

CAPÍTULO TERCERO

CONCEPTO DE DERECHO Y TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

I. PLANTEAMIENTO Y BALANCE

El objetivo de este trabajo fue establecer la relación entre el concepto del derecho y la descripción de la interpretación jurídica en el positivismo incluyente de Waluchow, en el positivismo excluyente de Joseph Raz, y en el “derecho como integridad” de Ronald Dworkin. La mirada se centró principalmente en el modo en que cada uno de estos autores reacomoda mutuamente su concepto de derecho y su teoría de la interpretación, a partir de la constatación de que toda práctica jurídica contiene espacios de creatividad interpretativa. Los resultados de esta investigación pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Todos los autores concuerdan en que la creatividad en la interpretación es estructural al derecho por distintas razones, entre las cuales destaca la de orden lingüístico: si hay lagunas en el lenguaje inevitablemente habrá lagunas en el derecho porque el derecho es, entre otras muchas cosas, una práctica mediatizada por el lenguaje. Lo que en todo caso varía de propuesta en propuesta es el grado de indeterminación jurídica y, por tanto, de discrecionalidad interpretativa, que se sigue de la indeterminación lingüística.

b) Waluchow señala que la identidad entre indeterminación lingüística e indeterminación jurídica es tan contingente como la relación entre derecho y moral. Así como la inserción de la moral en el derecho depende de las reglas de reconocimiento que haya

acogido cada práctica, el grado de indeterminación jurídica que se sigue de la indeterminación lingüística depende de las reglas interpretativas que cada práctica haya acogido como cuestión de hecho. Si las prácticas acogen reglas interpretativas literales, la identidad entre indeterminación lingüística e indeterminación jurídica es inevitable. Si, en cambio, acogen reglas interpretativas liberales, que permiten al intérprete determinar el sentido de las palabras teleológicamente, el ámbito de la discrecionalidad se acota pues el intérprete puede llenar los vacíos semánticos con el criterio de los fines jurídicos que se propone la norma. Normalmente el contexto social en el cual se crean las normas jurídicas ofrece criterios axiológicos suficientes para determinar de modo objetivo estos fines. Sin embargo, en muchas ocasiones este contexto no ofrece respuestas únicas y unívocas, por lo cual el intérprete se ve obligado a determinar el sentido de los fines normativos a partir de sus convicciones morales. Por ello, en última instancia, el grado de indeterminación jurídica y por tanto de creatividad o discrecionalidad interpretativa dependerá de las reglas interpretativas que cada práctica jurídica acoja como cuestión de hecho, a través de sus reglas de reconocimiento.

c) La posición de Raz es ambigua. Su concepto de “derecho como autoridad” se asienta sobre la diferenciación entre sistemas reglados y sistemas discrecionales. En los sistemas reglados, el derecho es el único y excluyente criterio para determinar situaciones normativas, mientras que en un sistema discrecional éstas se definen según el criterio del intérprete. En un sistema reglado, por tanto, la interpretación de la norma es, en principio, literal y no creativa. Raz acepta sin embargo que aún en los sistemas reglados existen situaciones donde el intérprete “crea” derecho, a las que él denomina “casos de no exclusión”. En estos casos se produciría algo así como una excepción (de ahí la denominación en términos negativos) a la regla general: en estos casos, por oposición a lo que ocurriría en la generalidad de los casos, el intérprete está autorizado por el derecho para determinar las situaciones con el auxilio de las razones “dependientes” (las ra-

zones de orden moral que justifican al derecho pero que, según Raz, el derecho “excluye” conceptualmente), que en el resto de los casos el intérprete debería desconocer. Raz no logra articular una teoría de la interpretación que explique cómo y de qué manera el derecho controla al intérprete en los “casos de no exclusión” de los sistemas reglados. En otras palabras, no logra explicar cómo los sistemas reglados se diferencian de los sistemas discrecionales, teniendo en cuenta que los “casos de no exclusión” no son la excepción, sino la regla, en los sistemas constitucionalizados.

d) Más allá de las disputas conceptuales sobre si la interpretación moral del derecho es o no derecho, Raz y Waluchow coinciden a los efectos de la teoría de la interpretación en lo siguiente: *i)* la interpretación teleológica es contingente; *ii)* la vinculación entre interpretación teleológica e interpretación moral del derecho es contingente, y *iii)* el grado en que una práctica jurídica recoge reglas interpretativas teleológicas y en que, a través de éstas, autoriza la determinación moral del sentido de las normas, es un asunto de hecho social empíricamente reconocible.

e) Dworkin entiende, finalmente, que toda práctica jurídica (como toda práctica social) incluye necesariamente, y no aleatoriamente como propone Waluchow, o excepcionalmente, como propone Raz, parámetros teleológicos de interpretación. Entiende asimismo que, aunque la interpretación teleológica (el juicio justificativo) es una puerta abierta a la creatividad interpretativa, en las prácticas constitucionalizadas la creatividad no supone necesariamente discrecionalidad. Dos son los límites que estas prácticas imponen sobre la creatividad: la aspiración a la justicia y la coherencia como condición de encaje. Ahora bien, como las prácticas pueden ser leídas de formas diversas pero igualmente “coherentes” el grado de discrecionalidad del intérprete depende, más que de la práctica misma, de la teoría moral desde la cual el intérprete determina el sentido total de la práctica.

f) La propuesta interpretativa de Dworkin admite una interpretación que la sitúa demasiado cerca del positivismo incluyente

que se supone que viene a refutar. Según esta interpretación, los juicios pre-interpretativo y de “encaje” serían el resultado de un análisis puramente neutral y a-valorativo del material jurídico. Aquí se propuso una re-lectura de la propuesta de Dworkin, según la cual los cuatros juicios se condicionan mutuamente y la valoración está presente en todos ellos.

Esta relectura de la teoría de la interpretación de Dworkin, y la crítica anterior a las descripciones positivistas de la interpretación resultan en algunas certezas y muchas dudas. La certeza está dada por la doble convicción de que toda interpretación jurídica supone un análisis teleológico de la norma y de la práctica en general, y de que este análisis teleológico incluye un elemento valorativo no exclusivamente sistemático. La duda se cierne sobre los límites de la valoración: ¿es esta valoración una suerte de creación normativa *ex nihilo*? Si el juicio de encaje o la determinación de los criterios de validez ínsitos en cada práctica son valorativos, ¿hay tantas descripciones de una práctica cuantos intérpretes haya?

II. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA Y LA CREATIVIDAD ORIENTADA: UNA NECESIDAD CONCEPTUAL

La constatación de que la indagación teleológica forma parte esencial de toda interpretación, es una consecuencia necesaria tanto del carácter práctico como lingüístico del derecho. Desde el punto de vista de su practicidad, el derecho no es un pedazo de piedra, ni un fenómeno meteorológico o físico, sino una práctica social. Si de lo que se tratara es de investigar y determinar los patrones que se repiten regularmente en una dimensión de la naturaleza física, podría resultar legítimo recortar el objeto de investigación a una parte de la cosa o fenómeno estudiado, haciendo abstracción de sus fines o tendencias intrínsecas. Podría resultar legítimo en el caso de que no se tratara tanto de conocer la cosa, como de dominarla.

Sin embargo, el derecho es una práctica humana cuya participación supone comprender los fines inmediatos de las reglas que

la componen y los fines mediatos o globales de la práctica. Esto y no otra cosa intentó poner de relieve el propio Hart al distinguir entre punto de vista interno y externo.⁷⁹ Y Aquino, Raz y Finnis, cuando explican que el núcleo de inteligibilidad del actuar humano es la intención deliberada del fin (las razones para actuar).⁸⁰

Desde este punto de vista, podría decirse que, a menos que el derecho se contemple como un juego de sonidos y grafismos sin sentido, es conceptualmente errado afirmar que una práctica jurídica puede eventualmente acoger reglas interpretativas que excluyan la interpretación teleológica (Waluchow) o que sólo la admitan para casos excepcionales (Raz).

Ahora bien, además de ser un quehacer práctico, el derecho está mediatizado por el lenguaje. Esto implica que los fines de la práctica no se pueden conocer sino es a través de la interpretación de las palabras en que la práctica se expresa. No hay participación en el derecho si no hay comprensión de sus fines, del mismo modo que no hay participación real en el ajedrez si uno no conoce el objetivo del juego. Y como todo el “juego” o práctica del derecho consiste en “mandar mediante palabras”, la pregunta por los fines del derecho comienza por la pregunta por el qué y el para qué de lo mandado.

Como se explicó más arriba en relación con la identificación de la existencia de las normas de reconocimiento, toda interpretación lingüística se asienta sobre una indagación por parte del intérprete acerca de la intención lingüística (¿qué quiso decir?) y pragmática (¿qué quiso hacer?) del orador. Y la interpretación jurídica no escapa a esta regla general: también el intérprete jurídico tiene que preguntarse por las intenciones lingüística y pragmática si quiere comprender los fines del mandato y los fines de la práctica.

⁷⁹ Hart, H. L., *op. cit.*, nota 1, pp. 87-91.

⁸⁰ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. I. art. 3; Raz, J., *op. cit.*, nota 39, pp. 18 y ss., Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 11-18 y *Aquinas*, Oxford University Press, 1998, p. 29.

En síntesis, la participación en la práctica social que denominamos “derecho” se realiza siempre, y no eventualmente, a través de una interpretación teleológica de las normas que la componen, que se plasma en la indagación en los fines lingüísticos y pragmáticos de las normas interpretadas.

Dicho esto, se ha señalado con insistencia que los fines del derecho no son uniformes ni, aunque lo fueran, son evidentes. No son uniformes porque las normas jurídicas forman parte de una práctica compleja, en cuya construcción intervienen diversos autores con intenciones muchas veces irreductibles entre sí. No son evidentes, porque aunque esta reducción fuera posible, todavía habría que explicar cómo se puede conocer esta motivación, especialmente teniendo en cuenta que no hay intermediación entre el locutor o autor de la norma y el intérprete.

Esta falta de uniformidad y evidencia explica lo inevitable de la creación en la interpretación jurídica. Si en toda interpretación se pone en juego un juicio acerca de los fines inmediatos y últimos del derecho (juicio justificativo) y un juicio acerca del modo de realizar esos fines en la norma y en el caso (juicio de ajuste), y si estos fines no son ni evidentes ni uniformes, entonces en toda interpretación jurídica el intérprete crea o pone algo que no está enteramente en la norma.

Este hecho cierto de que las preguntas por los fines de cada norma y por el fin de una práctica en su totalidad rara vez o nunca puedan obtener una respuesta exacta, detallada y uniforme, no autoriza sin embargo a negar lógicamente que la respuesta sea posible.

Empezando por la intención lingüística, en toda comunicación oral o escrita se parte de la base de que el orador utiliza las palabras que quiere utilizar y de que, al utilizarlas, elige someterse a sus reglas de uso. Esto es lo que pone de relieve Raz al indicar que en toda interpretación legal habrá de tenerse en cuenta lo que él denomina la “intención mínima” del legislador y que consiste, precisamente, en querer decir lo que se dice, en el contexto en el que se habla. El resultado de la aplicación de estas reglas de uso

a los casos no es siempre uniforme, por supuesto. Pero tampoco es infinito. Ofrece un campo reducido de respuestas, dentro de las cuales el intérprete tendrá que indagar acerca del fin o intención pragmática de la norma. De forma tal que una primera limitación para la identificación de este fin pragmático está dado por las reglas lingüísticas: no puede atribuirse a una norma una motivación o finalidad que no se adecue a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje en que se expresa.

A diferencia de lo que ocurre con el fin lingüístico, el fin pragmático de las normas no está plenamente determinado por reglas objetivamente reconocibles. Sin embargo, puede reconocerse una limitación de orden sustancial en el campo de los fines pragmáticos compatibles con el fin lingüístico. El propio Raz podría coincidir, en este sentido, en que la finalidad de justicia es un fin global o justificativo del derecho cuya negación o desconocimiento por parte del intérprete tornarían objetivamente inválida cualquier interpretación, y no sólo las interpretaciones de las prácticas constitucionales, como sugiere Dworkin.

Hart advirtió en su famosa crítica a Austin, que la pretensión de reducir el derecho a un conjunto de mandatos coactivos peca de insuficiencia y, en esa misma medida, de falsedad. El derecho, decía Hart, no es pura y exclusivamente coacción: es coacción que se supone legítimamente ejercida. ¿Y qué es ejercer legítimamente la coacción? Es ejercerla, no según los designios de una voluntad caprichosa, sino de acuerdo a reglas. ¿Qué reglas? Reglas creadas consuetudinariamente por la misma comunidad a la que se dirige el derecho.⁸¹ Hart no arriesgó más. Cesó su descripción con esta referencia última a la costumbre. Dworkin arriesga un poco más: en nuestra práctica constitucional occidental la legitimidad viene dada por la confluencia entre derecho y moral. En una línea sustancialmente parecida, Raz expresa que:

Surge del carácter del derecho como una estructura de autoridad, el que sea un sistema estructurado y coordinado de autoridades. Y

⁸¹ Hart, H. L., *op. cit.*, nota 1, pp. 51-61.

las autoridades son legítimas únicamente si facilitan la conformidad con la razón. La tarea del derecho, definida abstractamente, es asegurar una situación donde se realicen los objetivos morales que, dada la situación social actual en el país de cuyo derecho se trata, difícilmente se realizarían sin ella.⁸²

Lo que en todo caso conviene retener aquí es aquello sobre lo cual insiste el mismo Raz: la distinción entre la pura violencia y el derecho como un orden de coordinación coactivo que al menos tiene una *pretensión* de razonabilidad y, en esa medida, de moralidad, es un punto de encuentro entre la tradición positivista del derecho y la tradición de la ley natural.⁸³ Pues bien, si el juicio justificativo o teleológico forma parte necesaria de toda interpretación, y si la finalidad intrínseca del derecho es el reemplazo de la violencia por la razón (práctica/moral) como método de coordinación social, se concluye que toda interpretación jurídica implícita o explícitamente incorpora en la determinación del sentido de los mandatos un juicio acerca de lo justo (lo razonable por oposición a lo violento). El juicio acerca de lo justo es estructural a toda interpretación jurídica y no, en cambio, un elemento contingente de algunas prácticas jurídicas.

Recapitulando, pueden señalarse dos limitaciones, o mejor, orientaciones, para la determinación interpretativa de los fines particulares y globales del derecho por parte del intérprete. En primer lugar, el intérprete debe atenerse a las reglas de uso del lenguaje de las normas para determinar el fin lingüístico del legislador, o lo que Raz denomina “intención mínima”. En segundo lugar, y dentro de este campo acotado por la lingüística, habrá de determinar el fin pragmático dentro de otro sub-campo: el de los modos posibles de realizar la justicia en el caso. Es cierto que “lo justo” es un concepto excesivamente abstracto, y dado que la reproducción exacta del sentido de lo justo implícito en la norma exigiría una

⁸² Raz, J., “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, 43, 2003, p. 13 (la traducción es nuestra).

⁸³ *Ibidem*, p. 3.

indagación psicológica infructuosa, podría volver a insistirse sobre lo mismo: el intérprete que pretende reproducir este sentido en rigor está creando, y excluye o desplaza a la autoridad.

También el concepto de derecho ofrecido por Raz limita una vez más las posibilidades interpretativas. Más allá de las múltiples concepciones acerca de lo razonable que se han ofrecido desde distintas tradiciones políticas, hay un punto de encuentro que torna factible esta discusión. A saber, que lo razonable se opone a arbitrariedad. Si esto es así, y si el derecho es una práctica que se propone coordinar conductas razonablemente, es estructural al derecho la exclusión de perspectivas morales de interpretación que abran espacios para la arbitrariedad.

Dicho en términos positivos: es estructural al derecho la tendencia a la objetividad moral en la interpretación. Desde esta perspectiva, podría decirse que la creatividad tiene también un límite que superior, por oposición al límite lingüístico que conforma algo así como un piso o punto de partida para la creatividad interpretativa. A saber, el límite en la elección de las perspectivas morales desde las cuales el intérprete puede determinar el sentido de los conceptos morales que utiliza el derecho.

Entre el piso lingüístico de la interpretación y el techo de un sentido objetivo de justicia queda todavía un amplio margen de posibilidades interpretativas que muchas veces enfrenta a los intérpretes a una “elección”. Esta elección acotada no es sinónimo ni de arbitrariedad, ni de la confusión total entre derecho y moral. Es un camino intermedio entre la creación excluyente del derecho por parte del intérprete a la que teme Raz, y la reproducción textual (imposible) de las motivaciones del derecho. Es “co-creación” o creación “a partir” del piso dado por las reglas lingüísticas, y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del derecho.⁸⁴

⁸⁴ En sentido parecido, también destaca Francesco Viola que la interpretación jurídica no es ni pura reproducción del significado abstracto de la norma (formalismo), ni pura creación (en cuyo caso no habría interpretación), sino un punto intermedio entre ambos extremos: “...senza l’interpretazione la regola

Esta dosis de co-creatividad que inevitablemente y por tanto conceptualmente conlleva la determinación de los fines normativos particulares (del mandato) y globales (del derecho), no es un mal necesario sino el modo de realizarse el derecho en su pretensión de razonabilidad. Si el derecho se propone ser algo más que pura coacción. Si como sugiere Raz, el derecho se propone crear razones para actuar, y no meramente motivos para temer, entonces el derecho ha de poseer la suficiente flexibilidad referencial para adecuar la razón a la contingencia. El derecho ha de poder ser determinado de modo tal que provea razones para actuar de principio a fin: desde la abstracta letra de la ley, hasta su aplicación judicial a los individuos concretos en los casos concretos, donde se juega existencialmente la capacidad del derecho de ser una alternativa a la violencia. La creatividad interpretativa orientada se justifica, en otras palabras, como una herramienta de flexibilización del margen de referencia del derecho.

Esta concepción de la interpretación como co-creación es perfectamente conciliable, en fin, con una interpretación posible de la tradición hartiana continuada tanto por Raz como por Waluchow. El propio Waluchow lo ha señalado con mucha lucidez en su concepción de la Constitución como “árbol vivo”, según la cual los principios constitucionales no son puntos de acuerdo moral o de justicia inamovibles sino, más bien, puntos de partida para la construcción progresiva de un acuerdo moral dinámico. Esta concepción constitucional, explica Waluchow, permite conciliar las necesidades aparentemente contrapuestas de seguridad

non esiste (contro il formalismo), e senza la regola non vi protebere essere neppure interpretazione in senso proprio (contro lo scetticismo)”, en “Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica”, *Diritto Privato*, VII-VIII, 2001-2002, p. 57. *Cfr.*, señalando el peso de la tradición iusnaturalista en el recorrido de este camino interpretativo, Finnis, J., *op. cit.*, nota 80, p. 14 y, enfatizando el carácter cognitivo tanto de la dimensión explicativa como de la dimensión comprensiva —o, como la llamamos aquí, “creativa”— de la interpretación, Massini, C., “La interpretación jurídica como interpretación práctica”, *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005, pp. 413-443.

y de adaptación al cambio, a las que según Hart tiende toda legislación.⁸⁵

Una vez más: la brecha entre el contexto lingüístico de la interpretación y el contexto funcional o moral o de justicia, no es el agujero “negro” del derecho. Es, en cambio, el espacio de adaptación razonable del derecho, a la realidad social que se propone regular.

III. APUNTES PARA UNA REDESCRIPCIÓN DEL RAZONAMIENTO INTERPRETATIVO

La creatividad interpretativa es una dimensión tan inevitable como justificada de la interpretación jurídica. Pero las mismas razones que la justifican explican también que deba ser orientada desde razones jurídicas y hacia razones morales. Explican, en otras palabras, que la creatividad se sitúe en un campo acotado entre un margen inferior dado por las reglas de la lingüística y un margen superior, establecido por principios morales objetivamente reconocibles como tales.

La funcionalidad del margen inferior o de la orientación lingüística de la interpretación es bastante obvia: el derecho no puede regular en forma general si carece de la potencialidad para ser leído en forma sustancialmente igual por el público general al que se propone obligar. Si cada intérprete sólo reproduce sus propios pre-conceptos cada vez que determina el sentido de las normas, entonces el derecho sería una farsa inútil.

Está en la vocación reguladora del derecho el que pueda ser leído en forma coherente por intérpretes que parten de pre-conceptos diversos. El derecho descansa, en este sentido, sobre la base del presupuesto lingüístico de que normalmente, como regla general, las palabras tienen un margen de referencia indiscutido, y que los casos oscuros —o, utilizando la expresión de Hart, el

⁸⁵ Waluchow, W., “Constitutions as Living Trees: An Idiot’s Defense”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 18, 2005, pp. 244 y 245.

margen de penumbra de los conceptos— están siempre del otro lado de la luz. Esto es, que aún en los casos de penumbra, hay un criterio semántico y sintáctico que orienta al intérprete.

La funcionalidad de la orientación moral es menos obvia pero igualmente justificada: sin objetividad moral no hay objetividad para el derecho y sin objetividad para el derecho no sólo no hay razonabilidad en la coordinación sino tampoco, ni antes, coordinación.⁸⁶ Según esto, cualquier teoría de la interpretación jurídica debería poder explicar cómo funcionan las reglas lingüísticas en

⁸⁶ La advertencia de la necesidad de justificación de la dimensión determinativa o creativa de la interpretación jurídica explica el renacimiento en Europa de teorías argumentativas, en obras que en poco tiempo devinieron clásicas, como: Viehweg, T., *Topik und Jurisprudenz*, Munich, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963; *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Taurus, 1964; Perelman, Châim, *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, París, Dalloz, 1976; *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1979; Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Atienza, M. y Espejo, I., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; y otras más recientes como Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987. *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Una muy buena introducción crítica a cada una de estas teorías puede hallarse en Serna, P. (ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005, *passim*. En el ámbito anglosajón el aporte más relevante en materia de justificación de la argumentación moral en el plano judicial y político en general, proviene del liberalismo, y particularmente de John Rawls y Ronald Dworkin. Hemos discutido la capacidad de estas propuestas para dotar de objetividad a la argumentación moral en el plano jurídico en “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin”, *Persona y Derecho*, núm. 56, 2007; “El liberalismo político y la interpretación constitucional”, en Cianciardo, J. (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, pp. 83-117; “Sobre la noción política de persona en John Rawls”, *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005; “Antipaternalismo y antiperfeccionismo en el pensamiento de John Rawls y Ronald Dworkin”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, núm. 113, mayo-agosto de 2005, pp. 869-887.

la interpretación jurídica y, en el otro extremo, qué grado de objetividad es necesario para que el derecho pueda cumplir con su doble función de regular razonablemente las conductas.⁸⁷

Asumiendo el cumplimiento de esta exigencia para otra ocasión, conviene redescubrir a la luz de esta conclusión el esquema del razonamiento interpretativo que propone Dworkin.

Se propuso más arriba una interpretación de la teoría interpretativa de Dworkin según la cual los cuatro juicios en que disgrega el razonamiento interpretativo no serían pasos o etapas que

⁸⁷ Michael Moore es sin duda uno de los autores que más se ha concentrado en la dimensión semántica de la interpretación constitucional en el ámbito norteamericano, a través de los siguientes trabajos: Moore, Michael S., "Interpreting Interpretation", *Tel Aviv U. L. Rev.*, 18, 1994, 359 (en hebreo), en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy I*, 1995 (en inglés); "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", *Stan. L. Rev.*, 41, 1989, 871; "The Constitution as Hard Law", *Const. Comment.*, vol. 6, 1989, p. 51; "Do We Have an Unwritten Constitution?", *S. Cal. L. Rev.*, vol. 63, 1989, p. 107; "A Natural Law Theory of Interpretation", *S. Cal. L. Rev.*, vol. 58, 1985, p. 277; "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", *Cornell L. Rev.*, vol. 73, 1988, p. 364; "Plain Meaning and Linguistics-A Case Study", *Wash. U. L. Q.*, 73, 1995, 1253; "The Semantics of Judging", *S. Cal. L. Rev.*, vol. 54, 1981, p. 151; "The Written Constitution and Interpretivism", *Harv. J.L. & Pub. Pol.*, 12, 1989, 3. La ambigüedad de la propuesta de Moore en relación con el carácter realista (o no) de su epistemología disparó la respuesta de al menos los siguientes autores en los siguientes trabajos: Sotirios A. Barber, "Epistemological Skepticism, Hobbesian Natural Right and Judicial Self-Restraint", *48 Rev. of Pol.*, 374; Jules L. Coleman & Brian Leiter, "Determinacy, Objectivity, and Authority", en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, 1995; Graham Walker, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, 1990; Stanley C. Brubaker, "Conserving the Constitution", *Am. B. Found. Res. J.*, 1987, 261; Brian Leiter, "Objectivity and the Problems of Jurisprudence", *Tex. L. Rev.*, vol. 72, 1993, p. 187; Nicos Stavropoulos, *Objectivity in Law*, 1996; David O. Brink, "Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)", *2 Can. J.L. & Jurisprudence*, 181, 1989; Brian Bix, "Micheal Moore's Realist Approach to Law", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, 1992; Andrei Marmor, "No Easy Cases?", en Dennis M. Patterson (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, 1992; y otras, citadas por Moore en "Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation", *Fordham Law Review*, vol. 69, núm. 5, 2001, p. 2088.

se suceden unos a otros, sino elementos de una suerte de juicio global y en cierto sentido único, donde la creatividad es omnipresente. La creatividad no sólo aparece en los juicios justificativo o teleológico y de ajuste, como sugiere explícitamente Dworkin, sino también en el juicio pre-interpretativo con cual se define abstractamente qué es derecho como objeto de interpretación y en el juicio de encaje, con el cual se excluyen algunas justificaciones como no compatibles con el criterio de validez inherente a la práctica interpretada.

El peligro de esta relectura es bastante evidente: si hay creatividad también en la generación de los juicios preinterpretativo y de encaje, que se supone que limitan la creatividad, entonces la creatividad es, además de omnipresente, ilimitada.⁸⁸ Esta conclusión es, no obstante, apresurada. Reproduciendo el esquema metodológico que propone de Cotta para la conceptualización filosófica del derecho, podría decirse que hay un ajuste mutuo, en cierto sentido circular, entre los distintos juicios que componen la interpretación jurídica.

En la pregunta ¿qué es derecho?, dice Cotta, pueden distinguirse cuatro niveles de análisis. En primer lugar, en el análisis de la forma externa del derecho se identifica el modo de darse el derecho en los hechos. Desde este punto de vista, podría decirse que el derecho emana de una fuente social reconocible en el tiempo y en el espacio. El derecho no es producto de la imaginación, sino el producto de una actividad social real que se sitúa en el mundo de los hechos sociales. En segundo lugar, la mirada se puede dirigir a las cualidades morfológicas internas, respon-

⁸⁸ Asumiendo esta interpretación de la teoría interpretativa de Dworkin, Stanley Fish señaló la vanidad de la pretensión de Dworkin de dotar de objetividad a la interpretación jurídica y generó una polémica que se plasmó, principalmente, en los siguientes trabajos: Fish, S., "Working on the Chain Gang", *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, p. 551; la respuesta de Dworkin en "My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk About Objectivity Any More", en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, 1983, p. 287; y la respuesta de Fish en "Wrong Again", *Texas Law Review*, vol. 62, 1983, p. 299. Una buena síntesis de este debate puede hallarse en Sadowski, M., "Language is not Life", *Connecticut Law Review*, vol. 33, 2001, pp. 1099 y ss.

diendo a la pregunta ¿cómo es el derecho? La respuesta provee dos características: imperatividad y coactividad. El derecho es, desde este punto de vista inicial, el conjunto de mandatos (imperatividad) que regulan el uso de la coacción (coactividad) y que emanan de tales y cuales instituciones públicas.

Esta primera lectura describe el derecho, pero no logra ni explicarlo ni mucho menos justificarlo, por la razón que también inquietó a Hart: si el objeto de estudio es una actividad humana, su explicación acabada ha de dar cuenta de los fines que se propone. Por ello, desde el estudio morfológico del derecho se hace preciso avanzar hacia un estudio fenomenológico y, en última instancia ontológico, que permita responder acabadamente al ¿para qué? del derecho. Una respuesta fenomenológica a esta pregunta daría cuenta de los fines que de modo uniforme se proponen las instituciones jurídicas en las distintas tradiciones jurídicas. La respuesta ontológica, por su parte, explicaría estas mismas motivaciones existenciales desde el punto de vista de los fines intrínsecos de la naturaleza humana.

Estos cuatro pasos o etapas no son compartimientos estancos que se suceden unos a otros, sino distintas dimensiones de un análisis único y circular. El estudio morfológico del derecho es un punto de partida que se reformula y recrea desde la mirada fenomenológica y ontológica.⁸⁹ Así, una vez que se comprende que el derecho existencialmente tiende a proveer simultáneamente seguridad contra la imprevisión y seguridad contra la violencia (mirada fenomenológica), y una vez que se comprende que la violencia no se destierra sin el respeto de ciertos fines esenciales o naturales del hombre (mirada ontológica), se comprende también que el derecho es algo más que coacción organizada (morfoloía interna). Se comprende, volviendo la mirada sobre el análisis morfológico interno, que el derecho cuenta no sólo con reglas sino también con principios, y se comprende, volviendo la mirada sobre el análisis morfológico externo, que no cualquier regla o principio acogido por las fuentes sociales es propiamente derecho.

⁸⁹ Cotta, S., *op. cit.*, nota 75, pp. 13-28.

Del mismo modo que el análisis morfológico se reformula a sí mismo desde el punto de vista de la investigación fenomenológica y ontológica, también el primero sujeta y encauza a este último. No cualquier aspiración existencial social (fenomenológicamente determinada), por mucho que se justifique desde el punto de vista ontológico, es o puede ser conceptualizada como derecho, si no ha sido incorporada a la práctica a través de las instituciones pertinentes (morfoloía externa) y con la forma imperativa del derecho (morfoloía interna).

Este esquema circular de la investigación conceptual del derecho se reproduce en la interpretación de las normas jurídicas. Con el juicio pre-interpretativo se distinguen las cualidades morfológicas externas de las normas jurídicas y se acota el campo de normas elegibles para solucionar los casos. Este juicio es en parte a-valorativo y empírico: se trata de descubrir qué normas fueron de hecho incorporadas a la práctica por las instituciones políticas pertinentes. Pero no es, sin embargo, un juicio meramente empírico, por las mismas razones que se señalaron respecto de la pretensión de Raz de que es posible descubrir a-valorativamente la existencia de reglas de reconocimiento. A saber, que las cualidades morfológicas que determinan la pertenencia o no de ciertas normas a una práctica están definidas a su vez por otras normas (las normas secundarias de Hart), que no pueden interpretarse sin atender al fin pragmático de lo mandado.

Son usuales en este orden de ideas las discusiones constitucionales acerca de las facultades del Poder Ejecutivo para promulgar cierto tipo de normas, aún cuando nadie discuta que existan normas que delimiten claramente las competencias legislativas. ¿Qué se discute entonces cuando se examina si una norma emanada del Poder Ejecutivo es constitucionalmente válida por su origen? Se discute el sentido de las normas que distribuyen competencias legislativas, a la luz de los fines pragmáticos de tales normas y de la práctica en su conjunto (normalmente, el resguardo de la forma republicana de gobierno).

El juicio de encaje de Dworkin tendría por objeto definir las cualidades morfológicas internas del derecho, respondiendo a la siguiente pregunta: de todos los sentidos compatibles con el significado de las palabras, ¿cuál es el sentido que mejor se compatibiliza con el resto de los mandatos que componen una práctica? Esta pregunta no puede responderse, por supuesto, si no se determina a su vez el sentido del resto de los mandatos. Y como este sentido residual es tan ambivalente como el de la norma que se pretende interpretar, la dependencia entre el juicio de encaje y el juicio justificativo es todavía mucho más obvia que en el supuesto anterior.

Retomando el ejemplo propuesto más arriba, por el juicio de encaje el juez debía verificar que la interpretación de que el derecho a la vida se reconoce no sólo a los ciudadanos explícitamente contemplados en la norma, sino también a los extranjeros, es una interpretación o determinación de sentido coherente con el resto de las normas que integran la práctica (constitucionales, legislativas, jurisprudenciales). Esta verificación, parece obvio, no puede realizarse si antes no se determina el sentido de estas otras normas con las cuales debe encajar la norma interpretada en primer lugar. Pero la determinación del sentido de cada una de estas otras normas y la determinación de su compatibilidad o coherencia con el sentido de la norma interpretada, exige recomenzar con un nuevo esfuerzo interpretativo.

Este nuevo razonamiento interpretativo consta de, al menos, tres elecciones: *a)* la elección de cuáles son las normas relevantes para establecer la comparación con la norma interpretada; *b)* la determinación del sentido de cada una de estas normas “relevantes”, *c)* la determinación del sentido global del conjunto de las normas. Si no se quiere regresar al infinito, sujetando estas elecciones a otros tantos juicios de encaje, habrá que concluir que el juicio de encaje es inseparable del juicio justificativo. Cuando el intérprete determina que su interpretación “encaja” o “es coherente con” el resto de la práctica, asienta su juicio en

una concepción acerca del fin global de la práctica y del modo de realizar ese fin en el caso concreto.

Ahora bien, así como los juicios pre-interpretativo y de encaje están modulados por los juicios justificativo (el fin genérico de la práctica) y de ajuste (el fin concreto en el caso), éstos no operan tampoco autónomamente de los primeros. De entre todos los fines que uno podría reconocer en una práctica y a una norma en particular, si efectivamente quiere participar de la práctica, deberá optar por aquellos que respondan a las cualidades morfológicas externas de la práctica interpretada (definidas en el juicio pre-interpretativo), así como a sus cualidades internas (definidas en el juicio de encaje). Así, el juez de nuestro ejemplo podría estar íntimamente convencido de que la vida de los extranjeros es tan valiosa como la de los nacionales (punto de vista ontológico), y que esta vida no puede realizarse existencialmente sin la protección estatal (punto de vista fenomenológico). Sin embargo, si existiese una norma constitucional que explícitamente determinara que los extranjeros no tienen derecho a la vida, o que el Estado no está obligado a proteger este derecho en igual medida que a los nacionales, el juicio de encaje impediría al juez concluir que el fin global de la práctica es proteger con igual eficacia los derechos de todos los habitantes.

Volvemos entonces al punto inicial: ¿cómo delimitan las cualidades morfológicas del derecho (definidas en los juicios pre-interpretativo y de encaje) el campo de fines “atribuibles” al derecho (en los juicios justificativo y de ajuste)? ¿Cómo determina el juez de nuestro caso que esta norma constitucional que explícitamente discrimina entre extranjeros y nacionales es en verdad una norma jurídica válida, por su contenido (juicio de encaje) y por su origen (juicio pre-interpretativo)? A la luz del juicio justificativo, global y particular.

Este razonamiento sólo en apariencia es circular o tautológico. Sería tautológico si los juicios se fundiesen completamente unos en otros. No lo sería, en cambio, si a pesar de su dependencia mutua, cada juicio agregase una perspectiva de decisión de la cual los

otros juicios carecieran. Según esto, los juicios pre-interpretativo y de encaje en verdad podrán limitar la creatividad interpretativa si el lenguaje en que se expresan las normas interpretadas puede significar de modo objetivo, aunque no necesariamente unívoco. Del mismo modo, el juicio justificativo aportará eficazmente un parámetro de elección entre los sentidos lingüísticamente admisibles del derecho, si aporta algo más que semántica y sintaxis. Si aporta, en otros términos, una concepción de lo justo que, siendo compatible con el significado de los términos y de los enunciados jurídicos, no se agota en éste.

El lenguaje jurídico orienta pues la creatividad interpretativa en una doble dirección. Desde abajo, acotando el campo de justificaciones posibles para el derecho, únicamente a las que sean compatibles con el significado semántico de las palabras y con la sintaxis de los enunciados interpretados. Hacia arriba, señalando el ideal de justicia hacia el cual apunta el derecho, y acotando una vez más el campo de sentidos posibles a todos aquellos que además de ser lingüísticamente aceptables, sean razonables.