

EN DEFENSA DE UNA CONCEPCIÓN ALTERNATIVA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Patricia Cuenca Gómez
Universidad Carlos III
Madrid

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar críticamente las concepciones de la interpretación jurídica – cognitiva, escéptica, e intermedia – que vienen copando la discusión en torno a esta cuestión en el ámbito de la Teoría del Derecho y presentar los rasgos básicos de una comprensión de la tarea interpretativa, en cierto sentido alternativa a las anteriores teorías estándar, que ofrece una mejor explicación de sus aspectos centrales

PALABRAS CLAVE.

Interpretación jurídica, concepciones de la interpretación, límites interpretativos, determinación

ABSTRACT.

This work looks critically into three conceptions of legal interpretation - cognitive, skeptical, and intermediate- that come monopolizing the discussion on this issue in the field of Law Theory. This paper presents the basic features of an alternative conception respect to these standard theories that offers a better explanation of the central aspects of legal interpretation

KEY WORDS.

Legal interpretation, conceptions of legal interpretation, interpretative limits, determinacy

Sumario: 1. Introducción 2. Un análisis crítico de las concepciones estándar de la interpretación jurídica 3. Hacia una teoría alternativa de la interpretación jurídica.

1. Introducción.

Ha pasado a ser un lugar común en el ámbito de la Teoría del Derecho la distinción entre tres grandes teorías – o, para ser más exactos, tres familias de teorías – de la interpretación jurídica: la concepción cognitiva, la concepción escéptica y la concepción intermedia¹. En las siguientes páginas pretendo dar cuenta de las insuficiencias de diferente índole que estas teorías presentan y plantear una concepción alternativa que, a mi modo de ver, logra describir de manera más apropiada el fenómeno interpretativo.

Antes de iniciar el análisis, importa resaltar que, como se han ocupado de

¹ Una buena síntesis – también en algún sentido crítica – de estas concepciones interpretativas puede encontrarse en GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, México, UNAM, 3.ª ed. 2001, pp. 13 y ss

poner de relieve diferentes autores, la comprensión de la interpretación depende de un modo esencial del modo en que concibe lo jurídico². En este sentido, conviene tener presente que tanto el estudio crítico de las teorías interpretativas estándar, como la exposición de la teoría de la interpretación “alternativa” se enmarcan en este trabajo en una concepción de lo jurídico que, a los efectos que aquí interesan, estaría integrada por tres referentes esenciales: la separación conceptual entre el Derecho y la moral, la contemplación del fenómeno jurídico en términos de sistema, y la consideración de que la función principal de dicho sistema consiste en la regulación de los comportamientos humanos en sociedad.

Aunque no puedo detenerme en la exposición exhaustiva del significado de

² Vid., entre otros, PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 573 y 574; PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 12, PÉREZ LUÑO, A.-E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 6.ª edición, 1999, p. 574, y ASÍS ROIG, R. de, “Los derechos y la argumentación judicial”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, 2004, pp. 13-33, p. 19.

estos referentes – que es, además, ciertamente, polémico – sí resulta necesario aclarar, al menos brevemente, el sentido en el que son asumidos estas páginas. Pues bien, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral implica afirmar que la identificación de las normas jurídicas válidas, y, por ende, de las decisiones interpretativas válidas, es independiente de su calidad moral. Por su parte, la comprensión del fenómeno jurídico en términos de sistema supone predicar del Derecho ciertas notas - la unidad, vinculada con el principio de jerarquía, la coherencia y la plenitud - que, interesa precisar, son contempladas como rasgos ideales o relativos y no reales o absolutos³. Y, finalmente, la consideración de que la razón de ser del Derecho radica en su función de

³ Ello supone entender que el Derecho no es, como luego se verá afirman ciertas concepciones de la interpretación jurídica, un sistema perfecto. Se trata de una visión si se quiere crítica de la idea de sistema jurídico que admite la presencia de antinomias, de lagunas y de vulneraciones de la jerarquía normativa pero que contempla estos fenómenos como casos excepcionales y patológicos por lo que respecta al funcionamiento ordinario, regular y óptimo del Derecho.

reglamentación de las conductas sociales exige que el sistema jurídico sea capaz de realizar, con un grado razonable de eficacia, este cometido.

2. Un análisis crítico de las concepciones estándar de la interpretación jurídica.

Dentro de la teoría interpretativa cognitiva es posible diferenciar entre lo que podríamos calificar como una versión clásica o tradicional y una versión contemporánea. Ambas versiones comparten la consideración de la interpretación como una labor estrictamente racional, desprovista de dimensiones voluntaristas, consistente en descubrir significados preexistentes. Ahora bien, difieren de manera sustancial en lo que respecta a la naturaleza de la tarea interpretativa y en lo que se refiere a la identificación de los parámetros que permiten determinar “totalmente” el sentido de los enunciados jurídicos.

La versión clásica de la teoría cognitiva, defendida por el formalismo interpretativo propio del primer positivismo⁴, entiende que la interpretación es necesaria exclusivamente en aquellos supuestos en los que la letra de ley no es suficientemente clara y concibe esta actividad como una intelección que culmina con el hallazgo del único significado correcto de la norma⁵. En la

⁴ Se trata de una concepción que el positivismo decimonónico hereda de la Ilustración, si bien con algunas matizaciones, CATTANEO, M., *Illuminismo e legislazione*, Milano, Comunità, 1966. En efecto, los filósofos de la Ilustración pretendieron convertir al juez en la “boca muda” que pronuncia las palabras de ley y para ello estimaron imprescindible negarle la facultad de interpretarla, considerando la interpretación como una tarea que abría las puertas a la discrecionalidad judicial. Así, en los casos contemplados como “excepcionales” en los que la interpretación de la ley resulta imprescindible se considera que el único sujeto legitimado para desarrollar esta tarea es su autor, esto es, el legislador. Vid. esta idea en BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. J. A. Delval, Madrid, Alianza, 1988, p. 31 y en BETHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal*, edición de M. Rodríguez, trad. de R. de Salas, Editora Nacional, 1981, p. 153. Algunas de las reformas emprendidas en Francia durante el periodo revolucionario —la instauración del *référé* legislativo y el papel que se asigna al Tribunal de Casación— reflejan la pretensión iluminista de despojar o limitar al máximo el poder interpretativo de los jueces. El formalismo se aleja del iluminismo al permitir la interpretación en ciertos casos pero se mantiene fiel a sus premisas al negar al juez cualquier margen de libertad.

⁵ El formalismo asume así un concepto estricto de interpretación que se expresa en el sentido moderno

Escuela de la Exégesis será la búsqueda de la voluntad del legislador – que se afirma puede encontrarse a través del empleo de técnicas estrictamente lógicas o exquisitamente empíricas y, por ende, puramente racionales – el método que permita presentar la tarea interpretativa como una mera declaración del “sentido exacto y verdadero” de la ley.⁶ Esta comprensión del fenómeno interpretativo se fundamenta en la contemplación del Derecho como un sistema normativo perfecto exento de lagunas, de antinomias y de márgenes de

del apogema jurídico *in claris non fit interpretatio* o *interpretatio cessat in claris* según el cual procede interpretar exclusivamente en los supuestos en los que enunciados o expresiones jurídicas plantean dudas. Frente a este sentido restringido o estricto, el concepto amplio señala que la interpretación de las normas es siempre necesaria con carácter previo a su aplicación, Vid. sobre la conocida distinción entre un concepto amplio y un concepto estricto de interpretación, WRÖBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Aruza, Madrid, Civitas, 1985.

⁶ Esta es la definición de interpretación que ofrece DEMOLOMBE, J. C. F., *Cours de Code Napoleon*, vol. I, París, Auguste Durand, L. Hachette, 1869-1878, pp. 134 y 135. Por su parte, la Jurisprudencia de Conceptos, situando en el lugar de la ley al Derecho “científico”, llega a conclusiones similares a las de la Exégesis, PRIETO SANCHÍS, L., *op.cit.*, p. 30. Sobre el éxito del formalismo en el ámbito anglosajón Vid. RECASÉNS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, pp. 204-210.

indeterminación⁷ y en la consideración de que las dificultades que puedan presentarse en relación con estos rasgos no son más que aparentes, puesto que pueden ser resueltas objetivamente a través de la reconstrucción de la voluntad legislativa⁸. La concepción interpretativa manejada por el formalismo se revela por varias razones – entre las que cabe destacar la inevitable presencia de lagunas y de antinomias en el Derecho⁹, los problemas de indeterminación de los que ineludiblemente adolece el lenguaje jurídico, en tanto subespecie del lenguaje

natural¹⁰, y la insuficiencia de la apelación al método “genético” para solventar estos defectos sin dar entrada a la discrecionalidad de los intérpretes¹¹ – como un modelo ideal irrealizable en la práctica¹². Así, una teoría de la interpretación “realista” – esto es, capaz de describir de manera adecuada la realidad del funcionamiento del Derecho –

⁷ Vid. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 39, y GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 14.

⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *op.cit.*, 1997, p. 29.

⁹ Así, entre otras razones, la complejidad de los Ordenamientos jurídicos modernos que se manifiesta “en el aumento constante de las normas”, en la “participación de un mayor número de sujetos” en la labor de creación normativa y en “el reconocimiento expreso de una multiplicidad de fuentes” que operan de forma “relativamente autónoma e independiente” hace imposible lograr su plena coherencia, SEGURA ORTEGA, M., *La racionalidad jurídica*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2003, pp. 44 y 45. Y la imposibilidad del Derecho de adaptarse “automáticamente” a las nuevas circunstancias y cambios sociales es uno de los factores que hace inevitable la presencia de lagunas en el Derecho.

¹⁰ Vid. sobre la necesaria relación entre el lenguaje jurídico y el lenguaje natural, entre otros trabajos, CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abedelo-Perrot, 1990, SCARPELLI, U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, Giuffré, 1985, p. 118. Sobre los problemas de indeterminación del derecho Vid., de nuevo, entre otros, ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico, Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 32 y ss. DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 200, ENDICOTT, T., *La vaguedad del Derecho*, trad. de A. del Real Alcalá, Madrid, Dykinson, 2007.

¹¹ Esta insuficiencia se debe básicamente 1) a la existencia de otros métodos de interpretación alternativos 2) a la ambigüedad de la apelación a la voluntad del legislador que puede identificarse con la voluntad del legislador racional o con la del legislador histórico, lo que puede conducir a resultados interpretativos diversos 3) a la imposibilidad de reconstruir esta voluntad, sea la que sea, mediante operaciones estrictamente racionales. Vid. BARRANCO AVILÉS, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 82-84; SEGURA ORTEGA, M., *op.cit.*, pp. 30 y ss. y DASCAL, M., y WRÖBLEWSKI, J., “Transparency and doubt”, *Law and Philosophy*, núm. 2, vol. 7, 1988, pp. 203-225 cit., p. 209.

¹² Vid. en relación con este modelo, BARRANCO AVILÉS, M.C., “Sobre el ‘método jurídico tradicional’ como ficción” en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor M.G Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 597-616

ha de admitir que el resultado de la interpretación depende siempre, en alguna medida, de la voluntad de los intérpretes.

La versión contemporánea de la concepción cognitiva de la interpretación encuentra su principal expresión en el pensamiento de Dworkin¹³. En las coordenadas de esta concepción la interpretación se define como una tarea racional, compleja y omnipresente¹⁴ que implica el ejercicio de una discrecionalidad – sólo – débil que, si bien exige desarrollar un importante – calificado de herculeano – esfuerzo argumentativo, conduce en todos los supuestos a descubrir el único resultado interpretativo correcto¹⁵. Detrás de esta

visión, subyace una comprensión de lo jurídico que se reclama antipositivista y que entiende que el Derecho no está compuesto exclusivamente por las reglas específicamente creadas por las autoridades jurídicas competentes¹⁶, sino también por los principios de carácter moral que las fundamentan¹⁷ y que son capaces de solventar los problemas de indeterminación que, en efecto, éstas pueden presentar. En la teoría de Dworkin es la teoría ética y política mejor fundada – el “buen” razonamiento moral y no la letra de la ley o la voluntad del legislador,

¹³ GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación la jurídica*, cit., p. 14. Sobre la teoría de Dworkin, Vid. entre otros trabajos, PINTORE, A., *El Derecho sin verdad*, traducción de M. I. Garrido Gómez y J. L. del Hierro, Madrid, Dykinson, 2005 e IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999,

¹⁴ En efecto, Dworkin asume un concepto amplio de interpretación que entiende esta tarea siempre necesaria con carácter previo a la resolución de un caso.

¹⁵ Vid. sobre la distinción entre discrecionalidad fuerte y discrecionalidad débil, DWORKIN, R., “El modelo de las normas (I)” en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*,

trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 61-101, pp. 85 y 86. La discreción fuerte supone que “por lo que respecta a algún problema” un funcionario no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión, por lo que puede decidir libremente, “lo que no implica que la decisión tenga que ser arbitraria”. Por su parte la discrecionalidad débil exige “capacidad de discernimiento”, pero no implica libertad interpretativa.

¹⁶ Sobradamente conocidas son las objeciones que Dworkin formula al positivismo de Hart, Vid. Ídem, pp. 94-101

¹⁷ Aunque Dworkin alude a otras – como la dimensión de peso o importancia o el modo de aplicación – la diferencia esencial entre principios y reglas radica en su concepción en su modo de identificación. Así, mientras que las reglas se identifican por su “pedegree”, esto es, por su creación por una autoridad competente, el origen de los principios no radica en “una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo sino en un sentido de conveniencia y oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de conveniencia se mantenga”, DWORKIN, R., “El modelo de las normas (I)”, cit., pp. 94 y 95.

como sucede en el formalismo – la fuente que permite al juez-intérprete descubrir esos principios “preexistentes” que forman ya parte del Derecho¹⁸ y emplearlos para determinar el único significado correcto y, por tanto, según este autor, válido de las exigencias jurídicas¹⁹. De este modo, la concepción dworkiniana establece una conexión argumentativa cierta de tipo conceptual entre el Derecho y la moral.

Pues bien, frente a esta teoría, una concepción de la interpretación compatible con la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral ha de mantener la distinción entre el plano

¹⁸ Para Dworkin, la identificación de un principio como jurídico requiere dilucidar si “figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión”, DWORKIN, R., “El modelo de las normas (II)”, cit., pp. 102-145, p. 128. Y, son, en efecto los jueces los encargados de sacarlos a la luz cuando resuelven los casos concretos. Como es sabido, en este punto Dworkin recurre a la figura del juez Hércules, DWORKIN, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986, p. 239.

¹⁹ En la construcción de Dworkin el papel de la “teoría mejor fundada” es, por tanto, doble: identificar los principios y, por tanto, la composición del propio Derecho y asignar significado. Desde esta premisa para Dworkin la validez de la interpretación depende de su corrección o justificación de acuerdo con los parámetros de dicha teoría.

de la validez jurídica y el plano de la corrección moral de las decisiones interpretativas²⁰. Pero, además, y al igual que sucedía con el formalismo interpretativo, la teoría dworkiniana tampoco logra erradicar la discrecionalidad interpretativa – fuerte – de la que gozan todos los intérpretes²¹. En este sentido, cabe apuntar que la plausibilidad de la tesis de la unidad de respuesta correcta parece exigir un difícil compromiso con un objetivismo moral muy potente, que el propio Dworkin parece no terminar de asumir²².

En las antípodas de la concepción cognitiva, el escepticismo interpretativo característico de las corrientes antiformalistas²³, afirma la

²⁰ Vid. sobre esta distinción ASÍS ROIG, R. de, “Sobre el razonamiento jurídico correcto”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 45, 2000, pp. 153-167.

²¹ Para Dworkin, empeñado en anular – en la línea del formalismo – el poder de los jueces, esta conclusión resulta especialmente incómoda.

²² Vid. en este sentido los trabajos de HART, H. L. A., “Introduction” en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 1-18, p. 7 y MACCORMICK, N., “Dworkin as a Pre-Benthamite”, *The Philosophical Review*, LXXXVII, 1978, p. 588

²³ Es común subrayar la heterogeneidad de los planteamientos susceptibles de encuadrarse en la «familia» de las teorías interpretativas escépticas. Entre

indeterminación radical de los enunciados jurídicos o considera irrelevante su posible determinación contemplado la actividad interpretativa en clave puramente voluntarista. La teoría escéptica mantiene que no existe ningún significado que preexista y/o que sea susceptible de limitar la actuación del intérprete que goza, consecuentemente, de una discrecionalidad total en el desarrollo de su actuación. Según las corrientes inscritas en el marco de esta concepción el alto grado de indeterminación, del que se afirma adolece el Derecho, obedece a diferentes tipos de razones. Entre ellas ocupan un lugar central la constante presencia de vacíos y contradicciones normativas²⁴, la

sus “miembros” más extremos cabe citar, entre otros, al realismo jurídico nortamericano y a los *Critical Legal Studies* a los que recurriré para exponer el sentido de esta concepción.

²⁴ Así el análisis realista el análisis realista destaca el carácter enormemente dinámico de la sociedad, que provoca la aparición de continuos vacíos normativos en la regulación jurídica (Vid. al respecto FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Peter Smith Gloucester Mass., 1970, p. 163) y denuncia la concurrencia de precedentes incompatibles que se presentan simultáneamente como vinculantes en un mismo caso (LLEWELLYN, K., “Canons on Statutes” incluido como “Apendix C” en LLEWELLYN, K., *The Common Law*

falta de univocidad y precisión que inevitablemente presenta el lenguaje de las reglas y de los conceptos jurídicos generales²⁵ y la consideración de que los criterios de interpretación resultan inútiles a la hora de encauzar la libertad interpretativa, pues permiten alcanzar cualquier resultado interpretativo²⁶. Algunos movimientos se ocupan, además, de extender el escepticismo ante las reglas a los principios político-morales en los que confía la teoría dworkiniana como fuente de determinación de lo jurídico²⁷.

Tradition. Deciding Appeals, Boston-Toronto, Little, Brown and Co., 1960, pp. 521-535)

²⁵ Las reglas, para Frank, son “simplemente palabras” y esas palabras “pueden entrar en acción sólo a través de decisiones” correspondiendo, por tanto, a los tribunales «al decidir cualquier caso decir lo que las reglas significan” FRANK, J., *op.cit.*, p. 135.

²⁶ LLEWELLYN, K., *op. cit.*, considera estos criterios como estrategias para maniobrar que permiten justificar una solución y la contraria.

²⁷ En efecto, desde los *Critical Legal Studies* se señala que “la invocación de los principios sólo sirve para empujar hacia otro nivel el punto en el cual se introduce la indeterminación y tiene lugar la elección judicial”, ALTMAN, A., “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin” *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 15, No. 3, 1986, pp. 205-235, pp. 217 y 264. Además, los *Critical* llevarán más lejos el escepticismo ante las reglas profesado por los realistas basándose en la lectura que KRIPKE, S., *On rules and private Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1982 propone de la paradoja del seguimiento de reglas planteada por WITTGENSTEIN, L., en sus *Investigaciones Filosóficas*, trad. de E. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, sección 187. Vid. en este sentido, BOYLE, J., “The Politics of Reason: Critical Legal Studies and Local Social Thought”, *University of*

Y, en todo caso, estas corrientes afirman que aunque el lenguaje de las reglas resultase en alguna medida determinado los intérpretes estarán dispuestos a dejarlo de lado, en aras de alcanzar aquella solución que les parece más razonable²⁸.

También el escepticismo interpretativo es un planteamiento rechazable debido, básicamente, a dos órdenes de razones. En primer lugar, importa recalcar que manejar una posición absolutamente escéptica acerca del significado de los enunciados jurídicos deja sin sentido los rasgos que definen la idea de sistema e impide que el Derecho pueda realizar eficazmente su función de regulación de los comportamientos sociales²⁹. En este sentido, es común

afirmar que la teoría escéptica maneja una visión de lo jurídico abiertamente antisistemática que identifica el Derecho con las decisiones de los jueces³⁰ y destaca su función, no tanto como guía de conducta, sino como mecanismo de resolución³¹, o en las versiones más

mismo sentido, ASÍS ROIG, R. de, “Los derechos y la argumentación judicial”, cit., p. 19. En efecto, la tesis de la indeterminación total deja sin sentido las ideas de unidad, de jerarquía y de validez sistemática pues no permite determinar el significado de los enunciados que establecen la jerarquía normativa, y por tanto, no se puede saber cuándo una norma es superior a otra, ni cuando una norma inferior es conforme a una norma superior. Y lo mismo sucede con las ideas de coherencia y de plenitud. Por lo que respecta al elemento funcional, el Derecho sólo puede operar como factor relevante de ordenación de las conductas sociales si puede ser comprendido más o menos del mismo modo por quienes lo usan, y, por tanto, si sus normas tienen un significado relativamente determinado, JORI, M. y PINTORE, A., *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 336 y 337.

³⁰ Aunque es cierto que las definiciones del Derecho ofrecidas, por ejemplo, por los autores realistas parecen moverse en esta órbita, cabe precisar que estos planteamientos no aspiran a describir los rasgos conceptuales del Derecho, sino que responden a la elección de un determinado “punto focal” en la observación del fenómeno jurídico: aquél que se revela adecuado para desmantelar la concepción mecanicista de la función judicial característica del formalismo. Vid. en ese sentido, TARELLO, G., *Il realismo giuridico nordamericano*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 75; LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 100-102 y SOLAR CAYÓN, J. I., *El realismo jurídico de Jerome Frank*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2005, pp. 87-92.

³¹ HIERRO PESCADOR, L., *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1981, pp. 103 y 104.

Pennsylvania Law Review, vol.133, 1985. pp. 685-780; TUSHNET, M., “Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles», *Harvard Law Review*, vol. 96, núm. 4, 1983, pp. 781-827 y YABLON, M., “Law and Metaphysics”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986- 87, pp. 613-665. Vid. sobre este movimiento PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

²⁸ SCHAUER, F., “Formalism”, SCHAUER F., (ed.), *Law and Language*, Dartmouth, Aldershot, 1993, pp. 429-468, p. 450.

²⁹ ASÍS ROIG, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 97. Vid. en el

críticas incluso de generación, de conflictos. Pues bien, el escepticismo se enfrenta también con estos referentes mostrándose como una teoría internamente inconsistente³². En esta línea de crítica “interna” es posible destacar, entre otras, las siguientes objeciones 1) aunque la teoría escéptica afirma pretender dar cuenta de la práctica real del Derecho, resulta “poco realista” en la descripción de su funcionamiento en la medida en que es incapaz de explicar su operatividad – efectiva – como factor de orientación normativa de las conductas sociales al margen de la intervención de los tribunales³³ 2) el escepticismo radical desmiente, además, la aptitud técnica del Derecho para desarrollar eficazmente

³² Aunque no puedo detenerme en la justificación de esta idea, importa aclarar que finalmente el escepticismo radical no es tan radical y que sus afirmaciones más extremas son conscientes exageraciones que pretenden atacar a las exageraciones de signo opuesto en las que incurre la teoría cognitiva.

³³ Afirma HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abedelo-Perrot, 1998, pp. 171 y 172 que el escepticismo ignora que las normas jurídicas son contempladas y usadas por los ciudadanos como pautas de conducta social.

cualquier función social relevante, pues si se acepta que el lenguaje jurídico es absolutamente indeterminado, entonces ineludiblemente también lo serán las sentencias de los jueces³⁴ 3) la afirmación de que el Derecho está integrado exclusivamente por decisiones de los tribunales y no por reglas o la consideración de que tales reglas resultan radicalmente indeterminadas son asunciones difícilmente compatibles con una visión de lo jurídico centrada en la conducta judicial³⁵; así, sostener la primera de estas tesis supondría la inexistencia de criterios de identificación de los tribunales y la defensa de la segunda implicaría convertir en inservibles tales criterios.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, una teoría interpretativa coherente – y no sólo con la visión de lo jurídico aquí asumida – debe afirmar que la tarea de atribuir significado a los

³⁴ LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 69

³⁵ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, México, UNAM, 1995, p. 180. También HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 170.

enunciados jurídicos no supone la realización de un acto de voluntad desnudo y que el Derecho posee algún grado de determinación susceptible de condicionar la actuación de los intérpretes.

Estas consideraciones parecen ser asumidas por la catalogada como teoría intermedia de la interpretación jurídica cuya versión más difundida es la representada por Hart y por los herederos del positivismo hartiano³⁶. Según esta concepción la interpretación es, “a veces”, “una actividad de conocimiento”, que consiste en “descubrir significados preexistentes” (tal y como mantiene la concepción cognitiva) y “a veces” “una actividad de decisión discrecional”, que implica la

³⁶ Hart – por ejemplo Vid. Idem, p. 182 . recalca la vocación intermedia de su teoría considerando que “el formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en medio». En la misma línea, Hart califica su concepción como una especie de Vigilia situada entre la Pesadilla del realismo y el Noble Sueño de Dworkin, “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana; la pesadilla y el noble sueño”, trad. de J. J. Moreso y P. Casanovas en MORESO, J. J. y CASANOVAS, P. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 327-350.

creación de nuevos significados, (tal y como sostiene la concepción escéptica)³⁷. Esta caracterización de la interpretación jurídica se basa en la teoría hartiana en la denominada textura abierta del lenguaje que implica la presencia en cualquier enunciado jurídico general de una dualidad entre un núcleo de significado cierto, en el que se ubican los casos claros o fáciles y una zona de penumbra, en la que sitúan los casos dudosos o difíciles. Dualidad que, según Hart, permite superar la “curiosa” propensión que la teoría jurídica muestra a “ignorar o exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas”³⁸ planteando la cuestión en sus justos términos: el Derecho debe entenderse como parcialmente determinado, en la medida en que siempre resulta determinado en relación con algunos casos (los claros), pero inevitablemente se encuentra indeterminado en otros (los dudosos). Así, esta concepción implica

³⁷ GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 16.

³⁸ HART, H. L. A. en *El Concepto de Derecho*, cit., p. 224

entender que la tarea de asignar significado a los enunciados jurídicos presenta una fisonomía radicalmente diferente en el área de determinación, en la que propiamente no existiría interpretación sino comprensión del significado³⁹, y en el área de indeterminación, en la que se desarrollaría una tarea eminentemente interpretativa consistente en asignar nuevos significados.

A pesar de que la teoría intermedia se presenta como una concepción integradora compatible con la visión del Derecho que se ha adoptado como punto de partida de este trabajo⁴⁰ es permeable a toda una serie de objeciones

³⁹ En este sentido, la teoría intermedia emplearía un concepto estricto de interpretación. La distinción entre comprensión e interpretación ha tratado de ser fundamentada en una lectura no escéptica de la paradoja del seguimiento de reglas wittgensteniana. Vid. por ejemplo, MARMOR, A., *Interpretación y teoría del derecho* trad. de M. Mendoza, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 192 y ss MORESO, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1997, p. 218

⁴⁰ Precisamente, la tesis de la separación conceptual (o de la no conexión necesaria, sino contingente) entre el Derecho y la moral, la comprensión del Derecho como sistema y la consideración funcional del fenómeno jurídico son referentes definitorios de la concepción de lo jurídico de Hart.

difícilmente contestables entre las que destacaré dos. La primera crítica cuestiona la contemplación de la distinción entre los casos fáciles (que caen en la zona de certeza) y los casos difíciles (que caen en la zona de penumbra) como una “distinción objetiva” previa a la interpretación. En este sentido, se afirma que dicha dualidad es, en realidad, producto, a su vez, de una decisión interpretativa de carácter discrecional⁴¹. En efecto, el tratamiento de un caso como fácil o difícil no depende sólo de que tenga, o no, una respuesta sencilla a la luz del significado cierto de los enunciados jurídicos, sino también de que el intérprete considere que esa respuesta obvia es, o no, aceptable⁴². En otro caso, el intérprete podría optar por problematizar el caso o el texto en

⁴¹ GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 17 y 18 y LUZZATI, C., *op. cit.*, p. 167.

⁴² BARRANCO AVILÉS, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., pp. 65 y 66, SCHAUER, F., *Las reglas en juego*, trad. de C. Orunesu y de J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 273, Vid. en este sentido, la concepción pragmática de la claridad manejada por DASCAL, M. y WRÓBLEWSKI, J., *op. cit.*, pp. 211 y ss

cuestión. La segunda crítica se opone a la caracterización – que parece desprenderse del planteamiento hartiano – de la tarea genuinamente interpretativa llevada a cabo en los casos difíciles como una labor plenamente libre exenta de cualquier tipo de límite. El propio Hart, aunque aclara que esta “nunca fue su posición”, considera que posiblemente se trata de un “aspecto confuso y simplificador” de su teoría que se presta a ser interpretado “como si ... pensara que los jueces, cuando alcanzan un punto en el cual la existencia de reglas establecidas falla a la hora de determinar una decisión ... simplemente dejan a un lado sus libros de Derecho y comenzaran a legislar *ex novo* para el caso que tienen entre manos sin más referencia al Derecho”⁴³.

3. Hacia una concepción alternativa de la interpretación jurídica.

Los déficits que cabe imputar a la teoría cognitiva, a la teoría escéptica y a la teoría intermedia de la interpretación jurídica – no sólo, aunque sobre todo, desde los referentes que integran la visión de lo jurídico asumida el comienzo de este trabajo – aconsejan optar por la “construcción” de una concepción alternativa del fenómeno interpretativo capaz de superarlas.

Como se ha señalado, esta concepción alternativa debe alejarse de las concepciones extremas y reduccionistas representadas por la teoría cognitiva y por la teoría escéptica en la medida en que descuidan bien el aspecto decisonal, bien el aspecto racional de la actividad interpretativa y ha de distanciarse también de la manera, a mi juicio errónea, en la que la teoría intermedia trata de combinar ambos

⁴³ HART, H.L.A., “Introduction”, cit., pp. 6 y 7.

aspectos⁴⁴. En lugar de definir la relativa determinación del Derecho como una determinación parcial que conduce a concebir la interpretación como una tarea de puro conocimiento en unos casos, los claros, y como una labor totalmente libre en otros, los difíciles, esta concepción subraya el carácter mínimo de dicha determinación en todos los supuestos, presentando la actividad interpretativa como una tarea en la que se conjugan siempre, al menos potencialmente, dimensiones racionales y voluntaristas⁴⁵. Interpretar no consiste netamente en ningún supuesto, ni tan sólo en descubrir significados preexistentes, ni únicamente

⁴⁴ En CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2005, Capítulo III, pueden encontrarse desarrollados con más detalle los aspectos de esta concepción que tienen que ver con la comprensión de los límites que se proyectan sobre la validez de las decisiones interpretativas, haciendo especial hincapié en su repercusión en la comprensión del Derecho como sistema.

⁴⁵ Como señala SEGURA ORTEGA, M., *op.cit.*, p. 95, la disputa planteada “en términos de incompatibilidad absoluta” entre quienes “creyeron que el intérprete realiza actos de puro conocimiento, esto es, actos de naturaleza racional” y quienes “sostuvieron que la interpretación representa un acto de voluntad” carece de sentido, representando ambos planteamientos “una visión unilateral y reduccionista”. Vid. en un sentido similar PRIETO SANCHÍS, L., *op.cit.*, p. 93.

en crearlos *ex novo*. De este modo, la teoría alternativa entiende que la interpretación es *siempre* una decisión, incluso en los casos considerados más fáciles, *nunca* plenamente discrecional, ni siquiera en los casos tratados como más difíciles⁴⁶.

Aunque Kelsen no desarrolla una teoría completa de la interpretación jurídica, la conocida imagen del marco que usa para caracterizar la actividad interpretativa⁴⁷ - que supone la posibilidad de optar en la interpretación de cualquier enunciado jurídico entre un abanico (más o menos amplio) de significados posibles y que, a la vez, descarta o excluye otros significados considerados imposibles (los que caen fuera del marco) - sirve para representar

⁴⁶ Utilizo las expresiones “considerado” o “tratado” porque, como antes se apuntó, un caso no es objetivamente fácil o difícil sino que es contemplado como tal por el intérprete por diferentes razones.

⁴⁷ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Buenos Aires, Porruá, 7.ª ed., 1993, pp. 351 y ss. Como apunta Kelsen, la interpretación jurídica entendida como “*conocimiento* del sentido del objeto interpretado” arroja como resultado “la determinación del marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco”.

con bastante exactitud la esencia de la concepción alternativa.

Desde esta visión, adquiere una importancia central la definición de los parámetros conforme a los cuales corresponde trazar los bordes de ese marco que permite discriminar entre los significados posibles o imposibles. O, dicho de otro modo, se torna esencial el análisis de la cuestión de los límites que condicionan la actividad interpretativa.

Pues bien, a mi modo de ver, los significados que el marco excluye son los que se enfrentan con el sentido, según se ha señalado, mínimamente determinado de los enunciados jurídicos y con la idea de sistema.

La tesis de la determinación mínima de los enunciados jurídicos se fundamenta en la posibilidad de asignar a toda disposición jurídica un significado literal y en las notas que lo caracterizan. En efecto, el significado literal –definido como el sentido que ineludiblemente posee cualquier enunciado inteligible para los hablantes competentes en un

determinado lenguaje, en virtud de reglas semánticas y sintácticas que expresan la existencia de usos y convenciones acerca del modo de empleo de las expresiones en una determinada comunidad lingüística⁴⁸ – constituye el fundamento del éxito del lenguaje en el desarrollo de su función comunicativa – del que depende, en un sentido esencial, el éxito del Derecho en el desempeño de su función de guía de conducta – y opera como parámetro *a priori* desde el que enjuiciar la corrección de las actuaciones lingüísticas particulares⁴⁹. Así, en las

⁴⁸ SCHAUER, F., *Las reglas en juego*, cit., p. 116 y PLATSS, M., *Las sendas del significado*, trad. de C. Hidalgo y de E. A. Rabossi, México, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 14.

⁴⁹ Esta visión del lenguaje implica sostener que lo que las palabras significan depende de una práctica social, del comportamiento regular de los miembros de una determinada comunidad lingüística. pero no de la actuación de un sólo individuo en una particular situación comunicativa, Vid. en apoyo de esta consideración, entre otros, DUMMET, M., “A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking” en LEPORE, E., (ed.) *Truth and interpretation*, Basil Blackwell, Oxford, pp. 459-476, p. 473; FENICHEL PITKIN, H., *Wittgenstein: el Lenguaje, la Política y la Justicia*, trad. de R. Montoro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 285; DICIOTTI, E., *op.cit.*, p. 248. Esta idea puede fundamentarse en una adecuada interpretación de la filosofía del lenguaje que maneja segundo WITTGENSTEIN, L., en sus *Investigaciones Filosóficas*, ya citado.

coordinadas de la concepción alternativa aquí esbozada, la - relativa- determinación de los enunciados jurídicos no proviene, como sucede en la teoría de Dworkin, de exigencias morales consideradas “correctas” o justificadas que pueden encontrarse más allá de los límites del Derecho o llegar incluso a integrarse en sus confines, sino del lenguaje jurídico que no puede considerarse como absolutamente indeterminado. Y, por tanto, esta teoría no implica un compromiso necesario con ninguna suerte de objetivismo moral, ni más ni menos potente, sino tan sólo con un objetivismo semántico modesto o moderado.

El significado literal de un enunciado jurídico puede entenderse como su significado *propio* o *intrínseco*⁵⁰. Ciertamente, el significado literal “forma parte” del propio enunciado de manera que reconocer un enunciado y diferenciarlo de una sucesión causal de palabras implica ya “entender su

⁵⁰ DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 248

significado literal”⁵¹. Puede considerarse también como un significado *preexistente* a cualquier interpretación, que constituye su punto de partida ineludible⁵², y sobre el que se proyectan, además, el resto de las operaciones interpretativas⁵³. Y cabría afirmar que se trata, además, del significado *obvio*, ordinario o llano⁵⁴ de los enunciados jurídicos que puede ser *descubierto* por los intérpretes que

⁵¹ En efecto, la identificación de unos signos lingüísticos como “un enunciado en general y como una disposición normativa en concreto”, exige otorgarles significados en tanto, por un lado, “sólo puede hablarse de enunciado en relación con expresiones lingüísticas dotadas de, al menos, un significado” y, por otro, sólo cabe hablar de disposición en relación con enunciados de los que, al menos uno de sus significados, es una norma jurídica”. De este modo, la corrección semántica y gramatical de un enunciado jurídico implica necesariamente la posibilidad de asignarle un significado literal. EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “*Iura novit curia*” y la aplicación judicial del Derecho ,Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000, p. 140. En la misma línea, GUASTINI, R., “In tema di conoscenza del diritto”, *Il Foro Italiano*, V, 1987, pp. 376- 386, p. 381; JORI, M. y PINTORE, A., *op.cit.*, p. 208, ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., pp. 78 y 79 y LUZATTI, C., *op. cit.*, pp. 63 y 64, nota 27.

⁵² ASÍS ROIG, R.de, *El Juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 78.

⁵³ Ciertamente el criterio literal resulta imprescindible y precede al uso de cualquier otra técnica interpretativa, pues constituye el significado a partir del cual pueden desarrollarse las operaciones contempladas en el resto de los criterios interpretativos (sistemático, teleológico, sociológico, histórico etc.), Vid, entre otros, DICIOTTI, E., *op.cit.*, p. 344

⁵⁴ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 208.

conocen, que usan de manera irreflexiva y que comparten las reglas del lenguaje de las que depende en exclusiva este significado literal⁵⁵.

En algunos casos – que serán considerados como casos fáciles o rutinarios – la interpretación se detiene en la dimensión literal que opera entonces como fuente directa o guía de la decisión interpretativa determinando en un sentido positivo su resultado. Sin embargo, en algunos supuestos – que se plantearán como casos difíciles – el significado literal puede resultar insuficiente y, en otras, puede ser considerado insatisfactorio por el intérprete. La insuficiencia del significado literal deriva de los problemas de

⁵⁵ Señala DICIOTTI, E, *op.cit.*, pp. 346 y 347 que la idea de que las reglas lingüísticas determinan el acuerdo “total o parcial” sobre el significado de los enunciados jurídicos, contrasta con la afirmación escéptica de que éstos no poseen un significado preexistente a la interpretación, sino que tan sólo es posible constatar la existencia de “algunos significados sobre los cuales, a veces, los intérpretes pacíficamente acuerdan”. Esta consideración se revela, a su juicio, “poco plausible” en cuanto se plantea la pregunta sobre qué factores determinan este pacífico acuerdo. Y ello porque tal cuestión tiene una “respuesta obvia”: estos factores razonablemente consisten en las reglas del lenguaje en el que se formulan los textos jurídicos, dado que los intérpretes incluyen estas reglas “en su propio bagaje de conocimiento” y “necesariamente las aplican”.

indeterminación que presentan las propias reglas y convenciones lingüísticas⁵⁶. Pero, incluso en aquellos casos en los que tales reglas y convenciones son suficientemente determinadas el sentido literal de un enunciado jurídico puede ser dejado de lado al entender el intérprete que su aplicación conlleva consecuencias inaceptables y/o al considerar que significados menos obvios resultan preferibles por diferentes razones. Ahora bien, ni las reglas del lenguaje pueden resultar radicalmente indeterminadas, lo que haría imposible la comunicación⁵⁷, ni los intérpretes pueden atribuir a un enunciado jurídico un significado absolutamente enfrentado, aunque sí parcialmente diverso, con su sentido literal⁵⁸.

Estas afirmaciones se basan en la consideración de que no se puede “hacer decir” a un enunciado, tampoco a un

⁵⁶ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning.*, cit., p. 209. Vid. también GUASTINI, R, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 27

⁵⁷ DICIOTTI, E., *op cit.*, p. 248 y p. 359

⁵⁸ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning*, cit., pp. 204 y ss. y DICIOTTI, E., *op.cit.*, p. 484.

enunciado jurídico, “cualquier cosa”⁵⁹. En efecto, un enunciado puede soportar una amplia gama de interpretaciones, pero no “aguanta” cualquier interpretación⁶⁰. Desde esta visión, la literalidad proporcionaría, una información no tanto positiva, sino negativa manifestando no lo que significa un precepto, sino lo que no puede significar⁶¹. Y, en este sentido, el criterio de interpretación literal opera siempre como un límite negativo a las opciones interpretativas válidas⁶².

También el criterio de interpretación sistemático funciona en un sentido negativo como límite impidiendo atribuir a un enunciado jurídico un

significado contradictorio con el sentido (literal, de nuevo, mínimamente determinado) de enunciados de rango superior⁶³. No obstante, aunque el criterio sistemático requiere siempre la referencia al criterio literal, al mismo tiempo la apelación a la idea de sistema es el único argumento que puede justificar – en el ámbito de una concepción de lo jurídico como la que aquí se maneja – el abandono (relativo) del criterio literal. Ciertamente, el sentido literal de un enunciado puede ser abandonado, en el caso de la interpretación de normas no constitucionales, tomando como referencia el significado (literal) de normas y principios constitucionales⁶⁴. En efecto, si bien en el caso de la interpretación de disposiciones constitucionales los problemas de indeterminación suelen ser mayores, dado su carácter altamente genérico, su

⁵⁹ JORI, M. y PINTORE, A., *op.cit.*, cit., 1995, p. 333.

⁶⁰ GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 2ªed., 1992, p. 145. En este sentido, afirma MACCORMICK, N., *Legal Reasoning*, cit., p. 210 que el significado literal es “derrotable” siempre y cuando las palabras de la ley “puedan soportar otro significado que el más obvio”.

⁶¹ ASÍS ROIG, R. de, “La interpretación de la Constitución Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete” en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M.A. (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 285-302cit., p. 299.

⁶² ASÍS ROIG, R. de, “La interpretación de la Constitución”, cit., p. 299

⁶³ ASÍS ROIG, R., *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., pp. 97 y 98. El criterio sistemático no se entiende sin hacer referencia al significado de enunciados superiores y, por tanto, al significado literal.

⁶⁴ *Idem*, p. 98. Vid. en un sentido parecido DICIOTTI, E., *op. cit.*, p. 501

gran carga ética y política y a la inexistencia de un marco normativo superior de referencia⁶⁵, también se trata de enunciados inteligibles que poseen un significado de acuerdo con las reglas del lenguaje en el que se expresan y no entidades lingüísticas vacías susceptibles de dar cobertura a cualquier decisión⁶⁶. Y, por tanto, aunque en el caso de los enunciados constitucionales el criterio literal normalmente resulta insuficiente y

⁶⁵ Aunque no puedo detenerme en el análisis de esta cuestión, interesa apuntar que, en el caso español, cuando se trata de interpretar disposiciones constitucionales que regulan derechos fundamentales, los Tratados internacionales podrían operar como ese marco normativo (si bien no exactamente superior) de referencia en virtud de lo señalado en el art. 10.2 CE. Es cierto que, en muchas ocasiones, los Tratados internacionales no proporcionan un auxilio interpretativo relevante en la práctica, puesto que el intérprete lo que encontrará al recurrir a ellos será un enunciado muy parecido al enunciado constitucional al que trata de asignar significado e incluso en ocasiones más abierto, debido a las especiales circunstancias que rodean la adopción de estos Tratados, que exigen el consenso de muchos Estados, Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ DE CASAVANTE ROMANÍ, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Madrid, Arandazi, 1996, p. 31 y SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional, El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 124. Sin embargo, a mi modo de ver, esta conclusión podría ser matizada en el supuesto de Tratados especializados (bien por razón de la materia, bien porque se refieren a la protección de derechos de un colectivo específico) postconstitucionales, novedosos y/o que cuentan con un órgano de garantía

⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *op.cit.*, pp. 124 y 125.

suministra escasa información en la tarea de atribución de significado – resultando casi siempre necesaria la apelación a otros criterios interpretativos – también condiciona en alguna medida la actuación de los intérpretes.

En definitiva, el criterio de interpretación literal y el criterio de interpretación sistemático son, desde la concepción alternativa que trato de defender en estas páginas, los referentes que permiten delinear los bordes de ese marco dentro del cual deben moverse las opciones interpretativas admisibles, descartando la validez de aquellas interpretaciones que se enfrentan con la literalidad del enunciado objeto de interpretación y con la literalidad de enunciados jerárquicamente superiores.

En todo caso, conviene tener presente que el principal desafío que se plantea a la concepción alternativa de la interpretación jurídica hasta aquí expuesta es el representado por la que Hart calificó como “la última y más interesante forma de escepticismo ante

las reglas”⁶⁷ que se basa no en la afirmación de la absoluta indeterminación de los enunciados jurídicos ni en la inexistencia de límites interpretativos, sino en la consideración de que esos límites no se proyectan sobre las atribuciones de significado realizadas por las autoridades finales del sistema jurídico que se configuran, en este sentido, como actos “auténticos” de voluntad plenamente discrecionales⁶⁸.

⁶⁷ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho* por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco de la norma aplicable». Y ello porque «mediante una interpretación auténtica semejante puede crearse derecho ... tan pronto el acto del órgano de aplicación no puede ser dejado sin efecto, por haber adquirido fuerza de cosa juzgada. Que muchas veces se cree nuevo derecho por vía de semejante interpretación auténtica —especialmente por los tribunales de última instancia— es un hecho bien conocido”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 355.

⁶⁸ TROPER, M., “El problema de la interpretación y la teoría de la supralegalidad constitucional” en TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 276-293, pp. 275 y 276. Esta forma de escepticismo sí que es asumida por KELSEN, H., cit., pp. 354 y 355 “por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también

Pues bien, a mi juicio, una teoría interpretativa consistente debe mantener que incluso las decisiones interpretativas definitivas son decisiones limitadas por el mínimo significado determinado de los enunciados que les sirven de referente. También los intérpretes últimos están obligados a respetar dicho significado y cuando no lo hacen emiten decisiones equivocadas que se salen del marco de opciones admisibles y que han de ser consideradas inválidas. Que este deber en ocasiones no se cumpla y que, en última instancia, no pueda ser garantizado – pues en el Derecho alguien ha de tener la última palabra no cuestionable - no implica que no exista⁶⁹. Aunque no pretendo ocultar que mantener esta posición plantea importantes problemas teóricos, que no serán abordados en este trabajo, resulta esencial tener en cuenta que su abandono conduce a manejar una visión de lo jurídico en términos de mera

puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco de la norma aplicable”.

⁶⁹ Así, se mantiene la distinción defendida por, HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 17, entre la definitividad y la infalibilidad de las decisiones interpretativas.

fuerza nada sistemática, difícilmente funcional y que no consigue describir lo que opera y puede operar socialmente como Derecho⁷⁰.

Finalmente, interesa insistir en que los límites que, desde la concepción alternativa de la interpretación aquí manejada, condicionan la validez de las decisiones interpretativas (ya sean finales o provisionales) no erradican la discrecionalidad del intérprete quien está llamado a escoger entre el marco de opciones interpretativas posibles que los respetan.

Aunque todas estas interpretaciones disponibles que respetan los límites expuestos deben ser consideradas igualmente válidas en línea de principio – convirtiéndose en válida, la que elija el órgano competente para decidir y, en última instancia, aquélla por

⁷⁰ En efecto, manejar esta visión conlleva afirmar que el significado válido de los enunciados jurídicos es el que los “detentadores” del poder, capaz de imponer en última instancia su parecer, dicen que significan. Y ello porque estos “poderes” interpretarían también, sin ningún tipo de límite, los enunciados jurídicos que les atribuyen competencia para decidir. Me he ocupado con detalle a esta problemática en CUENCA GÓMEZ, P., *op.cit.*, Vid. Capítulo V.

la que opte el último órgano competente – no todas ellas tienen por qué ser contempladas como igualmente correctas⁷¹. Es en este punto en el que la concepción alternativa de la interpretación jurídica da entrada a la teoría de la argumentación. Teoría que carece de sentido o que asume un papel sustancialmente distinto en otras concepciones interpretativas. En efecto, desde el formalismo interpretativo la argumentación se plantea como una tarea desprovista de sentido en la medida en que sólo cabe argumentar cuando existe la posibilidad de elegir entre varias opciones y no cuando existe una única solución⁷². Desde el escepticismo interpretativo la justificación resulta imposible o se entiende como un mero enmascaramiento de los factores irracionales y subjetivos que se considera

⁷¹ En este punto esta concepción alternativa de distancia del planteamiento de Kelsen que, en consonancia con el relativismo moral que profesa, rechaza la posibilidad de analizar racionalmente la elección discrecional del intérprete y entiende que todas las opciones interpretativas tienen el mismo valor, KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., 352 y 354.

⁷². Vid. en este sentido, AGUILÓ REGLA, J., *Teoría de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 103.

“explican” realmente la decisión interpretativa⁷³. Y desde la concepción dworkiniana, como antes se señaló, la argumentación – moral – determina la propia validez jurídica del resultado interpretativo.

Frente a estas concepciones, en las coordenadas de la visión del fenómeno interpretativo aquí asumida, el papel de una teoría de la argumentación jurídica consiste en ofrecer parámetros racionales desde los que analizar la corrección de la atribución de significado⁷⁴. Estos parámetros, a diferencia de los criterios-límite anteriormente analizados, actúan como criterios-guía orientando en un sentido positivo la elección entre los significados posibles y su identificación responde a una toma de postura de carácter moral y obedeciendo, por ende, a consideraciones extrajurídicas. En este sentido, la

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Estos parámetros pueden incidir bien en el procedimiento que debe seguirse para realizar la elección, o bien en el contenido de esa opción. E, igualmente, pueden suponer un pronunciamiento acerca de quién debe ser el órgano al que corresponda elegir.

articulación de una teoría de la argumentación jurídica exige, ahora sí, asumir alguna dosis de objetivismo ético (aunque se trate de un objetivismo de mínimos). En todo caso, resulta esencial recalcar que el respeto de los referentes o criterios que ofrece dicha teoría no incide en la validez de las decisiones interpretativas, sino que únicamente se proyecta en el análisis de su corrección⁷⁵. Por esta razón, su estudio excede el marco de la Teoría del Derecho en el que se desenvuelve este trabajo y se adentra en el ámbito de la Teoría de la Justicia⁷⁶

⁷⁵ En función de que ese objetivismo sea mayor o menor podemos encontrar teorías “totales” o “completas” de la corrección que pretenden resolver absolutamente este problema, considerándose capaces de suministrar criterios para alcanzar o catalogar una decisión como correcta y permiten así hablar de únicas respuestas correctas (como pretende, pero no consigue, según antes se señaló, el planteamiento de Dworkin). Y teorías “parciales” o “relativas” que – de manera más modesta – no aspiran a resolver totalmente el problema de la corrección, permitiendo calificar, de manera concluyente, una decisión como definitivamente correcta, sino a proporcionar criterios que sirven para alcanzar o catalogar decisiones como más correctas que otras, ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., pp 131 y ss.

⁷⁶ En efecto, abordar el problema de la corrección supone asignar una serie de fines al Derecho, tomar posición en torno al Derecho justo, *Idem*, p. 133.

Las reflexiones realizadas a lo largo de estas páginas han permitido demostrar la posibilidad de reconstruir una concepción de la interpretación jurídica – cuyos aspectos clave son susceptibles, en todo caso, de encontrarse en los planteamientos de diversos autores – que se plantea como una teoría diferente y con sustantividad propia frente a la visión del fenómeno interpretativo manejada por la concepción cognitiva, la concepción

escéptica y la concepción intermedia. A mi modo de ver, esta teoría, a la que se ha venido calificando como “alternativa”, consigue describir en términos más adecuados que la trilogía de concepciones interpretativas estándar la operación intelectual en la que consiste la atribución de significado a los enunciados jurídicos, los límites que condicionan los resultados de dicha actividad y la estrecha relación existente entre la interpretación y la argumentación jurídica