

## INTERPRETACIÓN E INDETERMINACIÓN DE LA REGLA JURÍDICA

Francesco VIOLA\*

La creciente relevancia del derecho internacional y del derecho comunitario europeo, así como del derecho comparado, libra la reflexión acerca de la interpretación jurídica de la referencia predominante, cuando no exclusiva, al derecho estatal, y con ello pone en cuestión tesis consolidadas y teorías habituales, aumentando su capacidad explicativa en un nivel más general.

Los teóricos del derecho deben reconocer que en este campo hay mucho trabajo que hacer, tanto en el plano descriptivo cuanto en el de la construcción. No se trata solamente, en efecto, de volver a tomar en consideración y sistematizar la variedad de métodos interpretativos ejercitados en la práctica jurídica entendida de manera no restrictiva, sino de preguntarse si de su transformación y su evolución se puede aprender algo más sobre la naturaleza de la interpretación jurídica. Ambos objetivos sobrepasan el propósito del presente trabajo, que solamente quiere formular algunas observaciones y reflexiones acerca de la transformación que se está verificando en la teoría de la interpretación jurídica.<sup>1</sup>

La primera de estas observaciones procede de la constatación de que el desarrollo más interesante de la teoría de la interpretación proviene de los debates sobre el ámbito de aplicación de las normas a los casos concretos. No se ha de partir del significado abstracto de las normas para determinar su ámbito de aplicación (como quisiera Kelsen), sino que, por el contrario, es desde la perspectiva del caso concreto desde donde se cuestiona la norma o se busca la regla en cuestión. Estas operaciones que en el pasado se entendían como meramente prácticas, es decir, sin relevan-

\* Università di Palermo, Italia.

<sup>1</sup> En general véase Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica*, 3a. ed., Roma-Bari, Laterza, 2000.

cia teórica, hoy se reconocen centrales para el conocimiento mismo de la regla a seguir. Hasta parece que la regla exista en su identidad de significado sólo ante el caso concreto y que fuera de ahí caiga en lo indistinto e indeterminado. La misma distinción, de la cual quizás se haya abusado, entre casos fáciles y difíciles, se entiende correctamente desde la perspectiva del caso y no desde la de la regla. Es fácil un caso que encuentra con facilidad la regla que debe guiarlo y es difícil un caso que suscita incertezas interpretativas más o menos graves en relación con la regla a elegir. Es trágico un caso que invoca simultáneamente reglas que en concreto resultan contradictorias.<sup>2</sup> Pero todo eso depende más de la particularidad del caso, de sus circunstancias y de los contextos en los que se presenta que de la formulación abstracta de la regla. En realidad es la regla la que será de fácil o de difícil interpretación al ser llamada a dar solución a un caso concreto. Y es el caso concreto el que hace fácil o difícil la determinación de la regla positiva que hay que seguir.<sup>3</sup>

Se trata, sin duda, de una característica peculiar de la interpretación en cuanto que “jurídica”; característica que no puede y no debe ser descuidada por la teoría general, a menudo exclusivamente atenta a aplicar al derecho los métodos de la interpretación en general.

La consecuencia más inmediata de estas consideraciones es la constatación de la abolición de toda separación entre interpretación y aplicación del derecho. No sé si esta distinción debe ser rechazada en general —como piensa la hermenéutica—, lo que es seguro es que no tiene sentido en el derecho y en la interpretación jurídica. Sobre este punto Kelsen y Hart divergen claramente. Según Kelsen el examen conoscitivo de los significados de una norma es una operación bien distinta de la elección del significado efectuada por el juez o por el operador jurídico, de igual modo que la razón es bien distinta de la voluntad. Esta distinción no es aplicable a la teoría hartiana (o por lo menos a su lógico e inevitable desarrollo) del núcleo de significado claro y de la zona de penumbra. No es posible determinar *a priori* cuáles son los casos fáciles y cuáles los difíciles, porque la complejidad de la experiencia jurídica dice que son las

<sup>2</sup> Véase Atienza, M., “I limiti dell’interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici”, *Ars interpretandi*, trad. de S. Sanavio, 4, 1999, pp. 293-320.

<sup>3</sup> Un orientamiento de este tipo en Zagrebelsky, G., *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, pp. 180 y ss.

circunstancias las que los hacen fáciles o difíciles<sup>4</sup>. Si es así, entonces hay que reconocer que la manera concreta de entender la teoría hartiana de la interpretación implica la eliminación de toda barrera entre interpretación y aplicación<sup>5</sup> y que la peculiaridad de la interpretación jurídica es precisamente ésta, es decir su estar dirigida a la aplicación del derecho, su ser en función del buen éxito del derecho.<sup>6</sup> Interpretamos porque, interpelados por un caso, nos preguntamos qué regla seguir y cómo seguir correctamente una regla en circunstancias determinadas. Se puede hacer en abstracto, pero ése es un deporte que tiene utilidad sólo como entrenamiento para hacerlo en concreto. Y el derecho está precisamente ahí, es decir, en seguir concretamente una regla, más que en las reglas a seguir en abstracto.

La acostumbrada tripartición de las teorías de la interpretación en la tendencia formalista (naturalista), en la escéptica y en la concepción mixta aparece, a esta luz, inadecuada, al estar fundada sobre un interés epistemológico, es decir, sobre la problemática de la objetividad de la interpretación.<sup>7</sup> A su vez la problemática de la objetividad implica una concepción del derecho positivo por la que la regla dictada por la autoridad pretende ser completamente pre-formada antes del acto interpretativo, de manera que mientras unos sostienen que la interpretación es una actividad de descubrimiento de significados preexistentes, otros que de invención, otros, por fin, recurren sabiamente a una vía intermedia. Pero, cuando acaece que la actividad interpretativa está llamada a participar de alguna manera en la formación de la regla que de hecho se aplica, enton-

<sup>4</sup> Aquí por “circunstancias” entiendo no sólo las fácticas, sino también las normativas, es decir, el entrelazamiento en cambio continuo de las relaciones entre las normas dentro de un sistema jurídico.

<sup>5</sup> Véase, entre los últimos, Velluzzi, V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 48.

<sup>6</sup> Estos resultados de la teoría hartiana están inscritos en sus raíces wittgensteinianas y, en particular, en la problemática del “seguir una regla”. Véase, por ejemplo, Barberis, M., “Seguire norme giuridiche, ovvero: cos’avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell’interpretazione giuridica?”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 32, 1, 2002, pp. 245-273.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Coleman, J. L. e Leiter, B., *Determinacy, Objectivity, and Authority*, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 203-278; Greenawalt, K., *Law and Objectivity*, Oxford, Oxford University Press, 1992 y Schiavello, A., *Positivismo inclusivo, oggettività ed interpretazione del diritto*, en Triolo, L. (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 165-196.

ces este modo de configurar una teoría interpretativa resulta claramente insuficiente. Se puede, en verdad, sostener que ésta no es ya una actividad en sentido propio interpretativa sobre la base de una definición general de interpretación, y sin embargo hay que reconocer que, de hecho, la práctica de la interpretación jurídica en cuanto que “jurídica” es ésta: sin la interpretación la regla no existe (contra el formalismo) y sin la regla no podría haber tampoco interpretación en sentido propio (contra el escepticismo). Esto es, de hecho, lo que se ha de entender cuando se afirma que el derecho es una práctica social de tipo interpretativo.<sup>8</sup> Con esto se quiere decir que la interpretación jurídica en cuanto que “jurídica” no es solamente una mera búsqueda de significados (no importa si preexistentes o creados) y que la insuficiencia de las teorías consolidadas depende en la sustancia de la aproximación general al sentido y a la función de la interpretación en el derecho. Quisiera, por lo tanto, mostrar que precisamente la evolución actual de los métodos jurídicos revela la necesidad de poner al día el modo corriente de entender el papel de la interpretación en el derecho.

En los últimos decenios la novedad más relevante en el ámbito de los métodos interpretativos reside —a mi modo de ver— en la interpretación constitucional.<sup>9</sup> Su importancia va más allá del campo del derecho constitucional extendiéndose al derecho comunitario y en cierto sentido también al derecho internacional. Se prefigura, por tanto, un modelo general de la actividad jurídica interpretativa en el que el método sistemático-teleológico constituye la estructura sustentante a la que los otros métodos están subordinados en función servil, bien en el nivel preliminar, bien en

<sup>8</sup> Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986; y Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990.

<sup>9</sup> Véase, entre otros, varios autores, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1997; Rimoli, F., “Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 3712 y ss.; Baldassarre, A., “L’interpretazione della Costituzione”, y Azzariti, G., “Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione”, ambos en Palazzo, A. (a cura di), *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Nápoles, ESI, 2001, respectivamente pp. 215 y ss. y 231 y ss.; y Cervati, A. A., “In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)”, en varios autores, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 55 y ss.

el papel de instancia de segundo grado.<sup>10</sup> Eso parece dar razón a Fuller en el famoso debate con Hart: para comprender una regla debemos comprender su finalidad; lo que una regla “es” será determinado a la luz de lo que una regla “debe ser”.<sup>11</sup>

Aquí no importa discutir si la interpretación constitucional se distingue o no de la interpretación jurídica en general, como algunos afirman<sup>12</sup> y otros niegan.<sup>13</sup> Puestos a elegir, elegiría el segundo grupo (aunque no me aceptarían entre ellos) porque creo que en la interpretación constitucional sale a la luz lo que siempre ha estado presente en la praxis jurídica interpretativa, habitualmente reducida a los cánones tradicionales de la interpretación de la fórmula legislativa. Pero aquí esta diatriba no interesa, por cuanto el derecho constitucional y el comunitario tienen relevancia sólo por haber hecho creíble un modelo general (y generalmente aplicable) de interpretación en el que la *ratio legis* tiene un papel central y directivo.

Es fácil comprender la razón de esta evidenciación de la interpretación teleológica en la época del constitucionalismo. En efecto, la constitucionalización de los valores fundamentales en principios de derecho positivo es en sustancia una positivización de las finalidades fundamentales de las normas pertenecientes a un sistema jurídico dado. Esta indicación de las finalidades que las normas deben tener (o a las que, de todas formas, no deben perjudicar) constituye un criterio normativo para la actividad interpretativa. De esa manera el método teleológico implícita pero necesariamente adquiere un rango oficial y prioritario, revolucionando la jerar-

<sup>10</sup> Sobre el papel de la interpretación sistemático-teleológica en el derecho comunitario véase Kutscher, H., “Alcune tesi sui metodi d’interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d’un giudice”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1977, pp. 3-24; Mertens de Wilmars, J., “Réflexions sur les méthodes d’interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes”, *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5, 1986; y Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 233 y ss. En el derecho internacional véase Corten, O., *L’utilisation du “raisonnable” par le juge international*, Bruselas, Bruylant, 1997.

<sup>11</sup> Véase Fuller, L. L., “Positivism and Fidelity of Law—A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 665-669.

<sup>12</sup> Por ejemplo, Baldassarre, A., “L’interpretazione della costituzione”, *op. cit.*, nota 9, p. 215.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Guastini, R., *Lezioni di diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 123 y ss.

quía tradicional de los métodos.<sup>14</sup> Pero todo eso es posible desde el momento en que la justificación es parte esencial del concepto de regla.

Cada regla (jurídica) tiene un contenido consistente en la descripción del comportamiento y en la cualificación normativa y en otros niveles de justificación.<sup>15</sup> Entre éstos se encuentran las razones que subyacen a la regla y las razones de las razones, en un proceso hacia atrás que antes o después termina en un principio relativamente último. Por lo tanto, el enunciado normativo (o —como se suele decir— la disposición) tiene una multiplicidad explicativa que se extiende hasta las justificaciones últimas. Es como la punta de un *iceberg*, que muestra mucho menos de lo que efectivamente contiene. Si esto es así, entonces sería reductivo limitar la actividad interpretativa al aspecto meramente textual. La razón de ser de la interpretación descansa, de hecho, en la insuficiencia de la formulación lingüística. Se interpreta precisamente porque la letra del texto no basta para construir una norma. Si se admite el recurso a factores extra-textuales, como la intención del legislador, la coherencia lógica o los trabajos preparatorios, ¿por qué se deberían excluir de la competencia interpretativa las investigaciones sobre las “razones” de las normas? Por el contrario, se debe pensar que el mismo recurso a estos métodos ultraliberales se dirige a comprender las razones que justifican la norma y con ello a identificarla.

Cuando esas razones están positivizadas, no cabe ninguna duda de que son objeto de interpretación, ya en sí mismas, ya como factor interno de las reglas que justifican o deberían justificar. En consecuencia, la distinción entre actividad interpretativa y actividad integrativa de la norma se hace más compleja, pues hay una integración que tiene un carácter interpretativo a todos los efectos.<sup>16</sup> Cuando se trata de interpretar “razones”, se debe recurrir a la argumentación, porque se aclaran mediante otras razones de segundo nivel con la consiguiente subdeterminación o suprade-

<sup>14</sup> Es conocida la desconfianza de Savigny en la interpretación teleológica, verdadero caballo de Troya para las preferencias subjetivas del intérprete.

<sup>15</sup> Asumo aquí como paradigmática la descripción de “regla” de Schauer, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford U. P., 1991.

<sup>16</sup> Eso explica porqué Robert Alexy incluye entre los métodos sistemáticos algunos que son tradicionalmente considerados como integrativos. Véase Alexy, R., “Interpretazione giuridica”, *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1996, vol. V, pp. 64-71.

terminación del elemento textual. De ese modo, la actividad interpretativa comprende en sí también la argumentativa y las dos pueden ser únicamente distinguidas por el objetivo o el producto al que miran, pero no ya por las operaciones que implican.<sup>17</sup> No se puede, pues, negar que desde ese punto de vista la interpretación sea una actividad deliberativa.

El modelo teleológico de la interpretación jurídica debe su fortuna al progresivo crecer de la indeterminación<sup>18</sup> de la regla jurídica. Este factor, siempre presente por su conexión con el carácter general de la regla, está hoy potenciado por la constitucionalización del derecho. Pertenece a la naturaleza misma de la Constitución ser vaga e indeterminada. Las buenas Constituciones son breves y enigmáticas. Sólo si se parte de principios vagos es posible construir un amplio acuerdo en una sociedad pluralista. Solamente valores indeterminados pueden ser sustraídos a priori a las decisiones democráticas y al mismo tiempo comprometer a las generaciones futuras sin que éstas sean totalmente despojadas de su libertad de elección.<sup>19</sup>

Ciertamente una indeterminación relativa es rasgo estructural de todo sistema jurídico.<sup>20</sup> Como bien nota Schauer,<sup>21</sup> en los sistemas exhaustivos, es decir, aquellos en que hay obligación de dar en cada caso una respuesta jurídica, en ausencia de una regla de clausura que especifique el resultado en los casos no explícitamente catalogados, la indeterminación es una característica estructural, en cuanto se atribuye, por lo menos implícitamente, al intérprete la labor de determinar la regla respecto al caso en cuestión. La atribución de tal competencia se puede considerar explícita cuando el legislador usa expresiones que configuran cláusulas generales o estándares de comportamiento, como por ejemplo la conocida “diligencia del buen padre de familia”. En este sentido, la indetermina-

<sup>17</sup> Sobre este punto Véase Viola, F., y Zaccaria, G., *op. cit.*, nota 1, pp. 98-104.

<sup>18</sup> [En italiano (n. d. t.)] prefiero usar el término “indeterminatezza” en vez de “indeterminazione” para subrayar que se trata de una propiedad de la regla jurídica y no de un defecto, aunque los dos términos son casi equivalentes.

<sup>19</sup> Estoy completamente de acuerdo, por lo tanto, con Paolo Comanducci cuando sostiene que la presencia de los principios, en vez de disminuirla, aumenta la indeterminación del derecho. Véase Comanducci, P., *Assaggi di metaetica due*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 94 y 95.

<sup>20</sup> La indeterminación absoluta y radical según la cual en cada caso posible toda solución posible es jurídicamente correcta es tan irrealista como la determinación absoluta del sistema jurídico, aunque haya sido sostenida por los exponentes de *Critical Legal Studies*.

<sup>21</sup> Schauer, F., *op. cit.*, nota 15, pp. 224 y 225.

ción no sólo es necesaria, sino que no es ni siquiera un mal, es un bien necesario. Esto significa que el valor de la certeza del derecho debe constantemente ser conjugado con el de la justicia del caso concreto.<sup>22</sup> Un sistema jurídico totalmente determinado en sus normas sería una jaula de acero, falto de elasticidad e incapaz de gobernar la coordinación de las acciones sociales. Por suerte, aunque no raras veces intentado, resulta en la práctica imposible. Quiero decir con eso que el problema de la indeterminación del derecho es un problema práctico antes que epistemológico. Volveré enseguida sobre ese punto.

El problema de la determinación del derecho es muy complejo y tiene una historia muy larga. Según Tomás de Aquino una de las posibles relaciones entre ley natural y derecho positivo es la de *ad modum determinationis*, en el que la finalidad de la ley positiva está ya dada por el derecho natural y se deja al legislador humano la libertad de elegir los medios más adecuados.<sup>23</sup> Pero aquí es evidente que se trata de una determinación legislativa (o, en cualquier caso, de competencia de jueces que tienen un papel creativo), mientras la problemática de la indeterminación del derecho positivo tiene relación propiamente con la interpretación de una regla ya puesta. Es verdad que, según algunos, toda determinación es una decisión y por tanto un acto de voluntad que elige entre posibilidades todas igualmente legítimas. Está claro que las posibles soluciones deben ser más de una para que se pueda hablar de “determinación”. Si, pues, el derecho positivo es estructuralmente indeterminado, su aplicación es el fruto de una decisión en todo similar a la legislativa. Esta línea de pensamiento va desde Kelsen al escepticismo interpretativo. Entonces, ¿debemos reconocer que, donde hay determinación, no hay propiamente interpretación? Es precisamente eso lo que quiero refutar.

La indeterminación del derecho ha sido definida de maneras distintas y eso es indicativo de la multiplicidad de los aspectos en que ese fenómeno puede ser visto con resultados distintos en relación a nuestro tema.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Sobre la diferencia, pero también la continuidad, entre los procedimientos decisionales basados sobre las reglas generales y las particulares véase Schauer, F., “The Structure of Rules, and their Place in the Law”, *Notizie di Politeia*, 17, núm. 63, 2001, pp. 117-128.

<sup>23</sup> Véase *Summa theologiae*, I-II, q. 95, a. 2 y el agudo examen de Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 284-290.

<sup>24</sup> Véase Solum, L. B., “Indeterminacy”, en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 488-502 y la bibliografía allí citada.

Una primera distinción es la que hay entre indeterminación del sistema jurídico (o —como se suele decir— del derecho) y de la regla jurídica singular. A menudo se piensa que la indeterminación que genera problemas es fundamentalmente la del sistema jurídico, pues la indeterminación de la regla singular se suple con otras reglas del sistema y con la interpretación sistemática. Cuando eso no es posible, será el sistema mismo el que es indeterminado en aquel aspecto, es decir, cuando admite en su interior como verdaderas dos proposiciones normativas, una que contiene el permiso positivo de hacer p y otra la prohibición de hacer p,<sup>25</sup> o también cuando no es posible con todos los materiales legales disponibles resolver la cuestión de si una proposición o su contraria es conforme a derecho en sentido propio.<sup>26</sup> Sin embargo hay que reconocer que el problema de la indeterminación surge sobre todo en relación a la regla singular y en relación a un caso particular que parece entrar en su ámbito de acción. Podemos decir que no hay regla del sistema jurídico que no pueda resultar indeterminada en los casos particulares, a menos que contenga una cláusula que especifique el resultado en cada caso no explícitamente previsto. En consecuencia, normalmente un sistema normativo es indeterminado porque lo son al menos algunas de las reglas que a él pertenecen. Pero, por desgracia, se ha confundido la problemática de la indeterminación de la regla con aquella del sistema jurídico en su conjunto, con el resultado de alejarla de la teoría de la interpretación. De hecho, en el caso de que un sistema sea indeterminado no queda sino recurrir, cuando es posible, a la integración productiva de nuevo derecho.

Si ahora revisamos la problemática específica de la indeterminación de la regla, es con la convicción de que la valoración del modelo sistemático-teleológico de la interpretación a la que antes se ha aludido puede arrojar luz sobre ella.

<sup>25</sup> Me refiero, por ejemplo, a la definición de Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 128. También la de Comanducci hace referencia al sistema jurídico: "...el contenido del derecho es indeterminado respecto a una acción si no son conocibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y es totalmente indeterminado si no son conocibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción". Comanducci, P., *op. cit.*, nota 19, p. 92.

<sup>26</sup> Este es el modo en el que Tushnet entiende la *indeterminacy thesis*. Véase M. V. Tushnet, "Defending the Indeterminacy Thesis", en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 224.

La indeterminación de una regla jurídica puede tener que ver con cada uno de sus tres aspectos fundamentales, es decir, con la descripción del comportamiento, la cualificación normativa y la justificación. Ciertamente estos aspectos no están rígidamente separados ya que la indeterminación del supuesto de hecho repercute sobre la de la cualificación normativa. Sin embargo hacen aparecer problemas diferentes.

En general, las discusiones relativas a la indeterminación suelen tener como objeto principal las dudas que suscita la asignación de significados determinados a determinadas formulaciones normativas. La descripción del comportamiento puede ser ambigua en cuanto la ambigüedad es una propiedad de los términos y de las formulaciones lingüísticas. Los significados expresos pueden ser vagos en cuanto la vaguedad es propiedad de los conceptos, de las proposiciones o de las normas.<sup>27</sup> En cada caso se parte de las dudas interpretativas y se llega a un conflicto de interpretaciones, que no es posible resolver con el recurso a la jerarquía de métodos interpretativos. En consecuencia, no está determinado si el caso en cuestión entra o no en el ámbito de la formulación de la regla. Esta indeterminación es el resultado de un exceso de determinaciones posibles y termina coincidiendo con la incerteza interpretativa. En este punto, antes de abandonar la regla singular para navegar dentro del sistema, se plantea la cuestión de si hay todavía algún recurso interno a la regla, útil para resolver la duda por una vía interpretativa.

Como hemos dicho, la justificación es parte integrante de la regla y, en cuanto tal, ella misma es objeto de interpretación. Su relevancia varía según el tipo de sistema jurídico. Mientras en los sistemas de *common law* se tiende a aplastar la regla en su justificación, desde el momento en que la formulación de la regla ha de ser construida sobre la base del precedente, en los sistemas de *civil law* acaece lo contrario, es decir, la justificación permanece toda ella interna a la regla y a su formulación, de la que se sigue. El modelo sistemático-teleológico busca poner en evidencia el papel autónomo de la justificación, aunque manteniéndola como parte integrante de la regla. Y sin embargo la misma justificación puede ser indeterminada. La indeterminación de las justificaciones depende de

<sup>27</sup> Véase Moreso, J. J., *op. cit.*, nota 25, p. 130; también Luzzati, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, Giuffrè, 1990.

la variedad posible de justificaciones subyacentes y de su concurrencia.<sup>28</sup> Éste es el punto crucial que me interesa subrayar.

La indeterminación de la justificación pide un tratamiento bien diverso del de la indeterminación de la descripción de comportamientos o de la vaguedad de los conceptos normativos. Ahora no nos encontramos ante “significados” en el sentido de estados mentales (del legislador o del intérprete) derivados de las formulaciones lingüísticas, sino ante “razones” y éstas se interpretan recurriendo a otras razones. ¿Como hay que entender el concepto de interpretación cuando se trata de interpretar “razones normativas”? ¿Y en que cosa el interpretar razones se diferencia del puro y simple argumentar?

La diferencia no puede consistir en el carácter deliberativo del argumentar, es decir en que se razona para decidir, porque esto sucede —como se ha dicho— también al interpretar. En efecto, hay que “decidir” cuál es el contenido de la regla. Muy a menudo las disputas acerca de la interpretación son diálogos de sordos, porque presuponen concepciones bien distintas del interpretar. No hay, en efecto, terreno común de discusión entre quien comprende la interpretación como actividad teórica<sup>29</sup> consistente en aclarar un texto mediante la sustitución de una expresión con otra,<sup>30</sup> y quien la entiende como una actividad práctica que mira a aplicar o a seguir una regla aquí y ahora. Pero también entre los que sostienen la interpretación como actividad práctica hay una profunda divergencia acerca de cuáles sean los aspectos relevantes, si los deliberativos o los pragmáticos. La referencia a las razones no resuelve el problema, porque es preciso saber si la interpretación alcanza las razones utilizando la razón o —como quisiera Davidson, intérprete de Wittgenstein— mediante el ejercicio de la imaginación que persigue un conocimiento general del mundo y el conocimiento de los intereses y de las actitudes humanas. Desde este punto de vista resulta consecuente pedir al intérprete un

<sup>28</sup> Sobre la distinción entre indeterminación de las razones y la de las causas, véase el ensayo de Coleman y Leiter citado en la nota 7.

<sup>29</sup> El subjetivismo y el objetivismo presuponen ambos la tesis de que el seguir una regla es una operación mental, un proceso intelectual o teórico.

<sup>30</sup> Es lo que Wittgenstein llamaba *Deutung* en el bien conocido párrafo 201 de las *Philosophische Untersuchungen* y que —como ha notado Davidson— no ha sido correctamente traducido con *interpretation* en la versión en inglés. Véase Davidson, D., “The Social Aspect of Language”, en McGuinness, B. y Oliveri, G. (eds.), *The Philosophy of Michael Dummett*, Kluwer, Dordrecht, 1994, p. 3.

*high degree of insightful understanding*, es decir, la habilidad o la virtud de comprender las relaciones entre la regla general y los casos particulares por ella gobernados.<sup>31</sup> Razonamiento y comprensión intuitiva parecen ambos necesarios para la interpretación si no se quiere tener de ella una concepción en exceso restringida.

De todas formas, para que haya interpretación, es necesaria una realidad preexistente sobre la que se pueda ejercitar. Si todo es interpretación, nada es interpretación. Por el contrario, no es necesario que lo que se interpreta esté ya completamente formulado. La regla preexiste a la interpretación sólo a condición de que no se identifique la regla con la formulación (*rule as formulation*). Además, la interpretación en cuanto que “jurídica” exige otra condición: las razones normativas a interpretar deben ser “puestas” o mejor “usadas” por una autoridad legítima en textos oficiales.<sup>32</sup>

Una razón normativa es una consideración que cuenta a favor de algo. Qué consideraciones sean las que cuentan como razones normativas depende de lo que en un determinado contexto esté considerado como lo que cuenta a favor de algo. La argumentación desarrolla tales razones de manera que las hace independientes de las distintas concepciones de la vida, de las preferencias personales o de las ventajas de los individuos y los grupos.<sup>33</sup> Si nos dedicamos al discurso público en vez de a la negociación, renunciamos implícitamente a exponer las razones personales y nos autocensuramos bajo este aspecto.<sup>34</sup> La interpretación jurídica parte, al contrario, de la idea de que lo que cuenta como razón es lo que la autoridad legítima considera que debe contar como razón normativa. La interpretación jurídica depende de ese “hecho”, que hace que la razón para la acción sea preexistente a la actividad interpretativa. El “hecho”, del

<sup>31</sup> Véase Taylor, Ch., *Philosophical Arguments*, Cambridge, Harvard U. P., 1995, p. 177.

<sup>32</sup> Subraya el estricto nexo entre las teorías de la interpretación jurídica y las teorías de la autoridad Moore, M. S., *Natural Rights, Judicial Review, and Constitutional Interpretation*, en Goldsworthy, J. y Campbell, T. (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Dartmouth, Ashgate, 2002, pp. 208 y ss.

<sup>33</sup> Véase Cohen, J., *Democracy and Liberty*, en Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge U.P., 1998, p. 195.

<sup>34</sup> Véase Elster, J., “The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory”, en Bohman, J. y Rehg, W. (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, The MIT Press, 1999, p. 12.

que depende la interpretación en cuanto que jurídica, es el uso de las razones normativas por parte de los órganos oficiales y en textos oficiales.<sup>35</sup>

Sin embargo, las razones normativas no dependen de la intención, aunque pueden ser el significado de expresiones lingüísticas y la motivación de comportamientos. Además, hay que distinguir las “intenciones semánticas” (lo que quiere decirse) de las “intenciones pragmáticas” (lo que se busca con ese decir).<sup>36</sup> Las razones normativas siguen un curso determinado que se desarrolla independientemente, hasta el punto de que se constituyen en jueces de su misma formulación y del comportamiento que las invoca para su propia justificación. Usar determinadas razones normativas no quiere decir ser propietarios de sus justificaciones y de sus desarrollos argumentativos, es decir, de los contenidos de la regla. Somos libres de usar o no determinadas razones normativas, pero no somos libres de darles el contenido que queramos. Por eso si la interpretación jurídica parte del uso autoritativo, más adelante tiene un carácter deliberativo que construye la regla para el caso concreto.<sup>37</sup>

Puesto que estamos en el campo de la razón práctica, la reconstrucción de las razones que sostienen la regla no utiliza solamente procesos deductivos, sino también inferencias pertenecientes al campo de lo probable y de lo opinable, impregnadas de juicios de valor. En ese caso el carácter correcto de tal reconstrucción implica la participación del intérprete en los valores del ordenamiento y, por tanto, un punto de vista interno. La característica más interesante de estos intentos de disipar la indeterminación de las justificaciones para dar una determinación a la regla es el hecho de que el resultado pide la aceptación del intérprete en el sentido que debe parecerle “razonable” y sensato y, como tal, defendible.

No es casual que el principio de razonabilidad sea hoy la novedad más relevante entre las técnicas interpretativas del derecho, aunque exija un

<sup>35</sup> Estoy por tanto de acuerdo con la tesis de Raz cuando afirma que se interpreta el derecho en cuanto es producido por una autoridad, pero no lo estoy cuando ve en ello también su fin, pues la interpretación jurídica está caracterizada, por el contrario, por su carácter práctico y por la exigencia de dar sentido a las acciones sociales. Véase Raz, J., “Why Interpret?”, *Ratio Juris*, 9, 4, 1996, pp. 349-363; y Viola, F. y Zaccaria, G., *op. cit.*, nota 1, pp. 435 y ss.

<sup>36</sup> Véase Moore, M. S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 339-344.

<sup>37</sup> He desarrollado la tesis del carácter deliberativo de la interpretación jurídica en mi “Democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo”, *Ragion Pratica*, 20, 2003, pp. 33-71.

uso controlado y moderado. La razonabilidad guarda relación, bien con la adecuación de los medios predispuestos al fin, bien con la conexión de las razones del fin a razones más profundas y fundamentales.<sup>38</sup> En todo caso es un recurso para la determinación de reglas indeterminadas. Con esto no quiero decir que estos remedios para la indeterminación de la regla tengan siempre éxito. Al contrario, si son utilizados correctamente, es decir, custodiando los vínculos dictados por la formulación de la regla y manteniéndose en el ámbito de juego permitido por su ambigüedad y vaguedad, no es raro llegar a percibir un crecimiento de su indeterminación. Reconozco que, desde mi perspectiva, los límites entre interpretación e integración del derecho son muy sutiles. Y sin embargo, no cabe duda de que mientras el juez habitualmente puede remediar la indeterminación de la regla mediante una actividad interpretativa (aunque entendida de manera no reductiva), la indeterminación del sistema jurídico exige en cambio actividades de tipo integrativo y productivo; actividades que son ciertamente más adecuadas al rol del legislador, ordinario y constitucional.

Hay, pues, una indeterminación que sólo puede ser salvada a través de una actividad productora de derecho nuevo. Se trata, sobre todo, de aquella que tiene que ver con la elección de los medios más adecuados para alcanzar un fin. Y hay también una indeterminación que puede ser resuelta sobre bases interpretativas. Se tratará, en este caso, de elegir la mejor interpretación de la regla, es decir, la más correcta, la más conveniente, la más justa o la más razonable respetando los vínculos dados, y sobre el presupuesto de que la voluntad del legislador de un Estado constitucional, así como la de la comunidad política en su conjunto, consideren la misma razonabilidad como valor constitucional fundamental, junto con la idea de que el mismo juicio de razonabilidad sea susceptible de control de razonabilidad y no sea consecuencia de meras preferencias del intérprete.

Si quisiéramos sacar algunas conclusiones provisionales de esta breve y parcial exploración en el mundo de la interpretación jurídica, nos damos cuenta de que el botín no es cosa de poca importancia.

El progresivo acercamiento (la casi identificación) entre interpretación jurídica y aplicación del derecho obliga a una redefinición general de la

<sup>38</sup> Véase Ruggeri, A., “Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale”, *Diritto e Società*, núm. 4, 2000, pp. 567-611; y mi “Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y Derecho*, 46, 2002, 1, pp. 35-71.

actividad interpretativa tal y como ha sido entendida por la dogmática jurídica del siglo XIX y por la ciencia del derecho codificado, además de algunos exponentes actuales de la filosofía analítica del derecho. Pierde sentido la distinción habitual entre lo que una regla significa y lo que se debe hacer; o, al menos, ambas perspectivas se aproximan mucho.<sup>39</sup> Parecería obvio que una cosa sea preguntarse cómo se tiene que resolver un caso atendiendo a una regla y otra cosa diferente sea preguntarse si un agente, todo considerado, tiene que decidir una controversia de esa manera o debe seguir en su comportamiento esta interpretación de la regla, es decir, si esta solución es razonable y aceptable. Pero si es verdad que el juicio de razonabilidad es interno a la regla misma y forma parte de la actividad interpretativa, entonces contribuye a construir o a reconstruir el significado de una regla. Desde esta óptica no tendría sentido afirmar “éste es el significado de la regla, pero no debe ser seguido”, a menos que se piense que la justificación sea externa a la regla y ajena a la actividad interpretativa. Lo cierto es que la constitucionalización del derecho, al hacer depender la validez de las normas de juicios de conformidad constitucional que son a todos los efectos “juicios de valor”, ha convertido oficialmente la justificación en una parte esencial de la regla. Además, el hecho de que salga a la luz ante un caso concreto, hace que no haya un único significado de la regla, en cuanto que son las circunstancias de la aplicación del derecho las que ponen en evidencia (o, según otros producen) nuevos significados de la misma regla.

A estas alturas es superfluo subrayar que, a la luz de estas consideraciones, una definición de la interpretación como búsqueda de significados (no importa si preexistentes o atribuidos) resulta reductiva si quiere referirse a una actividad meramente conoscitiva en sentido descriptivo. Ciertamente eso depende de la concepción de significado que tengamos<sup>40</sup> pero no debemos olvidar que nos encontramos en el campo de la razón práctica, es decir, del conocer para actuar, del interpretar para resolver casos concretos a la luz de las circunstancias del sistema normativo y del decidir cómo se debe actuar jurídicamente en tales circunstancias.

<sup>39</sup> La confusión entre estos dos planos es por ejemplo reprochada por Schauer a Dworkin. Véase Schauer, F., *Playing by the Rules*, cit., nota 15, pp. 211 y 212.

<sup>40</sup> Lo subraya oportunamente Villa, V., “Condizioni per una teoria della interpretazione giuridica”, en Velluzzi, V. (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Turin, Giappichelli, 2000, pp. 167-187.

La experiencia jurídica contemporánea no nos enseña sólo eso acerca del tema de la interpretación. En otro lugar he tenido ocasión de mostrar que también el derecho internacional de nuestro tiempo se presenta como un laboratorio interesante para la teoría de la interpretación jurídica.<sup>41</sup> En particular, intenta erigir un sistema jurídico sobre la base de la autorreglamentación, que se produce precisamente, no ya cuando las reglas son producidas por aquellos a las que se aplican, sino cuando son interpretadas y aplicadas por aquéllos a los que se dirigen. Me refiero naturalmente a la práctica de la interpretación concertada de los tratados internacionales (simultánea o subsiguiente a la conclusión del tratado) que es un verdadero acuerdo interpretativo. Se trata de un caso de *interpretación auténtica*, que por otra parte y en sentido diferente se encuentra también en el derecho constitucional.<sup>42</sup> También aquí la interpretación se coloca en la encrucijada entre razón y voluntad. También aquí el intérprete participa de la formación de la regla. Cuando falta un contexto estable de vida común —como es el caso del ámbito internacional— hay que acordar los instrumentos lingüísticos que sirven para ponerse de acuerdo. Esto no significa que la interpretación pierda completamente la función conosci-tiva en cuanto que se dirige a un acuerdo que ya se ha dado, sino más bien que es imposible distinguir el papel del conocimiento y el de la voluntad.

En conclusión, de cuanto se ha dicho podemos extraer esta enseñanza: si cambia el marco general del derecho, debe cambiar también la manera de interpretarlo y, si cambia el modo de interpretar el derecho, quiere decir que la civilización jurídica está cambiando. Reprochar a los jueces o a los legisladores el dejarse llevar hacia prácticas equívocas, manipulativas y, a fin de cuentas, peligrosas para el Estado de derecho, puede ser oportuno pero puede también impedir ver en profundidad el sentido y el papel de la interpretación del derecho. Como ha notado bien Ascarelli, el jurista debe ser, no solamente el guardián de una tradición, sino también el garante de una innovación.

<sup>41</sup> Remito a Viola, F., “Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell’interpretazione giuridica”, *Ragion Patica*, 9, núm.17, 2001, pp. 53-71.

<sup>42</sup> Sobre la cuestión de la interpretación auténtica de la constitución Véase A. Ruggeri, “Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale”, *Ars Interpretandi*, 7, 2002, pp. 261-324.