derecho nuevo sin autorización. Por tanto, es la interpretación científica la que proporcionaría el criterio de validez. El hecho de que ella se limite a una descripción del significado lexical no altera esta conclusión, si es afirmamos que la interpretación lexical es la única que revela el derecho positivo.

Por otra parte, si la decisión interpretativa auténtica no fuera válida, habría que considerar que todas las normas, y todos los actos realizados aplicando esas normas, tampoco son válidos. Si se debe considerar inválida la decisión de de Gaulle de someter a referéndum un proyecto de revisión constitucional para modificar el método de elección del presidente de la República, la ley constitucional de 1962 también es inválida, al igual que la elección de 1965 y todas las elecciones presidenciales posteriores. Si la decisión del Consejo constitucional de 1971 es inválida, entonces una gran parte de la jurisprudencia que la siguió debería ser considerada inválida.

A lo sumo, podríamos sostener, como Guastini (2013), que la interpretación científica permite distinguir entre la interpretación jurídica y la creación del derecho.⁹ La interpretación científica consiste, según Guastini, en hacer una lista de los significados posibles, que no se limita a la interpretación literal, una lista que diseña un marco y dentro del cual la interpretación auténtica elige a fin de aplicar la norma. Solo cuando constatamos que el intérprete auténtico eligió un significado fuera del marco es que podemos decir que creó derecho. Así pues, la interpretación auténtica crea derecho no solamente cuando elige uno de los significados obtenidos por la interpretación científica, sino también y, sobre todo, cuando se sale de ese marco. Pero se trataría de una creación no autorizada por la norma.

Aparte de que una creación de derecho no autorizada por una norma sería una *contradictio in adjecto*, esta tesis choca con la objeción que hemos avanzado contra la idea de que la decisión sería adoptada sobre el fundamento de una interpretación auténtica pero no conforme (o errónea o

⁹ TH pretende seguir a Guastini, quien también pudo sostener que la decisión del interprete autentico podría no ser conforme, pero Guastini no hace del sentido literal por si solo el estándar que sirve para medir si la decisión del interprete autentico es válida o no.

incorrecta): no podemos inferir ninguna consecuencia práctica o teórica, al menos que todos los actos realizados a raíz de esta decisión sean considerados como inválidos.

Según una variante de esta tesis, decisiones tales como, por ejemplo, la del presidente de la República en 1962, o la del Consejo constitucional en 1971, no constituyen actos de aplicación del derecho, sino revoluciones. Ellas serían válidas porque, como en el caso de una nueva constitución, por encima de la cual no hay norma positiva, debemos presuponer lógicamente una nueva norma fundamental.

Presentada de este modo, la tesis escapa ciertamente a la crítica del absurdo, en la medida en que ella permite considerar como válidas a las normas que se han formulado a raíz de la decisión en cuestión, pero tropieza sin embargo con otras dificultades, no menos serias, vinculadas al hecho de que es la interpretación científica la que permitiría distinguir lo que constituye una revolución de lo que es una aplicación normal del derecho. Por un lado, si toda interpretación auténtica que se aparte del sentido literal es un “revolución”, entonces no solo es una revolución la decisión del Consejo constitucional de 1971, sino también la de 1975 (sobre las relaciones con el derecho internacional) y muchas otras. Nos arriesgamos a una revolución permanente, a menos que TH nos presente una versión de la navaja de Ockham que evite las clasificaciones *praeter necessitatem*.

3.2.6. Neutralidad

¿Si la interpretación científica no es científica según la concepción cuasiempirista de la ciencia, podemos al menos decir que ella es científica porque es pura de toda ideología?

Para Kelsen el carácter esencial de una ciencia es la pureza, o al menos la búsqueda de un ideal de pureza. “En efecto su pureza reside esencialmente en el hecho de que desea ser una ciencia y no una política” (Kelsen, 1992, p. 567).

Del mismo modo, TH afirma que “es posible describir al derecho de una manera neutral” (Hochmann, 2024, sección 4), es decir depurado de toda ideología. Y se defiende contra la crítica según la cual “toda interpretación se basa en la elección previa de un método, que revela una ideolo-

gía” (sección 4.1.2), y añade que esta crítica se aplica contra los supuestos “métodos de interpretación” pero no contra la interpretación literal.

Distinguiendo entre los dos elementos del ideal de pureza, el rechazo de todo compromiso político o ideológico y la pureza axiológica, él puede mostrar que su tesis no está al servicio de una ideología particular. Sin embargo, le resulta más difícil sostener que ella no es prescriptiva salvo desde un punto de vista metodológico.

En efecto, si bien la interpretación científica en el sentido de Kelsen no es prescriptiva, ya que consiste en enumerar el mayor número posible de sentidos, sin promover un método particular, y tampoco afirma que el órgano que elige un significado fuera del marco lleva a cabo una interpretación errónea o incorrecta, la teoría de TH es diferente. Según este último, solo una interpretación literal permite conocer al derecho, de suerte que una decisión basada en una interpretación diferente sería incorrecta. Abogar por una interpretación literal no es una prescripción metodológica, sino una pretensión de definir qué es el derecho positivo.

Por lo tanto, la acusación del iusnaturalismo no es en absoluto infundada. La teoría de TH no prescribe un conjunto de valores que podríamos identificar con una ideología determinada, pero tampoco es el caso de ciertas formas de iusnaturalismo. Si por iusnaturalismo entendemos no solo la afirmación de que existe un derecho por encima del derecho positivo y que ordenaría desobedecer de este último en caso de conflicto, sino también todo intento por definir el derecho positivo desde un punto de vista externo al derecho mismo, entonces la teoría hochmanniana de la interpretación científica es efectivamente iusnaturalista.

4. Conclusión

Sin duda la teoría de la interpretación científica de Kelsen no escapa a las críticas. Ella es científica solo porque es obra de profesores de derecho. Pero, al menos, no pretende ofrecer un conocimiento del derecho positivo, ni reducir el significado de los enunciados jurídicos a su significado literal. La interpretación científica defendida por Hochmann no es científica en ningún sentido de la palabra. No corresponde ni a la concepción empirista

de las ciencias naturales, ni a la concepción cuasiempirista de Kelsen, ni a la concepción de las ciencias del espíritu. Ella pretende ser científica en tanto aspira al conocimiento, pero a lo sumo se trata de un conocimiento del lenguaje y no ciertamente un conocimiento del derecho positivo.

Bibliografía

- Aron, R. (1976). *Les étapes de la pensée sociologique*. París: Gallimard.
- Bobbio, N. (1998). Être et devoir-être dans la science du droit (M. Guéret y C. Agostini, Trads.). *Essais de théorie du droit: recueil de textes* (pp. 185-206). Bruxelles y París: Bruylant - L.G.D.J. (Original publicado en 1967).
- Golanski, A. (2002). Linguistics in Law. *Albany Law Review*, 66, 61-121.
- Herzl, T. (2008). *L'Etat des Juifs: de l'État des Juifs à l'État d'Israël* (C. Klein, Trans.). París: La Découverte. (Original publicado en 1896).
- Hochmann, T. (2019). 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). París: Mare et Martin.
- Hochmann, T. (2024). Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica. *Discusiones*, 33.
- Kelsen, H. (2000). Une théorie réaliste et la Théorie pure du droit (E. Millard y G. Sommeregger, Trads.). En E. Millard, O. Jouanjan y G. Sommeregger (Eds.), *Théories réalistes du droit* (pp. 15-42). Strasbourg: Annales de la faculté de droit de Strasbourg. (Original publicado en 1959).
- Kelsen, H. (1962). *Théorie pure du droit* (C. Eisenmann, Trad.). París: Dalloz. (Original publicado en 1959).
- Kelsen, H. (1992). Qu'est-ce que la théorie pure du droit? (P. Coppens, Trad.), *Droit et Société*, 22, 551-568 (<https://doi.org/10.3406/dreso.1992.1187>). (Trabajo original publicado en 1953)
- Mohamed-Afify, A. (2015). La Constitution égyptienne de 2014: entre traditions et tendances révolutionnaires. *Revue française de droit constitutionnel*, 101, 121-144.

- 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.
- Pfersmann, O. (2002). 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).
- Troper, M. (2002a). Réplique à Otto Pfersmann. *Revue française de droit constitutionnel*, 50(2), 335-353.
- Troper, M. (2002 b). Ross, Kelsen, et la validité. *Droit et société*, 50(1), 43-57.
- Troper, M. (1981). Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique. *Revue Internationale de Philosophie*, 35(138-4), 518-529.

¿Interpretar o dar cuenta de las interpretaciones de otros? Una réplica

*Interpreting or Accounting for Interpretation by Others? A reply**

Thomas Hochmann**

Recepción: 03/02/2024

Evaluación: 10/02/2024

Aceptación final: 08/08/2024

Resumen: Esta réplica responde a las observaciones críticas de Véronique Champeil-Desplats, Arnaud Le Pillouer, Éric Millard y Michel Troper sobre el texto “Algunas consideraciones teóricas sobre la interpretación científica”. Aquí ofrezco precisiones sobre el concepto de derecho que asumo y el papel de la jurisprudencia, defendiendo el carácter “científico”, es decir neutral y descriptivo, del enfoque interpretativo presentado, y subrayo el interés de los resultados allí obtenidos, a pesar de (o incluso en virtud de) su contradicción con el “sentido común” o con las decisiones de las autoridades jurídicas. En general, parece que sí es posible describir los discursos sobre el derecho, como defienden los realistas, también debe ser posible describir el derecho mismo.

Palabras clave: interpretación, concepto de derecho, ciencia del derecho.

Abstract: This reply responds to the critical remarks made by Véronique Champeil-Desplats, Arnaud Le Pillouer, Éric Millard and Michel Troper on the text “Some theoretical remarks on scientific interpretation.” I specify the concept of law and the role of case law, I defend the “scientific” character, that

* Traducción del francés de 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.

is to say neutral and descriptive, of the interpretive approach presented, and I underline the interest of the results obtained, in despite (or even because of) their contradiction with “common sense” or with the decisions of legal authorities. Throughout the paper, it appears that if one can describe discourses about the law, as realists defend, one can also describe the law itself.

Keywords: concept of law, interpretation, legal science.

1. Introducción

La atenta lectura a la que mis colegas de Nanterre sometieron mi texto me honra enormemente. Les agradezco mucho los numerosos comentarios que me permiten ahora aclarar mi posición, ya sea precisándola o enmendándola (marginalmente). Sus observaciones se refieren al objeto de la interpretación (2), al enfoque asumido para interpretar (3) y a la utilidad de los resultados obtenidos (4).

2. El objeto de la interpretación

2.1. La definición de derecho

Definé el derecho como un conjunto de normas expresadas por enunciados producidos de acuerdo con otras normas del sistema considerado como jurídico. Entre mis colegas, la definición de derecho es menos explícita, y por una buena razón: su objetivo difiere profundamente del mío. No pretenden describir el derecho, sino los discursos de un cierto número de actores. Los genoveses, como los colegas de Nanterre, parecen querer incluir en el concepto de derecho todos los argumentos a los que apelan los “juristas”: las “teorías” de la separación de poderes o de la soberanía, los “principios”, las máximas latinas y todo lo que un jurista es capaz de invocar en apoyo de la solución que defiende. Esta diferencia reaparecerá a menudo en nuestros desacuerdos: todo proviene de esta elección primaria.

Como todos reconocen, la definición de derecho es estipulativa. Por tanto, no es verdadera ni falsa, sino más o menos pertinente dependiendo

de dos criterios: su cercanía respecto de las concepciones más comunes, por un lado, y aquello que permite conocer, por otro lado. Sobre el primer punto puedo sólo ofrecer vagas impresiones, pero me parece que mi concepto choca mucho menos con el “sentido común” que el que incluye en el derecho todos los argumentos de los juristas. ¿No lo reconoce el mismo Arnaud Le Pillouer (2024) cuando, reacio a hacer de la Biblia, citada por un juez, un componente del derecho positivo, la compara con “fuentes más clásicamente consideradas jurídicas” (sección 4.4)?

El interés heurístico de mi concepto de derecho parece innegable. Permite describir una norma jurídica fuera de su aplicación y comparar las aplicaciones y, más ampliamente, los discursos de los actores con las normas que dicen aplicar. En este sentido, mi propuesta presenta ciertas similitudes con la de los genoveses, aun cuando su descripción del derecho se ve obstaculizada por una concepción demasiado amplia del objeto. Semejante empresa, sin embargo, no es accesible al realista de Nanterre que, como Le Pillouer (2024), pretende abocarse a la “descripción del derecho positivo” (sección 4.4) describiendo el modo en que ciertas autoridades “dicen aplicar el derecho positivo” (sección 4.4), lo que equivale a asimilar el derecho a lo que ciertos actores afirman que es. En mi teoría, la ciencia del derecho realiza interpretaciones y puede comentar las interpretaciones de otros. En las teorías realistas, la misión única (Nanterre) o dominante (Génova) de la ciencia del derecho es, como escribe Éric Millard (2024), “dar cuenta de la interpretación” (sección 4) de los demás.

Volvamos al ejemplo del juez que cita la Biblia. Para responder a las preguntas que pretende abordar (¿creó el juez una excepción a una norma legislativa? ¿Pretendió evitar la aplicación de una norma internacional?), Le Pillouer necesitará identificar la norma legislativa y la norma internacional, que forman parte de mi concepto de derecho. Le Pillouer piensa que yo criticaría al juez por haber utilizado erróneamente el argumento bíblico, pero en ninguna parte he dicho que sea deseable que los jueces citen tal o cual cosa. Sobre todo, mi colega piensa que no podría decir nada sobre esta decisión judicial. Aquí hay un malentendido que es necesario aclarar.

2.2. La jurisprudencia

Mi propósito es ofrecer una defensa de la interpretación de los enunciados jurídicos. De ningún modo he afirmado que fuera imperativo limitarnos a eso. Incluso creo haberlo dicho explícitamente: “El papel y el estudio de los argumentos [empleados por las autoridades jurídicas] son de suma importancia al examinar el funcionamiento de un sistema jurídico” (Hochmann, 2024, sección 3.1). Simplemente enfatice que su estudio no surgirá de la interpretación científica de los enunciados jurídicos. Quizás convenga insistir en estos dos puntos: la naturaleza jurídica o no de los discursos judiciales que acompañan una decisión, y el interés de añadir a la descripción del derecho positivo elementos que no guardan relación con él.

¿Sobre qué se escribe cuando se escribe sobre derecho? ¿Qué se estudia cuando se estudia derecho? No sólo derecho. Buena parte del interés está puesto en el comportamiento de los órganos jurídicos y, en particular, en la motivación de las decisiones judiciales. Estos elementos, repito, son muy importantes para entender cómo funciona un sistema jurídico. Pero no debemos confundir el “derecho” como disciplina con el derecho positivo. Muchos de los fenómenos a los que prestamos atención en el estudio del derecho no pertenecen al derecho positivo, y esta no es razón para ignorarlos. Simplemente, desarrollamos un conocimiento más fino si no los asimilamos, *a priori*, al derecho positivo.

Sin embargo, observa Le Pillouer, el estatus jurídico o no de las normas abstractas formuladas por los jueces depende del derecho positivo. Tiene razón en este punto. Ciertamente, ningún sistema jurídico que yo conozca faculta a un juez para producir tales normas, ni siquiera el derecho de los Estados Unidos. Michel Troper identifica una norma de ese tipo en la Constitución francesa, pero las disposiciones relativas al Consejo Constitucional sólo le permiten destruir leyes o impedir su entrada en vigor, y no modificar el marco constitucional.¹ Ciertamente, es perfectamente posible que el derecho positivo contenga dicha autorización. Pero esa posibilidad no constituye en modo alguno una amenaza para mi proyecto: estas normas están puestas

¹ También me parece erróneo afirmar, como Troper, que Hans Kelsen considera que el juez crea la norma que aplica, pero este punto es aquí incidental. Véase Hochmann (2017).

en textos y yo estoy en condiciones de interpretarlos. Al afirmar que los enunciados normativos del juez no forman parte del derecho positivo, cuestioné su carácter jurídico, pero no la posibilidad de interpretarlos.

2.3. Enunciados, significados y normas

El objeto de la interpretación es el enunciado y su resultado es la norma, que es el significado del enunciado. Ciertamente, como señala Éric Millard (2024), hablo frecuentemente de “la interpretación del derecho” (sección 4) cuando, en beneficio de la precisión, sería necesario hablar de la interpretación de enunciados cuyo significado son las normas que forman el derecho. Espero que me perdonen este desliz lingüístico.

Mi propuesta inspirada en Klinghoffer ha suscitado algunas observaciones. En lugar de concebir la pluralidad de significados de un enunciado como una pluralidad de normas potenciales, muestro que el enunciado más bien expresa una única norma que contiene una alternativa cuyas ramas son excluyentes. Por ejemplo, ordena o bien que el comercio cierre a las 6 p.m. y no vuelva a abrir hasta el día siguiente, o bien que el comercio cierre a las 6 p.m. y que vuelva a abrir en cualquier momento. Sobre este punto es posible introducir tres precisiones.

En primer lugar, Le Pillouer se equivoca al considerar que esto es una reducción de la norma a su enunciado. La norma es aquí, en efecto, fruto de la interpretación. Se compone de la variedad de significados, y de la existencia misma de esa pluralidad, que forma parte también del significado del enunciado. Decir que un enunciado tiene varios significados es decir que tiene un significado plural. Por tanto, la norma es ciertamente el significado del enunciado, pero respetando todo el alcance de ese significado. También surge que la norma no puede cambiar si el enunciado no cambia.

En segundo lugar, hay que subrayar que este argumento no equivale a defender la tesis clásica del significado único, que tradicionalmente se opone a la idea de que un enunciado, en su contexto, puede asumir una pluralidad de significados. Al contrario de lo que parece sugerir Véronique Champeil-Desplats, mi posición está conectada con esta segunda tesis. Simplemente, reúno esa pluralidad de significados en un significado con contenido alternativo.

En tercer lugar, esta tesis no corresponde ni a la posición realista ni a la teoría kelseniana de la cláusula alternativa tácita, como sugiere Troper. De hecho, se refiere a la interpretación de enunciados jurídicos y es, por tanto, relativa a los significados. Identifica una alternativa *dentro* del significado del enunciado. Las teorías mencionadas parecen en cambio mirar por fuera de este significado. El realismo y la teoría kelseniana buscan explicar por qué es posible producir derecho sin respetar las normas jerárquicamente superiores.² Este es un problema diferente sobre el que volveré más adelante.

3. El enfoque interpretativo

3.1. ¿Un enfoque científico?

Troper tiene razón: no ofrezco una concepción de ciencia. Espero que de mi texto se desprenda que quería referirme con esto a una empresa neutral, objetiva y descriptiva. Lo importante, por tanto, no es la profesión del intérprete, sino la actividad en sí misma: la interpretación es científica en el sentido de que busca describir, conocer los significados expresados por los enunciados. ¿Puede el enfoque que he defendido lograr este objetivo?

Mis colegas me critican antes que nada el no tener un método para ese propósito. ¿Qué diferencia esta interpretación supuestamente científica de la interpretación ordinaria, se pregunta Champeil-Desplats? De hecho, no mucho, excepto, como escribí, el esfuerzo sistemático por buscar varios significados, donde la lectura ordinaria generalmente se contenta con uno solo. La “interpretación para todos”, según la fórmula de mi colega, es efectivamente una forma de designar el método simple de interpretación del derecho. La experiencia del jurista es necesaria para saber dónde buscar, para identificar los enunciados que han sido producidos en conformidad con las normas del ordenamiento jurídico, pero la interpretación propiamente dicha no requiere una habilidad específica.

² Sobre estas cuestiones, que no pueden ser aquí abordadas en detalle, véase Hochmann (2019a).

Escribí que este “método” ni siquiera era uno, en el sentido de que no constituye un conjunto de instrucciones de uso, ni una sucesión de pasos que deben seguirse conscientemente, a la manera de los métodos de lectura propuestos recientemente por el escritor argentino Eduardo Berti (2023): “Empiece a leer un libro. Antes de llegar a la mitad del camino (en la página 130, por ejemplo), piérdalo. Encuentre otro. Imagine que es el mismo libro, pase a la página 130 y lea desde allí hasta el final”, etc. No tengo una receta de este tipo para ofrecer, no creo que sea necesario explicar cómo identificar los significados de un texto: es suficiente leerlo con atención. Mi lector no necesita saber cómo hacer eso, y puede convencerse de ello si observa que, en este mismo momento, está realizando una interpretación. Así como algunos prueban el movimiento al caminar, nosotros podemos demostrar la posibilidad de la interpretación interpretando. Es ciertamente posible intentar comprender qué sucede en el cerebro del intérprete cuando realiza esta actividad. Este es el objeto de investigación de una parte de las ciencias del lenguaje. Se trata de una cuestión muy interesante, pero me resultaría difícil calificar como “método” a un conjunto de fenómenos más o menos inconscientes. La elucidación de estos fascinantes problemas es, en cualquier caso, inútil para la empresa de describir el derecho.

¿Es tal enfoque “científico”? O, dicho de otra manera, ¿permite *describir* el derecho? Esto será así si tal enfoque permite alcanzar resultados verdaderos. Troper teme que un enfoque tal conduzca en cambio a resultados falsos en los casos en que el legislador utiliza una palabra en un sentido distinto al literal. Pero creo haber especificado en mi texto que el enfoque que defiendo comprende también los significados implícitamente comunicados por el enunciado, dentro de los cuales se encuentran los usos “no literales” del lenguaje. Para poner un ejemplo adicional, ¿la prohibición de “levantar la mano” a un niño, incluye también la prohibición de propinarle patadas?³ La interpretación común de esta fórmula, así como la interpretación estrictamente literal, será considerada como ajustada al enunciado

³ Véase la referencia a Pufendorf en una decisión reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Torres v. Madrid*, 592 US (2021), p. 8: “Esta objeción recuerda la inútil defensa de la persona que ‘negó persistentemente haber puesto las manos sobre un sacerdote, porque sólo lo había aporreado y pateado’. 2 S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* 795 (C. Oldfather & W. Oldfather trad. 1934)”.

y, por tanto, no será considerada falsa. Lo mismo sucede cuando se trata de un desliz de pluma: la interpretación razonable del enunciado incluye el significado que se obtiene al corregir el error. Pero, si el error produce un enunciado dotado de sentido, este otro significado también aparecerá entre los resultados. Se puede mencionar aquí la coma desafortunadamente añadida en una ley aduanera, que le costó al gobierno de Estados Unidos un millón de dólares.⁴ La discriminación entre la versión literal y la versión razonable es una cuestión de argumentación, y no de interpretación científica, es decir no es una cuestión descriptiva.

Pero parece que a veces mis colegas consideran también que los resultados a los que llego carecen de valor de verdad, no son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos. Sería en efecto imposible verificarlos, saber si expresan significados admisibles de los enunciados. Esta afirmación es muy problemática. De hecho, sólo puede basarse en la tesis –que he calificado de absurda y que constituye una caricatura del realismo de Nantterre– de la total indeterminación del lenguaje. Ninguna de las empresas alternativas discutidas sería viable si fuera imposible establecer qué significan los enunciados. Los realistas se interesan por los hechos del lenguaje, explica Millard. Yo también. Si sus conclusiones son verificables, las mías también lo son. Volveré más adelante sobre esta ubicuidad del lenguaje en los estudios jurídicos.

Otro obstáculo para obtener resultados verificables provendría de la multiplicidad de métodos de interpretación y de sus criterios altamente subjetivos, como la “función social o política” (Troper, 2024, sección 2.2). Mis colegas demuestran una vez más que introduciendo todos estos métodos no conseguimos ningún resultado. Me parece que esta crítica no me afecta ya que he precisamente descartado todos estos “métodos”.

⁴ Véase Scalia y Garner (2012, p. 162). En lugar de eximir del impuesto a las “plantas frutales, tropicales y semitropicales”, el texto se centraba en las “frutas, las plantas tropicales y semitropicales”. Las autoridades reconocieron que esta redacción hacía que la exención se aplicara a todas las frutas, y no sólo a las tropicales.

3.2. La exclusión de los llamados métodos de interpretación

¿Por qué distinguir entre los diferentes “métodos” tradicionalmente invocados por los juristas para “interpretar el derecho”? ¿En nombre de qué excluir estos instrumentos? Efectivamente, para el programa de investigación de los realistas no está justificado excluirlos, puesto que pretenden analizar los discursos de los juristas. Desde este punto de vista, como explica Champeil-Desplats (2024), existen efectivamente numerosos métodos, ya que “una pluralidad de métodos en competencia [...] se manifiestan en el ámbito jurídico” (sección 5), son invocados por los actores. Para quien, en cambio, pretenda describir el derecho positivo, el método elegido depende del objeto. Como expliqué, la decisión de rechazar todos estos llamados métodos de interpretación surge de mi concepción del derecho. Si consideramos que el derecho se compone de las normas expresadas por determinados enunciados, su descripción sólo puede consistir en establecer los significados de dichos enunciados. Por lo tanto, el problema con los “métodos” excluidos no es tanto su carácter “científico” o no, sino su objeto. No están destinados a establecer el significado de enunciados sino otra cosa, por ejemplo, la finalidad del legislador o el interés perseguido por la ley.

Me señalan que la búsqueda de la intención del autor forma parte de la búsqueda del significado del enunciado (Champeil-Desplats), o incluso que el derecho positivo es el que ha sido puesto por la voluntad humana (Troper). Ciertamente, los enunciados que son objeto de mi estudio fueron efectivamente producidos por humanos. En este sentido, son fruto de su voluntad, la creación del derecho no es “independiente de toda voluntad humana” (Troper, 2024, sección 3.2.4). Pero eso no significa que el significado de esos enunciados sea el que tal o cual diputado pretendía atribuirles. El enunciado se distingue de su autor, su significado es distinto de la intención del autor.

Imaginemos una máquina capaz de crear aleatoriamente enunciados normativos gramaticalmente correctos. Podríamos comprenderlos, a pesar de que no existe ninguna “voluntad” previa de algún autor del texto. ¿No entendemos lo que nos dice ChatGPT? Si definimos el derecho como un conjunto de normas expresadas mediante enunciados, no existe pluralidad en cuanto al “método” de interpretación relevante. Lo único que importa es el significado de esos enunciados.

Por supuesto, comprender un texto significa siempre formular una hipótesis sobre una intención. Pero esto no implica en modo alguno referirse a otra cosa que no sea el texto mismo. La intención del autor, el propósito de la ley y otras consideraciones similares son simplemente argumentos a favor de un específico significado, o incluso a favor de una particular solución para el caso concreto. No describen el derecho, puesto que aíslan un único significado (o una única aplicación) que o bien está excluido por el texto o bien constituye sólo una posibilidad entre otras. Averiguar qué dijeron ciertos actores sobre el texto cuando fue creado, o cuál podría ser la finalidad de la medida expresada en el texto, son tareas diferentes a analizar lo que significa el texto.

Las consideraciones de mis colegas sobre mi concepción “hilética radical” (Le Pillouer) y sobre un supuesto cuestionamiento por mi parte de la distinción entre el texto y su significado (Millard) son consecuencia del hecho que se concentran en las prácticas de los operadores jurídicos. Los operadores jurídicos anuncian que van a atribuir un significado a un texto, y el enfoque realista se concentra en esos discursos. Pero esto no impide que los enunciados, en su contexto, adquieran significados, independientemente de lo que determinados personajes digan sobre ellos. Por lo tanto, podemos analizar esos significados, de la misma manera que los realistas examinan enunciados que dicen interpretar otros enunciados.

3.3. El método genovés

En numerosas ocasiones los comentarios hacen referencia a las tesis de la escuela de Génova. Millard insiste sobre la interpretación “cognitiva”, que enumera todos los métodos mediante los cuales los juristas dicen interpretar enunciados y luego establece los significados que pueden plausiblemente obtenerse empleándolos. Los resultados así obtenidos, precisa Millard, ofrecen un conocimiento débil, que no tiene valor de verdad. Yo incluso diría, junto con Troper y Le Pillouer, que siguiendo todos estos supuestos “métodos”, referidos tanto al texto como a consideraciones políticas o morales, no obtenemos ningún resultado.

Además, la descripción que se hace de esta “interpretación cognitiva” suscita una duda que formulo con cautela, porque, aunque he leído algunos trabajos teóricos de la escuela de Génova, no he explorado la literatura que ponga en obra sus preceptos metodológicos. Dudo, sin embargo, que sean muchos los autores que desarrollen realmente este programa y que conduzcan una investigación sociológica destinada a identificar los métodos aceptados por una comunidad de juristas, antes de aplicarlos para formular hipótesis sobre los significados que podrían atribuirse a un enunciado. Allí no hay nada muy complicado, afirma Millard. Sin embargo, la tarea parece muy laboriosa y dudo que realmente se lleve a la práctica. El programa de interpretación científica que he defendido, en cambio, es bien simple de llevar a cabo.

Millard muestra claramente por qué los genoveses prestan relativamente poca atención a esa interpretación cognitiva tan difícil de aplicar y con resultados muy limitados. El interés de los realistas (interés exclusivo en Nanterre, dominante en Génova) no recae, pues, en los enunciados jurídicos, sino en los discursos de los juristas. La relación con la interpretación es diferente: mientras yo pretendo interpretar científicamente los enunciados jurídicos, que los realistas desean dar cuenta de la interpretación llevada a cabo por otros. Para mí la interpretación es un método de conocimiento, para ellos es el objeto del conocimiento. Pero para conocer las prácticas interpretativas de los juristas, ¿No deberíamos interpretar lo que dicen? ¿La investigación de los “hechos lingüísticos”, el “análisis crítico del lenguaje” del que habla Éric Millard, no implica comprender el significado de esos discursos? ¿Por qué los resultados que se refieren a esos discursos serían verificables y refutables, pero no los que se refieren a enunciados jurídicos? Me cuesta entender por qué sería posible conocer ciertos significados (los de los discursos de los operadores estudiados) y no otros (los significados de los enunciados a los que se refieren).

3.4. Ubicuidad de la interpretación de los enunciados

A veces tengo la impresión de que, para mis colegas, no podemos saber que el enunciado E1 significa S, sino sólo que alguien dijo que E1 significa S. Sin embargo, para saber eso, debemos saber que el enunciado E2 significa que

El significa S. Los “hechos de atribución de significado” que evoca Millard (2024, sección 2) no son más que enunciados. Ésta, me parece, es la gran debilidad de las críticas dirigidas a la interpretación científica: si fueran convincentes, no se podría decir nada sobre el derecho (ni sobre cualquier otra cosa). De hecho, estos argumentos se basan en la tesis inexpressable, incluso impensable, de la total indeterminación del lenguaje. Cualquier estudio del discurso de los operadores jurídicos supone, por el contrario, que podemos conocer el significado de los enunciados estudiados y, por tanto, cada uno de los argumentos que mis colegas me oponen también golpearían su posición si fueran convincentes.

Unos cuantos ejemplos son suficientes. La lectura atenta de los enunciados jurídicos, explica Champeil-Desplats (2024), “pasa siempre por los ojos o las gafas de un lector situado socialmente, en el tiempo y en el espacio” (sección 3.1). Pero esto nos concierne a todos, sea cual sea el texto que leamos, ya sea una ley, una sentencia judicial, el discurso de un diputado o incluso un comentario doctrinal. Al reducir el conocimiento del derecho a una lectura atenta de sus enunciados, pasaríamos por alto “la complejidad de los procesos de interpretación y reinterpretación cotidianos de los enunciados jurídicos que componen el derecho positivo” (sección 3.2). Pero, ¿cómo podemos conocer estas reinterpretaciones cotidianas si no es leyendo atentamente su enunciación? Si no es posible conocer el significado de los enunciados jurídicos, como dice Éric Millard, tampoco es posible conocer las decisiones de los juristas, sus pretensiones y sus argumentos, que se expresan a través del lenguaje.

En resumen, si no podemos conocer el sentido de los enunciados, no podemos conocer nada sobre los discursos de los juristas. Pero si podemos conocer el significado de los discursos de los juristas, no hay razón para excluir de la posibilidad de conocimiento una parte de esos discursos: aquellos que para producir derecho positivo se producen de conformidad con normas jerárquicamente superiores.

4. El interés de la interpretación

4.1. Discordancia con el sentido común

Troper señala que mis resultados (los de la interpretación científica) serán en ocasiones triviales. La interpretación busca describir el derecho, sin añadirle nada, y esta descripción verdadera resultara a veces trivial. Esta no es una razón para rechazarla. Al patronazgo de Don Quijote agregó de buen grado el de La Palice.⁵ Troper (2024), acompañado por Le Pillouer, señala que, en otras ocasiones, mis resultados serán contrarios a la intuición, al “sentido común de los juristas” (sección 4.3). Así, ante una prohibición de circulación de vehículos en un parque, todo el mundo considerará que un cochecito de bebés no se verá afectado porque sólo están incluidos los vehículos contaminantes o peligrosos.

Sin embargo, mi investigación no se refiere a cuál es la decisión más razonable en un caso concreto, sino al significado de los enunciados. La incompatibilidad con lo que piensa la mayoría de los juristas no es en modo alguno un problema, porque la mayoría de los juristas no practica la interpretación científica, sino que, en cambio, se esfuerza por defender una solución a través de diferentes estrategias argumentativas. Por lo tanto, el hecho de que mis conclusiones puedan diferir del “sentido común” no tiene importancia. Si el “sentido común” juega un papel en mi enfoque, es en una etapa “meta” o “precientífica”, para la estipulación de un concepto de derecho y para la elección del sistema normativo que decidiremos considerar como derecho válido. Primero trato de definir el derecho de manera abstracta y de modo que no resulte incompatible con las intuiciones de la sociedad. Luego, según un enfoque estratégico propuesto por el esloveno Leonid Pitamic (1974),⁶ no pierdo el tiempo tratando el derecho romano como si fuera el

⁵ [N. del T.: Jacques II de Chabannes de La Palice fue un noble francés al servicio del ejército de la corona. Falleció durante el asedio de Pavía (1525). Su obituario, si bien con controversias sobre su redacción verdadera, reza: “El Señor de La Palice ha muerto; Murió cerca de Pavía; Si no estuviese ya muerto; Estaría todavía con vida.” De allí que más tarde, en francés, se haya comenzado a utilizar el término *lapalissade* para hacer referencia a una perogrullada].

⁶ Este es el enfoque explícitamente asumido en Kelsen (1920, pp. 96 y siguientes). Sobre esta cuestión, véase Hochmann (2019b).

derecho hoy vigente en Francia, sino que me remito al sistema resultante de la Constitución de la Quinta República, porque este parece ser el sistema más o menos eficaz que los individuos consideran “el derecho”.

Pero una vez elegido este objeto, me esfuerzo por describirlo con la mayor precisión posible, esta vez independientemente de las creencias de unos u otros. En este sentido, encontramos el desacuerdo fundamental: mientras que yo pretendo describir un objeto que he concebido como el derecho, los enfoques realistas se concentran en los discursos de los operadores. Según la concepción de Nanterre, parece que deberíamos someternos a estos discursos y hacer propias las afirmaciones comunes de los juristas. Las conclusiones contrarias al “sentido común” serían inútiles para la ciencia del derecho. Pero si con esto nos referimos a la descripción del derecho, y si aceptamos mi concepto de derecho, entonces las ocasionales conclusiones contraintuitivas son una ganancia para el conocimiento, no un problema.

4.2. Discrepancia con las decisiones de las autoridades jurídicas

¿De qué sirve un enfoque que examina si las decisiones tomadas por los órganos jurídicos son o no conformes al derecho? Primero, es importante subrayar que éste no es el único resultado de la interpretación científica. Esta interpretación permite también, algo imposible bajo la concepción de Nanterre, describir una norma independientemente de cualquier aplicación, o examinar las modificaciones que la introducción de una nueva disposición produciría en el derecho positivo.

Pero pasemos a la cuestión de la conformidad de las decisiones de los órganos. En efecto, es posible que un órgano jurídico adopte una decisión contraria a las normas que se supone debe aplicar y aun así produzca una norma válida. No tengo ningún problema en admitir eso. En este sentido, no cuestiono la “indeterminación jurídica de los enunciados” (Champeil-Desplats, 2024, sección 1) o la “indeterminación del lenguaje jurídico” (sección 2.2 y sección 4), incluso si considero que estas fórmulas son engañosas, en el sentido de que oscurecen la distinción entre indeterminación

del lenguaje e indeterminación del derecho:⁷ no son los enunciados los que son indeterminados, sino el derecho en sí mismo, en el sentido de que es perfectamente posible que un órgano produzca una norma en violación de normas superiores.

La validez de la norma no conforme puede explicarse por la intervención de otra norma de derecho positivo, la norma de “tener en cuenta los defectos” (*Fehlerkalkül*).⁸ En principio, para producir una norma válida, se deben respetar todas las condiciones establecidas por las demás normas del sistema. Pero una norma puede prever que sea posible omitir ciertas condiciones: un órgano puede de este modo producir una norma válida, incluso si no respeta todas las condiciones establecidas por el derecho positivo. Así, un texto votado por ambas cámaras del parlamento y promulgado por el jefe de Estado produce una norma válida, incluso si su contenido es contrario a la Constitución, por ejemplo, porque restablece la pena de muerte. Esto es así porque otra norma lo prevé, por ejemplo, excluyendo cualquier control de constitucionalidad de las leyes o, por el contrario, organizando la posibilidad de tal control.

Por lo tanto, mi teoría no impide en modo alguno advertir la contradicción con una norma superior, como señala Troper. Una norma puede ser válida *a pesar de* su contradicción con la norma superior, y mediante el juego de *otra* norma. Por tanto, es a través de un examen estricto del derecho positivo que es posible determinar si una norma es válida, es decir, si pertenece al sistema jurídico tal como lo he definido. En algunos casos, se puede llegar a la conclusión de que una supuesta norma jurídica no reúne las condiciones necesarias para pertenecer al sistema. Si resulta que todos los operadores actúan como si, no obstante, fuera válida, podemos vernos obligados a modificar el supuesto de validez inicial, para incluir esas normas en el derecho positivo.

Por ejemplo, una ordenanza del 7 de noviembre de 1958 dispuso que “las decisiones y dictámenes del Consejo Constitucional serán emitidos por al menos siete consejeros, salvo caso de fuerza mayor debidamente consignado en el acta”. La lectura de algunas de estas actas revela que el Consejo

⁷ Véase Le Pillouer (2017).

⁸ Véase, dentro de la obra de Adolf Merkl, Merkl (1923, p. 295).

Constitucional califica la simple falta de *quorum* como un caso de fuerza mayor, lo que constituye una interpretación inaceptable del texto. Por lo tanto, este órgano emite ocasionalmente supuestas “decisiones” que no son tales. Sin embargo, todos los operadores del orden jurídico las tratan como decisiones válidas y consideran, por ejemplo, que la ley que el Consejo Constitucional pretendía derogar ha sido efectivamente derogada. Para no alejarse demasiado de las concepciones comunes, el observador puede entonces modificar el supuesto de validez inicial e incluir estas decisiones dentro del derecho positivo. Este cambio en el supuesto de validez del sistema (lo que Kelsen llama la “norma fundamental”) se denomina técnicamente “revolución jurídica”. ¿Deberíamos entonces temer una “revolución permanente”, como dice Troper? No necesariamente, puesto que los enunciados jurídicos tienen a menudo significados plurales y amplios, y puesto que el derecho positivo frecuentemente contiene normas para hacer lugar a esos defectos. Pero la revelación de tales revoluciones, y posiblemente de su frecuencia, es una contribución de la interpretación científica.

Todas estas consideraciones son sin duda más complejas que el simple presupuesto según el cual debemos considerar como derecho todo lo que las autoridades jurídicas consideran como tal (entendiendo, imagino, que debemos considerar como autoridades jurídicas todo lo que la sociedad considera como tal). La teoría cuyos rasgos principales he esbozado me parece más refinada, más instructiva sobre el derecho positivo que el vago presupuesto generalizado propuesto por los realistas. Troper ve una dificultad en el hecho de que esta interpretación permitiría identificar casos de conformidad o de violación de normas superiores, o distinguir una revolución de una normal aplicación del derecho. Como puede verse, en última instancia, ¡lo que se critica a la interpretación científica es en realidad su capacidad de ofrecer conocimiento!

Para rechazar este nuevo conocimiento, se le atribuye una pretensión de creación. Champeil-Desplats (2024) opone así la verdad jurídica a la verdad científica, el derecho positivo producido por autoridades normativas, al derecho “conocido y producido” (sección 3.2) únicamente por la ciencia del derecho. Troper (2024) deja finalmente caer la palabra: el enfoque que propongo sería iusnaturalista. “Cualquier intento de definir el derecho positivo desde un punto de vista externo al derecho mismo” (sección 3.2.6) cae

dentro del derecho natural, asegura. Dado que la definición de derecho sólo puede ser externa al derecho mismo, se trata sin duda de una atribución que recae sobre cualquier intento de *describir el contenido* del derecho positivo. Una empresa positivista no podría decir sobre el derecho otra cosa que lo que dicen las propias autoridades jurídicas. En el apogeo de la Escuela de Viena, Fritz Sander ya le había dirigido este discurso a Adolf Merkl. En su respuesta, Merkl (1923, p. 282) recordó que el derecho se produce en todos los niveles del sistema. Todos los enunciados normativos del derecho positivo pueden ser comprendidos y descritos, sin que ello implique pretensión alguna de añadirles algo. La ley, por ejemplo, ha sido puesta por una autoridad jurídica, y podemos conocerla independientemente de lo que sobre ella diga un juez. Esto de ninguna manera equivale a pretender “producir” derecho o a basarse en algo que no sea el derecho positivo.

En todo caso, añade Troper, conseguiremos como máximo un conocimiento de la lengua, pero ciertamente no un conocimiento del derecho positivo. Sin embargo, en la concepción del derecho que he adoptado no hay diferencia entre ambos. Conocer el derecho positivo significa conocer el significado de determinados enunciados.

4.3. El miedo a saber, el consuelo de la ignorancia

La teoría realista de la interpretación, explica Champeil-Desplats, está marcada por la duda y el pesimismo sobre la verdad del conocimiento y la posibilidad de pronunciarse sobre la exactitud de un enunciado interpretativo. Ahora bien, este pesimismo me parece muy cómodo. Nos ahorramos muchas dificultades cuando afirmamos que no es posible conocer las normas jurídicas y nos contentamos con observar lo que otros dicen sobre ellas. En cambio, resulta mucho más incómoda la posición de que quien busca identificar las normas fijadas por todos los órganos jurídicos e identificar la pluralidad de significados de los enunciados jurídicos. Seguir este enfoque significa reconocer que “las palabras tienen sentido suficiente como para negarnos esta certeza última de que todo es nada” (Camus, 1965, p. 1678).

Cada uno de nosotros trabaja con el lenguaje y, por tanto, acepta que los enunciados contienen significados. Si podemos analizar el discurso de los operadores jurídicos, podemos examinar los enunciados jurídicos. Para decirlo de otra manera: si es posible seguir el programa de investigación realista, también es posible interpretar el derecho. Pero mis colegas parecen sentir temor frente a este acceso directo al conocimiento. Es revelador que, entre el investigador y la luz, que tradicionalmente evoca la verdad, Le Pillouer busque instalar un cristal. Encontramos esta preocupación también en Troper, cuando se alarma en virtud de que la interpretación científica permite obtener conocimiento como, por ejemplo, saber si una norma se ajusta a normas superiores. Troper incluso concluye señalando que la teoría de la interpretación científica de Kelsen no pretendía proporcionar conocimiento del derecho positivo, ¡como si hacerlo fuera un defecto!

Es precisamente este deseo de mantenerse a buena distancia del objeto lo que describí como una “huida hacia lo meta”: en lugar de una descripción del derecho, contentarse con una descripción de los discursos sobre el derecho. Ninguno de los argumentos en apoyo de esta precaución resulta finalmente persuasivo: en todos los casos se trata de enunciados que son accesibles al conocimiento.

5. Conclusión: ¿coexistir?

Observo con alivio en los textos de mis colegas varios llamamientos a la convivencia. Los suscribo sin dudarlos. Mi objetivo no era en modo alguno “denigrar” la teoría realista de la interpretación (Champeil-Desplats), sino simplemente presentar otra posición y defenderla de los ataques que creía posible anticipar. Pero se trata de hecho de un conflicto de vecindad: la teoría de Nanterre no es “el mayor enemigo de las teorías normativistas” (Champeil-Desplate, 2024, sección 1). Si bien las dos posiciones tienen profundas divergencias, también comparten concepciones fundamentales.

Lejos de mí negar cualquier interés por los programas de investigación de los realistas. Lamento haberle dado a Millard (2024) la impresión de un “constante desinterés por la práctica de los juristas” (sección 4). Al contrario, creo imprescindible su estudio. Además, el derecho, tal como

yo lo entiendo, no es más que el fruto de la práctica de ciertos órganos que dictan leyes, emiten sentencias, etc. Es además imprescindible incluir más ampliamente en el estudio del derecho los discursos, particularmente jurisprudenciales y doctrinales, que abordan, explotan, critican y trabajan esos enunciados. Suscribo plenamente el programa propuesto por Champeil-Desplats (2024): “investigar [...] los significados imaginables de los enunciados jurídicos y [...] analizar los discursos interpretativos relacionados con ellos” (sección 4). Simplemente me niego a asimilar el derecho positivo a lo que ciertos operadores dicen sobre él. Por lo tanto, no critico a los realistas de Nanterre por estudiar esos discursos: los critico por restringir indebidamente el círculo de discursos estudiados. Esta ceguera voluntaria tiene sin embargo una ventaja. Al dejar de lado este objeto central (la descripción del derecho positivo), invierten más energía en el estudio de los discursos relacionados con él, produciendo un trabajo muy fino y valioso sobre ese tema. Éste es un beneficio del realismo que quiero resaltar para concluir: aprendo mucho estando en contacto con él.

Bibliografía

- Berti, E. (2023). *Mauvaises méthodes pour bonnes lectures. Petit ouvrage de lectures potentielles*. Lille: La Contre Allée.
- Camus, A. (1965). Sur une “philosophie de l’expression” de Brice Parain, Textes complémentaires à “L’Homme révolté”. *Essais* (pp. 1671-1682). París: Gallimard, collection Bibliothèque de la Pléiade.
- Champeil-Desplats, V. (2024). ¿Existe una única interpretación científica de los enunciados jurídicos? *Discusiones*, 33.
- Hochmann, T. (2017). Y a-t-il une loi dans ce tribunal? ‘Radicalisation autodestructrice’ à propos de l’interprétation. En A. Arzoumanov, A. Latil y J. Sarfati Lanter (Eds.), *Le démon de la catégorie, Retour sur la qualification en droit et en littérature* (pp. 23-45). París: Mare et Martin.
- Hochmann, T. (2019a). 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). París: Mare et Martin.

- Hochmann, T. (2019b). Efficacité et validité de l'ordre juridique. En T. Hochmann, X. Magnon y R. Ponsard (Eds.), *Un classique méconnu: Hans Kelsen* (pp. 253-274). París: Mare et Martin.
- Le Pillouer, A. (2017). Indétermination du langage et indétermination du droit. *Droit & Philosophie*, 9(1), 19-43.
- Le Pillouer, A. (2024). ¿Teoría simple o teoría modesta? *Discusiones*, 33.
- Kelsen, H. (1920). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Merkel, A. (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*. Leipzig: Franz Deuticke.
- Millard, E. (2024). Sobre la interpretación científica "à la Hochmann": observaciones de un ateo. *Discusiones*, 33.
- Pitamic, L. (1974). Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft (Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1917, 339-367). En R. Métall (Ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre* (pp. 297-322). Vienne: Europaverlag.
- Scalia, A. y Garner, B. (2012). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul: Thomson/West.
- Troper, M. (2024). ¿Has dicho científico? *Discusiones*, 33.

Sección II

**OTRAS
DISCUSIONES**

Raz y Bulygin sobre teoría del derecho y enunciados jurídicos

*Raz and Bulygin on Legal Theory and Legal Statements**

Brian H. Bix**

Recepción: 20/08/2024
Evaluación: 26/09/2024
Aceptación final: 30/09/2024

Resumen: El presente texto aborda dos intercambios entre Eugenio Bulygin y Joseph Raz. El primer intercambio apareció en el libro *Una discusión sobre la teoría del derecho*, en el que Bulygin, al igual que Robert Alexy, comentan el artículo de Raz “¿Puede haber una teoría del derecho?”. El segundo intercambio se produce del ensayo de Bulygin, “Enunciados Jurídicos y Positivismo: Una Respuesta a Joseph Raz” (1981), que fue una respuesta a un artículo de Raz, “The Purity of the Pure Theory”, publicado en 1981.

Palabras clave: Teoría del derecho, enunciados jurídicos, positivismo, teoría pura.

Abstract: The present paper addresses two exchanges between Eugenio Bulygin and Joseph Raz. The first exchange appeared in the book *Una discusión sobre la teoría del derecho*, in which Bulygin, like Robert Alexy, commented on an article by Raz “Can There Be a Theory of Law?”. The second exchange takes place in Bulygin’s essay, “Enunciados Jurídicos y

* Traducción de Pablo E. Navarro.

** D.Phil. in Law por el Balliol College, Oxford University, Reino Unido. Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota, Estados Unidos. Correo electrónico: bix@umn.edu. Este trabajo fue presentado en la Conferencia “Dos formas de positivismo jurídico”, celebrada en el Instituto Tarello de Filosofía del Derecho de la Universidad de Génova. Agradezco los comentarios y sugerencias de los asistentes.

Positivismo: Una Respuesta a Joseph Raz” (1981), which was a response to an article by Raz, “The Purity of the Pure Theory,” published in 1981.

Key words: Legal theory, Legal statements, Positivism, Pure Theory.

1. Introducción

Dos de los más grandes filósofos del derecho del siglo XX y principios del siglo XXI fallecieron recientemente: Eugenio Bulygin (a quien a veces llamaban “el ruso maravilloso” [Moreso Mateos, 2021]), nacido en Ucrania pero que pasó la mayor parte de su carrera en Argentina, falleció en 2021, y Joseph Raz, nacido en Israel pero que pasó la mayor parte de su carrera en Gran Bretaña, murió en 2022.

Dado que sus carreras académicas coincidieron en gran medida, al igual que sus temas y enfoques elegidos en la filosofía del derecho (filosofía jurídica analítica de tendencia generalmente positivista), es sorprendente que parezca haber relativamente pocos intercambios intelectuales entre Raz y Bulygin, e incluso no tantos lugares donde cada uno discuta el trabajo del otro. Por supuesto, la barrera del idioma no ayudó, ya que Raz escribió principalmente en inglés, con solo un puñado de sus obras traducidas al español, mientras que Bulygin escribió principalmente en español, con muy pocas de sus obras escritas o traducidas al inglés.

El presente texto se basa principalmente en los dos intercambios entre Bulygin y Raz que he localizado.¹ El primer intercambio que discutiré apareció en un pequeño libro de 2007, publicado por la editorial española Marcial Pons (Raz, Alexy y Bulygin, 2007). En ese libro, a Bulygin, al igual que Robert Alexy, se le pidió específicamente que comentara un artículo que,

¹ Desde que presenté este trabajo en la Universidad de Génova, Pablo Navarro me ha llamado la atención acerca de algunos breves intercambios adicionales entre Raz y Bulygin, sobre temas relacionados con la lógica deóntica. En un artículo publicado por primera vez en 1979, Raz (2009a, p. 54 n. 56) menciona en una nota a pie de página que su visión sobre los conflictos y lagunas normativas difiere de la de Carlos A. Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems* (1971). En *Practical Reason and Norms*, Raz (1990) distingue su enfoque de los permisos débiles y fuertes del de Alchourrón y Bulygin (pp. 85-89 y p. 206 n. 1). Las respuestas de Bulygin a estas posiciones se pueden encontrar de pasada en Eugenio Bulygin (2015a, en particular, pp. 293-301 y pp. 334-336).

en ese momento, había sido publicado recientemente por Raz (2005),² y Raz luego escribió una respuesta a los comentarios de Bulygin (y de Alexy). El comentario de Bulygin, “Raz on Legal Theory”, y la respuesta de Raz, “Theory and Concepts: Responding to Alexy and Bulygin”, fueron traducidos del inglés al español para la publicación.³ Sin embargo, en el siguiente análisis trabajaré con los textos originales en inglés, proporcionados por los académicos que realizaron las traducciones al español de los trabajos incluidos en el volumen de Marcial Pons (Raz, Alexy y Bulygin, 2007).⁴

El segundo intercambio que discutiré proviene del ensayo de Bulygin, “Enunciados Jurídicos y Positivismo: Una respuesta a Joseph Raz” (1981), traducido para su inclusión en la colección en inglés *Essays in Legal Philosophy* (Bulygin, 2015a). El trabajo de Bulygin fue una respuesta a un artículo de Raz, “The Purity of the Pure Theory”, publicado en 1981.⁵ Según mi conocimiento, Raz nunca respondió al artículo de Bulygin en una obra publicada.

2. La discusión en el libro de Marcial Pons

El texto de Marcial Pons aborda cuestiones cruciales, aunque difíciles, sobre la metodología y los criterios de éxito en la teorización sobre la naturaleza del derecho. Lo que, finalmente, es lo más notable sobre el intercambio entre Raz y Bulygin publicado en ese libro es que ambos parecen estar de acuerdo mucho más de lo que discrepan (una observación que Raz señala expresamente⁶), aunque la impresión de Bulygin –errónea, en mi opinión– fue de que existía un desacuerdo significativo.

² Reimpreso en Raz (2009b, pp. 17-46).

³ El comentario de Alexy's fue publicado (en inglés) como “On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy: Some Comments on Joseph Raz's ‘Can There Be a Theory of Law?’” (2007).

⁴ [N. del E.: las referencias serán a los textos en español, pero los números de página corresponden al manuscrito consultado por el autor]

⁵ Reimpreso en Raz (2009a, pp. 293-312).

⁶ Raz escribe: “Creo que, contrariamente a su propia opinión, no hay un desacuerdo fundamental entre nosotros respecto a su primer punto principal” (Raz, 2007b, p. 5). Sobre otro punto, Raz sí encuentra desacuerdos, como se discutirá a continuación.

Como se señaló, el objeto central del debate del libro de Marcial Pons fue el artículo de Raz, “¿Puede haber una teoría del derecho?” (2007a), que fue una defensa de (cierta manera de entender) el análisis conceptual aplicado al concepto de derecho. La opinión de Raz no es fácil de resumir, aunque he intentado hacerlo en otros lugares (Bix, 1995, 2006, 2007) y Bulygin (2007, pp. 4-5 y nn. 2-3), en su texto sobre Raz, de hecho, cita uno de esos intentos. Lo siguiente es una visión general de los puntos más destacados de la posición de Raz en el artículo mencionado, tal como lo entiendo, un resumen que, me temo, perderá algunos de los matices del argumento completo de Raz:

(1) Las teorías sobre la naturaleza del derecho también son teorías de un (el) concepto de derecho.

(2) Estas teorías son teorías de *nuestro* concepto de derecho, un concepto que a su vez es parte de nuestra auto-comprensión colectiva. Raz evita hablar de “el” concepto de derecho, negando que haya un único concepto, como alguna Idea de un reino platónico. Diferentes comunidades –a lo largo del tiempo, espacio y lenguaje– han tenido y seguirán teniendo diferentes conceptos. Nuestras teorías del derecho reflejan *nuestro* concepto de derecho.

(3) Las teorías sobre la naturaleza del derecho destacan características necesarias del derecho, es decir, aquellas características que hacen que algo sea “derecho” (o cuya ausencia haría que algo “no sea derecho”). Aquí, la referencia a la “necesidad” no implica afirmaciones metafísicamente ambiciosas sobre la ontología, sobre lo que existe en el mundo. Más bien, simplemente refleja que ciertas características hacen que una práctica sea “derecho” y “jurídico” o “no derecho” y “no jurídico,” *en relación con los conceptos que usamos (de “derecho”).*

(4) Como ya se señaló, los conceptos de derecho son “parroquiales” en el sentido de que son *nuestros* conceptos de derecho; diferentes comunidades en diferentes lugares o períodos históricos podrían tener, y de hecho lo tuvieron, conceptos diferentes.

(En su comentario, Bulygin [2007] argumenta que “todos los conceptos, incluso los conceptos matemáticos o lógicos, son parroquiales [de esta manera], ya que todos son producto de una cierta situación histórica” [p. 10]. Esta es una afirmación controvertida cuyo análisis y evaluación nos llevaría demasiado lejos del tema actual para explorarla en este momento.)

(5) Los conceptos también son “universales” en el sentido de que podemos (y lo hacemos) aplicar nuestro concepto de derecho a otros tiempos y lugares (incluso a comunidades que pueden no tener prácticas que se ajusten a nuestro concepto de derecho, e incluso a comunidades que pueden no tener un concepto que corresponda, aunque sea aproximadamente, a nuestro concepto de derecho). Para muchos lectores, describir un concepto como simultáneamente “parroquial” y “universal” parece una contradicción, pero la coherencia de ambos es clara una vez que se entiende la explicación.

Creo que estas cinco proposiciones son coherentes, pero he visto, tras años tratando de explicar y defender esta visión tanto a colegas como a estudiantes, que es fácil confundirse o malinterpretarlas. Así que no me sorprende que Bulygin, aunque claramente fue un gran teórico, tampoco parezca entender del todo la visión de Raz, y Raz se vea obligado, en su respuesta, a corregirlo.

Bulygin (2007), en un momento, escribe: “¿Tiene una cosa propiedades que son esenciales *per se*, independientemente del concepto utilizado para identificar esta cosa? Esto parece ser la opinión de Raz, [pero] tengo serias dudas sobre este punto” (p. 3, énfasis en el original).

Bulygin (2007) afirma que su propia opinión es la siguiente:

¿Cuáles son las propiedades necesarias de la cosa que estoy mirando en este momento? Si la identificamos como una lámpara, entonces la propiedad de iluminar es esencial; pero la materia de la que está hecha es accidental. Pero si la identificamos como bronce, entonces el material del que está hecha es esencial y su capacidad de iluminar es accidental (p. 3).

En general, Bulygin (2007) explica: “Defiendo una visión del análisis conceptual en general, y de la teoría del derecho en particular, que fue popular hace algunos años, pero en la que [Raz] ya no está interesado ...” (p. 12).

Sin embargo, Bulygin (2007) aquí crea un desacuerdo donde no lo hay. En su respuesta, Raz lo corrige debidamente: “Salvo pequeñas divergencias, estoy de acuerdo con Bulygin en el punto principal, y no he escrito nada que sea inconsistente con ello” (p. 6).⁷

⁷ Desafortunadamente, la errónea opinión de que aquí hay un desacuerdo entre Bulygin y Raz es repetida por María Cristina Redondo (2021, p. 388).

Considérese también este intercambio. Bulygin (2007) afirma: “La concepción de la naturaleza de Raz, es decir, la esencia de una cosa, parece ser un tipo de esencialismo [...]” (p. 4).

Esta no es una representación precisa de las opiniones de Raz (al menos de las que se encuentran en el artículo que es el foco del libro), aunque se puede entender cómo incluso un gran pensador como Bulygin podría malinterpretar a Raz en este punto básico. Bulygin parece asumir –en la misma línea que las formas convencionales de discutir cuestiones metafísicas– que la referencia a características esenciales está asociada con una especie de platonismo. De hecho, las características esenciales de Raz están construidas sobre fundamentos ontológicos minimalistas: las características que son esenciales son simplemente aquellas señaladas por el concepto particular y el esquema conceptual general.

En cuanto a la acusación de Bulygin de que Raz es un “esencialista”, Raz (2007b) se muestra desconcertado y comenta que “Bulygin se equivoca al atribuirme una creencia en el esencialismo” (p. 8).

Raz (2007b) explica: el esencialismo en el discurso filosófico moderno se ha asociado con designadores rígidos y con el análisis de clases naturales, pero “muy pocas personas, tal vez solo Michael Moore, creen que ‘el derecho’ es un designador rígido” (p. 9).

Él añade: «Mi discusión sobre la forma en que cambia el concepto de derecho muestra que sostengo creencias incompatibles con esa visión esencialista» (2007b, p. 9).

Bulygin (2007) resume su propio punto de vista de la siguiente manera (y sugiere que el mismo se opone con el punto de vista de Raz): “Las propiedades necesarias o esenciales de una cosa dependen del concepto que utilicemos para referirse a esta cosa...” (pp. 6-8).

Como se explicó, la discusión de Bulygin captura los puntos de vista de Raz; solo se equivoca en la idea de que sus opiniones contrastan con la posición que Raz estaba presentando. Raz (2007b) lo explica, utilizando un ejemplo relevante:

Ser derecho es una propiedad [...] de un sistema normativo.
Algunos sistemas normativos son sistemas jurídicos. Otros no lo son. Decir de una propiedad, por ejemplo, estar respaldado por

sanciones, que es una propiedad esencial del derecho es decir que, necesariamente, cualquier cosa que tenga la propiedad de ser derecho también tiene la propiedad de estar respaldado por sanciones [...] En otras palabras, las cosas pueden tener propiedades esenciales en la medida en que son cosas de una clase. Lo que es esencial sobre las propiedades esenciales es que sin ellas la cosa no será de ese tipo (p. 6).

Bulygin (2007, pp. 6-8) dedica algún tiempo a un tema donde Raz quizás es menos claro: hasta qué punto las teorías sobre la naturaleza del derecho son “sobre” el concepto de derecho y hasta qué punto son “sobre” “la naturaleza del derecho.” Bulygin (2007) afirma respecto a la opinión de Raz que “[c]ontrariamente a [Gilbert] Ryle y [H. L. A.] Hart, Raz cree que la explicación de los conceptos no es lo mismo que la explicación de la naturaleza de las cosas de las que son conceptos” (p. 6).

Nuevamente, creo que Bulygin está interpretando erróneamente a Raz, aunque este es un tema en el que Raz es incluso menos claro de lo habitual. Bulygin (2007) cita a Raz distinguiendo entre explicar la naturaleza del derecho y explicar el concepto de derecho, y afirma que la primera es la tarea principal de una teoría jurídica (p. 6, citando a Raz, 2005, pp. 327-328).

También señala que Raz niega que una teoría del derecho sea algo diferente (como también lo era para Hart) que una simple explicación del “significado de la palabra ‘derecho’” (Bulygin, 2007, p. 6-7, citando a Raz, 2005, p. 325).

Sin duda, es cierto que Raz (de modo correcto y convencional) distingue los conceptos de los objetos o prácticas a los que se refieren los conceptos. Y también señala (adecuadamente) que el objetivo de las teorías sobre la naturaleza del derecho es explicar la naturaleza del derecho –la práctica en sí– no solo, o no únicamente, elaborar el concepto de derecho. Lo que es crucial para entender la perspectiva de Raz, y para ver que no hay, o hay poco, desacuerdo entre Bulygin y Raz, es que solo se puede llegar a la naturaleza del derecho –y, en particular, solo se puede llegar a los límites del derecho y sus características necesarias– a través de la exploración del concepto de derecho. Son nuestros conceptos los que delimitan lo que es

derecho de lo que no lo es, y resumen aquellas características necesarias/esenciales que hacen que una práctica sea “derecho” o “jurídica”.

En la respuesta de Raz a Bulygin, aparece la misma discusión matizada. Por un lado, Raz (2007b) dice: “Las cosas [...] tienen la naturaleza que tienen independientemente de si tenemos conceptos que nos permitan referirnos a ellas” (p. 8). Pero es a través de los conceptos que etiquetamos y delimitamos las categorías de objetos y prácticas.

Un punto de claro desacuerdo, desacuerdo sobre un detalle aparentemente superficial, puede reflejar una divergencia más profunda. Bulygin (2007) cree que hay más de un concepto de derecho, y que nosotros (los teóricos) elegimos entre ellos basándonos en cuál es “más adecuado” o más “fructífero” o más “elegante” (p. 10). La respuesta de Raz (2007b) es que, si bien un enfoque de este tipo puede ser apropiado para los conceptos científicos:

Las cosas son diferentes con conceptos sociales tales como regalos, propiedad, matrimonio, ley, derechos, deberes, que son utilizados por todos para entenderse a sí mismos y a los demás, y su posición en el mundo. Estos conceptos no son meramente herramientas de comprensión, son parte de lo que conforma el mundo social que estamos tratando de entender (p. 10).

Es decir, nosotros (nuestra comunidad lingüística actual) tenemos un único concepto de derecho que los teóricos del derecho deben explorar. No es una herramienta teórica que nosotros (los teóricos) creamos para nuestros propios propósitos y, en general, no es una cuestión de elección para los teóricos (o cualquier otra persona).

3. Bulygin contra Raz sobre enunciados jurídicos no-comprometidos (*detached*)

En la otra crítica de Bulygin a las ideas de Raz (y que fue publicada en un periodo anterior a la polémica recién analizada), el tema es la posibilidad y el valor de diferentes tipos de enunciados sobre normas jurídicas. En particular, en el artículo en cuestión, Bulygin respalda y adopta la distinción de Hart entre enunciados “internos” y “externos” y usa eso como base

para rechazar la adopción de Raz de los “enunciados no-comprometidos” (también conocidos como “enunciados desde un punto de vista”).

Comencemos con los enunciados externos e internos. En el resumen de Bulygin (2015b), “[l]os enunciados externos son descriptivos y no implican evaluación o aceptación del derecho. Son enunciados sobre la existencia de reglas jurídicas y sobre la forma en que la existencia de tales reglas se manifiesta [...] en ciertos modos de comportamiento y en las actitudes de las personas” (p. 139). Por el contrario, los “enunciados internos” son enunciados que reflejan el hecho de que el hablante acepta el derecho y lo considera como razones para la acción. En palabras de Bulygin (2015b), estos “son empleados por aquellos que aceptan las reglas jurídicas para formular reclamos, necesidades, críticas y cosas similares con el fin de guiar la conducta” (p. 140). Así, los agentes utilizarán enunciados internos sobre reglas jurídicas como justificaciones para sus propias acciones y también como fundamentos para criticar la desviación del comportamiento prescrito ya sea por otros o, a veces, por ellos mismos.

Según un comentario reciente de María Cristina Redondo (2021, p. 383), Bulygin considera los “enunciados internos” sobre el derecho de Hart y sus “enunciados externos” sobre el derecho como opciones exhaustivas,⁸ y por esa razón rechaza (entre otras posiciones) la idea de Raz de los enunciados normativos no-comprometidos. Redondo (2021) escribe: “La propuesta raziana de discurso no-comprometido”, según la visión de Bulygin, “es innecesaria en la medida en que la distinción hartiana entre enunciados internos y externos es suficiente para hacer todo el trabajo” (p. 383). Bulygin (2015b) había escrito: “La distinción entre enunciados teóricos (descriptivos) y enunciados prácticos (prescriptivos o evaluativos) corresponde exactamente a la distinción entre enunciados internos y externos en la teoría de Hart” (p. 139).

¿Dónde encaja la idea de Raz de los “enunciados jurídicos no-comprometidos” en todo esto? Para comenzar con el contexto general, la idea de Raz está destinada a responder a un problema básico respecto a los enunciados normativos y cómo pueden discutirse y analizarse. Las normas jurídicas (y las normas morales, así como las normas de muchas otras

⁸ Véase Hart (2012, pp. 89-91, 102-103, 291).

actividades –como los juegos–) indican lo que “debería” hacerse –entendiendo “debería” en sentido amplio, incluyendo no solo directivas, sino también prohibiciones (lo que uno “no debería” hacer) y permisos–. Generalmente, cuando se expresa un enunciado de deber de este tipo (“A debería hacer x”; “B no debería hacer y”) *fuera de un contexto jurídico*, tales enunciados vienen con una aprobación explícita o implícita de esa pretensión normativa y, por lo tanto, también se podría decir una aprobación del sistema normativo del cual deriva la pretensión. Considere aquí el argumento de Hans Kelsen de que cuando uno hace una declaración sobre lo que “debería” hacerse, esto presupone implícitamente la norma fundamental del sistema normativo del cual deriva ese enunciado; y los enunciados jurídicos de deber para Kelsen presuponen la validez de la “Norma Básica” (la *Grundnorm*) del sistema jurídico, pero este nos lleva por otro camino, que dejaré para otro día.

Dado el contexto general recién analizado, hay algo paradójico, o al menos difícil de comprender, cuando el hablante afirma una proposición normativa mientras al mismo tiempo no aprueba la norma o el sistema normativo en cuestión. Parece paralelo a “la paradoja de Moore”: donde uno afirma la verdad de un asunto, pero niega su creencia en él, como en “está lloviendo, pero no lo creo”.⁹ No parece demasiado diferente decir algo como “deberías hacer x, pero no lo creo así”. Si uno no acepta el sistema normativo, no afirmarí el enunciado de deber que deriva de él.

Pero tal vez se pueda encontrar una posición intermedia –una especie de compromiso–. La solución de Raz al problema fue ofrecer la idea de “enunciados normativos no-comprometidos”.¹⁰ En tales declaraciones, el hablante declara lo que debe ser el caso (lo que debe hacerse) *si uno aceptara el sistema normativo en cuestión*. Al hacer tales declaraciones, el hablante no necesita aceptar ese sistema normativo (y la suposición por defecto en cuanto a tales declaraciones es que los hablantes *no* lo hacen, porque si aceptaran el sistema normativo, esos hablantes tendrían poco motivo para usar un enunciado no-comprometido; podrían dar una aprobación completa al enunciado de deber).

⁹ Véase Linville y Ring (1991).

¹⁰ Para una discusión crítica de la idea de “enunciados normativos no-comprometidos”, véase Toh (2007) y Duarte D’Almeida (2011).

Por ejemplo, alguien que no sigue las restricciones “veganas” sobre qué alimentos se pueden comer aún podría decir en un restaurante a un amigo que *sea* vegano, que el amigo no debería pedir ese plato en particular, ya que algunos de los alimentos contienen ingredientes que un vegano no tiene permitido comer. Es decir, el hablante adopta la perspectiva normativa del amigo con el propósito limitado de aconsejar al amigo sobre lo que no debería comer (*dada* la perspectiva normativa que el amigo *–pero no* el hablante– acepta).

De manera similar, uno podría decir lo que debería hacerse –lo que individuos particulares deberían hacer y no hacer– si uno aceptara (aprobara) el sistema normativo del sistema jurídico de su país. Alguien –uno puede imaginar un abogado asesorando a un cliente– podría decir algo como “jurídicamente, deberías pagar cinco mil dólares en impuestos al gobierno”. (Y aunque esto es controvertido, este es posiblemente el mejor modo de entender aspectos de los escritos de Kelsen de su periodo intermedio. Volveré sobre esto un poco más adelante¹¹).

Los desacuerdos de Bulygin con Raz aquí se puede rastrear hasta su opinión (la de Bulygin) de que “Las proposiciones jurídicas de Kelsen corresponden a los enunciados externos de Hart” (Bulygin, 2015b, p. 141). Y esto es esencialmente correcto. Bulygin tiene razón al decir que Kelsen generalmente no estaba preocupado por la perspectiva de los abogados practicantes de la manera en que Hart y Raz (y prácticamente todos los escritores de teoría jurídica estadounidenses) lo están. Y Bulygin también puede estar en lo correcto cuando dice que las proposiciones jurídicas de Kelsen son “estrictamente teóricas” y no tienen la “función prescriptiva” que está, al menos, en el trasfondo de los enunciados internos de Hart.

Sin embargo, creo que Bulygin (2015b) va demasiado lejos, o al menos va demasiado rápido, cuando escribe: “Las proposiciones jurídicas de Kelsen [...] son descriptivas y no presuponen ni la aceptación ni una evaluación del derecho que describen. [Para Kelsen] las proposiciones jurídicas son los enunciados de la ciencia del derecho” (p. 141). Aunque estoy de acuerdo en que las proposiciones jurídicas de Kelsen son enunciados de la ciencia del derecho, para Kelsen, la perspectiva de la ciencia del derecho

incluye y conlleva presuponer la Norma Básica, asumiendo o afirmando que uno debería actuar de acuerdo con las prescripciones del sistema normativo jurídico. Esto no es idéntico a la aceptación hartiana de un sistema jurídico (como ha señalado Michael S. Green [2016]), pero hay puntos de convergencia sustantivos.

Una cuestión relacionada: hay un tema relativo a Kelsen en el que estoy completamente de acuerdo con la crítica de Bulygin a Raz. Bulygin (2015b) argumenta que Raz se equivocó al caracterizar las proposiciones jurídicas de Kelsen como “enunciados plenamente normativos” (p. 142). Como argumentó persuasivamente y en gran detalle Stanley Paulson (2012), esto malinterpreta las opiniones de Kelsen. Pero creo que a pesar de –o quizás debido a– este error, la idea de Raz de enunciados normativos no-comprometidos coincide bien con las ideas de Kelsen.

La razón final de Bulygin para rechazar los enunciados no-comprometidos de Raz es que él (Bulygin) los ve como simples enunciados condicionales y no considera que añadan nada; además argumenta que con la combinación de descriptivo y normativo en tales enunciados se arriesga a introducir una “contradicción” (Bulygin, 2015b, p. 144).

Mi desacuerdo con el análisis y la crítica de Bulygin en este trabajo se reduce a dudas sobre el intento de Bulygin de reducir y equiparar una colección compleja de posibles enunciados en y sobre el derecho a solo dos categorías de enunciados.¹² Bulygin argumentó que solo hay “enunciados teóricos” que “describen normas o el estatus normativo de la conducta según un orden jurídico dado” y “enunciados prácticos” que son “siempre comprometidos” y están basados en una aceptación del derecho.¹³

Sin embargo, contrariamente a las afirmaciones expresas e implícitas de Bulygin, en realidad hay una gran variedad dentro de sus categorías de enunciados “internos/prácticos” y “externos”/“no comprometidos” sobre el derecho.¹⁴ Por ejemplo, hay diferentes niveles y tipos de enunciados “externos” hartianos: en un extremo, uno puede simplemente observar regularidades del comportamiento físico, por ejemplo, todos los autos se detie-

¹² Véase *id.*, 145

¹³ Bulygin, “Legal Statements and Positivism,” 145.

¹⁴ Véase (Carpentier, 2022). También véase (Morawetz, 1999).

nen cuando la luz del semáforo se pone roja. Luego, se puede complicar tal descripción “externa” añadiendo informes del lenguaje empleado: por ejemplo, en una interacción de dos personas, ¿usó un individuo la palabra “consentir” o “acordar” o “prometer” antes de que la otra persona actuase?

Otro nivel de complejidad para una información “externa” podría incluir la caracterización de los agentes sobre lo que estaban haciendo y por qué, aunque esto podría considerarse como traspasar la línea que los separa de los enunciados internos de Hart. Cuando las personas dicen “No conduzco a más de 70 millas por hora en esta carretera porque una velocidad mayor sería ilegal”, eso podría verse como un informe *externo* de lo que podría contar como un punto de vista *interno* (es comportamiento verbal que puede o no reflejar las actitudes reales del agente). Hay acciones físicas, caracterizaciones de acciones físicas (por los propios agentes o por los observadores), comportamiento verbal, auto informes de actitudes y objetivos, actitudes y objetivos *reales*, etc.

Como argumenta John Finnis (2011, pp. 11-18), uno puede cuestionar y ofrecer distinciones entre los puntos de vista internos preguntando si aquellos que aceptan el derecho como dándoles razones (morales) para actuar están en lo correcto (justificados) al hacerlo. Como un asunto relacionado, hay también una distinción entre alguien que *observa* que otros aceptan el derecho como dándoles razones morales para actuar y *concluir* que el derecho de hecho lo hace (una diferencia que, en teoría, surge de los enfoques diferentes de Hart y Finnis sobre el derecho).

Creo que Bulygin tiene razón –y Mathieu Carpentier (2022, p. 3) ha respaldado recientemente una visión similar– al centrarse en si una proposición pretende describir *hechos* o si pretende describir, o prescribir, *normas*. Sin embargo, creo que los asuntos son aún más complicados de lo que Bulygin permite. En algunas variaciones del positivismo jurídico hartiano, las normas jurídicas pueden ser –de hecho, en un sentido, deben ser– reducibles a un conjunto de hechos sociales. Esta es la llamada “teoría práctica de las reglas” (aunque sigue siendo controvertido si se atribuye correctamente a Hart o no¹⁵). En cualquier caso, bajo tal enfoque, de un enunciado

¹⁵ Véase Adams (2021, pp. 1-31), argumentando en contra del punto de vista convencional de que Hart desarrolló una teoría de las reglas como prácticas.

como “A debería hacer x” podría decirse que es una descripción de hechos junto con, o en lugar de, un enunciado puramente prescriptivo/normativo. Es decir, para algunos positivistas jurídicos, la declaración de que “y es una norma válida” es equivalente a una combinación de declaraciones fácticas, tal vez en el sentido de que “los jueces adoptan un punto de vista interno respecto a y, aprobándola e imponiendo sanciones a aquellos que lo violan.” Si uno acepta esta línea de análisis, la línea entre la descripción de hechos y la prescripción normativa parece borrosa e incierta en el mejor de los casos, al igual que la distinción entre perspectivas “externas” e “internas” sobre el derecho. Además, el análisis parece mostrar el valor y uso de algo como el enfoque de Raz: enunciados normativos no-comprometidos. Bajo ese enfoque, uno pone entre paréntesis el sistema normativo dentro del cual aparece ese enunciado, dejando para otro momento cualquier reducción a declaraciones fácticas que pudiera ser requerida, o al menos, justificada.

4. Conclusión

Es casi innecesario repetir que Joseph Raz y Eugenio Bulygin fueron dos de las figuras más significativas en la teoría analítica del derecho de los últimos sesenta años. Ambos dedicaron sus esfuerzos a articular y defender un enfoque positivista del derecho y la teoría jurídica.

Su estatura como teóricos formidables en teoría jurídica –posiblemente los mejores de su era– es innegable. Por lo tanto, es lamentable que sus interacciones no fueran más frecuentes. En la respuesta escrita de Bulygin a las ideas de Raz –específicamente la versión distintiva de Raz del análisis conceptual y su noción de enunciados normativos no-comprometidos– se percibe que Bulygin no comprendió completamente los elementos únicos y quizás poco convencionales de las opiniones de Raz, especialmente en lo que respecta al análisis conceptual. Sin duda, un diálogo más profundo habría corregido esta comprensión. (De hecho, la respuesta publicada de Raz a Bulygin puede haber sido suficiente, pero nunca lo sabremos, ya que Bulygin no publicó ningún trabajo adicional sobre estos temas después de la respuesta de Raz).

Independientemente de si las opiniones de Raz o las de Bulygin eran correctas, estaban abordando cuestiones centrales que siguen siendo importantes y no resueltas hasta el día de hoy. ¿Cuál es el enfoque y la metodología adecuados para teorizar sobre la naturaleza del derecho? ¿Cómo podemos describir y entender las declaraciones normativas dentro del marco jurídico?

Los teóricos han estado examinando la naturaleza del derecho durante siglos, y todavía estamos lejos de alcanzar un consenso sobre cómo debería abordarse, y mucho menos de determinar respuestas definitivas. Aunque el derecho constituye la experiencia cotidiana de abogados, jueces y ciudadanos comunes que interactúan con él, no podemos ponernos de acuerdo ni siquiera en los significados fundamentales de las proposiciones más mundanas dentro o sobre el derecho. Estos misterios persistentes son difíciles, pero necesarios de desentrañar.

Bibliografía

- Adams, T. (2021). Practice and Theory in The Concept of Law. En J. Gardner, L. Green, y B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (pp. 1-31). Oxford: Oxford University Press.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Viena-Nueva York: Springer.
- Alexy, R. (2007). On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy: Some Comments on Joseph Raz's 'Can There Be a Theory of Law? *Ratio Juris*, 20(2), 162-169.
- Bix, B. (1995). Conceptual Questions and Jurisprudence. *Legal Theory*, 1(4), 465-479.
- Bix, B. (2006). Raz, Authority, and Conceptual Analysis. *American Journal of Jurisprudence*, 50(1), 311-316.
- Bix, B. (2007). Joseph Raz and Conceptual Analysis. *American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, 6(2), 1-7.
- Bulygin, E. (1981). Enunciados jurídicos y positivismo: Respuesta a Raz. *Análisis filosófico*, 1, 49-59.

- Bulygin, E. (2007). Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz. En J. Raz, R. Alexy, y E. Bulygin (Eds.), *Una discusión sobre la teoría del derecho* (pp. 99-110). Madrid: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2015a). *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Bulygin, E. (2015b). Legal Statements and Positivism. En C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. E. Navarro, y S. L. Paulson (Eds.), *Essays in Legal Philosophy* (pp. 136-145). Oxford: Oxford University Press.
- Carpentier, M. (2022). Legal Statements: Internal, External, Detached. En M. Sellers y S. Kirste (Eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (pp. 2045-2052). Dordrecht: Springer.
- Duarte D’Almeida, L. (2011). Legal Statements and Normative Language. *Law and Philosophy*, 30, 167-199.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2da ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Green, M. S. (2016). Marmor’s Kelsen. En D. A. J. Telman (Ed.), *Hans Kelsen in America* (pp. 31-55). Cham: Springer.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3ra ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Linville, K., y Ring, M. (1991). Moore’s Paradox Revisited. *Synthese*, 87, 295-309.
- Morawetz, T. (1999). Law as Experience: Theory and the Internal Aspect of Law. *SMU Law Review*, 52(1), 27-66.
- Moreso Mateos, J. J. (2021). Eugenio Bulygin (1931-2021): The Wonderful Russian. *Ratio Juris*, 34(3), 282-285.
- Paulson, S. (2012). A ‘Justified Normativity’ Thesis in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law?: Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz. En M. Klatt (Ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 61-111). Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1981). The Purity of the Pure Theory. *Revue Internationale de Philosophie*, 35(138), 441-459.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*. Princeton, N.J: Princeton University Press.

- Raz, J. (2005). Can There Be a Theory of Law? En M. y. E. Golding, W. (Eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 324-342). Oxford: Blackwell.
- Raz, J. (2007a). ¿Puede haber una teoría del derecho? En J. Raz, R. Alexy, y E. Bulygin (Eds.), *Una discusión sobre la teoría del derecho* (pp. 47-86). Madrid: Marcial Pons.
- Raz, J. (2007b). Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin. En J. Raz, R. Alexy, y E. Bulygin (Eds.), *Una discusión sobre la teoría del derecho* (pp. 111-126). Madrid: Marcial Pons.
- Raz, J. (2009a). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2da ed.). Oxford ; New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009b). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J., Alexy, R., y Bulygin, E. (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Redondo, M. C. (2021). Bulygin's Analytical Legal Positivism. En T. Spaak y P. Mindus (Eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (pp. 371-393). Cambridge: Cambridge University Press.
- Toh, K. (2007). Raz on Detachment, Acceptance and Describability. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(3), 403-427.

Actualizando el debate sobre “el derecho como plan compartido” de Shapiro

Updating the Debate on Shapiro’s Account of Law as a Shared Plan

Pedro Moniz Lopes*
Jorge Silva Sampaio**

Recepción: 23/02/2024

Evaluación: 18/05/2024

Aceptación final: 03/07/2024

Resumen: En la Discusiones XX se dio un debate sobre a teoría del derecho como plan compartido desarrollada por Scott Shapiro, que involucró a varias filósofas y filósofos del derecho, os cuales realizaron una lectura crítica de dicha tesis, centrándose en diferentes aspectos y desde diferentes perspectivas. Lamentablemente, Shapiro nunca respondió a ninguna de las críticas pertinentes hechas a su teoría. Basándose en la discusión generada en Discusiones XX, pero también teniendo en cuenta los numerosos libros y artículos sobre la teoría del derecho como plan compartido de Shapiro que se han publicado, buscaremos analizar críticamente aspectos que pasaron desapercibidos en aquella discusión y evaluar nuevas críticas y aportes realizados al amplio debate que se generó.

* Doctor en Derecho por la Universidade de Lisboa, Portugal. Profesor Adjunto de la Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal. Miembro de Lisbon Legal Theory e Investigador Principal de Lisbon Public Law Research Centre – Coordinador de Teoría y Filosofía del Derecho (<https://lisbonpubliclaw.pt/en/lisbon-legal-theory/>). Correo electrónico: plopes@fd.ulisboa.pt.

** Doctor en Derecho por la Universidade de Lisboa, Portugal. Profesor Adjunto Invitado de la Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal. Miembro de Lisbon Legal Theory e Investigador Principal de Lisbon Public Law Research Centre – Coordinador Diputado de Teoría y Filosofía del Derecho (<https://lisbonpubliclaw.pt/en/lisbon-legal-theory/>). Correo electrónico: jorgesilvasampaio@fd.ulisboa.pt.

Palabras clave: Teoría de la planificación, Metafísica y ontología jurídica, Normatividad, Autoridad jurídica, Scott Shapiro.

Abstract: In *Discusiones XX* there was a debate on Scott Shapiro's theory of law as a shared plan, involving several philosophers of law, who critically read the thesis, focusing on different aspects and from different perspectives. Unfortunately, Shapiro never responded to any of the relevant criticisms of his theory. Based on the discussion generated in *Discusiones XX*, but also considering the numerous books and articles on Shapiro's theory of law as a shared plan that have been published, we will seek to critically analyze aspects that went unnoticed in that discussion and to evaluate new criticisms and contributions to the broad debate that ensued.

Keywords: Planning Theory, Metaphysics and legal ontology, Normativity, Legal Authority, Scott Shapiro.

1. Introducción

En la *Discusiones XX* se dio un debate sobre la *teoría del derecho como plan compartido* («TDP») desarrollada por Scott Shapiro,¹ que involucró a varias filósofas y filósofos del derecho, los cuales realizaron una lectura crítica de dicha tesis, centrándose en diferentes aspectos y desde diferentes perspectivas. En general, la teoría de Shapiro ha sido muy criticada y algo alabada, pero, lamentablemente, Shapiro nunca respondió a ninguna de las críticas pertinentes hechas al TDP. Sin embargo, más allá de sus otros méritos, la TDP de Shapiro se destaca por su intento de originalidad (si lo consiguió o no es un asunto distinto) y por su capacidad para reunir a varios autores con un claro interés y motivación para debatirla. El interés ha disminuido un poco desde 2017 pero no se espera que desaparezca.

Shapiro sostiene que las normas jurídicas *son* “planes” (o “como planes”) y la actividad jurídica es una “actividad de planificación social”.² La TDP no es una mera metáfora, sino una verdadera afirmación sobre la

¹ Véase Shapiro (2011). Para un resumen de la TDP, Shapiro (2017).

² Véase Shapiro (2011, p. 195).

metafísica de las normas jurídicas basada en el trabajo de Bratman, quien analiza la estructura de la planificación y la intencionalidad de la acción conjunta.³ En particular, Shapiro utiliza su TDP para intentar resolver la paradoja de la autoridad, a saber: ¿cómo puede un sujeto conferir poder jurídico sin tenerlo de antemano? Aunque Shapiro comparte muchas cosas con Hart, no pretende complementar la teoría del derecho *hartiana* como práctica social, sino sustituirla por la teoría de la planificación jurídica.⁴

La TDP se basa en tres tesis centrales:

- (i) la “Tesis de Planificación” (“TP”): la actividad jurídica es una actividad de planificación social y “actividad jurídica” significa básicamente “el ejercicio de la autoridad jurídica”. La planificación es asentadora (“settling”) porque “produce normas que se supone que resuelven, y pretenden resolver, cuestiones sobre cómo actuar”⁵. A su vez, el ordenamiento jurídico es una organización funcionalizada a la planificación como creación de normas de conducta –generales y normalmente públicamente accesibles– lo cual es necesario precisamente en un contexto de incertidumbre;
- (ii) la “Tesis de la Agencia Compartida” (“TAC”): el ejercicio de la autoridad jurídica es una actividad compartida basada en dos conceptos: aceptación y plan maestro compartido⁶. Shapiro subraya cómo la planificación permite el reclutamiento de agentes alienados: agentes a los que no les importa la buena ejecución del plan, sino sólo les importan los beneficios que obtendrán al ejecutar su parte del plan;⁷
- (iii) la “Tesis del Fin Moral” (“TFM”): la finalidad de la actividad de planificación jurídica es “rectificar las deficiencias morales asociadas a las circunstancias de la legalidad”, o sea costos deliberativos en escenarios de incertidumbre, conflictividad o arbitrariedad

³ Véase Bratman (1987). Más recientemente, Bratman (2022).

⁴ Véase Rosati (2016, p. 307). Sin embargo, sosteniendo que Shapiro, cuando se trata de obligación legal y normatividad, reproduce los errores de Hart Schiavello (2017, pp. 135 y ss.).

⁵ Véase Sardo y Esposito (2020, p. 110).

⁶ Véase Shapiro (2011, p. 204 y ss.); Sardo y Esposito (2020, p. 111).

⁷ Véase Shapiro (2011, pp. 144-146).

causados, sobre todo, por desacuerdos morales sustanciales.⁸ La connotación Raziana de la TFM es obvia: “[p]ara determinar el contenido del plan, el planificador debe tener cuidado de no entrar en deliberaciones sobre sus méritos. Como hemos visto, el valor de un plan es que piensa por nosotros”.⁹

El debate del número XX de *Discusiones sobre la teoría del derecho* de Shapiro como plan compartido abarcó un terreno prácticamente inalcanzable en un texto limitado como éste, tanto por su enfoque heterogéneo como por su contenido amplio.

En primer lugar, el debate presentó diferentes enfoques: desde destacar las ventajas de la TDP (Papayannis y, hasta cierto punto, Pino) hasta analizar la (in)coherencia interna o la falta de poder explicativo de la TDP (Celano o Canale); desde contrastar la TDP con estándares externos, ya sea buscando puntos de encuentro y desencuentro con versiones establecidas del positivismo (Poggi; Ferrer y Ratti), o simplemente menospreciando la TDP desde una perspectiva subjetiva elegida (Chiassoni, al contemplarla desde la perspectiva del “realismo analítico”).

En segundo lugar, por lo que respecta al contenido, en el volumen XX de *Discusiones* se analizaron y criticaron diversos aspectos de la teoría de Shapiro.

Canale (2017, pp. 21 y ss.) se centró sobre todo en los aspectos metodológicos del libro de Shapiro. Aunque destacó la originalidad de las distintas tesis originales presentadas sobre la naturaleza del derecho y los principales problemas de la filosofía del derecho, pero también sobre cómo la filosofía del derecho puede descubrir la naturaleza del derecho, no dejó de analizar críticamente el enfoque filosófico de Shapiro, que se inscribe en el giro metafísico. Canale critica, más concretamente, el monismo ontológico adoptado por Shapiro, que soslaya diversos temas sin poder explicar el concepto de obligación jurídica, oscureciendo la variedad de entidades jurídicas, como normas, contratos, parlamentos, etc. Como alternativa, sugiere un enfoque pluralista de la ontología social para explicar la naturaleza del derecho que merece consideración.¹⁰

⁸ Véase Shapiro (2011, pp. 169 y ss.; p. 172).

⁹ Véase Shapiro (2011, p. 127).

¹⁰ Véase Canale (2017, pp. 21 y ss.).

Por su parte, Poggi (2017, pp. 67 y ss.) se dedica a dar una solución, en términos de presupuestos positivistas, a la Paradoja de la Autoridad. Según esta paradoja, el poder de crear normas presupone una norma de competencia que, a su vez, presupone dos cosas: en primer lugar, el poder de crear normas y, en segundo lugar, la creación efectiva de esa norma de competencia. Para Poggi, la solución de Shapiro es una solución iuspositivista y todos los positivistas jurídicos resuelven la paradoja en cuestión de la misma manera. Esto se desprende directamente de la definición de derecho que ofrece el positivismo jurídico. La resolución de la paradoja resulta, según Poggi, de la introducción en el discurso de ciertas aclaraciones y distinciones, a saber, la diferenciación entre normas de racionalidad y normas jurídicas.¹¹

Tuzet (2017, pp. 103 y ss.) destacó las ambigüedades del TP en el contraste entre perspectivas internas y externas (es decir, el contraste entre “planificadores” y “observadores”) y algunas deficiencias derivadas de la no inclusión de importantes postulados del realismo jurídico, en particular Ross. Como sostiene Tuzet, Shapiro rechaza la perspectiva realista porque descuida el punto de vista interno. Sin embargo, muchas de las afirmaciones realistas se referían al conocimiento del derecho y no a su normatividad. Desde este punto de vista, Tuzet concluye –aunque asumiendo el riesgo de la afirmación– que Shapiro es un verdadero realista (más que Leiter).¹²

Schiavello (2017, pp. 135 y ss.) trató, en particular, de confirmar si la teoría del derecho como proyecto era capaz de superar los principales límites de la teoría jurídica positivista vista como práctica social, a saber, los relativos a los conceptos de obligación jurídica y normatividad del derecho. Su conclusión, tras un desarrollado análisis de la teoría práctica y del giro convencionalista del derecho y de sus respectivos límites, fue que Shapiro acabó reproduciendo los errores de Hart en ambas cuestiones.¹³

El análisis más positivo de la teoría de la planificación fue realizado por Papayannis (2017, pp. 179 y ss). Según su reconstrucción, el libro de Sha-

¹¹ Véase Poggi (2017, pp. 67 y ss.).

¹² Véase Tuzet (2017, pp. 103 y ss.).

¹³ Véase Schiavello (2017, pp. 135 y ss.).

piro ofrece una explicación mixta del fenómeno jurídico. Al mismo tiempo, pretende explicar la naturaleza del derecho, utilizando un análisis conceptual capaz de reconstruir fielmente el punto de vista interno. Al mismo tiempo, propone una explicación funcional del derecho que trasciende la perspectiva de los participantes. Se trata de perspectivas complementarias que no son incompatibles en la medida en que pretenden arrojar luz sobre distintos aspectos de la práctica jurídica. Y el punto más positivo de esta teoría proviene del hecho de que ilumina algunos aspectos de los sistemas jurídicos que a menudo han sido ignorados por los teóricos del derecho, a saber, sus funciones y aspectos ventajosos, porque van más allá del punto de vista interno.¹⁴

Celano (2017, pp. 223 y ss.), por su parte, se centró principalmente en un extenso análisis de la tesis de los planes, según la cual la actividad jurídica es una forma de planificación social. Aunque se centró en la coherencia interna de la TFM, rechazó que los principios de racionalidad instrumental, centrales en esta teoría, tengan capacidad para motivar a los agentes, lo que hace que la teoría no sea suficientemente explicativa de la normatividad. El autor también hizo hincapié en el insuficiente análisis de Shapiro sobre una cuestión fundamental, aunque poco abordada en el debate: el marco de la derrotabilidad de las normas en TDP.¹⁵

Chiassoni (2017, pp. 267 y ss.) niega que la TDP pueda adscribirse a la matriz positivista¹⁶ y niega también que haya “verdades filosóficas” por descubrir sobre “la naturaleza fundamental del Derecho”, como parece insinuar Shapiro. Desde este punto de vista, Chiassoni es muy crítico con la concepción del positivismo jurídico de Shapiro, especialmente si se tiene en cuenta su caracterización del derecho como una empresa racional. A diferencia de Poggi, Chiassoni afirma que, adoptando una visión realista, sólo cabe concluir que la supuesta solución de Shapiro a la paradoja de la autoridad es una mera ilusión.¹⁷

¹⁴ Véase Papayannis (2017, pp. 179 y ss.).

¹⁵ Véase Celano (2017, pp. 223 y ss.). Véase, también, Zorzetto (2013, pp. 76-77).

¹⁶ Contra, Poggi (2017). Es posible encontrar autores de dos procedencias teóricas muy diferentes que dudan del positivismo de Shapiro. Véase Chiassoni (2017, pp. 282 y ss.); Alexy (2016).

¹⁷ Chiassoni (2017, pp. 267 y ss.).

Ferrer y Ratti (2017, pp. 305 y ss.) aclaran que el “Planner’s method” es una especie de metainterpretación y no una metodología interpretativa específica; además, sostienen que el PDT es innecesariamente sofisticado en su demolición de la crítica de Dworkin al positivismo basado en el desacuerdo, ya que el problema radica únicamente en la diferenciación entre desacuerdos sobre las fuentes y desacuerdos interpretativos. Ferrer y Ratti resumen el argumento del desacuerdo y concluyen que la sofisticada teoría de la interpretación de Shapiro es supererogatoria y mezcla aspectos descriptivos y prescriptivos de la interpretación jurídica.¹⁸

En cuanto a la interpretación y la metainterpretación, Pino (2017, pp. 337 y ss.) se centra en la “fase extractiva” propuesta por TP y cuestiona la admisibilidad de excluir los juicios morales o valorativos, como propone este último (que se centra en el “descubrimiento de los hechos sociales”). También cuestiona que la diferencia que establece el TP no sea, al fin y al cabo, de grado (una conclusión kelseniana). Para Pino, la idea de que un sistema jurídico es el producto de un número fijo y cerrado de planificadores es simplista, ya que la evolución de los sistemas jurídicos es a veces también consecuencia de decisiones judiciales, lo que convierte a los jueces en ejecutores y a veces en planificadores.¹⁹

Así pues, tras este brevísimo análisis de los artículos que componen el volumen XX de Discusiones y basándonos (sobre todo) en la discusión que han generado, pero también teniendo en cuenta los numerosos libros y artículos sobre la TDP de Shapiro que se han publicado, intentaremos analizar críticamente aspectos de la TDP que han pasado desapercibidos en esta discusión y valorar nuevas críticas y aportaciones al amplio debate que se ha generado.

2. Metodología y naturaleza del Derecho

Según Shapiro, la cuestión principal que debe poder responder una teoría del derecho es explicar en qué términos y con qué efectos el derecho es

¹⁸ Ferrer y Ratti (2017, pp. 305 y ss.).

¹⁹ Véase Pino (2017, pp. 337 y ss.).

capaz de imponer “obligaciones”, de guiar el comportamiento humano de forma normativa.²⁰ En los últimos años, los teóricos del derecho quizá se han dedicado más a tratar de explicar qué *cuenta como derecho*, es decir, a entender cómo determinar qué normas pertenecen a los sistemas jurídicos. Shapiro (2011) considera que la tarea de la teoría analítica del derecho es analizar sus “fundamentos *metafísicos*” (pp. 26-27). En este sentido, dilucidar la naturaleza de algo implica, en primer lugar, determinar qué propiedades hacen que una determinada instancia del derecho sea una instancia del derecho y no de otra cosa (la cuestión de la *identidad*);²¹ luego se trata de comprender qué consecuencias necesarias se siguen del hecho de que esta entidad sea como es (la cuestión de la *implicación*),²² es decir, qué propiedades debe tener necesariamente el derecho para distinguirse de los juegos, la etiqueta o la moral.²³ Sin embargo, no está claro si determinar la identidad de una cierta entidad no es precisamente una cuestión de determinar sus propiedades necesarias.²⁴

La TDP forma parte del reciente movimiento (principalmente anglosajón) de retorno al discurso metafísico.²⁵ Este retorno ha sido criticado por teóricos pertenecientes a la cultura del *Civil Law*, que ven en la tradición de la filosofía analítica, bajo la égida del análisis conceptual, una lucha contra el “oscuro” lenguaje metafísico.²⁶ En defensa de este retorno, podría decirse que la “metafísica del presente”, sin perjuicio de las dificultades que pueda entrañar, poco o nada tiene que ver con la “vieja (y mala)” (Chiassoni, 2017, p. 273) “metafísica del pasado”.²⁷ No es infrecuente pensar que

²⁰ Véase Canale / Tuzet (2017, p. 10).

²¹ Véase Shapiro (2011, p. 8).

²² Véase Shapiro (2011, pp. 26-27 y 31).

²³ Shapiro (2011, pp. 9-10). Por otro lado, Ferrer y Ratti (2017, p. 320) consideran que, desde un punto de vista teórico, el positivismo jurídico consiste en una “reconstrucción” de los hechos sociales que constituyen en el derecho, y no en una investigación sobre la naturaleza o esencia del derecho.

²⁴ Véase Mellin (2023, pp. 24-25). Por esta razón, Mellin sostiene que es mejor preguntarse simplemente qué propiedades hacen de X la cosa que X es.

²⁵ Sobre el tema, Véase por ejemplo Loux y Zimmerman (eds.) (2005); Inwagen, Sullivan y Benstein (2023).

²⁶ La propia tradición antigua del positivismo jurídico iría en esta dirección. Véase Canale (2017, p. 29); Chiassoni (2017, pp. 270 y ss.).

²⁷ Reconociendo esto, véase Canale (2017, p. 31).

la metafísica analítica reciente (i) ha sido el escenario de algunos de los avances filosóficos más recientes, (ii) no es incompatible con visiones austeras de *la realidad* o con un particular escepticismo sobre la existencia de entidades abstractas (*infra*) y (iii) no es necesariamente incoherente con la posible imposibilidad de la distinción analítico-sintética de la tradición *quineana*. Shapiro forma parte precisamente de este movimiento. Aunque no tuviera éxito, la relevancia de su investigación es innegable.²⁸

Independientemente de las críticas, Shapiro (2011, p. 13) considera que la respuesta a las cuestiones de identidad e implicación debe basarse en el *análisis conceptual*, aunque el objeto de análisis no sea un concepto, sino la entidad a la que se aplica el concepto (sin mencionarla, la “referencia” fregeana). El análisis de conceptos como *derecho*, *autoridad* u *obligación* debe centrarse en las entidades que los instancian, no en sus significados. Por ejemplo, para elucidar la naturaleza del derecho es necesario identificar el mayor número posible de “verdades evidentes” sobre este concepto, además de algunas “estrategias compensatorias”.²⁹ Una vez hecho esto, es importante construir una teoría explicativa sobre el fenómeno estudiado: la mejor explicación será la que mejor dé cuenta de la lista de verdades fijas.³⁰

Frente al análisis tradicional de la naturaleza del derecho basado en el concepto de *norma jurídica*, Shapiro (2011, p. 6) defiende que debemos empezar por estudiar las *organizaciones* que crean las normas jurídicas: el “giro organizativo”.³¹ En este contexto ha crecido la discusión sobre quiénes son los creadores de los sistemas jurídicos, lo que exige escudriñar el papel de los funcionarios jurídicos en la constitución metafísica de los sistemas jurídicos.³² Aunque era de esperar que Shapiro se centrara en la naturaleza

²⁸ Para un análisis crítico reciente y exhaustivo, véase Mellin (2023). También críticamente, Leiter (2020, p. 3).

²⁹ En particular, la estrategia de comparar las instituciones jurídicas con otras prácticas sociales similares.

³⁰ Esta forma de ver las cosas, como señala Canale (2017, p. 35), se aleja del estilo tradicional de Oxford y se acerca más a la escuela de Canberra. Del mismo modo, pero haciendo hincapié en las diferencias con Jackson, Leiter (2020, pp. 5-6).

³¹ Cabe señalar que Sánchez Brígido (2010) siguió un camino similar más o menos en la misma época.

³² Véase Banas (2022, 160); Burazin (2022).

de las organizaciones jurídicas,³³ la hipótesis explicativa central que plantea es la siguiente: “si la actividad jurídica es una actividad de planificación social, entonces se deduce que las autoridades jurídicas son planificadores sociales” (Shapiro, 2011, p. 204). Es en este contexto, alejado del naturalismo y del análisis conceptual *à la Oxford*, en el que Shapiro (2011) considera que la TP da mejor cuenta de la naturaleza del Derecho,³⁴ ya que “no es posible entender qué son las leyes si no entendemos cómo y para qué las producen los sistemas jurídicos” (p. 7). Se trata de una perspectiva de análisis interesante, pero no exenta de algunas dificultades teóricas.

Un primer problema de la TDP parece haber escapado al debate anterior. Al afirmar que las organizaciones jurídicas son organizaciones de planificación, tanto porque es una buena práctica analítica como porque está en juego un concepto particularmente importante para la teoría de Shapiro, era de esperar que Shapiro comenzara analizando el concepto de *organización*.³⁵ Sin embargo, inmediatamente comienza afirmando la tesis de que la actividad jurídica es una actividad de planificación social, de lo que infiere que las organizaciones jurídicas tienen una naturaleza de planificación social.³⁶ El problema no es insuperable. Una posible solución es la sugerida por Mellin (2023, pp. 36 y ss.), quien califica a las organizaciones como *grupos formales de naturaleza institucional*, inspirándose en los análisis aportados por Ritchie (2015), García-Godínez (2020) y Epstein (2019).

Un análisis directo de la naturaleza de las organizaciones jurídicas también podría haber contribuido a evitar los problemas detectados por Canale (2017, pp. 50 y ss.). Shapiro parte de la metáfora de alguien que planea cocinar junto con un amigo, y luego extrapola a *actividades compartidas masivas*, de las que el derecho sería un ejemplo. A pesar del valor

³³ Precisamente criticando esta omisión, véase Mellin (2023, pp. 8, 23 y ss.).

³⁴ Shapiro no fue el primero en sugerir la relevancia de la actividad jurídica para explicar la naturaleza del derecho –MacCormick y Weinberger (1986)–.

³⁵ Sobre esta crítica, véase Mellin (2023, pp. 22 y ss.).

³⁶ Como forma de responder a la cuestión de la identidad, Shapiro (2011, p. 225) añade a la teoría de la planificación la propiedad de “autocertificación”, que le permitiría llegar a condiciones conjuntamente suficientes para el derecho. Este aspecto ha sido duramente criticado por Ehrenberg (2016, pp. 325 y ss.), quien considera que se trata de una propiedad “arbitraria” que también poseen otros grupos no jurídicos, así como que ni siquiera es seguro que las organizaciones jurídicas se “autocertifiquen”.

añadido de la estrategia utilizada en el marco del análisis conceptual –evita la circularidad y el retorno al infinito–, no es seguro que no haya caído en la falacia de la generalización precipitada.³⁷ A este respecto, cabe destacar varios puntos.

En primer lugar, no es en absoluto seguro que la planificación legislativa requiera las mismas propiedades constitutivas que la planificación individual, como las vinculadas a intenciones caracterizadas por la consistencia y la coherencia medios-fines. Recurrir a los planes *bratmanianos* para explicar la naturaleza del derecho es una estrategia muy cuestionable.³⁸ Además de utilizar una definición de plan distinta de la de Bratman –no son “intenciones”,³⁹ sino “objetos de intenciones”⁴⁰–, los planes “son creados y adoptados por un agente para su *propia* acción y deliberación futuras” (Celano, 2017, p. 227). En cambio, para Shapiro, las leyes consisten en un “conjunto de planes referidos también, y sobre todo, a las acciones y deliberaciones de otras personas y no solo de quien planifica” (Celano, 2017, p. 227). Celano no rechaza la posibilidad de planificar para otros, pero subraya que esta forma de planificar implica aspectos como la autoridad, la eficacia, el poder y la coacción, que son muy diferentes de las meras limitaciones derivadas de la racionalidad. A la explicación de la normatividad jurídica ofrecida por Shapiro le falta algo (quizá la coerción).

Curiosamente, es el propio Bratman (2011, p. 75), que aprueba la TDP, quien considera expresamente que la normatividad de los planes no basta para explicar la normatividad jurídica, al menos si ésta se caracteriza, al modo de Postema (1982, p. 165 y ss.), como la capacidad del derecho para dar a sus destinatarios razones para actuar. Aunque los agentes racionales están obligados a aceptar planes consistentes, no están obligados por esos planes: la consistencia resultante de la racionalidad instrumental no implica la conformidad con determinados comportamientos, por la sen-

³⁷ En este sentido, véase Canale (2017, p. 51 y ss.).

³⁸ Véase Celano (2017, p. 239 y ss.).

³⁹ Sobre el concepto de plan para Bratman, Véase Bratman (1987).

⁴⁰ O, utilizando la terminología de Toh, Shapiro no conceptualiza los planes como “actitudes psicológicas”, sino como “contenidos” (Toh, 2018, p. 4).

cilla razón de que los agentes tienen la opción de renunciar a su intención *qua plan*.⁴¹ Se destacan dos cuestiones.

En primer lugar, la generalización de Shapiro basada en la construcción teórica de los planes podría suponer un tratamiento *pars pro toto* (falacia de composición), desvirtuando así algunos de los conceptos jurídicos que parecen escapar a las explicaciones funcionales (por ejemplo, los conceptos de *propiedad* y *contrato*). En segundo lugar, no se puede negar que la TDP está “metafísicamente cargada”.

Conscientes de las exigencias metafísicas de la acción conjunta de todos los miembros, Sardo y Esposito (2020) propusieron un enfoque metafísicamente parsimonioso denominado “enfoque de estrategias esperadas”, combinado con un enfoque de razonamiento en equipo para el razonamiento en equipo [conjuntamente el enfoque “Homo Ludicus” («HL»)].⁴² La estrategia consiste en desplazar el punto central de la TDP (especialmente de los “planes compartidos”) a las expectativas individuales sobre el comportamiento de los demás. Resulta contraintuitivo, por ejemplo, afirmar que la aprobación de leyes en el Senado estadounidense es producto de intenciones compartidas y no de decisiones individuales basadas en expectativas sobre el comportamiento de los demás. Basada en una perspectiva de teoría de juegos, la HL ancla la normatividad en la capacidad de coordinar acciones, tanto a nivel de la autoridad normativa como de los destinatarios. Por otra parte, en HL, las normas jurídicas *no son planes* – una conceptualización que parece excesivamente inclusiva –, sino que *permiten a los destinatarios planificar mejor*, ya que todos tendrán expectativas más claras sobre la conducta de terceros.⁴³

La lectura metafísica que hace Shapiro del análisis conceptual no está exenta de problemas. Contrariamente al enfoque de la ontología social, según el cual la estructura de la realidad refleja de algún modo la estructura de nuestros *conceptos*,⁴⁴ Shapiro parece entender que nuestros conceptos

⁴¹ Mellin (2023, p. 142); también Rosati (2016, p. 320).

⁴² Es interesante observar que los supuestos de Shapiro han sido progresivamente “relajados”, tanto por Sardo y Esposito como en el reciente libro de Bratman, donde se prescinde de la “totalidad” de los miembros de la comunidad.

⁴³ Véase Sardo y Esposito (2020, p. 118). Más en profundidad, Sardo (2022, pp. 9 y ss.).

⁴⁴ Véase Searle (1995).

reflejan de algún modo la estructura de la *realidad*. En este sentido, una vez constatadas las verdades evidentes sobre el Derecho, es posible entonces desvelar su estructura profunda; una vez determinada la estructura de los conceptos jurídicos, queda también clara la estructura de los hechos que los componen, los cuales determinan la verdad de aquélla. Sin embargo, no es cierto que el lenguaje refleje la estructura ontológica del mundo. Como señala Canale (2017), el enfoque semántico que implica la metodología de Shapiro plantea problemas relevantes que aún no han sido respondidos.

Por ejemplo, no sería sorprendente que nuestras intuiciones generales sobre los fenómenos jurídicos fueran (al menos parcialmente) erróneas, si tenemos en cuenta la falibilidad humana y la ignorancia empírica, así como los problemas que afectan al lenguaje; no está claro que las propiedades relevantes de las entidades jurídicas puedan individualizarse holísticamente sobre la base de la mera observación de los aspectos sociales y culturales de los fenómenos jurídicos. No es infrecuente confundir la realidad que se pretende desvelar con el lenguaje utilizado; la naturaleza del derecho constatada depende de la correspondencia efectiva entre esta naturaleza y la realidad social, lo que no es seguro que se confirme en el plano epistemológico.⁴⁵

Una vez conciliados los diversos problemas de la TDP con su monismo metafísico, una posible salida sería, aceptando la variabilidad del alcance del cuantificador existencial y por tanto el relativismo ontológico, optar por el “pluralismo ontológico”. Según éste, “[u]na entidad legal está constituida por conjuntos diferentes de propiedades pertenecientes a diferentes dominios de discurso” (Canale, 2017, p. 61). En otras palabras, la vía deflacionista podría quizás contribuir a acercar la TDP a la realidad.

⁴⁵ Genéricamente sobre el tema de los tipos y tipos sociales, Véase Khalidi (2013); Epstein (2024).

3. El Plan Maestro, la autoridad jurídica y la normatividad del Derecho

3.1. El Plan Maestro y la autoridad jurídica

Según la TDP, la normatividad jurídica se explica a partir del concepto de autoridad jurídica, que es generado por el Plan Maestro (“PM”) y la racionalidad instrumental derivada del mismo. El PM define las “normas fundamentales del ordenamiento jurídico”, que sirven para distribuir las distintas competencias de creación, aplicación y ejecución de los planes. Una vez que se ha constituido un plan para los funcionarios jurídicos, su existencia depende precisamente de su *aceptación* por dichos funcionarios; los miembros de la sociedad sólo tienen que estar *dispuestos a seguir* los planes creados sobre la base del PM. Si el PM es aceptado, la existencia del sistema jurídico se hace posible.⁴⁶ Sin embargo, el ambicioso *plan* de Shapiro plantea dudas.

En este contexto, para que se cree una autoridad jurídica en un determinado ordenamiento jurídico, es necesario y suficiente que se materialice la voluntad de seguir los planes de la autoridad, es decir:

(i) que un determinado agente esté autorizado por el PM a planificar para los demás, lo que podría hacerse mediante planes compartidos, y

(ii) que el agente autorizado sea capaz de motivar a los miembros de la comunidad respectiva para que sigan sus planes⁴⁷, ya sea (a) con la aceptación de la legitimidad del PM por parte de los miembros de la comunidad (racionalmente obligados a aceptarlo),⁴⁸ o (b) mediante amenazas y sanciones.⁴⁹

El primer problema para la TDP, identificado por el propio Shapiro, consiste en saber cómo es posible que el PM autorice a la autoridad jurídica a crear obligaciones y derechos, si consideramos que éstos son conceptos

⁴⁶ Véase Shapiro (2011, pp. 176 y ss.).

⁴⁷ Véase Shapiro (2011, pp. 179 y ss.).

⁴⁸ Para Mellin (2023, p. 132), esto sería, en principio, una debilidad de la tesis de Shapiro, en el sentido de que la normatividad del PM no se extendería a quienes lo rechazan.

⁴⁹ Para Shapiro, el papel de la coacción es contingente y residual. Véase *infra*.

morales que presuponen un poder moral.⁵⁰ La vía de escape positivista de Shapiro consiste en argumentar que la autoridad jurídica puede interpretarse de dos maneras diferentes:

(i) la vía “adjetival”: cuando describimos a un determinado agente como una “autoridad”, le estamos atribuyendo autoridad moral, ya que el término autoridad denota un significado moral en todos los contextos (incluido el jurídico); sin embargo, esta interpretación sería incapaz de explicar las autoridades moralmente ilegítimas (por ejemplo, la Alemania nazi);

(ii) la vía “perspectivista”: cuando calificamos a un agente de autoridad jurídica, lo hacemos desde una determinada perspectiva (jurídica), que no tiene por qué coincidir con la moral, en cuyo caso las obligaciones y derechos jurídicos creados sólo tienen fuerza moral desde el punto de vista jurídico, y por tanto no son exigencias morales objetivas.

La segunda vía permitiría una explicación positivista del Derecho, en la medida en que permitiría afirmar que “todos los hechos jurídicos están determinados en última instancia por hechos sociales”.⁵¹ En definitiva, siempre que se acepte el PM, la autoridad sería moralmente legítima –es decir, obligatoria– desde un punto de vista jurídico, lo que basta para admitir la capacidad de la autoridad jurídica para crear obligaciones jurídicas.⁵² Los juicios jurídicos sobre obligaciones y derechos serían descriptivos, no normativos, en la medida en que describen el punto de vista jurídico; esto también permitiría resolver el problema de Hume para los positivistas.⁵³

⁵⁰ Véase Shapiro (2011, p. 182).

⁵¹ Véase Shapiro (2011, p. 27). Criticando la concepción positivista de Shapiro por basarse en ambigüedades relativas a las expresiones “hechos jurídicos” y “determina”, Toh (2018, pp. 9 y ss.).

⁵² Véase Shapiro (2011, p. 187).

⁵³ En este contexto, para no quebrantar la ley de Hume, Shapiro (2011, p. 99) sugiere entender a Hart como un expresivista, en el sentido de que los hechos sociales que conforman el PM pueden ser objeto, en un momento dado, de actitudes teóricas y, por tanto, susceptibles de enunciados descriptivos, y, en otro momento, de actitudes prácticas y, por tanto, susceptibles de enunciados normativos. *Contra*, Papayannis (2017, pp. 193-194). También defendiendo una lectura expresivista de Hart, Toh (2005, pp. 75 y ss.). De forma crítica, Kramer (2018, pp. 396 y ss.).

La forma en que Shapiro lo plantea parece empujarle hacia una forma de *fictionalismo jurídico*: aunque ciertas afirmaciones jurídicas sean ciertas en el contexto de la ficción, no lo serían en el “mundo real”.⁵⁴ Tal vez de ello se desprenda que no puede haber autoridad jurídica sin legitimidad moral.⁵⁵ Por su parte, no sólo no es seguro que tal explicación sea superior a la alternativa *hartiana*, sino que incluso si procede la lectura “perspectivista”, tal explicación ni siquiera constituye una ventaja de la TDP. Es una jugada que también podrían hacer otros positivistas.⁵⁶ Aun así, la idea anglosajona de que los conceptos de *obligación* y *derecho* tienen un significado “moralizado” en el ámbito jurídico no parece intuitiva en el plano lingüístico. Más intuitiva parece la idea de que estos conceptos son ambiguos –o tienen un significado *genérico*– en los contextos moral y jurídico, que parece ser una opinión bien considerada en la filosofía del lenguaje.⁵⁷

El segundo problema tiene que ver con la facilidad con la que se lograría la existencia de un sistema jurídico con la mera “aceptación” del PM por parte de los funcionarios jurídicos (prescindiendo de la aceptación por parte de los demás miembros de la comunidad). La historia de la creación de los PM y de la constitución metafísica de la autoridad jurídica parece, como mínimo, incompleta.⁵⁸ En Portugal, por ejemplo, lo que ocurrió tras la revolución de 1974 fue que la comunidad atribuyó competencia, mediante elecciones, a una autoridad constituyente para crear la nueva constitución, lo que escapa al retrato que hace Shapiro.

Otro problema, ya destacado por Poggi y Celano, tiene que ver con el hecho de que las normas de racionalidad instrumental no son normas *stricto sensu*: no son guías para la acción, ni motivan el comportamiento. No hacen más que definir lo que es racional. Pero “[e]l hecho de que hacer algo sea racional no implica que deba hacerlo, a menos que yo quiera ser racional”

⁵⁴ El ficcionalismo puede entenderse como “la opinión de que las proposiciones características expresadas en un discurso determinado pueden resultar falsas y, sin embargo, seguir existiendo razones para el discurso sin una revisión radical”. Así mismo, Gawthorne (2013, pp. 52 y ss.); véase también Spector (2008, pp. 57 y ss.). En general, sobre «cómo ser un ficcionalista sobre números y tablas y cualquier otra cosa», cf. Balaguer (2021, 45 ss.)

⁵⁵ Véase Mellin (2023, p. 138).

⁵⁶ Así, Rosati (2016, p. 316); Toh (2018, p. 37).

⁵⁷ A favor de esta última hipótesis se pronuncia Wodak (2018, pp. 790 y ss.).

⁵⁸ Lo mismo opina Mellin (2023, p. 136).

(Poggi, 2017, p. 100). Las normas jurídicas, en cambio, no dejan lugar a opciones.⁵⁹ No sólo no está claro que la racionalidad instrumental sea una fuente autónoma de razones, sino que ser racionalmente criticable no es lo mismo que ser jurídicamente criticable (Poggi, 2017).⁶⁰ No es cierto que Shapiro no se dé plena cuenta de esto, y que simplemente piense que el elemento distintivo de la normatividad jurídica, aparte de las razones morales contingentes para seguir la ley, es la normatividad proveniente de la racionalidad instrumental.⁶¹ Pero en ese caso, la normatividad jurídica sería idéntica a la normatividad de los juegos, lo que resulta sorprendente en el contexto de la TDP.⁶²

3.2. Un tema olvidado: la coerción

El análisis de la naturaleza de ciertos conceptos o entidades suele basarse en la identificación de sus propiedades esenciales o necesarias y suficientes. Quizá por ello, siguiendo la línea de Hart, porque considera que no es una propiedad necesaria Shapiro prescinde de la propiedad de *coerción* al explicar el fenómeno jurídico.

Schauer (2010) duda de este diagnóstico, en primer lugar, porque los ejemplos ofrecidos por Shapiro –el de la comunidad de cocineros–, aunque conceptualmente posibles, no parecen encontrar apoyo en la realidad. Además, Schauer ha argumentado que no es seguro que comprender la naturaleza de un determinado concepto o entidad no requiera analizar (todas) las propiedades no necesarias.⁶³ De hecho, suponiendo que el dere-

⁵⁹ Para Toh (2018, pp. 7, 30 y ss.), Shapiro se basa en la idea de que algunos principios de racionalidad instrumental servirían como *bootstrap* para pasar (“*bootstrapping*”) de “plan-actitudes” a “plan-contenidos”, sin explicar, no obstante, cómo se produce tal transición. En términos más generales, el tema de la racionalidad instrumental, que ha sido objeto de numerosos debates filosóficos y reviste especial importancia en la TDP, no ha sido debidamente analizado, lo que constituye una “grave y curiosa laguna”.

⁶⁰ Argumentando que la normatividad de la racionalidad instrumental depende de la normatividad de la moralidad, Korsgaard (2008, p. 32).

⁶¹ Sobre la justificación pragmática de la racionalidad instrumental de Shapiro, Zorzetto (2013, p. 72).

⁶² Véase Shapiro (2011, p. 184).

⁶³ Véase Schauer (2015); Schauer (2010, pp. 586 y ss.).

cho sea un artefacto, la capacidad de los seres humanos para rehacer o modificar el propio concepto de derecho que existe en cada sociedad quizá confirme la idea de que el derecho no tiene propiedades esenciales.⁶⁴ Lo cierto es que la forma clásica de ver las cosas ha sido puesta en entredicho por muchos filósofos, que hablan de “parecidos de familia”, “conceptos-*cluster*”, “conceptos esencialmente discutidos”, entre otros.⁶⁵ El antisencialismo conceptual es, de hecho, coherente con algunas de las investigaciones que se han realizado en el campo de la ciencia cognitiva desde las investigaciones seminales de Rosch sobre la teoría de prototipos.

Recientemente, Himma (2020) ha retomado la estela de autores como Bentham, Austin o Kelsen y ha argumentado que la coerción es, de hecho, una propiedad necesaria del Derecho (un artefacto diseñado para satisfacer una función conceptual). Sostiene que el comportamiento humano no puede modificarse sin el uso de sanciones coercitivas, que “proporcionan razones motivacionales objetivas nuevas e independientes del contenido para cumplir las normas jurídicas obligatorias que prohíben actos socialmente indeseables”. Esto explica por sí solo su “*ubicuidad en los sistemas jurídicos existentes*”.⁶⁶ Ciertamente, el desprecio teórico de Shapiro por la propiedad de la coerción resulta aún más extraño cuando uno se da cuenta de que la coerción constituye un “facilitador de la planificación social en un mundo no ideal”.⁶⁷

4. Las normas jurídicas como planes y sistemas jurídicos

4.1. Cuestiones de ontología jurídica

La TDP sostiene que los planes son equivalentes a las normas: las normas pueden ser tanto “parte del PM” del sistema jurídico como planes que han sido creados de acuerdo con, y en los términos exigidos por, ese PM. Para

⁶⁴ Véase Schauer (2018, p. 30).

⁶⁵ Afirmando que Hart, aunque no lo hiciera explícito, seguía al segundo Wittgenstein en cuanto al hecho de que un concepto como el derecho no tiene propiedades necesarias y suficientes, Leiter (2020, p. 4).

⁶⁶ Véase Himma (2020, pp. 70 y 122).

⁶⁷ Véase Schauer (2010, p. 609). También, Sardo y Esposito (2020, p. 118).

Shapiro (2011, p. 128), los planes son entidades “positivizadas”: se crean mediante su “adopción” y se mantienen mediante su “aceptación”. Por el contrario, las normas lógicas y morales existen simplemente en virtud de su validez última.⁶⁸

La premisa ontológica de la TDF es, por tanto, clara. Los planes y las normas son “entidades abstractas” que no entran en relaciones causales con nada en el mundo, incluidos los seres humanos.⁶⁹ Shapiro (2011, p. 127) se centra en la estructura y naturaleza de los planes y no “en el estado mental de ‘tener un plan’”. Al formular la crítica del “error de categoría” de Hart –contradicha en Leiter (2020)– Shapiro va más allá. Afirma que “las normas sociales no pueden reducirse a prácticas sociales porque pertenecen a categorías metafísicas diferentes” (Shapiro, 2011, p. 103). Las prácticas sociales son “acontecimientos concretos” y las normas (y los planes) son “objetos abstractos” que existen fuera del espacio y del tiempo.⁷⁰ El único apoyo filosófico que Shapiro da a su categorización –apoyo muy querido por Hart, por cierto– es *The Concept of Mind* de Gilbert Ryle.

La TDP establece una ruptura filosófica en este punto. No se trata de que la simple suposición de la existencia de objetos abstractos sea “catastróficamente inexacta” (como caracterizó recientemente Balaguer [2021] la discusión sobre el asunto), o de que un libro de 1949 no pueda seguir siendo una referencia ineludible. Hay buenas razones para pensar que la mayoría de las teorías actuales (desde las teorías jurídico-filosóficas hasta las teorías matemáticas) están comprometidas con la existencia de objetos abstractos como los números y las proposiciones. La cuestión, sin embargo, dista mucho de estar resuelta (si es que alguna vez puede estarlo). Un punto tan fundamental en la sofisticada TDP merecía, por parte de Shapiro, un poco más de apoyo y preocupación por rebatir las teorías contrastadas.

En la filosofía de las matemáticas, el mapeo de posiciones es claro. Según los platónicos, los objetos abstractos –físicos, no mentales, no espacio-temporales, *no extendidos* y acausales– existen. Según los nominalistas,

⁶⁸ En este sentido, los planes son normas, pero no todas las normas son planes. Véase Shapiro (2011, p. 128).

⁶⁹ Recientemente, sobre la ontología de las normas, especialmente sobre su consideración como objetos abstractos, véase Agüero-SanJuan (2022, pp. 71 y ss.).

⁷⁰ Del mismo modo, Green (2014, pp. 347 y ss.); Papayannis (2017, p. 189).

no existen: todo lo que se supone que está representado por un concepto o se da como representación mental debe ser una cosa singular. Las especies, los conjuntos, las naturalezas comunes, las propiedades generales, los atributos compartidos, etc., se considera que no tienen una realidad propia *independiente de la mente*.⁷¹ Por último, según los no factualistas –a la vez antiplatonistas y antinomialistas– la cuestión es discutible (“*moot*”); no tiene, desde un punto de vista metafísico –y, subrayémoslo, no meramente epistemológico– una respuesta correcta. Como señala Plebani (2015, p. 1), no es sólo que no sepamos (todavía) la respuesta a la pregunta sobre la existencia de los objetos abstractos, sino que no hay respuesta que dar. No hay “ningún hecho” sobre la existencia de números, normas o planes.⁷²

Aparte de no discutir estas posiciones pertinentes, hay que destacar otras dos particularidades de la TDP. Por un lado, al afirmar que el acto psicológico de adoptar un plan debe ser diferente del plan mismo, Shapiro (2011, p. 127) aborda, bajo la apariencia del “plan” y de forma menos clara y profunda, la oposición entre las concepciones expresiva e hilética de las normas desarrolladas por Alchourrón y Bulygin (2021 [1991]). Por otra parte, al afirmar que los planes son *creados* por un proceso que se supone que crea normas, pero que tienen una existencia fuera del espacio y del tiempo, Shapiro hace afirmaciones cuya compatibilidad es, cuando menos, discutible. La primera cuestión se refiere a la suficiencia exploratoria de la TDP; la segunda es una cuestión de coherencia interna de la TDP.

En cuanto a la primera cuestión, es bien sabido que mientras la concepción expresiva se centra en la función de las normas y en el aspecto pragmático de los enunciados normativos, la concepción hilética se centra en el aspecto semántico. La concepción expresiva de las normas (Bentham, Austin, Kelsen, Ross) es una teoría que sostiene que las normas son *proprio sensu* “dependientes del lenguaje”; son en sí mismas el resultado de

⁷¹ Véase Panaccio (2005, p. 993).

⁷² Sobre el no factualismo, en la filosofía de las matemáticas, véase Balaguer (2021, *passim*, en especial 46 y ss., 123 y ss., 220 y ss.). Otra posibilidad es recurrir a concepciones ontológicas deflacionarias, como la “ontología fácil” diseñada por Thomasson (2015), en la que se pretende responder a cuestiones ontológicas sobre las entidades jurídicas exclusivamente a partir del análisis conceptual y la investigación empírica. Siguiendo esta senda, García-Godínez (2024).

un cierto tipo de uso (un uso prescriptivo) del lenguaje. La concepción hilética (Kalinowski, Weinberger) sostiene que las normas son entidades conceptuales y proposicionales, es decir, el significado de los enunciados normativos. Según esta última, la existencia de normas no requiere ninguna expresión lingüística o pragmática. Según la primera, no es así. Sin embargo, la concepción hilética acepta que las normas son *improprio sensu* “dependientes del lenguaje”: a pesar de ser lingüísticamente independientes, desde un punto de vista ontológico, las normas sólo pueden expresarse y percibirse a través del uso lingüístico.⁷³

Sin embargo, la TDP no aclara si la existencia de los planes, en una concepción hilética (semántica) –o al menos su expresión y enunciación– depende del uso del lenguaje, ni aborda la posible conciliación entre ambas concepciones. Guastini sostuvo recientemente que las concepciones hilética y expresiva se refieren a aspectos diferentes de las normas, respectivamente al “proceso de creación” y a la “naturaleza”, y concluyó que *la solución propuesta a una de las cuestiones condiciona la respuesta a la otra* (Guastini, 2018). Si bien la diferenciación entre las perspectivas pragmática y semántica de los planes está relativamente presente en la TDP, el condicionamiento entre una y otra está completamente ausente.

Pasemos a la segunda cuestión, la de la coherencia interna. Shapiro (2011) afirma:

(i) que una norma es un plan, “siempre que haya sido *creada* por un proceso que se supone que crea normas” (p. 128);

(ii) que las normas (y los planes) son “objetos abstractos” que, como los juegos, los números, las proposiciones y los conceptos, “son objetos de pensamiento, no entidades que existen en el espacio y el tiempo” (p. 103).

Parece que sólo una lectura extremadamente caritativa puede conciliar estas afirmaciones. Las consecuencias de la existencia de planes *como* entidades abstractas fuera del espacio y del tiempo son varias. Según la TDF: (i) los planes siempre han existido y no sólo cuando fueron adoptados; (ii) las normas siempre han existido (porque los planes son normas) y no sólo cuando fueron enunciadas (aceptando, *contra* Kelsen, que “hay imperativo

⁷³ Véase Alchourrón y Bulygin (2021 [1991], p. 162).

sin emperador”). En apoyo de Shapiro, adoptando precisamente esta lectura extremadamente caritativa, Green (2014) llegó a afirmar lo siguiente:

Parece que cuando Shapiro dice que alguien crea un plan, lo que realmente quiere decir es que esa persona hace válido un plan, en el sentido de que ahora debe hacer lo que el plan dice que debe hacer. (...) Shapiro parece ignorar su propia advertencia de no confundir la existencia de normas con su validez. Sin embargo, tales afirmaciones no plantean un problema grave para su posición. Una solución consiste simplemente en sustituir los pasajes en los que Shapiro habla de la creación de planes y normas sociales por lenguaje sobre su validez (...)

Una solución alternativa - la que yo favorezco - es rechazar la opinión de que un plan es una norma y entenderlo como una norma más el hecho psicológico de que ha sido adoptada (...) *convertimos las normas en planes al adoptarlas.* (p. 353)

La alternativa que Green ofrece como salida a Shapiro es desconcertante. Por otra parte, las “correcciones” de Green tienen un alto coste, tanto para él como para Shapiro. O bien que (i) los planes no son objetos abstractos que existen fuera de un contexto espacio-temporal (y, en esa medida, no son equivalentes a las normas que supuestamente reúnen esas características), o bien que (ii) la “creación” de planes confunde –o converge– existencia con validez⁷⁴. La cuestión es: ¿la derogación de una norma no equivale al cese de su existencia jurídica?⁷⁵ ¿Y no puede existir un plan inválido en el contexto de un sistema jurídico?

Cabe señalar que la alternativa (i) también tiene un coste asociado, ya que implica la disociación entre planes que son “creados” y normas que existen fuera de la “creación”. Para la concepción positivista, que Shapiro dice adoptar, la existencia de normas jurídicas (se parezcan o no a planes) sólo puede basarse en hechos humanos, de existencia contingente: “no

⁷⁴ Véase Agüero-SanJuan (2022, pp. 71 y ss.); en términos más generales, Navarro y Rodríguez (2022, pp. 185 y ss.).

⁷⁵ Véase Guastini (2018, p. 4, nota 37) recurre a Bulygin en apoyo de la existencia temporal de las normas jurídicas, afirmando que ésta deriva directamente de la posibilidad de derogación y/o declaración de nulidad.

hay imperativo sin imperator”.⁷⁶ El uso que Green hace de la “validez” es, cuando menos, cuestionable. ¿Se refería a la “percepción” de las normas en la concepción hilética? La cuestión no se le ha escapado a Celano, que afirma que es posible que la TDP tenga la estrategia oculta de solapar la existencia con la validez.⁷⁷

5. Organizaciones jurídicas, artefactos y agencia institucional

5.1. Grupos institucionales y artefactos

Según Epstein (2016, pp. 125 y ss.), la ontología social analítica analiza cómo creamos el mundo social, qué es el mundo social y qué constituye la realidad social. La TDF parece situarse precisamente en la intersección entre la filosofía del derecho y la ontología social, aunque acabe prescindiendo de algunos aspectos típicamente tratados en este último campo (por ejemplo, la naturaleza de los grupos sociales).⁷⁸ Suponiendo que los grupos *existan*, es importante entender exactamente qué pueden ser,⁷⁹ lo que nos permitirá comprender las posibles relaciones entre los grupos y sus miembros, así como la forma en que han ido construyendo el mundo social. La respuesta a estas preguntas está vinculada al tema de *la agencia grupal*, que implica el estudio de lo que convierte a un grupo en un *agente* capaz de actuar intencionadamente.

La TDP se encuentra con un primer problema y es que, para poder extraer conclusiones sobre cómo y por qué un grupo lleva a cabo determinadas actividades, es necesario empezar por explicar en qué consiste un grupo.⁸⁰ A pesar de la discusión predominante, existe acuerdo en que la

⁷⁶ Véase Guastini (2018, p. 4).

⁷⁷ Véase Celano (2017, p. 244). Los tres significados de la existencia de normas jurídicas han sido aclarados por Poggi (2017, p. 73).

⁷⁸ Recurriendo precisamente a las herramientas de la ontología social para arrojar luz sobre la naturaleza del Derecho, Bernal Pulido (2014a, pp. 21 y ss.).

⁷⁹ Queda por ver de qué tipo de existencia se trata. Véase Thomasson (2019, pp. 4829 y ss.). Sobre la discusión entre realistas y eliminativistas de los grupos, Ritchie (2015, pp. 310 y ss.).

⁸⁰ Véase Mellin (2023, pp. 36 y ss.). En Ekins (2014, pp. 313 y ss.) se critica a Shapiro por no tener en cuenta la agencia de grupo y centrarse en la acción colectiva.

agencia grupal requiere *intencionalidad colectiva*,⁸¹ es decir, “el poder de las mentes para abordar conjuntamente objetos, cuestiones de hecho, estados de cosas, objetivos o valores”, que puede incluir intenciones y creencias compartidas, actitudes de aceptación colectiva, emociones colectivas, etc.⁸² Este debate es importante a la hora de analizar las formas en que los grupos de personas son capaces de crear entidades a través de prácticas sociales, como los sistemas jurídicos o las normas legales. Como es bien sabido, Shapiro considera que las organizaciones jurídicas son *organizaciones de planificación social*. Pero esta conclusión merece un análisis previo de los conceptos utilizados –cómo es una buena práctica analítica– de grupo social y grupo institucional, así como, y más concretamente, del concepto de organización jurídica, lo que no se hace.⁸³ En este contexto, una posibilidad sería, por ejemplo, caracterizar a las organizaciones jurídicas como grupos institucionales, creados intencional y formalmente e instanciados internamente, que constituyen estructuras visibles reconocidas tanto interna como externamente.⁸⁴ La explicación metafísica de las organizaciones jurídicas como grupos institucionales podría complementarse con el recurso a la estructura metafísica de los grupos desarrollada por Epstein (2019), concretamente a través de los perfiles complementarios a los que se refiere (el *perfil Construcción*, el *perfil Extra-Esenciales*, el *perfil Ancla* y el *perfil Accidente*).⁸⁵

Fructuoso podría ser también el análisis de estas entidades como productos intencionales de una actividad compartida, es decir, como *artefactos* Preston (2022). En cualquier caso, parece claro que al volver a centrar el plano de análisis en la naturaleza de los *sistemas jurídicos* como *artefactos institucionales abstractos* Ehrenberg (2016, p. 338), nos alejamos de la

⁸¹ Argumentando que el recurso a la ontología social puede ayudar a iluminar la naturaleza del derecho reenfocando el debate sobre la intencionalidad colectiva y la acción intencional colectiva, Bernal Pulido (2014b).

⁸² Véase Schweikard y Schmid (2021).

⁸³ Así, Mellin (2023, pp. 36 y ss.).

⁸⁴ Véase García-Godínez (2020, p. 49).

⁸⁵ Para empezar a crear un perfil de las organizaciones jurídicas basado en el pensamiento de Epstein, véase Mellin (2023, pp. 51 y ss.).

TDE, que da prioridad a las organizaciones jurídicas a la hora de analizar la naturaleza del Derecho.⁸⁶

5.2. El regreso de Bratman

Recientemente, Bratman (2022) ha presentado por fin su propia visión de la teoría de la planificación institucional aplicada al Derecho. Lo hace a partir de su teoría de las intenciones *qua* planes –actitudes que determinan el comportamiento futuro de los seres humanos haciéndoles estar dispuestos a aceptar y seguir normas de racionalidad instrumental– y del concepto *hartiano* de reglas sociales.

Bratman (2022 pp. xv; 111 y ss.) considera que la “capacidad de agencia planificadora” es lo que unifica (conceptual, psicológica, metafísica y normativamente) la capacidad de los agentes humanos para las actividades individuales, las interacciones sociales a pequeña escala y las acciones institucionales a gran escala. Esta interpretación se aplica en primer lugar a los casos de agencia compartida a pequeña escala, en que los participantes comparten intenciones individuales de lograr algo juntos y tienen razones para compartir la intención, lo que se convierte en consistencia y estabilidad social y coherencia instrumental.⁸⁷ En cuanto a la acción social compartida a gran escala, Bratman sostiene que las intenciones adecuadas no requieren una participación universal, sino simplemente una participación ampliada, y pueden implicar intenciones adicionales de actuar de acuerdo con una autoridad. Para explicar la estructura modular y compleja de las organizaciones institucionales, Bratman (2022, pp. 33 y ss.) se basa en la teoría de las reglas sociales de Hart, argumentando que las instituciones se caracterizan precisamente por estar reguladas por una red de reglas sociales. Un aspecto especialmente importante es el concepto de “intención institucional”, que se considera no como una intención compartida, sino como

⁸⁶ Véase Mellin (2023, p. 13).

⁸⁷ Véase Bratman (2022, pp. 10 y ss.).

un resultado institucional que cumple la condición de coherencia/autoridad y guía el pensamiento y las acciones de los participantes relevantes.⁸⁸

A pesar de la enorme contribución del libro de Bratman al estudio de la realidad institucional, son varias las dudas y problemas que plantea. Con respecto al uso de la teoría de las reglas sociales de Hart, parece que Bratman “sobrestima” una de las objeciones más importantes de Dworkin: si los funcionarios comparten la intención de tomar decisiones legales, ¿cómo podría ser esto posible frente a los desacuerdos que a menudo les oponen en cuanto a lo que cuenta como *legal*? Como podemos comprender, la respuesta no puede limitarse a la afirmación de que los funcionarios legales tienen un compromiso racional de antemano de utilizar determinados criterios para decidir lo que es legal, ya que es precisamente esta práctica decisoria la que determina los criterios de legalidad.⁸⁹ En términos más generales, cabe preguntarse cómo las normas sociales pueden “añadir alcance a la TDP”, si estas normas se satisfacen y conforman a su vez mediante intenciones compartidas *qua* nexos de intenciones de planificación individuales.⁹⁰

Si bien es cierto que Bratman admite que las organizaciones institucionales no implican una “intención compartida” por parte de todos los participantes, acaba argumentando que dichas entidades institucionales son capaces de tener intenciones y actuar intencionalmente.⁹¹ Muy brevemente, en contra de filósofos como List y Pettit (2011), Bratman considera que la similitud funcional entre las intenciones individuales y los outputs de las acciones institucionales sería suficiente para hablar de intenciones institucionales. Sin embargo, si las intenciones son estados mentales, no está claro que podamos hablar de intenciones institucionales para referirnos a fenómenos sociales que pueden desempeñar un papel funcional idéntico a aquellas, ni parece suficiente decir, como hace Bratman, que se trata de un tipo distinto de intenciones.⁹²

⁸⁸ Véase Bratman (2022, p. 139).

⁸⁹ Véase García-Godínez (2023, pp. 839-840).

⁹⁰ Véase Roth (2023).

⁹¹ Véase Bratman (2023, p. 139).

⁹² Véase Roth (2023).

5.3. Constitucionalismo y normatividad jurídica

Un último punto a tratar se refiere a la explicación constitutivista de la normatividad. La normatividad es uno de los temas más estudiados en los últimos años, tanto en metaética como en teoría jurídica, hasta el punto de que los filósofos de ambos campos buscan teorías explicativas unificadas de los diversos fenómenos normativos.⁹³ Aunque no hay acuerdo sobre qué es la normatividad,⁹⁴ el concepto suele relacionarse con la capacidad de algo para generar *razones*.⁹⁵ Como ámbito práctico, el derecho suele calificarse de fenómeno normativo en la medida en que parece capaz de proporcionar razones para la acción.⁹⁶

Una metateoría normativa con potencial explicativo es *el constitutivismo*, a pesar de su falta de reconocimiento en el ámbito jurídico.⁹⁷ Según el constitutivismo, “los hechos normativos de cierto tipo pueden explicarse mediante hechos sobre las propiedades constitutivas de algo”, ya sea una persona, una acción o un estado de cosas Smith (2017, p. 371). En otras palabras, se trata de una explicación reductiva que toma las propiedades constitutivas de un determinado tipo normativo como explicativas o fundamentadoras de las propiedades normativas de ese ámbito.⁹⁸ La explicación de la normatividad jurídica, si existiera, sería entonces *interna* al ámbito jurídico, no dependiente de la normatividad moral o prudencial. Shapiro parece pretender fundamentar las propiedades del Derecho en la explicación de su *función planificadora*, por lo que es posible calificar su tesis de constitutivista.⁹⁹

Resulta que, para tener éxito, Shapiro tendría que explicar no sólo cómo los miembros del dominio jurídico tienen el fin moral, sino también cómo

⁹³ Véase Lindeman (2019, p. 87). Shapiro fue precisamente uno de estos filósofos –Plunket y Shapiro (2017, pp. 37 y ss.)–.

⁹⁴ Es importante señalar que la expresión normativa, en el contexto iusfilosófico, es relevantemente ambigua. En este sentido, a modo de ejemplo, véase Rapetti, P. A. (2021).

⁹⁵ Véase Scanlon (2014); Raz (1999).

⁹⁶ Véase Bix (2018, pp. 25 y ss.); (2021, pp. 585 y ss.). Sin embargo, como señala Rosati (2016, p. 308), lo cierto es que no existe consenso sobre la naturaleza de la normatividad.

⁹⁷ Tratando de llenar este vacío, Berteau y Sampaio (2024).

⁹⁸ Véase Lindeman (2019, p. 88).

⁹⁹ Así, Lindeman (2019, pp. 89 y ss.).

todos los miembros de ese dominio denotan tal propiedad.¹⁰⁰ Asumiendo que el derecho es un *artefacto institucional*, una posibilidad sería recurrir a las *intenciones* de sus creadores; en otras palabras, serían las actividades de los respectivos creadores las que constituirían los hechos normativos del dominio jurídico. Sin embargo, esta hipótesis parece un callejón sin salida para quienes, como Leiter (2018, pp. 5-6 y 14), consideran que (i) el derecho no necesita conceptualmente tener un creador –puede, por ejemplo, ser generado por la costumbre– y (ii) su heterogeneidad indica la imposibilidad de encontrar una única intención compartida entre los funcionarios jurídicos que crean el sistema.

A este último obstáculo, Shapiro (2011, p. 216 y ss.) responde que, estrictamente hablando, no es necesario recurrir a intenciones o propósitos *reales*, sino más sencillamente a intenciones o propósitos *declarados*. Sin embargo, el problema es obvio: esta transferencia entre lo declarado y lo que es el caso es altamente inverosímil; si no lo fuera, la mentira dicha por un mentiroso se convertiría en verdad¹⁰¹. Sería extraño que las declaraciones de los funcionarios judiciales, sin más, tuvieran un poder metafísico decisivo. Además, Shapiro parece encontrarse aquí en un dilema con la función constitutiva inherente a la TFM: si la tesis es cierta, entonces no puede haber sistemas jurídicos malvados; si hay sistemas jurídicos malvados, entonces la TFM parece falso.¹⁰² Si la TFM se desmorona, la TP es incapaz de ofrecer un retrato extensional fiable de los sistemas jurídicos, ya que la Mafia y la Yakuza también son entidades planificadoras.

En segundo lugar, lo que Shapiro necesitaría es una forma de demostrar que las propiedades constitutivas del derecho constriñen las razones o normas que obligan a sus creadores y/o usuarios. Sin embargo, Shapiro no hace uso de intenciones como las de Korsgaard,¹⁰³ lo que también tiene sus problemas –presupone un compromiso normativo demasiado fuerte–, por-

¹⁰⁰ Véase Lindeman (2019, p. 91).

¹⁰¹ Para un ejemplo sobre publicidad, véase Lindeman (2019, p. 93).

¹⁰² Véase Rosati (2016, p. 317).

¹⁰³ Según Korsgaard (2009, pp. 27 y ss.), la función constitutiva de una casa constriñe las razones que tienen los constructores, en el sentido de que, si los constructores no estuvieran realmente intentando crear algo bueno en pos de la función de refugio, no estarían construyendo una casa.

que Shapiro no cree que los funcionarios jurídicos tengan necesariamente un objetivo moral.¹⁰⁴ En definitiva, no sólo la TFM parece falsa, sino que, aunque no lo fuera, no bastaría para explicar la existencia de limitaciones prácticas para los creadores y usuarios de los ordenamientos jurídicos.¹⁰⁵

Existe, sin embargo, una posibilidad de explicar la normatividad jurídica en términos constitutivistas al alcance de Shapiro, aunque tenga un precio asociado (renunciar a fines morales). Como sugiere Lindeman (2019, pp. 97 y ss.), quizá el Derecho tenga la función planificadora que defiende Shapiro porque, con independencia de las intenciones y comportamientos reales de los funcionarios jurídicos (y de la población en general), constituye un fenómeno que ha sido seleccionado para servir a la función planificadora. En otras palabras, la “función *etiológica*” del Derecho, determinada por su historia, consistiría en la actividad de crear, perseguir y hacer cumplir planes sociales para guiar y coordinar la acción humana. Si no fuera por la ampliamente discutible TDP, la lectura constitutivista de Shapiro podría ofrecer una explicación metanormativa plausible de la normatividad jurídica.

6. Deficiencias operativas del TDP: derrotabilidad, lagunas e interpretación

La principal *pretensión de la TDP* es metafísica, y acaba despreciando la clarificación conceptual del dominio de primer orden inherente a la “mecánica normativa”. Al dar prioridad a la explicación de los fundamentos metafísicos del derecho, la TDP termina oscureciendo una larga tradición (particularmente en los contextos de Latinoamérica y Europa) de explicación del derecho, y en particular de la mecánica aplicativa de las normas jurídicas, a partir de un análisis principalmente lingüístico, que contribuye a comprender tanto la interpretación como la aplicabilidad de las normas jurídicas.

Uno de los puntos en los que la TDP se muestra menos operativa es en lo relativo a la derrotabilidad. Según la TDP, las normas, como todos

¹⁰⁴ Véase Lindeman (2019, p. 95).

¹⁰⁵ Véase Lindeman (2019, p. 96).

los planes, son derrotables –“Las leyes, como todos los planes, son típicamente derrotables” (Shapiro 2011, p. 202) –. Shapiro (2011) afirma que, “cuando hay razones de peso, la ley típicamente permite a sus destinatarios reconsiderar su dirección y participar en la deliberación sobre el fondo” (p. 202), siendo la propia ley la que reclama la autoridad para determinar las condiciones de su propia derrota. En sentido estricto, Shapiro dice que la ley reclama el derecho a determinar las condiciones de su propia *derrotabilidad*, lo que oscurece la diferencia entre propiedades disposicionales y categóricas.¹⁰⁶ La ley define naturalmente *las condiciones de realización de su propiedad disposicional* (es decir, de la efectuación de la “derrota”), no de *la propia* propiedad disposicional (la “derrotabilidad”).

La derrotabilidad es una propiedad disposicional pasiva de las normas. Traduce su sensibilidad al contexto fáctico y normativo y resulta de la inserción de normas en un sistema normativo (una inserción que un contenido particular del derecho *no controla*). El contexto fáctico que rodea la aplicación de una determinada norma_x puede variar y las propiedades relevantes del caso pueden instanciar normas contradictorias en el sistema. Según estas normas, las normas nunca pueden considerarse en abstracto como mandatos definitivos. Ninguna norma puede, por sí misma, definir sus propias condiciones de aplicación *consideradas todas las cosas*.¹⁰⁷ La definitividad de cualquier norma_x está sujeta al reforzamiento del antecedente que, en el mejor de los casos, sólo puede lograrse mediante la proposición epistémica de que no existen normas relevantes y prevalentes que se instancien mediante las propiedades de un caso dado¹⁰⁸. Esto, sin embargo, significa que los *derrotadores de normas* son *derrotadores externos*. Hablar de derrotabilidad interna parece una contradicción en los términos.

Esta cuestión ha sido planteada superficialmente por Celano (2017, pp. 263-264) en relación con la TDP. El problema, sin embargo, no es meramente conceptual. El uso por parte de la TDP del lenguaje de la “derrotabilidad de los planes” descarta la larguísima tradición analítica de detección de conflictos normativos basada en el antecedente de las nor-

¹⁰⁶ Véase Choi y Fara (2016).

¹⁰⁷ Véase Hart (1983, p. 106).

¹⁰⁸ Por ejemplo, Lopes (2017, pp. 475 y ss.); Sampaio (2023, pp. 343 y ss.).

mas, estructurada en un esquema *wenn/dann* (por ejemplo, los conflictos total-total, total-parcial y parcial-parcial Ross [2019 {1953}]). Como esquemas medios-fines, los planes no parecen tener antecedentes (o, al menos, tendrán predicciones diferentes, similares a las diferencias entre las predicciones de normas y principios).

La dificultad señalada se agrava en la medida en que la TDP sostiene que la creación de planes es un “proceso incremental”, en el que se fijan “inicialmente los objetivos y estrategias básicos que deben perseguirse y luego se definen los detalles con el tiempo, a medida que el futuro se hace más claro y concreto” (Shapiro, 2011, pp. 257). Pero esta perspectiva simplifica demasiado la cuestión. Si el plan inicial determina que *X debe alcanzarse*, según el “principio de obligación” es obligatorio, en el marco de la obligación hacia *X*, *llevar a cabo* todas las acciones lógicamente necesarias para cumplir todas las obligaciones derivadas de *X*.¹⁰⁹ El plan inicial sufrirá, por supuesto, excepciones progresivas a medida que las propiedades relevantes que representa abstractamente se aproximen, en un grado creciente de coextensión, a las propiedades concretas relevantes de los casos. Por tanto, habrá casos en los que una obligación derivada de *X no deba* satisfacerse porque, como reconoce Shapiro, el Derecho *considera razones relevantes por las que no debe* satisfacerse (a saber, porque la satisfacción de una obligación derivada de *X* en las circunstancias *Y* podría perjudicar a *Z*, que el Derecho reconoce, en abstracto o en concreto, como preferente).

El “incremento” del plan es una “especificación” o “refinamiento”. Sin embargo, la TDP no ofrece una respuesta suficiente a estas preguntas. Shapiro no dice nada sobre las “condiciones para la derrota de los planes”, ni sobre los métodos para calibrar esta derrota. Tampoco dice nada sobre hasta qué punto la admisibilidad de las derrotas condicionales de los planes contradice la finalidad de la TFM. Por último, Shapiro tampoco presenta una noción analítica de conflicto normativo, que parece fundamental para la dimensión “incremental” que aporta a la TPD.¹¹⁰

La opacidad de la dimensión “incremental” de los planes está respaldada por el problema de las lagunas, un aspecto señalado anteriormente

¹⁰⁹ Alchourrón y Bulygin (2021 [1991], p. 159).

¹¹⁰ Sobre la noción de conflicto normativo, véase Navarro y Rodríguez (2014, pp. 175 y ss.).

por Ferrer y Ratti. Shapiro afirma, muy extrañamente, que “es imposible que los hechos sociales seleccionen un conjunto completo de reglas para todos los casos concebibles” porque “los hechos sociales no pueden seleccionar un conjunto completo de reglas para todos los casos concebibles” (Shapiro, 2011, p. 266, como se citó en Ferrer y Ratti, 2017, p. 311). Pero la cuestión es totalmente contingente. Puede plantear dificultades en el plano de la costumbre, pero nada impide que la autoridad (precisamente *un hecho social*) cree contenidos que definan como relevantes *cualesquiera* propiedades de las acciones asignándoles un estatus deóntico –en este caso, “permitidas”–. Por eso la dimensión incremental no está suficientemente explicada por la TDP. Un sistema normativo que comprende un permiso general *no puede* sufrir conceptualmente incrementos, sólo especificaciones (mediante la introducción de excepciones). Desde esta perspectiva, la TDP no funcionaría en los sistemas penales occidentales, en los que el principio *nullum crimen sine lege* es común.¹¹¹

Cabe destacar una última dificultad operativa de la TDP (también de carácter explicativo). Como muestran Ferrer y Ratti (2017, pp. 327-328), Shapiro parece entender la “interpretación” como una metodología prescriptiva sobre cómo atribuir significado a los textos legales y la “metainterpretación” como una doctrina prescriptiva sobre qué metodología interpretativa es la correcta. En el plano metainterpretativo, Shapiro rechaza la posibilidad de elegir la metodología de elección “por consenso” ante desacuerdos empíricamente verificables, optando en su lugar por la metodología de elección por exclusión de razones, más fiel a la TFM. Esto conduce a una “asignación de confianza” conocida como *economía de la confianza*, proporcional a la libertad interpretativa.¹¹²

Es natural que la cuestión de la asignación de la confianza se inspire en un sistema como el estadounidense, en el que la *deferencia judicial* se declara piedra angular en términos de separación de poderes. El propio Shapiro (2011) afirma que “el enfoque correcto de la metainterpretación depende del sistema jurídico” (a saber, si es autoritario u oportunista) (p. 350). El problema que queremos destacar es otro. La TDP sostiene, con

¹¹¹ Sobre las lagunas, Navarro (2022), entre otros muchos.

¹¹² Sobre este punto, véase Pino (2017).

Dworkin, que la metodología apropiada para un sistema jurídico concreto está en función de la metodología que *mejor persiga los objetivos que el sistema quiere alcanzar*. En esa medida, nos obliga a “reconstruir” los objetivos subyacentes de los *planificadores*. La TDP parece comprometida con una variante intencionalista (quizá más originalista que convencional).

Como esfuerzo teórico en el sentido de Wróblewski, una teoría de la interpretación (TI) se ocupa de los modelos explicativos de la interpretación jurídica.¹¹³ Es trivial decir que este modelo explicativo se ve afectado por el objeto de investigación. La comunicación es un medio para el fin de incitar a las personas a comportarse de la manera prevista, utilizando actos de habla.¹¹⁴ Cuanto más coherente sea una TI con el objeto de interpretación (la norma como contenido expresado por el “acto de habla”), mayor será su poder explicativo. Las TI funcionan como metaexplicaciones (es decir, explicaciones de interpretaciones que, a su vez, son explicaciones de los contenidos de los actos de habla¹¹⁵). Un buena TI jurídica debería, de acuerdo con los principios de inferencia a la mejor explicación, ser exhaustiva y sencilla y demostrar un poder unificador.¹¹⁶

Se dirá, entonces, que la elección de la IT no es libre, en el sentido de que se puede optar por ser originalista, textualista, intencionalista, *etc.*, ni depende únicamente del sistema jurídico en cuestión. Esta elección *también* se ve necesariamente afectada por las invariantes de la expresión de las normas como acto de habla, a saber, las propiedades relevantes: (i) escrito; (ii) emitido por un hablante institucional; (iii) dirigido a lectores indeterminados; (iv) monológico; (v) continuo; y (vi) abierto.¹¹⁷ Ahora bien, el intencionalismo (al menos el originalismo) pretende explicar qué pretendía hacer el emisor con el acto de habla directivo a partir de su “intención”. La

¹¹³ Véase Wróblewski (1989, p. 3) considera que existen tres tipos de interpretación jurídica: descriptiva, prescriptiva y teórica.

¹¹⁴ Véase Greenberg (2011, p. 233).

¹¹⁵ Afirmando que la interpretación está estrechamente relacionada con la “explicación”, Raz (2009, p. 266). La interpretación *lato sensu* explica el significado y la función de un texto jurídico concreto, mientras que una TI pretende obtener (entre teorías en competencia) la “mejor explicación posible” para explicar el significado y la función de los textos jurídicos en general. Véase Duarte y Lopes (2022, p. 615).

¹¹⁶ Sobre los criterios de poder explicativo, Bird (2018, p. 59).

¹¹⁷ Con esta caracterización, Duarte y Lopes (2022, p. 617).

descripción de la intención y el vínculo entre ella y lo dicho sirven de *explanans*; por lo tanto, el poder explicativo del intencionalismo (cualquiera que sea) funciona como una prescripción para centrarse en la intención del legislador a la hora de interpretar los textos legales: no es una teoría descriptiva (Ferrer y Ratti, 2017, p. 333).¹¹⁸

En conclusión, si el compromiso de la TDP con el intencionalismo implica cuestionar, una vez más, el alcance de la limitación a la TFM que este intencionalismo implica, también es cierto que la TDP se somete, a un nivel más general, a todas las pruebas para calibrar el poder explicativo de la TI que presupone.¹¹⁹

Bibliografía

- Agüero San Juan, S. (2022). ¿Son las normas jurídicas entidades u objetos abstractos? Cuatro precisiones y sus alcances. *Isonomía*, 57, 69-101.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). La Concepción Expresiva de las Normas. En C. Alchourrón y E. Bulygin (Eds), *Análisis lógico y derecho* (pp. 161-190). Madrid, España: Editorial Trota. (Original publicado en 2021).
- Alexander, L. (2013). Originalism, the Why and the What. *Fordham Law Review*, 82(2), 539-544.
- Alexy, R. (2016). Scott J Shapiro between Positivism and Non-Positivism. *Jurisprudence*, 7(2), 299-306.
- Balaguer, M. (2021). *Metaphysics, Sophistry, and Illusion. Toward a Widespread Non-Factualism*. Oxford: Oxford University Press.
- Banas, P. (2022). Legal officials and artifact theory of law. En L. Burazin et al. (Eds.), *The Artifactual Nature of Law* (pp. 147-161). Cheltenham: Edward Elgar.
- Beltrán, J. F. y Ratti, G. B. (2017). Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos. *Discusiones*, XX(2), 305-336.

¹¹⁸ Véase Alexander (2013, p. 539).

¹¹⁹ Apoyando el mayor poder explicativo del "textualismo", Duarte y Lopes (2022, pp. 624 y ss.).

- Bernal Pulido, C. (2014a). Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social. *Discusiones*, XIV, 21-72.
- Bernal Pulido, C. (2014b). Intencionalidad colectiva y estructura ontológica del derecho. Una respuesta a Richard Ekins y Damiano Canale. *Discusiones*, XIV, 145-171.
- Berteia, S. y Sampaio, J. S. (2024), *Metaethical Issues in Contemporary Legal Philosophy: A Constitutivist Approach*. London: Routledge, forthcoming.
- Bird, A. (2018). Inference to the Best Explanation, Bayesianism, and Knowledge. En K. McCain y T. Poston (Eds.), *Best Explanations* (pp. 97-119). Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. H. (2018). Kelsen, Hart, and Legal Normativity. *Revus*, 34, 25-42.
- Bix, B. H. (2021). The Normativity of Law. En T. Spaak y P. Mindus (Eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (pp. 585-605). Inglaterra: Cambridge University Press.
- Bratman, M. (1987). *Intentions, Plans and Practical Reason*. Inglaterra: Harvard University Press.
- Bratman, M. (2011). Reflections on Law, Normativity and Plans. En S. Berteia y G. Pavlakos (Eds.), *New Essays on the Normativity of Law* (pp. 73-85). Inglaterra: Hart Publishing.
- Bratman, M. (2022). *Shared and Institutional Agency: Toward a Planning Theory of Human Practical Organizations*. New York: Oxford University Press.
- Burazin, L. (2022) Legal systems as abstract artifacts. En L. Burazin et al. (Eds.), *The Artifactual Nature of Law* (pp. 112-135). Oxford: Oxford University Press.
- Canale, D. (2017). Tras la naturaleza del derecho. Reflexiones sobre el desafío de Shapiro. *Discusiones*, XX(2), 21-66.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2017). Introducción. Un análisis crítico de “La Teoría del derecho como plan”. *Discusiones*, XX(2), 9-19.
- Celano, B. (2017). ¿Hay algo que los planes puedan hacer por la teoría del derecho? *Discusiones*, XX(2), 223-266.
- Chiassoni, P. (2017). Una mirada desde el realismo analítico: vieja metafísica, señorío de las verdades obvias y positivismo sospechoso. *Discusiones*, XX(2), 267-303.

- Choi, S. y Fara, M. (2016). Dispositions. En E. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/dispositions/>.
- Duarte, D. y Lopes, P. M. (2022). The Expression of Norms as a Speech Act: Assessing the Explanatory Power of Theories of Interpretation. *Int J Semiot Law*, 36, 599-627.
- Ehrenberg, K. (2016). Law as Plan and Artifact. *Jurisprudence*, 7(2), 325-340.
- Ekins, R. (2014). Facts, Reasons and Joint Action: Thoughts on the Social Ontology of Law. *Rechtstheorie*, 45(3), 313-334.
- Epstein, B. (2016). Précis of The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of Social Sciences. *Journal of Social Ontology*, 2(1), 125-134.
- Epstein, B. (2019). What are Social Groups? Their Metaphysics and How to Classify Them. *Synthese*, 196(12), 4899-4932.
- Epstein, B. (2024). Social Ontology. En E. Zalta y Nodelman, U. (Eds.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/social-ontology/>.
- Ferrer, J. y Ratti, G. B. (2017). Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos. *Discusiones*, XX(2), 305-336.
- García-Godínez, M. (2020). What are Institutional Groups. En M. Garcia-Godínez, R. Mellin, y R. Tuomela, (Eds.), *Social Ontology, Normativity and Law* (pp. 39-62). Berlin: De Gruyter.
- García-Godínez, M. (2023). Shared and Institutional Agency: Toward a Planning Theory of Human Practical Organization – Book Review. *The Philosophical Quarterly*, 73(3), 837-840.
- García-Godínez, M. (2024). A deflationary approach to legal ontology. *Synthese*, 203(64), 1-20.
- Gawthorne, D. (2013). Fictionalising Jurisprudence: An Introduction to Strong Legal Fictionalism. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 38, 52-73.
- Green, M. S. (2014). On Hart's Category Mistake. *Legal Theory*, 19(2013), 347-369.
- Greenberg, M. (2011). Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. En A. Marmor y S. Soames (Eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (pp. 219-256). Oxford: Oxford University Press.
- Guastini, R. (2018). Two Conceptions of Norms. *Revus*, 35, 87-106.

- Hart, H. L. A. (1983). Problems of the Philosophy of Law. Pt. 1, essay 3. En *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 88-121). Oxford: Oxford University Press.
- Himma, K. E. (2020). *Coercion and the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Inwagen, P., Sullivan, M. y Bernstein, S. (2023). Metaphysics. En E. N. Zalta y U. Nodelman (Eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/metaphysics/>.
- Khalidi, M. A. (2013). *Natural Categories and Human Kinds*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Korsgaard, C. (2008). The Normativity of Instrumental Rationality. En C. Korsgaard (Ed.), *The Constitution of Agency: Essays on Practical Reason and Moral Psychology* (pp. 27-68). Oxford: Oxford University Press.
- Korsgaard, C. (2009). *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*. Oxford: Oxford University Press.
- Kramer, M. (2018). Hart and the Metaphysics and Semantics of Legal Normativity. *Ratio Juris*, 31(4), 396-420.
- Leiter, B. (2018). Legal Positivism and the Artifact Law: A Retrospective Assessment. En L. Burazin, K. E. Himma y C. Rovorsi (Eds.), *Law as an artifact* (pp. 3-28). Oxford: Oxford University Press.
- Leiter, B. (2020). Critical Remarks on Shapiro’s Legality and the “Grounding Turn” in Recent Jurisprudence. Recuperado de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3700513> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3700513>.
- Lindeman, K. (2019). Legal Metanormativity: Lessons for and From Constitutivist Accounts in the Philosophy of Law. En D. Plunkett y S. Shapiro y K. Toh (Eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 87-104). Oxford: Oxford University Press.
- List, C. y Pettit, P. (2011). *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford: Oxford University Press.
- Lopes, P. M. (2017). The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles. *Ratio Juris*, 30(4), 471-490.
- Loux, M. J. y Zimmerman, D. W. (2005). *The Oxford Handbook of Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. y Ota Weinberger, O. (1986). *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer.

- Mellin, R. (2023). *The Unplanned Nature of Law: A Critical Approach to Shapiro's Legal Theory* (tesis doctoral). University of Glasgow: United Kingdom.
- Navarro, P. (2022). *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2022). Concepciones de normas. En J. L. Rodríguez, J. Ferrer, J. J. Moreso y P. Navarro (Eds.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea* (pp. 185-204). Madrid, España: Marcial Pons.
- Panaccio, C. (2005). Nominalism and the Theory of Concepts. En H. Cohen y C. Lefebvre (Eds.), *Handbook of Categorization in Cognitive Science* (pp. 993-1010). Amsterdam: Elsevier.
- Papayannis, D. (2017). La planificación jurídica y sus funciones. *Discusiones*, XX(2), 179-221.
- Pino, G. (2017). “¿Cuál es el plan?” Sobre la interpretación y la metainterpretación en Legalidad de Scott Shapiro. *Discusiones*, XX(2), 337-365.
- Plebani, M. (2015). Non-factualism versus nominalism. *Pacific Philosophical Quarterly*, 98(3), 344-362.
- Plunket, D. y Shapiro, S. (2017). Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry. *Ethics*, 128(1), 37-68.
- Poggi, F. (2017). La paradoja de la autoridad: el positivismo jurídico y el fundamento del derecho. *Discusiones*, XX(2), 67-102.
- Postema, G. (1982). Coordination and Convention at the Foundation of Law. *The Journal of Legal Studies*, 11(1), 165-203.
- Preston, B. (2022). Artifacts. En E. N. Zalta, (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/artifact/>.
- Rapetti, P. A. (2021). Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate. *Discusiones*, 26(1), 255-287.
- Raz, J. (1999). *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press.

- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Ritchie, K. (2015). The metaphysics of social groups. *Philosophical Compass*, 10(5), 310-321.
- Rosati, C. (2016). Normativity and the Planning Theory of Law. *Jurisprudence*, 7(2), 307-324.
- Ross, A. (2019). *On Law and Justice* (U. Bindreiter, Trad.). Oxford: Oxford University Press. (Trabajo original publicado en 1953).
- Roth, A. (2023). Shared and Institutional Agency: Toward a Planning Theory of Human Practical Organization – Book Review. *Notre Dame Philosophical Reviews*. Recuperado de: <https://ndpr.nd.edu/reviews/shared-and-institutional-agencytoward-a-planning-theory-of-human-practical-organization/>
- Sampaio, J. S. (2023). *Ponderação e proporcionalidade — Uma teoria analítica do raciocínio constitucional*. Coimbra, Portugal: Almedina.
- Sánchez Brígido, R. (2010). *Groups, Rules and Legal Practices*. Dordrecht: Springer.
- Sardo, A. (2022). Bargaining in Philadelphia: Constitutional Games, Rational Law-Making, and Originalism. En F. Ferraro y S. Zorzetto (Eds.), *Exploring the Province of Legislation Theoretical and Practical Perspectives in Jurisprudence* (pp. 9-32). Cham: Springer.
- Sardo, A. y Esposito, F. (2020). Homo Ludicus: Expected Strategies and Jurisprudence. *Teoria e critica della regolazione sociale / Theory and Criticism of Social Regulation*, 2(19), 95-122.
- Scanlon, T. M. (2014). *Being Realistic about Reasons*. Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F. (2010). The Best Laid Plans. *The Yale Law Journal*, 120(3), 586-621.
- Schauer, F. (2015). *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schauer, F. (2018) Law as a Malleable Artifact. En L. Burazin, K. E. Himma y C. Roversi (Eds.), *Law as an artifact* (pp. 29-43). Oxford: Oxford University Press.
- Schiavello, A. (2017). Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro todavía puede aprender de los errores de Hart. *Discusiones*, XX(2), 135-177.

- Schweikard, D. P. y Schmid, B. (2021). Collective Intentionality. En E. N. Zalta, (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/collective-intentionality/>.
- Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press.
- Shapiro, S. J. (2011). *Legality*. Cambridge, Inglaterra: Belknap Press of Harvard University Press.
- Shapiro, S. J. (2017). The Planning Theory of Law. *Yale Law School, Public Law Research Paper*, 600, 1-30.
- Smith, M. (2017). Constitutivism. En T. McPherson y D. Plunkett (Eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics* (pp. 371-384). New York, Estados Unidos: Routledge.
- Spector, H. (2008). Legal Fictionalism and the Economics of Normativity. En D. Mark White (Ed.), *Theoretical Foundations of Law and Economics* (pp. 55-76). Cambridge: Cambridge University Press.
- Thomasson, A. (2015), *Ontology made Easy*. Oxford: Oxford University Press.
- Thomasson, A. (2019). The ontology of social groups. *Synthese*, 196(2019), 4829-4845.
- Toh, K. (2005). Hart's Expressivism and his Benthamite Project. *Legal Theory*, 11, 75-123.
- Toh, K. (2018). Plan-Attitudes, Plan-Contents, and Bootstrapping: Some Thoughts on the Planning Theory of Law. En J. Gardner, L. Green y B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law Volume* (pp. 1-48). Oxford: Oxford University Press.
- Tuzet, G. (2017). ¿En qué se equivoca el realismo jurídico? *Discusiones*, XX(2), 103-134.
- Wodak, D. (2018). What Does "Legal Obligation" Mean? *Pacific Philosophical Quarterly*, 99(4), 790-816.
- Wróblewski, J. (1989). Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto. *L'Analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, 2, 267-302.
- Zorzetto, S. (2013). Scott Shapiro's planning theory of law. Remarks about a critical reading. *Sociologia del Diritto*, 2(2013), 65-84.

Instrucciones para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista consta de dos secciones. La primera sección, titulada *Discusiones Principal*, está dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La segunda sección, titulada *Otras Discusiones*, incluye los siguientes tipos de contribuciones: reseñas que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición; balances de discusiones que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro; análisis críticos de fallos nacionales o internacionales o de líneas jurisprudenciales de una Corte o Tribunal de relevancia; o cualquier modalidad de artículo académico que aborde temas de interés de la revista.

Envío y evaluación

Discusiones: sección principal. Para ser considerado para su publicación, todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado a la revista registrándose en nuestro sitio web. De todas formas, un envío preliminar puede realizarse al correo electrónico de la revista: revistadiscusiones@gmail.com

El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Director, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas de discusión para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Director solicitando opinión del Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Si hay desacuerdo se remitirá a un tercer par externo. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá

al/a la editor/a propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal; además escribe la introducción. Comentarios y réplicas serán evaluados de manera abierta por el editor/a invitado/a y/o el director. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras (incluyendo bibliografía y notas al pie) y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Otras Discusiones. La participación en la sección resultará mediante invitación del Director o mediante envío del artículo, a través de la página web de la revista, de acuerdo con los términos y las fechas indicadas en las convocatorias periódicas. La propuesta debe incluir los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de respuesta a convocatoria, el texto será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Si hay desacuerdo se remitirá a un tercer par externo. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras (incluyendo bibliografía y notas al pie) y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

En todos los casos, el Director y las Secretarías de redacción verificarán que el par externo encargado de la evaluación no pertenezca a la misma institución que el autor/la autora.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. En todas las secciones, a partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm. en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado **en negrita**, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente **Times New Roman 14**. Debajo (sin dejar espacio) deberá incluirse, en *cursivas*, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente (sin dejar espacio) bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico (título máximo), de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés. Los títulos “Resumen”, “Palabras clave”; “Abstract” y “Keywords” deben ir en negrita. Las palabras clave irán separadas por medio de comas.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ej: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza. Debe evitarse utilizar el formato de tabulación, numeración y viñetas para la enumeración de títulos y subtítulos (y también dentro del cuerpo del texto).

Entre los títulos (o subtítulos) y el primer párrafo de cada sección debe dejarse un espacio.

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas.

Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangría izquierda de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple. Debe dejarse un espacio antes y después de la cita.

En caso de que la/el autor/a decida insertar argumentos en párrafo separado fuera del cuerpo del texto, el formato será en Times New Roman 12, interlineado 1,5, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, sin uso del formato de tabulación, numeración y viñetas. Debe dejarse un espacio antes y después.

Referencias:

Las referencias se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (Normas APA 6ta edición), por lo que se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s) antecedido por la abreviatura “p.” si se trata de una sola página. Ejemplo:

“Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado” (Guastini, 2014, p. 55).

Si se trata de más de una página utilizar la abreviatura “pp.” y un guion entre los números de páginas. Ejemplo:

“Desde un punto de vista exclusivamente lógico optar por reconstruir la noción de derecho a partir de la noción de sistema abierto, es tan admisible como hacerlo a partir del modelo de sistema cerrado” (Redondo, 2000, pp. 43-44)

Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo:

Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996).

Si se cita de la traducción, debe indicarse primero el año de publicación del original y luego, separado por barra, el año de publicación de la traducción: Schauer (1991/2004).

Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Se indicará la referencia siguiendo el siguiente formato: Véase apellido del autor/a (año, página). Ejemplo:

Véase Celano (2013, pp. 135-136).

Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación, a excepción del guion –como aquí se muestra–. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo, formato de párrafo justificado.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Debe dejarse un espacio entre el título “Bibliografía” y la primera referencia. Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las Normas APA 6ta edición):

Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Turín: Giappichelli.

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory?. En D. Canale y G. Tuzet (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). Londres: Springer.

Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M. C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.

Si se ha citado de la traducción debe indicarse del siguiente modo: Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Trad. A. Garzón del Camino). Barcelona: Siglo Veintiuno Editores. (Obra original publicada en 1975).

Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).

La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría francesa de de 0,5 cm.

Cuando se cita Normativa y Jurisprudencia, se citarán aparte, luego de la bibliografía. Deberán ir antecedidas del título “Normativa” o “Jurisprudencia”, en negritas, Times New Roman 14. Deberá seguirse el mismo formato que se utilizó para el citado de Bibliografía.

Para citar normativa: órgano que la expidió, (fecha). Nombre. [número de ley o resolución, año]. Ejemplo:

Congreso de la Nación argentina (29 de octubre de 1921). Código Penal Argentino. [Ley 11179, 1921].

Para citar jurisprudencia:

- Tribunales internacionales: nombre de la resolución, número (órgano que la expidió y fecha). Ejemplo:

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (Corte Penal Internacional 21 de marzo de 2016).

En el cuerpo del texto se indicará: (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, 2016).

- Tribunales nacionales: órgano que expidió la resolución, número de resolución, fecha, “*nombre de la causa*”. Ejemplo:

Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. n° 238, 26/08/2008, “*Gualda, Jorge Alberto p.s.a usurpación, etc.*”.

En el cuerpo del texto se indicará: (Gualda, 2008).

Lenguaje inclusivo

La Revista Discusiones recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

(i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i.e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de falsos genéricos (*i.e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).

(ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i.e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i.e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i.e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”)

(iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i.e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).

(iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

