

Analisi e diritto

2/2023

riviste.edizioniets.com/aed

Direzione esecutiva

Paolo Comanducci

Riccardo Guastini

Redazione

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)

Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rabanos,

Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

Comitato scientifico

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena, María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis, Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet, Eugenio Bulygin †, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale, Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano †, Jorge Cerdio, Véronique Champeil-Desplats, Pierluigi Chiassoni, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele, David Duarte, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti, Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido, Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi, Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter, Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí, Tecla Mazzaresse, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno, José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez, Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé, Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto, Alberto Puppò, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez, Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel, Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello, Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet, Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

Contatti

analisiediritto@istitutotarello.org

Realizzazione editoriale

Edizioni ETS - Pisa

www.edizioniets.com

Analisi e diritto

2/2023



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

Direttore responsabile

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.

Analisi e diritto è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano

Centre de Théorie et Analyse du Droit

(UMR 7074, Université Paris Nanterre, École Normale Supérieure, CNRS)

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

print, individual: Italy € 60,00 / EU € 70,00 / World € 80,00

print, institutional: Italy € 80,00 / EU € 90,00 / World € 100,00

PDF:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

* Sconti / *Discounts:* Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2023

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884676857-5

ISSN 1126-5779

Indice

El problema del significado jurídico. Un debate sobre la interpretación jurídica (The Problem of Legal Meaning. A Debate on Legal Interpretation)

N. Scavuzzo <i>Introduzione</i> (Foreword)	9
P. Chiassoni <i>Interpretación, verdad y la forma lógica del discurso interpretativo</i> (Interpretation, Truth, and the Logical Form of Interpretive Discourse)	13
J.L. Rodríguez <i>La interpretación según Chiassoni: El equilibrio inestable entre cognoscitvismo moderado y escepticismo radical</i> (Interpretation according to Chiassoni: The Unstable Balance between Moderate Cognitivism and Radical Skepticism)	55
I. Lifante-Vidal <i>¿Hay alternativa no escéptica al cognoscitvismo? A propósito de ¿Interpretación jurídica sin verdad?, de Pierluigi Chiassoni</i> (Is There a Non-Skeptical Alternative to Cognitivism? Regarding <i>¿Interpretación jurídica sin verdad?</i> by Pierluigi Chiassoni)	65
V. Iturralde <i>Comentario al Cap. I de El problema del significado jurídico de P. Chiassoni</i> (Commentary on Chapter I of <i>El problema del significado jurídico</i> by P. Chiassoni)	83
J.P. Alonso, M.G. Scataglini <i>Una crítica pragmática al realismo jurídico de P. Chiassoni</i> (A Pragmatic Critique to Chiassoni's Legal Realism)	95

P. Chiassoni <i>Consideraciones de un equilibrista</i> (Reflections of a Tightrope Walker)	117
--	-----

Saggi
(Essays)

V. García Yzaguirre <i>Non-application and Justified Violation of Norms. A Proposal for the Study of Defeasibility in the Theory of Law</i>	153
R. Guastini <i>A Short Lesson on Equality under the Italian Constitution</i>	187

**EL PROBLEMA DEL SIGNIFICADO
JURÍDICO. UN DEBATE SOBRE LA
INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

**(THE PROBLEM OF LEGAL MEANING. A
DEBATE ON LEGAL INTERPRETATION)**

a cura di Natalia Scavuzzo

Introducción

Natalia Scavuzzo*

En *El problema del significado jurídico*¹ Pierluigi Chiassoni presenta una sofisticada versión del escepticismo interpretativo en la teoría del derecho, que llama “realismo pragmático”.

La propuesta de Chiassoni puede situarse dentro del grupo de teorías de la escuela genovesa de teoría del derecho, conocida como realismo genovés. Chiassoni comparte los presupuestos básicos de esta teoría, elementos base de esta forma de realismo que pueden rastrearse al fundador de la escuela Giovanni Tarello. Por ejemplo, Tarello afirma que «las normas, la costumbre, los hábitos interpretativos son objeto de conocimiento y de la ciencia jurídica como hechos»², lo que marca la metodología y el enfoque de este tipo de estudios.

Ahora bien, Tarello ha criticado en la teoría del derecho italiana el recurso al sintagma “el problema de la interpretación”. Explica que este tipo de formulaciones –como también, por ejemplo, la muy usada frase “problemas tradicionales” de la filosofía del derecho– inducen a la creencia de que existen respuestas únicas a estos problemas. Estas no serían más que simplificaciones que esconden la complejidad de los problemas filosóficos³. Lejos de esto, Chiassoni analiza en profundidad la interpretación jurídica en su función práctica, evitando engañosas simplificaciones y, en efecto, buscando constantemente la desmitificación de la actividad interpretativa y de la teoría de la interpretación jurídica.

De esta forma Chiassoni presenta una sofisticada y pulida visión de la interpretación jurídica y defiende una forma de escepticismo que llama no-cognoscitivismo analítico o no-cognoscitivismo pragmático⁴. Adopta una visión constructivista del significado jurídico, en la que los intérpretes participan en una actividad que es reflexiva y evaluativa. Uno de los puntos centrales de su propuesta es la negación de que las reglas puedan aplicarse o interpretarse automáticamente, siempre hay un acto de decisión. Esta decisión se toma en base a los materiales

* Facultat de Dret, Universitat de Girona, Carrer de la Universitat de Girona 12, 17003, Girona, España, scavuzzonatalia@gmail.com.

¹ Chiassoni 2019a.

² Tarello 1974: 54.

³ Tarello 1974: 389.

⁴ Chiassoni 2018.

preexistentes en un proceso que es “típicamente reflexivo y holístico” en el que se usa un código interpretativo propio de la cultura jurídica de referencia. La decisión interpretativa finalmente dependerá de la actitud de cooperación o no cooperación del intérprete para con los textos de las fuentes del derecho y las autoridades que producen estos textos. Esta actitud refleja por lo general la ideología jurídica del intérprete⁵. Su posición puede encontrarse sistemática y claramente presentada en su libro *El problema del significado jurídico*.

En la ciudad de Buenos Aires, Argentina, en noviembre del 2020, en ocasión de las XXXIV Jornadas Nacionales de Filosofía Jurídica y Social de la AAFD se celebró una mesa redonda, donde el primer capítulo del libro, relativo a la interpretación jurídica y la verdad, fue ampliamente debatido. Algunos de los participantes de esta mesa redonda presentan aquí sus comentarios. Todos los trabajos, proponen críticas al escepticismo, defendiendo con distintos argumentos y enfoques posiciones más cercanas al cognitivismo sobre la interpretación jurídica.

En esta sección se presenta el trabajo “*Interpretación, verdad y la forma lógica del discurso interpretativo*” que Chiassoni presentó en el evento, reconstrucción de sus argumentos del primer capítulo de *El problema del significado jurídico*. Seguidamente, encontramos las contribuciones de Jorge Rodríguez, Isabel Lifante Vidal, Victoria Iturralde y Juan Pablo Alonso y Gabriela Scataglini.

En primer lugar, en “*La interpretación según Chiassoni: El equilibrio inestable entre cognoscitivismos moderado y escepticismo radical*” Jorge Rodríguez cuestiona la noción de “escepticismo moderado” y con diversos argumentos sostiene que la propuesta de Chiassoni colapsa o bien con una versión moderada del cognoscitivismos o bien con el escepticismo radical.

Por su parte, en “*¿Hay alternativa no escéptica al cognoscitivismos? A propósito de ‘¿Interpretación jurídica sin verdad?’, de Pierluigi Chiassoni*” Isabel Lifante Vidal objeta dos presupuestos que no comparte con la teoría de Chiassoni: su concepción del derecho como un sistema de normas y de la racionalidad como puramente instrumental.

Por otro lado, en el trabajo “*Comentario al Cap. I de El problema del significado jurídico de P. Chiassoni*” Victoria Iturralde defiende que el significado convencional constituye un límite a la interpretación tanto en el lenguaje natural como en la interpretación jurídica, por lo que, contrario a la posición de Chiassoni, hay espacio para la corrección en la interpretación.

Por su parte, Juan Pablo Alonso y Gabriela Scataglini en “*Una crítica pragmática al realismo jurídico de P. Chiassoni*” cuestionan el recurso a la dimensión pragmática del lenguaje en la posición de Chiassoni. Ellos argumentan que la adopción de una tal perspectiva conduce a posiciones cognitivistas y no a defender una posición escéptica de la interpretación.

⁵ Chiassoni 2018; 2019a; 2019b.

Finalmente, Chiassoni en “*Consideraciones de un equilibrista*” meticolosamente responde a los argumentos presentados en los trabajos aquí publicados y también a algunas de las críticas presentadas por los demás participantes de la mesa redonda.

Referencias bibliográficas

- Chiassoni, P. (2018). *Taking context seriously*, «Analisi e diritto», I/2018, 31-59.
- Chiassoni, P. (2019a). *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Fontamara.
- Chiassoni, P. (2019b). *Interpretation without Truth. A realistic Enquiry*, Berlin, Springer.
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino.

Interpretación, verdad y la forma lógica del discurso interpretativo

*Pierluigi Chiassoni**

«Science, thanks to its links with observation, retains some title to a correspondence theory of truth; but a coherence theory is evidently the lot of ethics»
W.V.O. Quine

«What needs discussing rather is the use, or certain uses, of the word “true”. *In vino*, possibly, “*veritas*”, but in a sober symposium “*verum*”»
J.L. Austin

«If we want to study the problems of truth and falsehood, of the agreement or disagreement of propositions with reality, of the nature of assertion, assumption and question, we shall with great advantage look at primitive forms of language in which these forms of thinking appear without the confusing background of highly complicated processes of thought»
L. Wittgenstein

Resumen

El escrito se propone abordar el problema de las relaciones entre interpretación jurídica y verdad. Se compone de tres partes. En la primera parte, proporciona un análisis del fenómeno interpretativo jurídico, destacando tres grupos de operaciones (interpretación en sentido propio y en función práctica, interpretación en sentido propio y en función cognoscitiva, interpretación en sentido impropio) e identificando las entidades lingüísticas que representan sus resultados. En la segunda parte, desarrolla una breve exploración de la provincia de la verdad, destacando la postura del pluralismo alético austero (que solo admite la verdad empírica y la verdad formal) y la postura del pluralismo amplio (que admite también la verdad pragmática y la verdad sistémica) y distinguiendo entre sistemas normativos deductivos y sistemas normativos retóricos. En la tercera parte, resalta las formas en que

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, pierluigi.chiassoni@unige.it.

el fenómeno interpretativo se revela apto para la verdad, dejando a las lectoras elegir entre pluralismo alético amplio o austero. Termina con algunas consideraciones acerca de la alternativa entre cognoscitivismo integral, cognoscitivismo parcial y no-cognoscitivismo (realismo, escepticismo).

Palabras clave: Interpretación jurídica. Verdad. Enunciado interpretativo. Formalismo interpretativo. Escepticismo interpretativo.

Abstract

The paper purports to provide an analytical treatment of the truth and legal interpretation issue. In the first part, it lays down a conceptual apparatus meant to capture the main aspects of the legal interpretation phenomenon, with particular attention paid to the several kinds of linguistic outputs (interpretive sentences in a broad sense) resulting from interpretive activities (in a broad sense). In the second part, it recalls three different notions of truth (empirical truth, pragmatic truth, and systemic truth), focussing, so far as systemic truth is concerned, on the difference between deductive and rhetorical normative systems. In the third, and last, part, it shows in which ways the phenomenon of legal interpretation encompasses truth-apt entities, leaving the choice between austere and liberal alethic pluralism to the reader. A few, final, remarks address the formalism/scepticism problem.

Keywords: Legal Interpretation. Truth. Interpretive Sentence. Interpretive Formalism. Interpretive Scepticism.

1. Un problema acechante

Este escrito procura explorar las conexiones entre la interpretación jurídica y la verdad¹. El problema que se enfrentará, y que acecha a muchos trabajos en este campo, suena del siguiente modo: ¿tiene algo que ver la verdad con la interpretación jurídica? ¿Hay algún espacio para la verdad en el campo de la interpretación jurídica? Y en su caso ¿cuál es ese espacio?

¹ El escrito reproduce, sin variaciones notables, el capítulo 1 de Chiassoni 2019. Deseo renovar mis agradecimientos más profundos a Diego Dei Vecchi, por su escrupulosa revisión lingüística, a la Sociedad Argentina de Filosofía del Derecho por la invitación a dar esta charla en el ámbito de las XXXIV Jornadas Nacionales dedicadas a la "Interpretación jurídica" (Universidad de Buenos Aires, 11, 12 y 13 de noviembre de 2020), y a las comentaristas y comentaristas por sus agudas reflexiones. Respecto del derecho y la cuestión de la verdad, véanse, por ejemplo: Aarnio 1981; Wroblewski 1992; Patterson 1996; Pintore 1996; Diciotti 1999; Bulygin 1999; Sucar 2008; Bix 2010; Marmor 2013; Sucar, Cerdio Herrán 2017.

Toda tentativa (no vacía) de lidiar con estos problemas exige una cuidadosa elucidación de los términos clave en juego. En consecuencia, el escrito posee tres partes. La primera parte se propone determinar una red de términos y conceptos tendiente a capturar los diversos aspectos del complejo fenómeno social al que solemos referir a través de la frase “interpretación jurídica” en su significado más vasto (§ 2). La segunda parte identifica algunas nociones de verdad cuyo empleo parece adecuado respecto de la interpretación jurídica (§ 3). La tercera y última parte aplica los aparatos conceptuales delineados en las dos partes precedentes, conduciendo a algunas conclusiones sobre el problema de la verdad en la interpretación jurídica que parecen no del todo carentes de interés, aun si solo a efectos de clarificación (§ 4). Una sección final conecta el escrito con uno de los temas centrales en la filosofía de la interpretación actual: la refutación del cognoscitivismo interpretativo y la defensa de una perspectiva no cognoscitivista (§ 5).

2. Interpretación jurídica

Cualquiera sea el significado que atribuyamos a la frase “interpretación jurídica”, la ambigüedad proceso-producto del término “interpretación” torna necesario trazar una distinción básica. Ella exige delimitar la interpretación jurídica como actividad llevada a cabo por un intérprete singular en un cierto tiempo y lugar (*interpretación-actividad*), por una parte, de la interpretación jurídica como resultado, producto, *output*, de una interpretación-actividad correspondiente (*interpretación-resultado*), por la otra parte².

La distinción puede parecer una trivialidad innecesaria. Sin embargo, ella sugiere una serie de consideraciones no completamente ociosas.

1. Toda vez que indagamos acerca del lugar de la verdad en el campo de la interpretación jurídica, pareciera que el adjetivo “verdadero” puede ser usado ya como un dispositivo de clasificación (en enunciados como, e.g., “X es verdadera interpretación”, “X es una pieza de verdadera interpretación”, “X es verdaderamente interpretación”), o como dispositivo de cualificación (en enunciados como, e.g., “La interpretación X de Y es verdadera”). En su uso clasificatorio, “verdadero” equivale a “genuino”, “auténtico”, “real”; separa lo que es (realmente) interpretación, de aquello que no lo es. Ha de destacarse que esto funciona además como un refuerzo expresivo en cierta medida retórico, pues sirve para enfatizar que algo es “interpretación” y no otra cosa. Contrariamente, en su uso cualificatorio, “verdadero” separa aquellas interpretaciones que poseen la propiedad de ser verdaderas de conformidad con algún estándar de verdad

² Esta distinción es el punto neurálgico de la teoría de la interpretación jurídica de Giovanni Tarello: véase Tarello 1980: 39-42. También Guastini 2011b: 149 ss.

presupuesto, de aquellas interpretaciones que no poseen esa propiedad. En su uso cualificatorio, “verdadero” puede aplicarse (“encajar”) apropiadamente a interpretaciones-resultado: esto es, se trata de un predicado adecuado para interpretaciones-resultado entendidas como *entidades de discurso*, es decir, como enunciados que figuran típicamente por escrito dentro de documentos jurídicos como ensayos de juristas, opiniones judiciales y actos forenses.

2. Asumido que el adjetivo “verdadero”, como dispositivo de cualificación, se predica de interpretaciones-resultado cual entidades discursivas (enunciados), ha de señalarse que, desde el punto de vista de los usos lingüísticos de juristas y filósofos del derecho, hay tipos diferentes, e incluso heterogéneos, de “interpretación”-actividad y, concordantemente, de “interpretaciones”-resultado.
3. Un modo aparentemente adecuado de capturar los usos de “interpretación” de los juristas consiste en destacar tres tipos de actividades de interpretación. Ellos son: (a) las interpretaciones-actividad *en un sentido propio* y con carácter *práctico* o *en función práctica*; (b) las interpretaciones-actividad *en un sentido propio* y con carácter *cognoscitivo* o *en función cognoscitiva*; y (c) las interpretaciones-actividad *en un sentido impropio*.

2.1. Interpretación en sentido propio y en función práctica

Las actividades de “interpretación jurídica” de este primer tipo pueden considerarse actividades interpretativas *en sentido propio* dado que, como tendremos oportunidad de ver en breve, los agentes que las llevan a cabo están de hecho “interpretando el derecho”. Además, ellas son actividades de interpretación con carácter *práctico* o *en función práctica*, dado que jueces y juristas las llevan a cabo con propósitos de solucionar o contribuir a la solución de problemas jurídicos (“¿*Quid iuris* de ...?”), lo cual involucra compromisos (éticos) y adopción de decisiones.

Es conveniente distinguir dos variedades de interpretación en función práctica. Ellas son las actividades de *interpretación textual* y de *interpretación metatextual*, respectivamente.

A. Interpretación textual

La interpretación textual consiste en la determinación (el establecimiento) del significado jurídicamente correcto de una disposición en vistas a algún propósito práctico. El propósito práctico en vistas del cual se lleva a cabo la interpretación textual consiste típicamente, bien en decidir en modo correcto un determinado pleito, que es el caso de los jueces, bien en proponer una respuesta correcta para una cuestión jurídica abstracta, que es el caso de los juristas, bien en proponer una respuesta correcta para una cuestión jurídica concreta, que coincide típicamente con el interés del cliente, que es el caso de los abogados. Esto sugiere también

caracterizar la interpretación textual como actividad que consiste en la traducción intra-lingüística de una disposición en una o más normas (“normas explícitas”, como veremos en breve) que son (presentadas y usualmente argumentadas como) el significado jurídicamente correcto de la disposición³.

Podemos concebir al resultado lingüístico de la interpretación textual de dos modos diferentes.

En un *sentido restringido*, el resultado de la interpretación textual consiste solo en una o más normas *explícitas*: i.e., en una o más normas que, según el intérprete, constituyen el *significado explícito* de una determinada disposición; lo que aquél considera que la disposición propiamente *expresa*⁴. Por ejemplo, si la disposición interpretada dice:

(D_i) “No debe infligirse pena cruel alguna”,

y el intérprete la traduce en la norma explícita,

(NE_i) “No debe infligirse pena alguna que resulte cruel de conformidad con la intención de los Padres Constituyentes”,

el enunciado NE_i, que constituye una norma explícita, equivale al resultado lingüístico, en un sentido restringido, de la interpretación textual de la disposición D_i.

En un *sentido más amplio*, el resultado de la interpretación textual puede ser concebido, en contraste, como un *enunciado interpretativo*. Los enunciados interpretativos son usualmente representados por medio de la siguiente forma lógica:

(EI1) “La disposición D_i (“No debe infligirse pena cruel alguna”) expresa la norma NE_i (“No debe infligirse pena alguna que resulte cruel de conformidad con la intención de los Padres Constituyentes”),

(EI2) “La disposición D_i significa NE_i”;

(EI3) “El significado de la disposición D_i es NE_i”.

Cabe notar, sin embargo, que ellas son fórmulas elípticas, que padecen de ambigüedad pragmática. En efecto, ellas no tornan claro si se trata de enunciados descriptivos que solo *reportan* que (generalmente, o por parte de algún jurista o

³ Sobre la traducción véanse, e.g.: Haas 1962: 86-108; Eco 2012. Sobre traducción e interpretación jurídica, véase el riguroso ensayo de Mazzarese 1998: 73-102.

⁴ La distinción entre disposición, norma explícita y norma implícita (sobre la que volveré en un momento) es primordial dentro de la teoría realista genovesa del derecho y de la interpretación jurídica. Véanse por ejemplo Guastini 2011a: 63-74; Guastini 2011b: 138-161. Desde un punto de vista pragmático, la norma explícita corresponde a lo que se considera que el enunciado-en-contexto “expresa”: la totalidad de la comunicación *expresada*, el contenido de sentido *vehiculado*; lo que puede diferir respecto de lo que el enunciado “dice”. Todo lo cual no debe ser confundido, a su vez, con lo que el enunciado “implica”. Sobre esta cuestión, véase por ejemplo Chiassoni 2019: capp. II y V.

juez individual) se considera que la disposición D_i tiene por significado a la norma explícita NE_i , o si, por el contrario, se trata de enunciados que *establecen* a NE_i como el significado propio, jurídicamente correcto, de D_i . Por consiguiente, parece preferible adoptar formas lógicas menos elípticas. Por cierto, ninguna forma puede pretender adecuación teórica absoluta⁵. Teniendo en cuenta la definición de interpretación textual que antes ofrecí, y teniendo en cuenta las reglas del juego interpretativo concernientes a las disposiciones (“derecho escrito”)⁶, resulta preferible adoptar una forma como la siguiente:

(EI4) “El significado jurídicamente correcto de la disposición D_i (“No debe infligirse pena cruel alguna”) es la norma NE_i (“No debe infligirse pena alguna que resulte cruel de conformidad con la intención de los Padres Constituyentes”),

(EI5) “La norma NE_i es (cuenta como) el significado jurídicamente correcto de la disposición D_i ”.

Las formas EI4 y EI5 procuran hacer explícito que el intérprete adopta la posición de conformidad con la cual NE_i es el (único) significado jurídicamente correcto de D_i ; que él o ella se compromete (evaluativamente) con ese significado como el significado jurídicamente correcto de D_i . Esas formas procuran también enfatizar que los enunciados interpretativos son los resultados de decisiones interpretativas. En nuestra cultura jurídica, esperamos que esas decisiones estén justificadas o, al menos, que sean justificables. Esto torna conveniente introducir una ulterior y más ampliada forma lógica para los enunciados interpretativos. En ella, el núcleo de la justificación de los tipos de enunciado interpretativo EI4-EI5 se torna explícita:

⁵ En un viejo texto sostuve que los enunciados interpretativos «adscriben *un* significado a las disposiciones, excluyendo otros significados que podrían adscribirse eventualmente a ella» (Chiassoni 1999a: 27, 36-37, 40). En el mismo sentido, Diciotti (1999: 152-157, 284 ss.), sobre la base de una teoría no cognoscitivista de la interpretación, llega a la conclusión de que las «proposiciones interpretativas» son «proposiciones evaluativas», cuya forma lógica es: «*S es el único* significado que es bueno adscribir a la formulación jurídica *F*, o al término *E* contenido en la formulación jurídica *F*». Él sostiene también que «la fundamentación» de esas proposiciones consiste «(también) en principios metodológicos de interpretación, es decir, en proposiciones evaluativas que establecen los métodos y argumentos que es bueno emplear en vistas a adscribir un significado a los textos legales» (como, e.g., «es bueno que los intérpretes, y los jueces en primer lugar, adscriban a los textos legales el significado correspondiente a la intención del legislador»). Desde el punto de vista de las reglas del juego interpretación jurídica, sin embargo, ese modo de concebir a la forma lógica de los enunciados interpretativos (proposiciones interpretativas, o juicios interpretativos) no parece adecuado. Estas reglas requieren de un compromiso más fuerte. Requieren que el significado que el intérprete adscribe a la disposición no sea adscripto tan solo como el “único bueno” (lo que se corresponde con la idea de una evaluación subjetiva), sino más bien como el “significado jurídicamente correcto” de la disposición (lo que se corresponde con la idea de una evaluación desde el punto de vista “del derecho”).

⁶ He ofrecido una reconstrucción tentativa de estas reglas en Chiassoni 1999a: 72-73; véase, sin embargo, Chiassoni 2019: cap. II, donde se las presenta en una versión ampliamente revisada.

(EI6) “La norma NE_i es (cuenta como) el significado jurídicamente correcto de la disposición D_i , siendo NE_i el significado de la disposición D_i de conformidad con (el que debería ser tomado como) el código interpretativo CI_i , correcto todas las cosas consideradas, y el conjunto de recursos interpretativos RI_i , correcto todas las cosas consideradas”⁷.

En EI6, NE_i , la norma explícita que el intérprete presenta y defiende como la traducción jurídicamente correcta de la disposición D_i , se justifica contextualmente en dos fundamentos conjuntos: sobre la base de (lo que el intérprete considera debiera tomarse como) “el” código interpretativo correcto CI_i , y, además, sobre la base “del” conjunto, o combinación, de recursos interpretativos correctos.

Las nociones de *código interpretativo* y de *recurso interpretativo* han de explicarse brevemente, dado que serán usadas una y otra vez a lo largo del escrito.

Un *código interpretativo* es un conjunto finito de reglas (prescriptivas) interpretativas, compuesto por cada interprete al momento de interpretar un conjunto de disposiciones, que incluye *reglas metodológicas* y *reglas de traducción*⁸. Las reglas de traducción son instrucciones sobre cómo debe llevarse a cabo la transformación de una disposición en una o más normas explícitas. Por ejemplo, la regla del significado literal (en una versión muy amplia e indeterminada) instruye traducir a las disposiciones en la(s) norma(s) explícita(s) que corresponden al significado ordinario de las palabras empleadas en la disposición; la regla de la intención del legislador (una vez más, en una variante) instruye traducir a las disposiciones en la(s) norma(s) explícita(s) que corresponden al significado semántico que el órgano legislativo deseó que aquellas posean; la regla teleológica (en una variante) instruye traducir a las disposiciones en la(s) norma(s) explícita(s) que corresponden al propósito de las disposiciones mismas; la regla de los principios (como regla de traducción) instruye traducir a las disposiciones en la(s) norma(s) explícita(s) que corresponden al significado que para ellas sugiere algún conjunto de principios relevantes (“constitucionales”, “fundamentales”, “generales”), etc.⁹. Las reglas metodológicas incluyen

⁷ Algunos ensayos de Jerzy Wróblewski son pioneros sobre la necesidad de formas menos elípticas para (lo que aquí son) enunciados interpretativos (véanse, e.g., Wróblewski 1971: 30-31; Wróblewski 1992: 93).

⁸ Una más detallada delineación de las reglas de los códigos interpretativos, concerniente a los juegos interpretativos en general y al juego de interpretación de disposiciones (legales) en particular, se puede leer en Chiassoni 2019: cap. II, §§ 4 y 6.

⁹ Pueden destacarse seis tipos de reglas de traducción. Las *reglas lingüísticas* apelan al lenguaje en el cual las disposiciones han sido formuladas. Las *reglas intencionales* apelan a la “intención del autor” de las disposiciones, frase que, como bien se sabe, puede ser entendida de muchos modos diferentes (por ejemplo, el “autor” puede ser identificado con “el legislador” histórico, con “el legislador” presente, con “el legislador” racional o ideal, etc.). Las *reglas teleológicas* apelan al propósito del derecho: i.e., de las disposiciones mismas, o bien de la ley dentro de la que se encuentran, de las leyes del sector del derecho positivo a la que la disposición pertenece, etc. Las *reglas autoritativas* apelan al modo en que las disposiciones han sido interpretadas por “autoridades” judiciales o doctrinarias. Las *reglas sistemáticas*

reglas de propósito (que establecen el fin que el intérprete debe lograr al interpretar cierta disposición de cierto tipo), *reglas de selección* (que, habida cuenta del propósito, identifican a las reglas de traducción a ser utilizadas), *reglas de procedimiento* (que establecen la secuencia para el uso de las reglas de traducción), y *reglas de preferencia* (que dan instrucciones para preferir un resultado interpretativo por sobre los diversos resultados en competencia)¹⁰.

Los *recursos interpretativos* son, en cambio, los insumos necesarios para poner en funcionamiento a las reglas de traducción. Ellos consisten, e.g., en convenciones lingüísticas, reportes parlamentarios, teorías de juristas acerca de conceptos e instituciones jurídicas, opiniones judiciales, principios jurídicos, conjuntos de normas y principios afuera del (macro-)sistema del derecho positivo, filosofías morales o políticas, etc.¹¹.

Un último comentario antes de continuar. He definido a la interpretación textual como la determinación (o establecimiento) del significado jurídicamente correcto de las disposiciones. Como las formas lógicas antes elucidadas dejan en claro, el significado jurídicamente correcto es siempre *relativo a* un código interpretativo y a un conjunto de recursos interpretativos. La idea de un significado jurídico “absolutamente” correcto es un error garrafal. Ningún texto puede “interpretarse” sin seleccionar (expresa o tácitamente) un código y un conjunto de recursos interpretativos. Por consiguiente, nada impide que intérpretes que adoptan puntos de vista axiológicos diferentes (sobre el punto, véase *infra*, § 2.2) y que usan diferentes códigos interpretativos y/o apelan a diferentes conjuntos de recursos interpretativos, den a una idéntica disposición diferentes significados jurídicamente correctos. El juego interpretación de disposiciones (“interpretación del derecho escrito”) requiere a los intérpretes que proporcionen el significado jurídicamente correcto de las disposiciones que usarán con algún propósito práctico. Sin embargo, la estructura del juego admite tanto una pluralidad de significados jurídicamente correctos alternativos para

(como, e.g., la regla de los principios que mencioné en el texto) apelan a otras normas o componentes del sistema jurídico como insumos de los que obtener el significado propio de las disposiciones. Las *reglas heterónomas*, por último, apelan a insumos como la naturaleza de las cosas o a normas de moralidad crítica o positiva (Chiassoni 2011: cap. 2, donde se hace referencia a las reglas de traducción como “directivas primarias”). Las preocupaciones sistemáticas pueden operar también cuando lo que está en juego son reglas metodológicas: ellas se muestran por lo común, en particular, en reglas de preferencia. Esta función es llevada típicamente a cabo por reglas interpretativas conocidas por los juristas como “el argumento de la coherencia”, “el argumento de la consistencia”, “el argumento de la completitud”, “el argumento de la razonabilidad o la reducción al absurdo”, etc.

¹⁰ Véase Chiassoni 2019: cap. II, §§ 4 y 6.

¹¹ Supóngase que el código interpretativo abarca una regla de significado literal originalista (“Las disposiciones deben ser interpretadas de acuerdo con su significado literal originario”). En ese caso, la combinación correcta de recursos interpretativos abarcará, por ejemplo, los que el intérprete considere los diccionarios más fiables de la lengua natural y/o jurídica al tiempo de la promulgación de la disposición en cuestión.

la misma disposición, cuanto los desacuerdos interpretativos. Los intérpretes jurídicos están destinados a intentar argumentar su caso en el modo más potente de que sean capaces, quedando a la espera de que sus colegas jueces y juristas la suscriban.

B. Interpretación metatextual

La interpretación metatextual abarca una amplia gama de actividades heterogéneas. Estas actividades interpretativas son *metatextuales* dado que ellas o bien *preceden*, o bien *presuponen*, actividades de interpretación textual.

De entre los muchos tipos de actividades de interpretación metatextual, solo cinco serán consideradas a continuación, a título ejemplificativo. Éstas llevan a productos que son, respetivamente, enunciados de *estatus institucional*, enunciados de *integración*, enunciados de *identificación de lagunas*, enunciados de *identificación de antinomias*, y, finalmente, *enunciados de identificación de jerarquías*.

Los *enunciados de estatus institucional* son enunciados clasificatorios que establecen el valor institucional, la posición o la función de algún objeto lingüístico identificado previamente, y consistente típica (pero no solamente) en una disposición, una norma explícita o una norma implícita, en relación con un conjunto normativo previamente identificado o presupuesto (el cual, a la luz de nuestro propósito, puede ser caracterizado tentativamente como un conjunto de disposiciones y/o de normas jurídicas).

Los *enunciados de estatus institucional* son muy comunes en el discurso jurídico. En él, se presentan aproximadamente con la siguiente forma:

(EEI1) “La disposición D_i es (cuenta como) una disposición de principio (i.e. es idonea para expresar principios jurídicos), respecto del conjunto normativo SJ_i ”.

(EEI2) “La norma $N1$ es (cuenta como) un principio constitucional supremo, respecto del conjunto normativo SJ_i ”.

(EEI3) “La norma $N2$ es (cuenta como) una regla derrotable de conducta, respecto del conjunto normativo SJ_i ”.

(EEI4) “La norma $N3$ es (cuenta como) *lex specialis*, respecto del conjunto normativo SJ_i ”.

Los enunciados de estatus institucional son empleados típicamente dentro de razonamientos dirigidos a proporcionar una presentación sistemática de algún sector del derecho positivo o bien a resolver alguna antinomia previamente identificada. Se trata de enunciados *interpretativos*, de conformidad con la noción de *interpretación* cual *adscripción de sentido o valor* a algún objeto previamente identificado. Por lo demás, ellos pertenecen al reino de la *interpretación sistemática*, pues establecen el (correcto) valor (estatus, posición, “sentido”) de algo en relación con, y dentro de,

un determinado conjunto normativo (sistema normativo). En el curso normal de acontecimientos, debido a que el juego de interpretación jurídica es un juego justificatorio, ellos adscriben sentido o valor a algún ítem jurídico de conformidad con alguna doctrina (“teoría”) dogmática o jurisprudencial que se presupone, habiéndose preseleccionado esa doctrina en virtud de que el intérprete jurídico la considera correcta. Por consiguiente, formas menos elípticas y pragmáticamente adecuadas de enunciados de estatus institucional pueden ser concebidas del siguiente modo:

(EEI5) “El estatus jurídicamente correcto de X (disposición D_i , norma explícita N_i , norma implícita N_p), respecto del conjunto normativo SJ_i , es Y”.

(EEI6) “Y es (cuenta como) el estatus jurídicamente correcto de X (disposición D_i , norma explícita N_i , norma implícita N_p), respecto del conjunto normativo SJ_i ”.

(EEI7) “Y es (cuenta como) el estatus jurídicamente correcto de X (disposición D_i , norma explícita N_i , norma implícita N_p), respecto del conjunto normativo SJ_i , siendo Y el estatus institucional de X de conformidad con la teoría dogmática TJ_i que es (la que debería ser tenida como) la teoría correcta todas las cosas consideradas”.

Los *enunciados de integración* establecen que cierta norma ha de agregarse a un determinado conjunto normativo cual componente ulterior, implícito, siendo el resultado de un razonamiento integrativo jurídicamente correcto: i.e., de un razonamiento que, según el intérprete, emplea el conjunto jurídicamente adecuado de reglas de integración (el “código de integración” jurídicamente apropiado: CIG) en el modo correcto¹².

En su forma más sencilla, los enunciados de integración se dan del siguiente modo:

(EIG1) “La norma N_j es un componente implícito del conjunto normativo SJ_i ”.

(EIG2) “La norma implícita N_j (también) pertenece al conjunto normativo SJ_i ”.

(EIG3) “El conjunto normativo SJ_i incluye (también) a la norma implícita N_j ”.

Sin embargo, por razones semejantes a las que he considerado tratando de los enunciados interpretativos (*supra* § 2.1.A), formas tales no resultan del todo satisfactorias. Otras formas lógicas menos elípticas parecen, por ende, pragmáticamente más adecuadas:

(EIG4) “El conjunto normativo SJ_i incluye (también) la norma implícita N_j , siendo N_j un componente implícito de SJ_i de conformidad con el (que debe tenerse por el) uso jurídicamente correcto del código correcto de integración CIG_i), todas las cosas consideradas”.

¹² Como instancia de razonamiento integrativo, considérese el siguiente: “La norma N_j es un componente implícito del conjunto normativo SJ_i dado que puede derivársela a partir de N_i , la cual pertenece a SJ_i , por medio de la regla de integración apropiada DIG_o”.

(EIG5) “La norma N_j es (cuenta como) un componente implícito jurídicamente correcto del conjunto normativo SJ_i , siendo N_j una norma implícita que puede agregarse a SJ_i de conformidad con el (que debe tenerse por el) uso jurídicamente correcto del código correcto de integración CIG_j , todas las cosas consideradas”.

Nótese que N_j representa a una norma que está *implícita*. Esto quiere decir, por una parte, que *no* es una norma explícita: i.e. no se la presenta ni se la defiende como el significado expresado por una cualquier formulación jurídica individual (condición negativa); por la otra parte, que esa norma es resultado de la aplicación de alguna técnica de integración (como, por ejemplo, el razonamiento analógico, el razonamiento *a contrario*, el razonamiento *a fortiori*, el razonamiento a partir de la naturaleza de las cosas, el razonamiento a partir de principios generales o fundamentales), que el intérprete presenta como correcta todas las cosas consideradas, a un conjunto de normas explícitas y/o implícitas previamente identificadas (condición positiva).

Los enunciados de integración se evidencian típicamente en dos tipos de razonamientos. Por empezar, ellos se presentan dentro de los razonamientos “sistemáticos” de los juristas: aquellos dirigidos a “sacar a la luz” o a “desenterrar” la totalidad de los componentes de un determinado conjunto normativo (por ejemplo, “el sistema completo” de las normas constitucionales concernientes al derecho a la libertad de expresión). Además, también aparecen dentro de razonamientos de juristas o de jueces dirigidos a colmar alguna laguna del derecho previamente identificada.

Tal como la formulación (EIG5) torna claro, los enunciados de integración pueden ser considerados también como variantes de enunciados de estatus institucional.

Los *enunciados de identificación de lagunas* establecen la existencia de lagunas normativas en el derecho. Ellos determinan que hay una laguna en el derecho, lo que usualmente responde a la ausencia de una norma explícita cualquiera para un caso genérico bajo consideración. Su forma simple es:

(EIL1) “El caso C_j (pongamos, la apertura de bares que vendan alcohol en un radio de doscientos metros de edificios de colegios secundarios) no está regulado por norma explícita alguna del conjunto normativo relevante SJ_i ”.

Puede pensarse, aquí también, en formas menos elípticas y pragmáticamente más adecuadas:

(EIL2) “El caso C_j no está regulado por norma explícita alguna, al no haber norma explícita que regule C_j que pueda ser identificada de acuerdo con (la que debe ser tenida como) la interpretación textual correcta, todas las cosas consideradas, del conjunto de disposiciones relevantes DR_j ”.

(EIL3) “El estatus institucional jurídicamente correcto del caso C_j responde al

hecho de no estar regulado por norma explícita alguna, al no haber norma explícita que regule C_j que pueda ser identificada de conformidad con (la que debe ser tenida como) la interpretación textual correcta, todas las cosas consideradas, del conjunto de disposiciones relevantes DR_j ”.

Los *enunciados de identificación de antinomias* establecen la existencia de antinomias (conflictos normativos) en el derecho. Ellos disponen que hay una incompatibilidad entre dos normas que, por hipótesis, resultan ambas relevantes *prima facie* como regulación del caso en cuestión. Su forma simple es:

(EIA1) “La norma N1 es incompatible con la norma N2 en relación con el caso C_j ”.

Dado un conjunto normativo previamente identificado, la identificación de relaciones de incompatibilidad lógica entre normas es una cuestión lógica¹³. De todos modos, dos consideraciones resultan convenientes.

Para empezar, la identificación de antinomias lógicas presupone que un conjunto normativo ha sido identificado. Este es el resultado de actividades de interpretación textual y metatextual. Por consiguiente, la identificación de antinomias lógicas depende, aunque de modo indirecto, de decisiones interpretativas previas concernientes al modo jurídicamente correcto de identificar las normas del conjunto normativo supuestamente relevante.

Además, la incompatibilidad lógica no agota al catálogo de conflictos normativos. En efecto, hay incompatibilidades no lógicas entre normas, como las distintas variantes de antinomias pragmáticas, instrumentales, teleológicas y axiológicas¹⁴. La identificación de antinomias no-lógicas no solo no es cuestión de lógica, sino que requiere más bien operaciones que consisten, por ejemplo, en hacer juicios de medio-a-fin, en extraer reglas específicas a partir de principios amplios, en identificar la escala de valores (que se asume sea) latente detrás de cierto conjunto de normas positivas.

Esto sugiere que la forma simple antes mencionada (EIA1) no alcanza a vislumbrar la complejidad de la identificación de antinomias. Pueden imaginarse candidatas mejores, como e.g.:

(EIA2) “De conformidad con (la que debe ser tenida como) la manera correcta, todas las cosas consideradas, de identificar el conjunto normativo relevante S_j , S_j contiene a las normas N1 y N2, y ellas son (lógica/no lógicamente) incompatibles en relación al caso C_j ”.

¹³ Véanse Alchourrón, Bulygin 1971. Por ejemplo, dado un conjunto normativo compuesto por dos normas N1 (“Los ciudadanos deben pagar impuestos”, “ $C \rightarrow OT$ ”) y N2 (“Los campesinos pueden no pagar impuestos”, “ $F \rightarrow P \neg T$ ”), el conjunto contiene una antinomia para el caso de ciudadanos que son también campesinos (o de campesinos que también son ciudadanos): $C \& F \rightarrow OT \& P \neg T$.

¹⁴ Sobre antinomias no lógicas véase, e.g., Chiassoni 2011: cap. IV. Haré algún comentario acerca de estas nociones *infra*, § 3.3.B, al tratar los sistemas normativos retóricos y con las variantes de criterios de compatibilidad que ellos pueden adoptar.

(EIA3) “La relación jurídicamente correcta entre las normas N1 y N2 del conjunto normativo adecuadamente identificado SJ_j , respecto del caso C_j , es (cuenta como) una relación de incompatibilidad (lógica/no lógica)”.

Los *enunciados de identificación de jerarquías*, por último, establecen el orden de rango entre dos normas previamente identificadas, estableciendo cuál de las dos normas, si alguna, es superior a la otra. En su modo simple, los enunciados de identificación de jerarquías asumen la siguiente forma:

(EIJ1) “La norma N1 es superior (inferior/equivalente) a la norma N2”.

Pueden pensarse también formas menos elípticas y pragmáticamente más adecuadas:

(EIJ2) “La norma N1 es (cuenta como) superior/inferior/equivalente a la norma N2, siendo esa la relación acorde al (que debe ser tenido por) el criterio de jerarquía correcto CJ_j , todas las cosas consideradas”.

(EIJ3) “La relación institucional jurídicamente correcta entre la norma N1 y la norma N2 es H_i (i.e. N1 es superior a N2), siendo esa relación acorde al (que debe ser tenido por) el criterio de jerarquía correcto CJ_j , todas las cosas consideradas”¹⁵.

Tal como las formas (EIJ2) y (EIJ3) demuestran, los enunciados de identificación de jerarquías son también una variedad –y a decir verdad, una muy importante– de enunciados de estatus institucional. La corrección del criterio de jerarquía empleado depende de la teoría acerca del ordenamiento jurídico que el jurista adopte. En ocasiones las jerarquías dependen de principios establecidos e indisputables que corresponden a (la que se considera generalmente) la “arquitectura objetiva” del sistema jurídico y a datos empíricos fácilmente verificables. Por ejemplo, en un estado constitucional, toda norma que (el intérprete haya previamente decidido) sea una norma constitucional es (“formalmente”) superior a toda otra norma que (el intérprete haya previamente decidido) pertenezca a la “legislación ordinaria”. Otras veces, en cambio, las jerarquías dependen más profundamente de las teorías de los juristas. Por ejemplo, en un estado constitucional, algunas normas constitucionales son (consideradas) superiores a otras normas constitucionales en virtud de ser (clasificables como) los principios “supremos” o “fundamentales” de la constitución¹⁶.

¹⁵ Por ejemplo, “De conformidad con el criterio axiológico, que es (debe ser admitido como) el criterio de jerarquía correcto todas las cosas consideradas, la norma P1, al ser un principio fundamental supremo, es superior a la norma P2, que es un principio constitucional ordinario”.

¹⁶ Sobre las doctrinas de juristas acerca de los “principios constitucionales supremos” véase, e.g., Guastini 2011a: 182-186.

2.2. Interpretación en sentido propio y en función cognoscitiva

Hay actividades de interpretación *en sentido propio* –en tanto la ejecución de ellas por parte de un agente constituye propiamente “interpretación del derecho”– que son, de todas maneras, de carácter *cognoscitivo*. Ellas no se ejecutan con el propósito inmediato de decidir alguna controversia sometida a decisión, como sucede en el caso de los jueces, ni tampoco con el de sugerir cómo un caso tal debería decidirse, para ser decidido correctamente, como sucede en el caso de juristas y abogados. Esas actividades procuran más bien a proporcionar información acerca de la *capacidad hermenéutica* de las disposiciones: conciernen a los significados de que las disposiciones *pueden* ser (leídas como) portadoras. Por consiguiente, ellas no son actividades de carácter práctico, decisorio y éticamente comprometido.

Los resultados de la interpretación cognoscitiva pueden ser concebidos como *enunciados conjeturales*. De hecho, como veremos dentro de poco, ellos procuran expresar suposiciones interpretativas valiosas desde un punto de vista cognoscitivo acerca de las disposiciones bajo consideración.

Parece útil distinguir tres variedades de enunciados conjeturales, que se corresponden a otras tantas variedades de actividad interpretativa conjetural. Ellos son: los *enunciados de conjetura metodológica*, que son los resultados de *interpretación metodológica conjetural*; los *enunciados de conjetura ideológica*, que son los resultados de *interpretación ideológica conjetural*; y, finalmente, los *enunciados creativos*, que son los resultados de *interpretación creativa conjetural*¹⁷. Los enunciados del primer tipo procuran construir el *marco metodológico* de los significados de una determinada disposición, los del segundo tipo procuran construir el *marco ideológico*, y los del tercer tipo el *marco de innovación metodológica*.

A. Interpretación conjetural metodológica

Los enunciados de *conjetura metodológica* delimitan el *marco metodológico* de los significados de una determinada disposición. Ellos identifican al conjunto de significados alternativos en los que la misma disposición puede ser traducida, sobre la base de las diferentes reglas de traducción (directivas interpretativas, métodos, técnicas, cánones) que, por hipótesis, pertenecen en efecto al acervo metodológico de la cultura jurídica del momento¹⁸.

¹⁷ “Interpretación creativa” es en ocasiones utilizado para hacer referencia a instancias radicales de (en mi terminología) interpretación textual, donde el intérprete traduce a la disposición en una norma que no pertenece a su marco metodológico de significados (véase, e.g., Guastini 2011a: 141-142). Sin embargo, una cosa es “inventar” un nuevo significado para una disposición, y otra distinta es traducir esa disposición en *ese* nuevo significado con el propósito práctico de decidir un caso sometido a decisión. Esta es la razón por la que presento a la interpretación creativa como una forma de interpretación conjetural, teórica, en sentido propio, y no como una variedad extrema de interpretación textual, práctica.

¹⁸ Claramente, la presente noción de interpretación metodológica conjetural constituye un intento

Los enunciados de conjetura metodológica son el resultado de una actividad compleja que tiene el carácter de experimento hermenéutico¹⁹. Sobre la base de la información recogida a partir de la experiencia jurídica, el experimento procura indagar sobre la capacidad hermenéutica de una determinada disposición. Esto se realiza por medio de un mecanismo experimental constituido por un proceso de tres pasos.

El primer paso concierne a la identificación de las reglas de traducción (directivas, métodos, técnicas, cánones) pertenecientes al acervo metodológico de la cultura jurídica del momento. Esta tarea requiere, para empezar, el desarrollo de una investigación sociológica por medio de la cual detectar qué métodos emplean y/o consideran viables jueces y juristas en sus escritos y opiniones. Ello puede también exigir proporcionar una reconstrucción precisa de los métodos disponibles, convirtiendo a las amplias e imprecisas reglas de traducción del discurso de los juristas (e.g.: “Interprete a las disposiciones de conformidad con el significado ordinario de las palabras”) en otras más precisas que son de hecho consideradas aplicables (e.g.: “Interprete a las disposiciones de conformidad con el significado literal de sus palabras y frases, tal como las hubiera entendido un lector ordinario del tiempo en que la ley se promulgó, considerando cada palabra y frase en su contexto lingüístico inmediato”).

En el segundo paso, el intérprete aplica seguidamente a la disposición bajo consideración cada una de las varias reglas de traducción identificadas y precisadas en el primer paso. Esto requiere de la identificación del conjunto (o conjuntos) de recursos interpretativos relacionados con cada regla de traducción. Al llevar a cabo la interpretación conjetural de la disposición, el intérprete debe asumir, por el bien del experimento, que cada una de las muchas reglas de traducción disponibles, cuando aplicada, deviene preferente respecto de toda otra. A efectos de la conjetura metodológica, los códigos interpretativos –que en la interpretación textual son conjuntos que abarcan habitualmente a una variedad de reglas metodológicas y de traducción– se reducen a una singular regla de traducción apropiadamente precisada²⁰.

El tercer y último paso consiste en la formulación del enunciado metodológico que expresa el resultado final de las operaciones precedentes. Los enunciados de conjeturas metodológicas pueden ser representados por medio de enunciados con forma disyuntiva e hipotética:

(ECM) “La disposición D_i expresa o bien la norma N_1 , si es interpretada de conformidad con la regla de traducción RT_1 y el conjunto de recursos interpretativos

por tomarse enserio y considerar las potencialidades teóricas de la idea kelseniana de “interpretación científica”. Véase Kelsen 1960: cap. VIII. Véase también Chiassoni 2019: cap. IV, § 2.

¹⁹ Un experimento hermenéutico puede considerarse una variedad de experimento mental. Con respecto a los experimentos mentales, véase e.g., Buzzoni 2004: 124-126, 265 ss.; Brown & Fehige 2011.

²⁰ Sobre los componentes de los códigos interpretativos, véase *supra* § 2.1.A; Chiassoni 2019: cap. II, § 4.

RI1, o bien la norma N2, si es interpretada de conformidad con la regla de traducción RT2 y el conjunto de recursos interpretativos RI2, o bien la norma ...”²¹.

B. Interpretación conjetural ideológica

Los enunciados de conjetura ideológica delinean el *marco ideológico* de significados de las disposiciones. Ellos identifican el conjunto de significados alternativos en los cuales una y la misma disposición puede ser traducida sobre la base de las visiones ideológicas acerca del derecho y la interpretación jurídica (axiologías, filosofías de la justicia, teorías normativas del estado y del orden jurídico, teorías normativas sobre el “auténtico” rol de los jueces, etc.) que, por hipótesis, están presentes en la cultura jurídica del momento. Por supuesto, algunas de las ópticas ideológicas serán, como cuestión de hecho social, dominantes o altamente influyentes. Ellas constituirán por ende el más relevante e interesante sujeto de investigación.

Los enunciados de conjetura metodológica, como hemos visto, prestan atención solamente a los dispositivos metodológicos, sin tener en cuenta la corrección sustancial y la aceptabilidad cultural de los resultados interpretativos que identifican. En contraste, los enunciados de conjetura ideológica tienen en cuenta también este aspecto ulterior al que otorgan un lugar privilegiado dentro de la indagación. En efecto, la idea de interpretación ideológica conjetural refleja la visión —totalmente razonable de conformidad con la cual la interpretación textual involucra dos ingredientes básicos adicionales además de los textos legales y las formas lógicas de razonamiento, a saber: valores éticos y técnicas retóricas. Los valores éticos, como componentes de las visiones ideológicas de los intérpretes, intervienen tanto en la selección del conjunto apropiado (jurídicamente correcto) de reglas interpretativas (a través de la regla de propósito) cuanto en la selección de la combinación apropiada (jurídicamente correcta) de recursos interpretativos.

El mecanismo experimental de las conjeturas interpretativas ideológicas consiste en un proceso de cuatro pasos.

El primer paso se dirige a identificar las visiones ideológicas presentes en la cultura jurídica del momento, o, al menos, las más influyentes, aun cuando lo sean por *succès de scandale*.

El segundo paso concierne a la identificación de los códigos interpretativos ideológicamente correctos: esto es, los códigos que, de conformidad con cada una de las varias visiones ideológicas previamente identificadas, los intérpretes deben emplear en vistas a interpretar al derecho correctamente.

El tercer paso se dirige a la interpretación conjetural de una determinada disposición sobre la base de los varios códigos ideológicamente correctos. Esto involucra

²¹ Sobre la interpretación conjetural metodológica, véase también Chiassoni 2019: cap. IV, § 2.

la identificación, para cada uno de los códigos a aplicar, del conjunto (o los conjuntos) respectivo(s) de recursos interpretativos.

El cuarto y último paso se dirige a la formulación de enunciados de conjetura ideológica lo que constituye el resultado final de las operaciones previas. Éste puede ser representado, tal como hice respecto de los enunciados metodológicos, por medio de una forma lingüística disyuntiva e hipotética:

(ECI) “La disposición D_i o bien expresa la norma $N1$, si se la interpreta de conformidad con el código ideológicamente correcto $CIC1$ y el conjunto respectivo de recursos interpretativos $CRI1$, o bien la norma $N2$, si se la interpreta de conformidad con el código ideológicamente correcto $CIC2$ y el conjunto respectivo de recursos interpretativos $CRI2$, o bien la norma ...”.

Supóngase que un intérprete descubre que hay dos visiones ideológicas (influyentes) en una sociedad S : por ejemplo, una concepción mayoritaria (o “populista”) y una concepción liberal (o “individualista”) de la democracia constitucional. Él o ella puede descubrir también que cada una de las concepciones está comprometida con un determinado código interpretativo: por ejemplo, un código literal-intencional y un código literal-coherentista, respectivamente. Sobre esta base, puede conjeturar: (a) un código interpretativo más preciso y completo para cada una de las dos visiones, si fuera necesario; (b) el marco ideológico de significados correspondiente a cada una de las muchas disposiciones constitucionales, de conformidad con los códigos ideológicos previamente conjeturados²². Si los códigos ideológicos contienen reglas de traducción que ya forman parte del acervo metodológico tradicional de la cultura jurídica, los resultados de la interpretación conjetural ideológica constituyen un sub-conjunto de los resultados de la interpretación conjetural metodológica: el sub-conjunto de los significados que son, al mismo tiempo, metodológica e ideológicamente aceptables²³.

C. Interpretación por innovación metodológica

Por último, los *enunciados creativos* procuran identificar nuevos significados posibles para las disposiciones existentes. Estos significados son nuevos en la medida en que, por hipótesis, no pertenecen ni al marco metodológico ni al ideológico de significados de la disposición bajo consideración; ellos pueden ser identificados y puede argumentarse en su favor apelando a algún nuevo método interpretativo y a un conjunto de recursos interpretativo relacionado con él. Por esta razón, podemos entender a los enunciados creativos como vislumbrando un marco de significados que depende de la innovación metodológica o, en otros términos, como el fruto de

²² Sobre interpretación ideológica conjetural, véase Chiassoni 2019: cap. IV, § 2.

²³ Por supuesto, un significado aceptable desde la ideología Y puede ser inaceptable desde la ideología X .

una conjetura creativa. La forma de un enunciado creativo puede concebirse como:

(ECC) “Si la disposición D_i es interpretada de acuerdo al nuevo método M_j y con el conjunto de recursos interpretativos R_j , expresará la norma N_j , que constituye un nuevo significado para D_i ”.

Supóngase, por ejemplo, un intérprete conjeturando a qué nuevos significados podrían ser traducidas las disposiciones constitucionales si, en lugar de usarse los métodos tradicionales e ideológicamente aprobados hasta ese momento de interpretación literal e intencional, fueran interpretados de conformidad con el método de la “lectura moral” o de la “jurisprudencia de valores”. Claramente, estoy aquí interesado en la noción racional de interpretación creativa: una que se relaciona con la posibilidad de *argumentar* en favor del nuevo significado que se expone. Las creaciones antojadizas, al menos en principio, quedan fuera del ámbito del juego de la interpretación jurídica, tal como lo conocemos²⁴.

2.3. Interpretación en sentido impropio

Por último, las actividades interpretativas *en un sentido impropio* son tales que un agente que las lleva a cabo, hablando con propiedad, no “interpreta el derecho” realmente. En efecto, estas son actividades por medio de las cuales alguien o bien describe cómo otros agentes han interpretado cierta pieza del derecho, o hace predicciones acerca de cómo otros agentes la interpretarán, o bien formula prescripciones acerca de cómo otros agentes deberían interpretarla. Siguiendo a Giovanni Tarello, llamaré a estas actividades *interpretación-detección*, *interpretación-predicción* e *interpretación-prescripción*, respectivamente²⁵.

A. Interpretación-detección

El resultado de las actividades de *interpretación-detección* de disposiciones consiste en *enunciados de detección*.

Los *enunciados de detección singular* describen actos individuales de interpretación textual de disposiciones:

(EDS) “En la decisión judicial DJ_j , el juez J_i (e.g., la Corte de apelación de Oro Negro), interpretó que la disposición D_i expresa la norma $N1$ ”.

Los *enunciados de detección general*, por el contrario, son resultado de generalizaciones y procuran describir tendencias interpretativas pasadas:

²⁴ Sobre interpretación creativa, véase también Chiassoni 2019: cap. IV, § 2.

²⁵ Tarello 1980: cap. 2.

(EDG) “En el arco de tiempo $T_i - T_1$ (e.g.: desde 1980 hasta la actualidad), los jueces J_o (e.g.: los jueces de apelación del país, las cortes de condado, los jueces de la corte suprema) han interpretado siempre la disposición D_i como expresiva de la norma $N1$ ”.

B. Interpretación-predicción

El resultado de las actividades de *interpretación-predicción* de disposiciones consiste en *enunciados predictivos*.

Los *enunciados predictivos singulares* predicen actos individuales de interpretación textual de disposiciones.

(EPS) “Para la decisión del caso individual C_i , hay una probabilidad P_i (e.g.: de más de un 80%) de que el juez J_i (e.g., la Corte de apelación de Oro Negro) interpretará a la disposición D_i como expresando la norma $N1$ ”.

Por el contrario, los *enunciados de predicción general* procuran predecir tendencias interpretativas futuras.

(EPG) “En relación con el arco de tiempo futuro F_o (e.g.: por los próximos dos años), hay una probabilidad P_i (e.g., de más de un 80%) de que los jueces J_o (e.g., los jueces de apelación del país) interpreten a la disposición D_i como expresando la norma $N1$ en la clase de casos C ”.

C. Interpretación-prescripción

Por último, el resultado de actividades de interpretación prescriptiva de disposiciones consiste en *enunciados prescriptivos*.

Los *enunciados prescriptivos singulares* conciernen a actos individuales de interpretación textual:

(EPrS) “La disposición D_i debe ser interpretada por el juez J_i (e.g., la Corte de apelación de Oro Negro) como expresando la norma $N1$ a los efectos de decidir el caso individual C_i ”.

Los *enunciados prescriptivos generales*, en cambio, conciernen a clases de actos interpretativos:

(EPrG) “La disposición D_i debe ser interpretada por los jueces J_o (e.g., los jueces de apelación del país) como expresando la norma $N1$ en la clase de casos C ”.

De conformidad con el rol institucional del intérprete, los enunciados prescriptivos pueden tener carácter imperativo o normativo (piénsese en la corte suprema dirigiendo una prescripción tal a una corte inferior), o bien carácter de consejo o

recomendación, tal como es el caso de los enunciados prescriptivos de juristas, allí donde sus opiniones no son parte de las fuentes formales del derecho y, por tanto, no resultan jurídicamente vinculantes para jueces y ciudadanos en general²⁶.

Fornidos de la precedente reconstrucción del discurso interpretativo, entendido en términos amplios, como hemos visto, podemos finalmente abordar el problema acechante al que se aludió al inicio.

Cuando los juristas y los filósofos del derecho sostienen que hay, o puede haber, interpretaciones “verdaderas” (o “falsas”), ellos refieren por lo común a “proposiciones de derecho”²⁷, “declaraciones interpretativas”²⁸, “juicios interpretativos”, “proposiciones interpretativas” o “tesis interpretativas”²⁹, tratándolas como entidades susceptibles de verdad.

Estas entidades corresponden, a grandes rasgos, a lo que he presentado aquí como resultados de las actividades de interpretación textual y metatextual (*supra* §§ 2.1 y 2.2). En efecto, ellas son “proposiciones” (“declaraciones”, “juicios”, “tesis”, etc.) que los jueces y juristas formulan toda vez que, en vistas a cumplimentar sus tareas profesionales, “determinan” lo que el derecho exige para determinado asunto interpretando las disposiciones constitucionales, legales o regulatorias pertinentes –por cierto, también a la luz de prácticas consuetudinarias, opiniones judiciales y

²⁶ El conjunto de nociones de este texto constituye una revisión de Chiassoni 1999a: 21 ss.; Chiassoni 2011: cap. II.

²⁷ Ronald Dworkin ve a las «propositions of law» –e.g., que “El derecho prohíbe a los Estados la denegación a cualquier persona de la igual protección de las leyes en los términos de la XIV enmienda”, “El derecho no prevé compensación por daños provocados por compañeros dependientes”, “El derecho exige a Acme Corporation que compense a John Smith por los daños por él sufridos en su trabajo durante el pasado mes de febrero”– como entidades susceptibles de ser verdaderas o falsas. Las “proposiciones de derecho” de Dworkin no son, cabe advertir, *proposiciones normativas* genuinas, i.e. enunciados empíricos verdaderos o falsos *acerca* de normas existentes (von Wright 1963: 105-106). Ellas son, más bien, enunciados *que expresan normas* («normative claims»): normas individuales o generales, normas explícitas o implícitas, que son propuestas, invocadas, usadas, aplicadas cual “verdaderas” en conexión con el sistema jurídico. La naturaleza de esas “proposiciones” es, más precisamente, la de normas generales o individuales identificadas por medio de interpretación constructiva. En efecto, Dworkin lo deja en claro: «De acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones de derecho son verdaderas si ellas *figuran entre*, o *se siguen de*, los *principios de justicia, equidad y debido proceso que constituyen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad*» (Dworkin 1986: 4-5, 225, cursivas propias; véase también Dworkin 2006: 14-15). Posiciones similares sostienen Patterson 1996, y, respecto de la «objetividad» del derecho, Stravopoulos 1996.

²⁸ Véase, e.g., Aarnio 1981: 423-448, ocupándose de la «verdad» de las «declaraciones interpretativas en la dogmática jurídica». De acuerdo con Aarnio, los enunciados interpretativos son el resultado de la interpretación de textos jurídicos, a la que Aarnio caracteriza como la actividad consistente en «aferrar el contenido de significado del texto», y tienen la forma: «el contenido del texto jurídico es tal o cual». Claramente, el jurista que profiere un tal enunciado interpretativo proclama que “tal o cual” es *el* significado correcto del texto legal. Por consiguiente, cuando Aarnio habla de “declaraciones interpretativas” de los juristas está haciendo referencia a lo que yo llamo aquí “enunciados interpretativos”.

²⁹ Véase Diciotti 1999: 91 ss., 103 ss., 152 ss., 185 ss., 283 ss.

obras doctrinales. Desde la óptica de algunos juristas y filósofos del derecho, (lo que aquí llamo) enunciados interpretativos y enunciados de integración son, por tanto, entidades susceptibles de verdad.

Este modo de ver suscita algunas preguntas: ¿Están ellos en lo correcto? ¿Qué verdad tienen ellos en mente cuando pretenden que las “proposiciones interpretativas” son susceptibles de verdad? ¿Qué verdad puede ajustarse a esas entidades? ¿Qué condiciones de verdad pueden tornarlas verdaderas? En vistas a proporcionar una respuesta a estas preguntas se requiere de una breve incursión en el imponente territorio de la verdad.

3. Verdad

En el pasaje de apertura de su conferencia de despedida, *¿What Is Justice?*, Hans Kelsen recuerda una escena del evangelio de Juan (18:38):

Jesús de Nazaret, al ser interrogado por el gobernador romano, admitió ser un rey, más agregó: “Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo, para dar testimonio de la verdad”. Pilato preguntó entonces: “¿Qué es la verdad?”. Es evidente que el incrédulo romano no esperaba respuesta al interrogante: ni el Justo, de todos modos, la dio. Lo fundamental de su misión como rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. Jesús había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa justicia que deseaba se realizara en el reino de Dios. Y por esa justicia fue muerto en la cruz³⁰.

Con esta invocación de la escena evangélica, Kelsen nos recuerda que la palabra “verdad” puede ser usada de muchos modos diferentes. Prácticamente, para referir a cualquier cosa valiosa que haya en el cielo o en la tierra³¹. Él sugiere también que, para empezar, sería posible adoptar una estrategia reduccionista (o, más bien, eliminacionista) respecto del problema de la relación entre verdad e interpretación jurídica. Si entendemos “verdad” solo como uno de los nombres de la justicia, el problema acerca de si las interpretaciones pueden ser “verdaderas” se convierte en el problema relativo a si las interpretaciones son, o pueden ser, entidades susceptibles de justicia: i.e., si ellas pueden ser “justas” o “acordes a la justicia”. Además, si suscribimos adicionalmente, siguiendo a Kelsen, el no-objetivismo y no-cognoscitivismo (“escepticismo”) como concepción metaética (lo cual, aun siendo sumamente razonable, resulta todavía odioso a muchos académicos y a mucha gente

³⁰ Kelsen 1957b: 1. La escena roza lo exitoso en la literatura acerca de la verdad. Véase también Austin J.L. 1950: 85.

³¹ Esto es también lo que nos dice la *Oda a una urna griega* de John Keats: «Cuando la vejez a nuestra generación consume,/ sobrevivirás entre la angustia de otros,/ tú, amiga de los hombres, a los que siempre dices: “La belleza es verdad, y la verdad belleza, – Todo eso y nada más habéis de saber en la tierra”».

en general³²), el problema de la verdad en la interpretación jurídica cambia por completo de carácter. De ser un problema epistémico al menos *prima facie*, i.e. un problema acerca del alcance del conocimiento objetivo en la interpretación jurídica, pasa a ser una cuestión práctica. Es decir, se convierte en el problema de tomar partido dentro de un campo caracterizado por una pluralidad de visiones políticas, jurídicas y morales en competencia: un campo típicamente cargado de conflictos de intereses materiales y espirituales entre individuos y grupos involucrados en una interminable búsqueda de su propia felicidad social bajo condiciones de escasez.

Supongamos, de todos modos, que optamos por *no* suscribir la estrategia reduccionista (o eliminacionista) que Kelsen sugiere. Si no lo hacemos, cabe notar, se presenta rápidamente una opción ulterior. Se trata de la opción entre dos variedades de pluralismo alético: el pluralismo alético austero y el pluralismo alético amplio, como los denominaré. El pluralismo alético austero admite dos (y solo dos) nociones de verdad: la verdad empírica y la verdad formal. El pluralismo alético amplio, por el contrario, admite (en la reconstrucción que adoptaré a fines de este trabajo) cuatro nociones de verdad: además de la verdad empírica y de la verdad formal, también abarca a la verdad pragmática y a la verdad sistémica. Si, con ánimo experimental y tentativo, decidimos adoptar la posición del pluralismo alético amplio y dejamos de lado a la verdad formal, podemos contemplar tres nociones de verdad que, al menos *prima facie*, parecen ajustadas para ser aplicadas al campo de la interpretación jurídica. Se trata de la verdad empírica, de la verdad pragmática y, por último, de la verdad sistémica³³.

³² Sobre este punto es menester no olvidar algunas palabras áureas de Eugenio Bulygin (Bulygin 2009: 89-90).

³³ Asumo que la verdad formal abarca a su vez a dos variedades: la verdad analítica y la verdad lógica. La primera depende del significado de los términos descriptivos que componen un enunciado. Por ejemplo, el enunciado “Todos los solteros son hombres no casados” es analíticamente verdadero en español, porque “soltero” significa “hombre no casado”. La segunda depende del significado de los términos lógicos (“y”, “o”, “no”, etc.) y de la estructura de los enunciados. Por ejemplo, todo enunciado complejo de la forma “ $A \vee \neg A$ ” (“Llueve o no llueve”) es lógicamente verdadero, mientras que todo enunciado de la forma “ $A \& \neg A$ ” (“Llueve y no llueve”) es lógicamente falso. Los resultados interpretativos, como entidades discursivas, son susceptibles de verdad y falsedad formal, ya que pueden ser tautológicos o contradictorios. El pluralismo alético austero, sea dicho de paso, es lo que caracteriza al positivismo lógico y a la epistemología empirista. Véanse e.g., Ayer 1952; von Wright 1951. Sobre el pluralismo alético (amplio), véase e.g.: Pedersen, Wright C.D. 2012: «'El pluralismo acerca de la verdad' refiere a la tesis según la cual hay más de un modo de ser verdadero»; Pedersen, Wright C.D. 2013: cap. 1; Wright C. 2013: cap. 7; Wright C. 2001: 751-787; Lynch 2001a: 723-749; Lynch 2009: 1-6, 159 ss. Al poner el foco de atención en la verdad empírica, pragmática y sistémica, dejo de lado al menos a una cuarta candidata: la así llamada concepción (o teoría) de la verdad como consenso. En términos muy rudimentarios, ella sostiene que una tesis teórica o práctica cualquiera es verdadera toda vez que impone el asentimiento universal por parte de agentes racionales en un contexto ideal de reflexión. De todos modos, hay dos razones por no tomarla en consideración. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el mismo Jürgen Habermas, acaso el más prominente defensor de la concepción consensual de la verdad en la filosofía contemporánea, a partir de la última parte de la década del '90 comenzó a distinguir

3.1. Verdad empírica

La verdad empírica consiste en la corrección de una información en relación con la experiencia. Hay tres tipos de entidades discursivas susceptibles de ser empíricamente verdaderas. Ellas son los enunciados descriptivos singulares, los enunciados predictivos singulares (que, como veremos, son un tipo de enunciados descriptivos), y los enunciados teóricos.

Los *enunciados descriptivos singulares* son resultado de observar o de experimentar cierto evento, hecho, cosa, estado de cosas, conducta, etc., actual e individual; o bien del recordar algún evento, hecho, cosa, estado de cosas, conducta, etc., individual, que ha sido observado o experimentado en el pasado. Los enunciados descriptivos singulares poseen, por consiguiente, un enlace directo con la experiencia: ellos refieren a hechos o eventos singulares espacial y temporalmente, que han sido observados o experimentados por el agente que los articula. Por ejemplo: el número de participantes en la reunión C (“Asociación Deportiva Gloriosos Bailadores de Chacarena Serrana”) en T_i (2 de enero de 2017) y L_i (Fuente Ovejuna); la conducta de la señora Y (Madame Pérignon) en T_j (14 de julio de 1789) y L_j (La Brède); el color de la toga del Sr. X (Edward Coke) en T_o (2 de enero de 1630), L_o (Londres); las propiedades organolépticas del vino W (Dom Rujélio) en la botella B (n. 1536/17) en T_p (14 de junio 2018), L_p (Castagnole Monferrato); la erupción de 1944 del Vesubio, etc. Tal como dijera Aristóteles, estos enunciados son verdaderos (E-verdaderos), si, y sólo si, las cosas son (eran) tal como ellos dicen que son (eran); ellos son falsos (E-falsos), por el contrario, si, y sólo si, las cosas no son (eran) tal como ellos dicen que son (eran)³⁴. Dejando de lado cualquier forma de escepticismo, idealismo

entre, por un lado, la «verdad» de enunciados descriptivos, lo cual depende del mundo objetivo, y, por el otro lado, la «corrección normativa» o «validez deontológica» de los juicios y normas morales, lo cual depende de su justificabilidad a la luz del “discurso de principio” («Una regla de acción o elección está justificada, y es entonces válida, solo si todos aquellos afectados por esa regla o elección pueden aceptarla en un discurso razonable»: Bohman, Rehg 2014: § 3.4; véase Habermas 1999: cap. 6). En segundo lugar, si nos detenemos a reflexionar acerca de la razón por la cual un agente racional podría tener que aceptar una regla de acción o elección como “normativamente correcta” o “deontológicamente válida”, esto tendrá que ver probablemente con que la regla o elección sea acorde con sus principios prácticos últimos y/o sus objetivos preferenciales: con los principios y valores que él o ella considera, en última instancia, valiosos, coincidiendo en esto con los demás. Un agente racional no puede aceptar algo simplemente porque los demás lo aceptan. Esto lo tornaría un ser irracional que, como un cordero, va hacia donde vaya el rebaño. Cabe concluir, por lo tanto, que la concepción consensual de la verdad, o bien de la corrección normativa o validez deontológica, lejos de ser una concepción conceptualmente independiente, parece reducible a una variedad de corrección sistémica o pragmática. En vistas a “establecer el tono” del pluralismo alético amplio, puede resultar fecundo traer a colación una observación de Alfred Tarski: «En la literatura filosófica moderna se discuten también otras concepciones y teorías de la verdad [además de la teoría semántica o de la correspondencia clásica, ndr], como la concepción pragmática o la teoría de la coherencia. Estas concepciones parecen tener carácter exclusivamente normativo y tienen poca conexión con el uso actual del término “verdadero”» (Tarski 1969: 64; Tarski 1944: 348-349).

³⁴ En las bien conocidas palabras de Aristóteles: «Decir de lo que es, que no es, o de lo que no es,

y postmodernismo, se asume que las cosas –eventos, estados de cosas, actos, etc.– fungen de condiciones de verdad que existen independientemente de las creencias, preferencias e interpretaciones de aquellos que profieren enunciados descriptivos.

Los *enunciados predictivos singulares* son el resultado de indagaciones cognoscitivas anticipatorias. Ellos dependen de la observación de fenómenos empíricos, de la memoria y del razonamiento inductivo. Ellos establecen que, teniendo en cuenta lo que ha sido el caso en el pasado, es probable que tal o cual cosa sea el caso en un determinado momento futuro: hay *aquí y ahora* una cierta probabilidad (pongamos, el 80%) de que cierto evento ocurrirá en un momento futuro (e.g., que lloverá o nevará mañana; que el volcán hará erupción dentro de quince días, etc.)³⁵.

Los *enunciados teóricos*, por último, incluyen entidades discursivas tales como leyes físicas, máximas de experiencia, enunciados descriptivos generales, enunciados que procuran explicar fenómenos complejos, etc.³⁶. No poseen relación directa con la experiencia. Su verdad depende directamente de su conformidad (“coherencia”) con otras entidades lingüísticas: en última instancia, con un cierto conjunto de enunciados descriptivos singulares; y solo de un modo mediato depende de la experiencia³⁷.

En suma: en lo que a los enunciados descriptivos singulares concierne, la verdad empírica consiste en la conformidad (“correspondencia” o “ajuste”) entre, por un lado, el enunciado (“las palabras”) y, por el otro, la experiencia (“el mundo”), en el sentido que ya Aristóteles elucidaba³⁸. En lo que a los enunciados predictivos singulares concierne, ellos son empíricamente verdaderos si la probabilidad del evento futuro corresponde a una realidad, a un estado de cosas, reconstruidos a partir de un conjunto adecuado de enunciados descriptivos y teóricos³⁹. En lo que

que es, es falso [...], y decir de lo que es, que es, o de lo que no es, que no es, es verdadero» (Aristóteles, *Metaphysica*, 1011b, 25-26). El pasaje de Aristóteles suele ser considerada una de las más antiguas y claras formulaciones de la concepción ordinaria o clásica de la verdad. Tarski parte de allí para obtener, con la ayuda de las técnicas de la lógica contemporánea, «una más precisa explicación de la concepción clásica de la verdad, una que pueda sustituir a la formulación aristotélica preservando sus intenciones básicas». El resultado de la reconstrucción de Tarski es, como se sabe, «la equivalencia de la fórmula (T): «(T) X es verdadero si, y sólo si, p», estando “p” por cualquier enunciado en un lenguaje, y “X” por el nombre del mismo enunciado («El enunciado “la nieve es blanca” es verdadero si, y sólo si, la nieve es blanca»: Tarski 1969: 64 ss.; Tarski 1944: 334-336; Quine 1986: 35-46).

³⁵ Sobre este punto, véase von Wright 1951: 13-15.

³⁶ Ley física: “El agua hierve a los 100° C”; regla de experiencia: “Los homicidas siempre regresan a la escena del crimen”; enunciado descriptivo general: “Los cuervos son negros”; enunciado explicativo de un fenómeno complejo: “El derecho se compone de normas”.

³⁷ Desde esta perspectiva, la noción de verdad como coherencia y la noción de verdad como correspondencia no representan el núcleo de dos teorías opuestas e irreconciliables de la verdad. La oposición surge allí donde la idea de coherencia es parte de una concepción idealista de la verdad. Sobre este punto, véase Quine 1987b: 212 ss.

³⁸ Russell 1912: cap. 12; Russell 1940: cap. 21; Tarski 1944: 333-334.

³⁹ En el texto, como el lector ha seguramente podido ver ya, entiendo por enunciados predictivos

a los enunciados teóricos concierne, finalmente, la verdad empírica depende de su conformidad (“coherencia”) con otros enunciados: del “ajuste” entre el enunciado que los expresa (“sus palabras”) y otros enunciados (“otras palabras”), que incluyen enunciados descriptivos singulares empíricamente verdaderos⁴⁰.

3.2. Verdad pragmática

La verdad pragmática consiste en la utilidad para la práctica: en la adecuación instrumental, de medio a fin, en relación con un conjunto de fines previamente definidos⁴¹.

Pueden individualizarse dos grupos heterogéneos de entidades discursivas susceptibles de verdad pragmática. Ellas son: los *enunciados teóricos*, que pertenecen al reino del conocimiento empírico y la investigación científica; los *enunciados prácticos* que, en contraste, pertenecen al reino de la ética normativa.

Los *enunciados teóricos* –tesis empíricas y (piezas de) teorías científicas– son pragmáticamente verdaderos (P-verdaderos), si, y sólo si, operan exitosamente como herramientas para mejorar la condición humana. En particular, si proporcionan piezas de información que ayudan a los seres humanos a mejorar su situación, a remover obstáculos, a disipar incertezas. El éxito de una tesis empírica o de una teoría científica se mide por la fiabilidad de las previsiones que ella pueda sugerir a los agentes, en conexión con los fines existenciales de estos últimos⁴².

singulares a enunciados de la forma “Es probable (aquí y ahora) que *f* ocurrirá en el tiempo *t*” o, de modo menos preciso, “*f* ocurrirá probablemente en el tiempo *t*”. Esta es la forma que sugiere von Wright 1951: 13-31; von Wright 1984b: 1-13. De todos modos, ellos pueden ser entendidos también como proposiciones acerca de futuros contingentes, de la forma “*f* ocurrirá en el tiempo *t*” (“Mañana habrá una batalla naval”). En ese caso, ellos pueden considerarse sujetos a un doble control: una verificación *ex ante* en términos de adecuación del sustento empírico y teórico, y, consiguientemente, una verificación *ex post* en términos de acacimiento empírico. Véase, e.g., MacFarlane 2003: 321-336.

⁴⁰ Quine 1987b: 212 ss.; Quine 1986: 5-6.

⁴¹ Sobre las teorías pragmáticas de la verdad, véase, e.g., Lynch 2001: Parte III.

⁴² De conformidad con un pasaje de John Dewey, las ideas y teorías son verdaderas si ellas son «instrumentales para una reorganización activa de un determinado ambiente, para la remoción de cierta perplejidad o problema específico [...] La hipótesis que funciona es la *verdadera*» (J. Dewey, *Reconstruction in Philosophy*, 1920, 156, citado por Davidson 2005: 8, nota 3). Burgess, A.G., Burgess J.P. 2011: 3, caracteriza a la «teoría pragmatista o utilitaria» de la verdad, entre las «teorías tradicionales», como sosteniendo que «una creencia es verdadera si es útil en la práctica». Sin embargo, Dewey concebía también «verdades» como «conservación de los mejores métodos disponibles para la indagación y comprobación respecto de cuestiones de hecho; métodos que, cuando se acomunan bajo un nombre singular, son ciencia» (J. Dewey, *Experience and Nature*, 1958, 410, citado por Davidson 2005: 7, nota 1). Además, él manifestó también su asentimiento respecto de la idea de Peirce acerca del acuerdo universal e ideal como criterio de verdad: «La mejor definición de *verdad* desde el punto de vista lógico de la que he tomado conocimiento es la de Peirce: “La opinión destinada a ser acordadamente suscripta en última instancia por todos quienes investigan es lo que entendemos por verdad”» (J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, 1938, 58, citado por Davidson 2005: 8, nota 3).

Los *enunciados prácticos* –juicios morales, precedentes judiciales, normas generales de moralidad positiva, principios jurídicos, etc.– son pragmáticamente verdaderos (P-verdaderos), si, y sólo si, son instrumentalmente adecuados para lograr o alcanzar cierto conjunto de fines previamente identificados como éticamente valiosos. Por ejemplo, el juicio moral singular “Es justo derrocar al tirano Tito” es pragmáticamente verdadero (P-verdadero), si, y sólo si, por hipótesis, el derrocamiento de Tito producirá probablemente consecuencias éticamente más favorables (valiosas) que desfavorables (dis-valiosas): por ejemplo, el derrocamiento maximizará la libertad política de la gente, y ese fin es, por hipótesis, nuestro fin selecto y privilegiado. Del mismo modo, la norma general de moralidad política “Los tiranos deben ser derrocados” es pragmáticamente verdadera (P-verdadera), si, y sólo si, por ejemplo: puede fiablemente predecirse que, a partir de la adopción y aplicación constante de esa norma, se seguirá una situación en que se garantizará la mayor libertad política para el mayor número de gente en el mundo; la consecución de un tal resultado se asume como moralmente valiosa y deseable. Cuando empleado en conexión con enunciados prácticos como los recién considerados, la noción pragmática de verdad (P-verdad) promueve la evaluación racional de normas y de juicios de valor éticos: su evaluación desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, o la de medio a fin.

3.3. Verdad sistémica

La verdad sistémica consiste en la adecuación de parte-a-todo: en la compatibilidad en relación con un “todo” o “sistema” previamente identificado. Los sistemas son conjuntos de entidades (ideas, creencias, enunciados, proposiciones, normas, etc.) que se mantienen unidos en virtud de algún criterio sistemático. Los criterios sistemáticos consisten, por ejemplo, en la derivación lógica a partir de un conjunto de enunciados primitivos (como, e.g., los axiomas de la geometría euclidiana, las normas independientes de un sistema normativo, ciertos enunciados observacionales), o bien en la compatibilidad lógica (coherencia) o no lógica (consistencia)⁴³. Puede considerarse que cada una de estas propiedades se corresponde con otros tantos criterios de verdad sistémica. Por ejemplo, de conformidad con el criterio de la derivación lógica, un enunciado es sistemáticamente verdadero (S-verdadero), i.e. posee la propiedad de adecuación de la parte al todo, si, y sólo si, se deriva lógicamente de los enunciados primitivos del sistema por medio de las reglas de inferencia del sistema. Análogamente, de conformidad con el criterio de la coherencia, un enunciado es sistemáticamente verdadero (S-verdadero), i.e. posee la propiedad de

⁴³ Como veremos dentro de un momento, la consistencia (compatibilidad no lógica) se presenta en varios modos, entre los que se cuentan la compatibilidad instrumental, la compatibilidad teleológica y la compatibilidad axiológica.

adecuación de la parte al todo, si, y sólo si, es lógicamente compatible con los otros enunciados pertenecientes al sistema. Por último, de conformidad con el criterio de la consistencia, un enunciado es sistemáticamente verdadero (S-verdadero), i.e. posee la propiedad de adecuación de la parte al todo, si, y sólo si, es no-lógicamente compatible con los otros enunciados pertenecientes al sistema⁴⁴.

Parece fecundo echar un vistazo a cómo la noción de verdad sistémica puede funcionar en relación con *sistemas normativos*: i.e., con sistemas que incluyen normas de conducta. Merece la pena distinguir dos variedades: sistemas normativos deductivos y sistemas normativos retóricos.

A. Sistemas normativos deductivos

Un sistema normativo deductivo presenta las siguientes características⁴⁵.

1. Está compuesto de tres conjuntos de enunciados (dejando de lado las reglas de formación): normas primitivas, reglas de transformación y normas derivadas.
2. Las normas primitivas son normas de conducta que constituyen la base axiomá-

⁴⁴ Como surge del texto, la noción de verdad sistémica que aquí estoy empleando es parasitaria de la noción de verdad como coherencia, aunque procura ser más amplia que ella. En efecto, un sistema puede ser identificado por medio de alguna propiedad que no se remonte a la consistencia o a la coherencia. Un sistema puede consistir, por ejemplo, en la totalidad de las consecuencias lógicas de un cierto conjunto finito de axiomas (sobre este punto, en lo que a los sistemas normativos respecta, véase Alchourrón, Bulygin 1975: 85-86). En ese caso, si la base axiomática del sistema contiene enunciados incompatibles, un enunciado puede ser "verdadero" desde el punto de vista de su derivación lógica a partir de los axiomas del sistema, y ser al mismo tiempo incompatible con algún elemento del sistema (en lo que a los sistemas normativos concierne, Caracciolo 1988: 59). Una teoría coherentista de la verdad sostiene que «Una creencia es verdadera si es coherente con otras ideas (Burgess A.G., Burgess J.P. 2011: 3). De acuerdo con Otto Neurath y Carl G. Hempel «una proposición es "verdadera" dentro de un sistema dado si es consistente con el resto del sistema, pero es posible que haya otros sistemas, inconsistentes con el primero, en los cuales la proposición en cuestión será falsa» (Russell 1940: 140, donde él aclara también que la variedad «hegeliana» de la teoría coherentista de la verdad sostiene, en contraste, que «solo un cuerpo de proposiciones mutuamente coherentes es posible»). En relación con las teorías coherentistas de la verdad, véanse, e.g., Lynch 2001: Parte II; Young 2013.

⁴⁵ A efectos de esta noción de sistema normativo deductivo me he inspirado en la idea de sistema deductivo axiomático delineada en Alchourrón, Bulygin 1975: cap. IV. Hablando de la base de un sistema normativo, Alchourrón y Bulygin sostienen que ella puede estar constituida por enunciados «contenidos» en un código o en una ley, u «obtenidos» a partir de decisiones judiciales, o incluso «provenientes del Derecho Natural» (Alchourrón, Bulygin 1975: 98). Además, ellos sostienen no estar sugiriendo que las normas equivalen a enunciados normativos, esto es, a «entidades lingüísticas», sino tan solo que las «normas», sea cual fuere su estatus ontológico, «pueden ser expresadas por medio del lenguaje» (Alchourrón, Bulygin 1975: 99, cursivas en el original). En los pasajes citados, ellos no parecen trazar una línea tajante entre normas y disposiciones normativas. Tal como veremos dentro de un instante, la distinción que trazo aquí entre sistemas normativos deductivos y retóricos depende, por el contrario, de distinguir netamente entre enunciados que son normas y enunciados que son disposiciones normativas, i.e., textos susceptibles de ser interpretados a expresar normas. Sobre esta distinción, véanse Conte 1957: 10; von Wright 1963: 93, quien distingue entre "normas" y "formulaciones normativas".

- tica del sistema. Piénsese, por ejemplo, en una base axiomática compuesta por los Diez Mandamientos –“No matarás”, “No desearás las cosas de los demás”, “No robarás”, “No darás falsos testimonios ni mentirás”, etc.– concibiéndolos *no* como un conjunto de *disposiciones normativas* que aguardan por interpretación textual (*supra* § 2.1.A), sino como un conjunto de *normas* (enunciados normativos significativos). Las normas primitivas son identificadas por un acto de estipulación (e.g., un acto de voluntad del legislador supremo moral, religioso o jurídico), y son susceptibles de verdad pragmática (entidades P-verdaderas).
3. Las reglas de transformación son reglas de inferencia deductiva. Ellas son, una vez más, resultado de estipulaciones (e.g., del legislador supremo moral, religioso o jurídico) y son, todavía una vez, susceptibles de verdad pragmática (entidades P-verdaderas)⁴⁶.
 4. Las normas derivadas son normas que, difiriendo de las normas primitivas, son consecuencias lógicas de estas últimas⁴⁷. Ellas son sistemáticamente verdaderas (S-verdaderas), si, y sólo si, derivan de las normas primitivas del sistema de conformidad con las reglas de transformación del sistema⁴⁸.

B. Sistemas normativos retóricos

Los sistemas normativos retóricos se componen de dos conjuntos de enunciados: disposiciones normativas y normas⁴⁹.

En cada momento determinado, las disposiciones normativas constituyen un conjunto finito de enunciados, normalmente establecidos por alguna autoridad ética –pién-

⁴⁶ Quienes piensan que las reglas de inferencia lógica son parte “necesaria” de todo sistema normativo impugnarán la afirmación que aquí formulo (véase, e.g., Kalinowski 1978). No tomaré aquí en cuenta su postura.

⁴⁷ El conjunto de las normas derivadas incluye también las normas primitivas, pues cada norma primitiva se deriva de sí misma. En el texto considero solo las normas derivadas (“propriadamente dichas”) que no coinciden con las normas primitivas, sino que derivan, o bien de la combinación de dos o más normas primitivas (lo que los juristas llaman “combinado dispuesto”), o bien de alguna norma primitiva en combinación con otra(s) premisa(s) identificada(s) conforme a las reglas de transformación. Sobre este punto, véase también la nota siguiente.

⁴⁸ Asísumase, por ejemplo, que entre las normas axiomáticas del sistema se encuentra la norma “Todos los hurtos de un valor de hasta de 39 chelines deberán ser castigados con trabajo social por un periodo superior a dos meses”; asísumase, además, que entre las reglas de transformación figuran el silogismo y la posibilidad de introducir cualquier asunción necesaria para hacer funcionar a esos esquemas inferenciales. Si un participante autorizado (pongamos, un juez) asume que “Todos los hurtos de un valor de £ 10 son hurtos de un valor de 39 chelines”, entonces se sigue la nueva regla de conformidad con la cual “Todos los hurtos de un valor de £ 10 deberán ser castigados con trabajo social por un periodo superior a dos meses”. El hecho de que, de acuerdo con el sentido y conocimiento comunes, un hurto del valor de £ 10 *no* equivalga a un hurto “de hasta 39 chelines de valor” sino a mucho más, es totalmente irrelevante respecto de la corrección sistemática de las normas derivadas.

⁴⁹ A lo largo de este escrito, asumo que las normas son entidades lingüísticas.

sese, por ejemplo, en los enunciados que configuran un código moral, religioso o jurídico. Las *disposiciones normativas* son los *enunciados primitivos* de un sistema retórico.

En contraste, las *normas* son *enunciados derivados*: son, más bien, *consecuencias retóricas* de disposiciones normativas. Su derivación de las disposiciones normativas no tiene en efecto carácter de demostración, aunque pueda ser presentada o reconstruida en forma de inferencia deductiva; sino que depende, más bien, de formas de razonamiento vueltas a persuadir de su corrección, haciendo apelo a reglas de transformación “evidentemente valiosas”, “aceptables” o “razonables”, que pertenecen directa o indirectamente al “reino de la retórica”, al dominio del “razonamiento retórico”⁵⁰.

Un *sistema normativo retórico* puede ser caracterizado, por tanto, como la combinación de un *conjunto finito de disposiciones normativas* con la *totalidad de las normas* que representan las *consecuencias retóricas* de ese conjunto finito de disposiciones. Alguna explicación adicional resulta conveniente.

1. Los enunciados primitivos de un sistema retórico, tal como he dicho hace un momento, no son normas sino (un conjunto finito de) disposiciones normativas. Éstas, dicho en términos algo rudimentarios, pueden ser de dos tipos: disposiciones sustanciales o disposiciones metodológicas.

Las *disposiciones sustanciales* son enunciados con potencialidad expresiva de normas sustanciales: relativas a los deberes, derechos, poderes, privilegios, etc., de sus destinatarios. Piénsese una vez más, por ejemplo, en los Diez Mandamientos –“No matarás”, “No desearás las cosas de los demás”, “No robarás”, “No darás falsos testimonios ni mentirás”, etc.– concebidos, sin embargo, *no ya* como un conjunto de *normas*, sino como un conjunto de *disposiciones normativas* a la espera de interpretación textual.

Las *disposiciones metodológicas* son enunciados con potencialidad expresiva de reglas de transformación del sistema retórico: esto es, de las reglas que intervienen en la identificación de las consecuencias retóricas de las disposiciones normativas del sistema. Nótese que la identificación de las reglas de transformación a partir de las disposiciones metodológicas queda necesariamente confiada a los intérpretes del sistema. Ninguna disposición se interpreta a sí misma; ni siquiera aquellas que procuran regular la interpretación. En consecuencia, la transformación de disposiciones metodológicas en reglas de transformación –lo que equivale a una pieza de traducción intra-lingüística (*supra* § 2.1.A)– depende en última instancia de las elecciones discrecionales, aunque no necesariamente arbitrarias, de los intérpretes. Y tales elecciones están fatalmente afectadas por consideraciones prácticas: principios éticos, preocupación por valores y resultados, sensibilidad a intereses materiales, etc.

⁵⁰ Sobre la relación entre derecho y retórica, véase por ejemplo Perelman 1979; Perelman 1982: 661-667; Tarello 1980: 85-99, 341-396; Gianformaggio 1983: 101-107; Chiassoni 1999: cap. V; Diciotti 2007: 28-42.

2. Cuando un agente actúa como participante en un sistema retórico, dos tipos básicos de reglas de transformación entran en juego (que ya hemos encontrado antes): las reglas de traducción y las reglas de integración.

Las reglas de traducción son instrucciones acerca de los modos apropiados de traducir disposiciones normativas en normas explícitas del sistema (véase *supra* § 2.1.A). Ellas prescriben, e.g., que “Las disposiciones normativas deben ser interpretadas de conformidad con el significado convencional de las expresiones”, “Las disposiciones deben ser interpretadas de conformidad con la intención original de sus autores”, “Las disposiciones deben ser interpretadas de conformidad con la naturaleza de las cosas”, “Las disposiciones deben ser interpretadas como expresando un conjunto eficiente de principios supremos optimizadores de la riqueza social”, etc.

Las reglas de integración, en contraste, son instrucciones acerca de los modos apropiados para enriquecer un sistema retórico por medio de la identificación de normas que constituyen componentes implícitos (véase *supra*, § 2.1.B). Entre ellas se incluyen típicamente reglas como, por ejemplo, “Los casos semejantes deben ser tratados del mismo modo”, “Los casos diferentes deben ser tratados diversamente”, “Las normas específicas deben ser consideradas instancias de principios implícitos subyacentes más amplios”, “*Expressio unius est exclusio alterius*”, “*Ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*”, etc.

3. Las reglas de transformación –reglas de traducción y de integración– determinan los criterios de verdad sistémica respecto de las normas de un sistema retórico. Una norma es sistemáticamente verdadera (S-verdadera), i.e., posee la propiedad de compatibilidad de la parte al todo, si, y sólo si, satisface los criterios de derivación retórica determinados por las reglas de transformación del sistema.
4. En aquellos sistemas retóricos que son los sistemas jurídicos, sucede típicamente que se entiende a la compatibilidad sistémica y a la derivación retórica, ya como coherencia lógica (por medio del “argumento” o “regla de la coherencia”), ya como consistencia instrumental, teleológica o axiológica (por medio del “argumento” o “regla de la consistencia”, que a menudo se confunden con los anteriores⁵¹). En tales casos, puede ocurrir que se considere que una norma jurídica sea sistemáticamente verdadera (S-verdadera), si, y sólo si, es coherente o consistente con las otras normas del sistema⁵². Una norma satisface

⁵¹ En el inventario de “argumentos interpretativos” formulado por Giovanni Tarello figura un tipo de “argumento de la coherencia” referido, en particular, a la coherencia lógica (Tarello 1980: cap. VIII). Sin embargo, en el discurso jurídico, “argumento de la coherencia” funge a menudo de rótulo para cualquier forma de justificación de una interpretación-producto (norma explícita) o de una integración-producto (norma implícita) que apele a valores racionales de coherencia, consistencia o congruencia (Chiassoni 2011: cap. 4).

⁵² Por cierto, es probable que el test de compatibilidad se aplique no ya al sistema retórico de normas en su totalidad sino, más bien, solo a un subconjunto definido de la totalidad de las normas del sistema al que los intérpretes y usuarios consideren más valioso o en una posición más elevada respecto

el requisito de compatibilidad como coherencia lógica, si, y sólo si, no es lógicamente incompatible, sea por contradicción o contrariedad, con alguna otra norma contextualmente considerada superior. Una norma satisface el requisito de compatibilidad como consistencia instrumental, si, y sólo si, la conducta que prescribe o el estado de cosas que constituye o promueve son los medios más eficientes para alcanzar los objetivos establecidos por otras normas del sistema. Por cierto, la misma norma *N* puede ser instrumentalmente compatible respecto de, pongamos, la norma *N1*, y, al mismo tiempo, ser instrumentalmente incompatible respecto de, por ejemplo, la norma *N2*. En estos casos, la compatibilidad puede solo lograrse estableciendo una prioridad de *N1* por sobre *N2*. Una norma satisface el requisito de compatibilidad en términos de consistencia teleológica, si, y sólo si, promueve un objetivo que puede ser perseguido sin afectar los objetivos promovidos por otras normas del sistema. Una vez más, esto puede no darse necesariamente respecto de cada una de las normas restantes del sistema. En tal caso, ha de resolverse un problema de compatibilidad. Finalmente, una norma satisface el requisito de compatibilidad como consistencia axiológica, si, y sólo si, respeta la misma escala de valores que refrendan las otras normas del sistema. La consistencia instrumental puede también ser usada como criterio para aquella suerte de “derivación material” de una norma a partir de otra norma que suele ser denominada “concretización”. La concretización consiste en la “derivación” de reglas de conducta bastante precisas a partir de principios. ¿Cómo puede esa “derivación” llevarse a cabo racionalmente? Una posibilidad es, precisamente, la de que las normas producto de la concretización mantengan una relación de consistencia instrumental con las normas concretizadas.

Dos aclaraciones resultan convenientes antes de concluir el presente (*de*)tour en el terreno de los sistemas normativos.

de la norma a evaluar. Tomando más o menos el mismo camino que Dworkin, Michael Lynch caracteriza a la verdad de las «proposiciones de derecho» («propositions of law») no ya en términos de correspondencia con una realidad independiente y objetiva («es improbable que ellas sean verdaderas en virtud de relaciones referenciales con objetos y propiedades independientes de la mente (*mind-independent*)»), sino en términos de coherencia («creemos que una proposición de derecho es verdadera cuando es coherente con sus fundamentos inmediatos y con los fundamentos de proposiciones conectadas por vía inferencial con ella. En suma, la verdad jurídica consiste en la coherencia con el conjunto del derecho»), y, más precisamente, siguiendo la idea de la *superassertibility* de Crispin Wright, en términos de “supercoherencia” («De modo que lo que quizás hace verdadera a una proposición de derecho es que ella es durable y continuamente coherente con el conjunto del derecho [...] En breve, podría ser que la verdad jurídica se realice como “supercoherencia” con el conjunto del derecho, pudiendo una proposición no poseer esta propiedad aun si es coherente con el derecho a corto plazo, o si es coherente con decisiones judiciales que luego son revocadas»): Lynch 2001a: 736, 737, 738. La idea de que la verdad, en el reino de la ética, es verdad “como coherencia” es casi un lugar común (véase por ejemplo Quine 1978: 63: «La ciencia, gracias a su ligamen con la observación, conserva algún título respecto de la teoría correspondientista de la verdad; pero la teoría coherentista pertenece evidentemente al destino de la ética»; Dorsey 2006: 493-523).

Primero, en la medida en que estén en juego sistemas normativos retóricos, la verdad sistémica, i.e., la compatibilidad de la parte al todo, se remonta a menudo a la compatibilidad material o sustantiva: una norma “encaja” en el sistema en virtud de su significado. Esto ocurre cuando la compatibilidad consiste en la coherencia o consistencia de una norma en relación con otras normas.

Segundo, “nuestros” sistemas jurídicos son sistemas mixtos. Su estructura exhibe típicamente los rasgos tanto de sistemas retóricos cuanto de sistemas deductivos. El rasgo que hace de los sistemas jurídicos ejemplos de sistemas retóricos consiste en el uso de las reglas de traducción y de las reglas de integración. El rasgo que hace de los sistemas jurídicos ejemplos de sistemas deductivos consiste en el empleo de formas de inferencia lógica: (a) para reconstruir y presentar la estructura lógica de un razonamiento interpretativo o integrativo; (b) para inferir normas generales de otras normas generales (e.g., por refuerzo de sus antecedentes o por medio de silogismos hipotéticos); (c) para inferir normas individuales de normas generales (por medio del *modus ponens*).

3.4. Notas de viaje

Habiendo viajado por el territorio de la verdad, es momento de reconsiderar brevemente lo que hemos visto.

La verdad empírica, la verdad pragmática y la verdad sistémica representan criterios heterogéneos de evaluación, adecuados respecto de entidades heterogéneas. La verdad empírica es la noción de verdad operativa tanto en interacciones lingüísticas ordinarias, de sentido común, concernientes a la descripción de hechos (situaciones, estados de cosas, conductas, etc.), cuanto en las ciencias naturales. La verdad pragmática pertenece al reino de la racionalidad instrumental, de medio-a-fin. La verdad sistémica, en la medida en que estén en juego sistemas normativos retóricos, es a menudo la compatibilidad material respecto de disposiciones y normas (normas sustantivas y reglas de transformación) del sistema, cuya identificación queda necesariamente confiada, tal como hemos visto, a la discreción, preferencia ética y visiones acerca del mundo de los intérpretes y usuarios del sistema.

Estas observaciones triviales sugieren que el pluralismo alético amplio suscribe una postura innecesariamente inflacionista de la verdad, paralela a un uso inflacionario del vocabulario de la “verdad”. Un pluralista austero, quien aceptaría solo a la verdad empírica y a la verdad formal, puede preguntarse por qué deberíamos hablar de “verdad pragmática” y de “verdad sistémica”, dado que podríamos recurrir, en cambio, a expresiones más directas y menos inapropiadas como “utilidad práctica”, “adecuación instrumental”, “compatibilidad”, “consistencia lógica”, “coherencia instrumental”, “coherencia teleológica”, etc.

No me pronunciaré acerca de quién tiene razón –aunque, desde la perspectiva

analítica, la postura del pluralismo austero parece preferible⁵³. De hecho, cualquier pronunciamiento resultaría ocioso. Cualquier perspectiva aceptemos acerca de la verdad, una verdad al respecto parece indisputable: hay diferencias claras y relevantes entre las nociones de verdad empírica (corrección de la información respecto de la experiencia, correspondencia con la experiencia), verdad pragmática (utilidad práctica, adecuación instrumental en relación a un conjunto de objetivos valiosos previamente definidos) y verdad sistémica (compatibilidad de la parte al todo respecto de un sistema previamente identificado). Al menos, podemos retornar hacia el problema del que hemos partido teniendo estas diferencias en mente.

4. El problema desentrañado

Recordemos cuál era el problema: ¿Tiene algo que ver la verdad con la interpretación jurídica? ¿Hay algún espacio para la verdad en el campo de la interpretación jurídica? Y en su caso ¿Cuál es ese espacio?

Estamos ahora en condiciones de delinear una solución. El análisis precedente parece haber privado al problema de la “verdad en la interpretación jurídica” de toda trascendencia incisiva. La cuestión queda ahora al descubierto cual flor diseccionada en la mesa de un botánico, despojada de belleza y misterio. Sirvámonos de esta dolorosa disección para poner en claro algunos puntos.

La verdad empírica concierne a los resultados de actividades de interpretación-detección: los enunciados de detección, sean singulares o generales, poseen la aptitud de ser empíricamente verdaderos o falsos, dado que son genuinos enunciados descriptivos.

La interpretación-predicción conduce a resultados –enunciados de predicción– que son susceptibles de ser aseverados tanto en términos de verdad empírica cuanto en términos de verdad pragmática. Un enunciado predictivo es empíricamente verdadero si está adecuadamente justificado sobre la base de la información y las teorías disponibles en el momento de su proferencia (véase *supra* § 3.1). Él será además pragmáticamente verdadero en la medida en que, en virtud de su presumible verdad empírica, sea útil para alcanzar (los que se reputan) resultados valiosos: como, por ejemplo, prevenir juicios condenados al fracaso, prevenir el derroche innecesario de recursos públicos o privados, sugerir transacciones razonables, sugerir estrategias judiciales exitosas, etc.

La interpretación-prescripción conduce a resultados –enunciados prescriptivos–

⁵³ Para una defensa del “pluralismo amplio” respecto de la verdad, sobre la base de una propiedad o función compartida por las diferentes nociones, véanse, por ejemplo, Lynch 2001a: 723 ss.; Pedersen, Wright C..D 2012: § 4.1.

que no son susceptibles de ser empíricamente verdaderos, dado que son entidades normativas (y más precisamente, prescripciones interpretativas). En cambio, ellos son susceptibles de ser verdaderos tanto pragmática (adecuación instrumental respecto de objetivos ético-normativos valiosos), cuanto sistémicamente (compatibilidad con el sistema jurídico).

La interpretación conjetural, en sus dos variantes de conjetura metodológica e ideológica, conduce a resultados –enunciados conjeturales metodológicos e ideológicos– susceptibles de ser pragmáticamente verdaderos. Los enunciados conjeturales pueden ser P-verdaderos en la medida en que la información que proporcionan sobre el alcance (“marco”) hermenéutico de una disposición resulte útil para alcanzar (los que se reputan) resultados valiosos: como, por ejemplo, enmiendas ventajosas a los textos legales, algún argumento jurídico exitosos, un cambio en la jurisprudencia de la suprema corte que promueva la justicia, etc.

¿Son los enunciados conjeturales susceptibles también de verdad empírica? La respuesta no puede darse en modo directo. Parece más cauto decir que los enunciados conjeturales son entidades discursivas susceptibles de verdad experimental. Ellos son el resultado de experimentos hermenéuticos que, como dije, son instancias de experimentos mentales. Ahora bien, la verdad de un enunciado que representa el resultado de un experimento mental depende de dos condiciones: la información sobre la cual el experimento fue construido debe ser empíricamente verdadera; además, los cálculos que el investigador lleva a cabo sobre la base de esa información deben ser correctos. Así, la verdad experimental es cuestión, tanto de acuerdo con la experiencia, cuanto de razonamiento, pues los cálculos remiten a la razón. Si entendemos a la verdad experimental de este modo, los enunciados conjeturales son ciertamente susceptibles de ser verdaderos en ese sentido. Por una parte, los enunciados conjeturales tienen aptitud para satisfacer el requisito concerniente a la verdad empírica. La información acerca del acervo metodológico, las perspectivas ideológicas y los variados conjuntos de recursos interpretativos de los que los intérpretes conjeturadores hacen uso en sus experimentos son recabados por medio de investigaciones empíricas de las que resultan enunciados descriptivos que pueden ser valorados en términos de verdad o falsedad empírica. Por el otro lado, los enunciados conjeturales tienen también aptitud para satisfacer el requisito concerniente a la corrección del cálculo. El uso de reglas de traducción no es un juego de absoluta discreción del intérprete. Por el contrario, las reglas de traducción –una vez que han sido debidamente precisadas– requieren de aplicación exacta y ello, desde el punto de vista estructural, asemeja al cálculo. Los intérpretes conjeturadores pueden equivocarse. Además, ellos participan en un juego público. Otros juristas dentro de esa cultura jurídica están en condiciones de controlar si aquellos han usado a las reglas de traducción y a los conjuntos de recursos interpretativos disponibles relativos a esas reglas de un modo técnicamente apropiado: es decir, si han cometido o no algún tipo de error en el cálculo hermenéutico.

La interpretación creativa conduce a resultados –enunciados creativos– suscep-

tibles tanto de verdad experimental (cuando el componente de cálculo es estructuralmente preponderante), cuanto de verdad pragmática. En particular, ellos son P-verdaderos toda vez que la nueva interpretación que ellos proporcionan, sobre la base de algún nuevo método interpretativo, resulte útil para la obtención (de los que se reputan) resultados valiosos: como, por ejemplo, la obtención de un cambio trascendental del derecho en vigor sin cambiar la formulación lingüística de las fuentes autoritativas (las disposiciones). En la medida en que la interpretación creativa pueda ser considerada un experimento mental, los enunciados creativos son susceptibles también de verdad experimental.

La interpretación textual y metatextual, por último, conduce a resultados –tal como vimos, enunciados interpretativos, enunciados de estatus institucional, enunciados de integración, etc.– que no son susceptibles ni de verdad empírica ni de verdad experimental. Esto así en tanto se trata de entidades lingüísticas pertenecientes al discurso práctico que, o bien establecen cuál es el significado jurídicamente correcto de una disposición, o bien indican la posición jurídicamente correcta para un principio dentro del sistema, o bien establecen el modo jurídicamente apropiado para colmar una laguna, etc., siempre en vistas a resolver un problema práctico. Por consiguiente, ellos solo son susceptibles de verdad pragmática y sistémica.

Por cuanto al problema del ámbito de la verdad en el campo de la interpretación jurídica concierne, parece entonces posible extraer algunas pocas conclusiones no claramente irrazonables.

1. Si adoptamos el punto de vista del pluralismo alético amplio, la totalidad del terreno de la “interpretación jurídica”, en el más amplio sentido de la expresión, deviene un terreno susceptible de verdad. De todos modos, debe enfatizarse que ese terreno no es susceptible tan solo de uno y el mismo tipo de verdad. Más bien, las diferentes entidades susceptibles de verdad lo son respecto de distintos tipos de verdad, dependiendo de si ellas son enunciados de detección, enunciados predictivos, enunciados conjeturales, enunciados prescriptivos, enunciados interpretativos, enunciados de integración, enunciados de estatus institucional, enunciados de identificación de lagunas, enunciados de identificación de antinomias o enunciados de identificación de jerarquías.
2. Si, en contraste, optamos por el pluralismo alético austero, centrado en el dualismo entre verdad empírica y verdad formal, el espacio remanente para la verdad en el reino de la interpretación jurídica equivale al del ámbito de la verdad empírica. Es el espacio de, por una parte, los enunciados de detección y los predictivos y, por la otra parte, los enunciados conjeturales (metodológicos o ideológicos) –estos últimos, de acuerdo con las precisiones que mencioné poco antes al tratar la cuestión de la verdad experimental.
3. De cualquier modo, como hemos visto, todos estos enunciados son o bien resultados de actividades de interpretación en un sentido impropio (*supra* § 2.3) o bien de actividades de interpretación en un sentido propio, pero con carácter

cognoscitivo (*supra* § 2.2). Desde el punto de vista del pluralismo alético austero, esto sugiere una conclusión negativa: *no* hay espacio para la verdad cuando de lo que se trata es de interpretación en sentido propio y en función práctica. Los resultados de la interpretación textual y metatextual no son entidades susceptibles de verdad empírica. El ámbito de la interpretación jurídica en sentido propio y en función práctica –es decir, el ámbito de la interpretación judicial y de la interpretación por los juristas– es, rigurosamente hablando, un ámbito *sin verdad*.

4. Una vez que los varios puntos de vista que es posible adoptar respecto de esta cuestión son puestos de manifiesto con claridad y abordados desapasionadamente, parece no restar ningún misterio respecto del modo apropiado de entender y delinear el problema de la verdad en la interpretación jurídica. Esto ocurre, en particular, una vez que abordamos la cuestión a través de las gafas, respectivamente, del pluralismo alético amplio y del pluralismo alético austero.

5. La verdad y la naturaleza de la interpretación judicial

Ha de ponerse bajo consideración una cuestión, aun si de paso, antes de concluir. Qué resultados de qué actividades de interpretación jurídica (ampliamente concebida) son susceptibles de qué tipo de verdad es una cuestión en disputa.

Hay un debate en la filosofía del derecho, que tiene lugar aproximadamente desde la década del '60, relativo al modo apropiado de entender la “naturaleza” de la interpretación jurídica: y, más precisamente, en la terminología que he establecido aquí, a la naturaleza de la interpretación textual tal como ordinariamente la llevan a cabo los jueces. Es un lugar común el de distinguir tres grupos de competidores: los cognoscitivistas integrales (“formalistas”, “nobles soñadores”), los no cognoscitivistas (“escépticos”, “realistas”, “evocadores de pesadillas”) y los eclécticos representados por los cognoscitivistas moderados (“los que se mantienen en vigilia”, los “despiertos”)⁵⁴.

Los cognoscitivistas integrales sostienen que la interpretación textual, tal como los jueces la llevan a cabo, es siempre una cuestión de conocimiento objetivo: interpretar, sostienen, equivale a aferrar el verdadero significado de las disposiciones a efectos de su aplicación a casos individuales⁵⁵.

Los no cognoscitivistas sostienen que la interpretación textual, tal como los jueces la llevan a cabo, no es jamás una cuestión de puro conocimiento objetivo, dado que involucra siempre algún componente de evaluación práctica y toma de decisión.

⁵⁴ Véase, e.g., Carrió 1965: Parte II; Hart 1977: 123-143; Moreso 1997; Guastini 2011b: 138-161. Vuelvo sobre este debate en Chiassoni 2019: cap. II a V bajo una presentación más precisa.

⁵⁵ Un recorrido por el cognoscitimismo interpretativo en el pensamiento jurídico occidental puede leerse, e.g., en Chiassoni 2017: cap. IV.

Los cognoscitivistas moderados, por último, sostienen que existen casos en que la interpretación judicial de disposiciones es, y puede ser, cuestión de conocimiento objetivo (“casos fáciles”); pero, agregan, existen también casos en que esa actividad no puede ser cuestión de conocimiento objetivo y debe ser, en cambio, cuestión de decisión y evaluación (“casos difíciles”). Esto sería así, sostienen, por las siguientes razones. Las disposiciones son enunciados en un lenguaje natural. Los enunciados en lenguaje natural están dotados de significado objetivo, el cual les es proporcionado por convenciones lingüísticas. Puede ocurrir que las convenciones lingüísticas devengan insuficientes bajo la presión de casos individuales. En esas situaciones surge la indeterminación lingüística, en forma de ambigüedad o vaguedad lingüísticas, que solo puede ser sanada por medio de discreción judicial. Sin embargo, la indeterminación del derecho es moderada, no radical: no es el caso que las disposiciones se muestren indeterminadas en todo tiempo y en cada situación posible por el hecho de ser enunciados en lenguaje natural. Hay situaciones en que ellas están determinadas. En efecto, si ese no fuera el caso, los lenguajes naturales serían completamente inútiles como medios para posibilitar la comunicación humana. Por consiguiente –concluyen– los no cognoscitivistas, en tanto sostienen que las disposiciones están radicalmente indeterminadas, están equivocados⁵⁶.

En este escrito he adoptado la posición del no cognoscitismo y he argüido contra el cognoscitismo. He sostenido que los enunciados interpretativos, siendo resultado de interpretación textual de disposiciones, no son nunca susceptibles de verdad empírica. He sugerido que las verdades pragmática y sistémica, en tanto esté en juego una empresa práctica como el derecho, dependen de opciones prácticas fundamentales acerca de los objetivos a perseguir y de los estándares de corrección sistémica. Mas mis argumentos han quedado mayormente ocultos. Es este el momento de sacarlos sucintamente a la luz y de plantearlos de modo más claro.

1. La interpretación textual es, y no puede no ser sino, una actividad práctica de toma de decisión, una actividad guiada por la adhesión a valores éticos e ideológicamente comprometida. En caso contrario, ella equivaldría a la interpretación-detección o a la interpretación conjetural. Sin embargo, cuando en sus opiniones los jueces dicen, e.g., que la disposición D_i significa $N1$ para la regulación del caso C_p , ni simplemente *detectan* que alguien ha atribuido antes a D_i ese significado, ni simplemente *conjeturan* que D_i puede ser portadora de ese significado sobre la base de los métodos interpretativos o de las convenciones lingüísticas existentes. Más bien, ellos establecen –seleccionan, adoptan, determinan, deciden– *ese* significado como el significado jurídicamente correcto de D_i a efectos de decidir el caso C .
2. La interpretación textual toma lugar dentro de esas instancias sumamente

⁵⁶ Para una defensa rigurosa del cognoscitismo moderado, véase Sucar 2008: cap. 1, § 2, y pp. 362-375.

complejas y sofisticadas de sistemas normativos retóricos que son “nuestros” sistemas jurídicos, respecto de los cuales, de hecho, ella constituye una práctica neurálgica⁵⁷. En este tipo de sistemas, el objetivo del juego consiste en “derivar” las consecuencias retóricas correctas a partir del conjunto de disposiciones (formulaciones normativas autoritativas) dadas. Esa actividad, sin embargo, lejos está de ser una cuestión de deducción lógica a partir de premisas autoevidentes. Hay una explicación tan simple como abrumadora para esta conclusión (a la que he ya hecho alusión), a saber: las disposiciones no son entidades que se interpretan a sí mismas. Ellas requieren intérpretes (autorizados) que las transformen en normas a ser aplicadas a casos individuales, sobre la base de algún conjunto discreto de reglas interpretativas que los intérpretes han de elegir y suscribir.

3. El hecho de que las disposiciones sean enunciados en lenguaje natural no prueba de por sí que su significado jurídicamente correcto equivalga a su significado lingüístico convencional. Cuando los cognoscitivistas moderados suscriben esta pretensión incurren en una falacia lógica. Del hecho de que el significado jurídicamente correcto de las disposiciones *pueda* ser equivalente a su significado convencional ordinario, no se sigue que él lo sea en todos casos (*a posse ad esse non valet consequentia*).
4. Dentro de los sistemas retóricos sofisticados como nuestros propios sistemas jurídicos, la indeterminación jurídica no equivale a la indeterminación lingüística. La indeterminación metodológica y la ideológica van mucho más allá de los límites de la indeterminación lingüística. Por tanto, por medio de su argumento filosófico lingüístico en favor de la indeterminación moderada de las disposiciones, los cognoscitivistas moderados proporcionan una descripción de la interpretación jurídica engañosa, y, todas las cosas consideradas, incorrecta.

Referencias bibliográficas

- Aarnio, A. (1981). *On the Truth and Validity of Interpretive Statements in Legal Dogmatics*, «Rechtstheorie», 12, 423-448.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Wien-New York, Springer.

⁵⁷ En rigor, nuestros ordenamientos jurídicos poseen una estructura compleja. En la medida en que esté en juego la producción de textos jurídicos autoritativos – en varios niveles (constitución, leyes, decisiones judiciales) ellos son sistemas dinámicos formales. En la medida en que esté en juego la identificación de normas explícitas e implícitas, junto con su relativo valor institucional, ellos son sistemas retóricos estáticos. Como he dicho (*supra* § 3.3.B), ellos pueden ser también presentados como sistemas retóricos deductivos: sea desde el punto de vista de los órganos de aplicación jurídica, sea desde el punto de vista de la sistematización que los juristas llevan a cabo respecto de normas previamente identificadas, en la orientación que le dan, a modo de reconstrucción racional, Alchourrón y Bulygin (Alchourrón, Bulygin 1971: capp. I-IV).

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- Austin, J.L. (1950). *Truth*, en J.L. Austin (1961). *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 85-101.
- Ayer, A.J. (1952). *Language, Truth and Logic*, (2^{da} ed.), New York, Dover.
- Bix, B. (2010). *Will versus Reason. Truth in Natural Law, Positive Law, and Legal Theory*, en K. Pritzl (ed.) (2010). *Truth. Studies of a Robust Presence*, Washington, D.C., The Catholic University of America, 208-231.
- Bohman, J., Rehg, W. (2014). *Jürgen Habermas*, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/habermas/>>.
- Brown, J.R., Fehige, Y. (2011). *Thought Experiments*, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Sat Dec 28, 1996; substantive revision Fri Jul 29, 2011 (<http://plato.stanford.edu/entries/thought-experiment/>).
- Bulygin, E. (1999). *True or False Statements in Normative Discourse*, en Egidi, R. (ed.) (1999). *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 183-191.
- Bulygin, E. (2009). *Mi visión de la filosofía del derecho*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 32, 85-90.
- Burgess, A.G., Burgess, J.P. (2011). *Truth*, Princeton y Oxford, Princeton University Press.
- Buzzoni, M. (2004). *Esperimento ed esperimento mentale*, Milano, Franco Angeli.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Carrió, G.R. (1965). *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Chiassoni, P. (1999a). *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, en Comanducci, P., Guastini, R. (eds.) (1999). *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1999, 21-76.
- Chiassoni, P. (1999b). *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, Lima, Palestra.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara.
- Conte, A.G. (1957). *Ricerche in tema d'interpretazione analogica.*, en Conte, A.G. (1997): 1-62.
- Conte, A.G. (1997). *Filosofía dell'ordinamento normativo. Studi*, Torino, Giappichelli.

- Davidson, D. (2005). *Truth and Predication*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard University Press.
- Diciotti, E. (1999). *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli.
- Dorsey, D. (2006). *A Coherence Theory of Truth in Ethics*, «Philosophical Studies», 127, 493-523.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press.
- Eco, U. (2012). *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, Bompiani.
- Gianformaggio, L. (1983). *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, en Gianformaggio, L. (2008). *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 89-107.
- Guastini, R. (2011a). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2011b). *Rule-Scepticism Restated*, en L. Green, B. Leiter (eds.) (2011). *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 138-161.
- Haas, W. (1962). *The Theory of Translation*, en Parkinson, G.H.R. (ed.) (1968). *The Theory of Meaning*. Oxford, Oxford University Press, 86-108.
- Hart, H.L.A. (1977). *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, en H.L.A. Hart, (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Clarendon Press, 123-143.
- Kalinowski, G. (1978). *Lógica de las Normas y Lógica Deóntica. Posibilidad y relaciones*, México, Fontamara, 2003.
- Kelsen (1957a). *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press.
- Kelsen, H. (1957b). *What is Justice?*, en Kelsen (1957a), 1-25.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. 2nd ed., Wien, Deuticke.
- Lynch, M.P. (2001a). *A Functionalist Theory of Truth*, en Lynch, M.P. (ed.) (2001b), 723-749.
- Lynch, M.P. (ed.) (2001b). *The Nature of Truth. Classic and Contemporary Perspectives*, Boston, Mass., London, England, The MIT Press.
- Lynch, M.P. (2009). *Truth as One and Many*, Oxford, Clarendon Press.
- MacFarlane, J. (2003). *Future Contingents and Relative Truth*, «The Philosophical Quarterly», 53, 321-336.
- Marmor, A. (2011). *Truth in Law*. University of Southern California Law School, Los Angeles, CA 90089-0071, USC Legal Studies Research Paper N°11-3, 1-28.
- Mazzarese, T. (1998). *La interpretación como traducción. Esclarecimientos de una analogía común*, «Isonomía», 9, 73-102.
- Moreso, J.J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

- Patterson, D. (1996). *Law and Truth*, New York - Oxford, Oxford University Press.
- Pedersen, N., Wright, C.D. (2012). *Pluralist Theories of Truth*. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, March 5, 2012 (<http://plato.stanford.edu/entries/truth-pluralist/>)
- Pedersen, N., Wright, C.D. (2013). *Truth, Pluralism, Monism, Correspondence*, en N. Pedersen, C.D. Wright (eds.) (2013). *Truth Pluralism: Current Debates*, Oxford, Oxford University Press.
- Perelman, Ch. (1979). *Logique juridique*, Paris, Dalloz.
- Perelman, Ch. (1982). *Droit et rhétorique*, en Perelman, C. (2012). *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 661-667.
- Pintore, A. (1996). *Il diritto senza verità*, Torino, Giappichelli.
- Quine, W.V.O. (1986). *Philosophy of Logic. Second Edition*, Cambridge and London, Harvard University Press.
- Quine W.V.O. (1978). *On the Nature of Moral Value*, en W.V. Quine (1981). *Theories and Things*, Cambridge, Mass., London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 55-66.
- Quine, W.V.O. (1987a). *Truth*, en Quine, W.V O. (1987b). *Quiddities. An Intermittent Philosophical Dictionary*, Cambridge, Mass., London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 1987, 212-219.
- Russell, B. (1912). *I problemi della filosofia. Nuova edizione*, Milano, Feltrinelli, 2008.
- Russell, B. (1940). *An Inquiry into Meaning and Truth*, London, George Allen and Unwin.
- Stavropoulos, N. (1996). *Objectivity in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Sucar, G. (2008). *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- Sucar, G., Cerdio Herrán, J. (eds.) (2017). *Derecho y Verdad IV. Problemas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Tarello, G. (1980): *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Tarski, A. (1944). *The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics*, en Lynch, M.P. (ed.) (2001b), 332-363.
- Tarski, A. (1969). *Truth and Proof*, «Scientific American», June, 63-77.
- Wright, C. (2001). *Minimalism, Deflationism, Pragmatism, Pluralism*, en Lynch, M. P. (ed.) (2001b), 751-787.
- Wright, G.H. von (1951). *A Treatise on Induction and Probability*, London, Routledge and Kegan Paul.
- Wright, G.H. von (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Wright, G.H. von (1984a). *Truth, Knowledge, and Modality. Philosophical Papers vol. III*, Oxford, Blackwell.

- Wright, G.H. von (1984b). *Determinism and Future Truth*, en Wright, G.H. von (1984a) *Truth, Knowledge, and Modality. Philosophical Papers vol. III*, Oxford, Blackwell, 1-13.
- Wróblewski, J. (1971). *Legal Decision and its Justification*, «Logique et analyse», 12, 2-31.
- Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*. Edited by Z. Bankowski and N. MacCormick. Dordrecht, Boston, London, Kluwer.

La interpretación según Chiassoni: El equilibrio inestable entre cognoscitivismo moderado y escepticismo radical

*Jorge L. Rodríguez**

Resumen

En el presente trabajo se examina la defensa que efectúa Pierluigi Chiassoni de una concepción no cognoscitivista o escéptica moderada de la interpretación jurídica. Se intenta mostrar, a través de al menos tres argumentos diferentes – uno vinculado con la distinción entre normas y disposiciones, otro centrado en la tesis de la ambigüedad metodológica universal y otro relativo al marco de significados jurídicamente admisibles– que una concepción escéptica moderada de la interpretación jurídica parece colapsar o bien con una versión moderada del cognoscitivismo o bien con el escepticismo radical.

Palabras clave: Interpretación. Cognoscitivismo y escepticismo. Normas y disposiciones.

Abstract

This paper examines Pierluigi Chiassoni's defense of a moderate non-cognitivist or skeptical conception of legal interpretation. It tries to show, through at least three different arguments –one related to the distinction between norms and norm-formulations, another focused on the thesis of the universal methodological ambiguity, and another related to the framework of legally admissible meanings– that a moderate skeptical conception of legal interpretation seems to collapse either with a moderate version of cognitivism or with radical skepticism.

Keywords: Interpretation. Cognitivism and Skepticism. Norms and Norm-formulations.

* Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, c/25 de Mayo 2855/65, CP 7600, Mar del Plata, Argentina, jorgerodriguez64@yahoo.com.

1. Introducción

En el capítulo I de su libro *El problema del significado jurídico*¹, Pierluigi Chiassoni defiende una visión no cognoscitivista de la interpretación, con argumentos que profundizará en el resto de libro. Luego de un conjunto de muy finas distinciones en torno a los enunciados interpretativos y la verdad, sostiene que existe en la filosofía del derecho un debate profundo relativo al modo apropiado de entender la “naturaleza” de la interpretación jurídica y a la posibilidad de que sus resultados posean valores de verdad, distinguiéndose corrientemente entre tres grupos de posiciones: las *cognoscitivistas integrales*, partidarios de la tesis de la única respuesta correcta o de lo que Hart llamaba *el noble sueño*², los *cognoscitivistas moderados*, indeterministas parciales, o partidarios de lo que Moreso calificara como *la vigilia*³, y los *no cognoscitivistas*, escépticos o realistas, partidarios de lo que Hart llamaba *la pesadilla*.

Los cognoscitivistas integrales sostendrían que la interpretación, tal como la llevan a cabo los jueces (*textual*, en la terminología de Chiassoni) es siempre una cuestión de conocimiento objetivo: interpretar equivaldría a “aferrar” el verdadero significado de las disposiciones a efectos de su aplicación a casos particulares.

Los cognoscitivistas moderados sostendrían que existen casos fáciles en los que la interpretación es una cuestión de conocimiento objetivo, pero que también existen casos difíciles en los cuales la interpretación sería una cuestión de decisión y evaluación. Esto sería así porque las disposiciones serían enunciados formulados en un lenguaje natural y, como tales, estarían dotados de significado objetivo, que sería proporcionado por convenciones lingüísticas. Pero podría ocurrir que esas convenciones resulten insuficientes respecto de ciertos casos individuales y surjan indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad, vaguedad, textura abierta) que generarían discrecionalidad judicial. No obstante, las disposiciones no serían indeterminadas en todo tiempo y en cada situación posible: si no hubiera situaciones en las que están determinadas, los lenguajes naturales serían completamente inútiles como medios para posibilitar la comunicación humana.

Finalmente, los no cognoscitivistas sostendrían que la interpretación textual, tal como la llevan a cabo los jueces, no sería nunca una cuestión de puro conocimiento objetivo, dado que involucraría siempre algún componente de evaluación práctica y toma de decisión.

Chiassoni, como dije, se inclina por esta última posición, considerando que la interpretación jurídica en sentido propio y en función práctica, es decir, el ámbito de la interpretación judicial y de la interpretación de los juristas, es un ámbito sin verdad, pues los enunciados interpretativos formulados con ese objetivo no son

¹ Chiassoni 2019.

² Cfr. Hart 1977.

³ Cfr. Moreso 1997: 218 ss.

nunca susceptibles de verdad empírica⁴. Es más, todo el libro está fundamentalmente destinado a «librar una lucha sin tregua en contra de toda forma de cognoscitivismo interpretativo, radical o moderada»⁵.

Es importante resaltar que, así como tradicionalmente se distinguen dos posiciones dentro del cognoscitivismo, también dentro del no cognoscitivismo o escepticismo se ha propuesto diferenciar al menos dos posturas. Así, Riccardo Guastini distingue entre un *escepticismo interpretativo radical* y otro *moderado*, y considera que el primero es insostenible⁶. A su juicio, afirmar que una formulación normativa es ambigua es diferente de afirmar que no posee ningún significado. El escepticismo en su versión más radical sostendría esto último: que no existe ningún significado antes de la interpretación, y llevaría, según Guastini, a una serie de consecuencias inaceptables: la inexistencia de reglas o convenciones lingüísticas, la imposibilidad de distinguir entre la comprensión y el malentendido, entre definiciones de diccionarios y estipulaciones. Pero, sobre todo, haría imposible en el marco de la práctica jurídica distinguir entre una decisión “genuinamente interpretativa”, esto es, la elección de uno de los significados disponibles dentro de un marco de significados determinados mediante interpretación cognitiva, y la creación por parte de los intérpretes de nuevos significados y, por ende, de nuevas normas jurídicas⁷.

A diferencia de su versión radical, el escepticismo moderado estaría comprometido con la tesis de que siempre es posible interpretar un texto de múltiples formas distintas y que, por ello, no existirían criterios de verdad para los enunciados interpretativos. La indeterminación del derecho sería el resultado no solo de la vaguedad y la equívocidad de los textos normativos, sino de la actividad de los intérpretes que «vuelven equívocos textos que fuera de la práctica jurídica no lo serían», al recurrir a diferentes herramientas conceptuales y argumentativas que les permitirían elegir, respecto de un mismo texto, entre diversos significados posibles⁸. Desde este punto de vista, interpretar no consistiría en atribuir cualquier significado a un texto sino uno de aquellos comprendidos dentro del marco de significados *jurídicamente admisibles*⁹. La admisibilidad de los significados estaría determinada por el uso común, los métodos interpretativos y las teorías dogmáticas.

Teniendo en cuenta que las implicancias que Guastini advierte en el escepticismo radical parecen inaceptables, sería razonable ubicar a Chiassoni dentro de la versión eséptica moderada. De hecho, en el capítulo IV de su libro Chiassoni

⁴ Cfr. Chiassoni 2019: 66-68.

⁵ Chiassoni 2019: 16.

⁶ Cfr. Guastini 2012a; Guastini 2017: 33 ss. También Chiassoni distingue dos formas de no cognoscitivismo, uno radical y uno racional, que aunque tiene ciertos puntos de contacto con la distinción de Guastini, no parece enteramente coincidente con ella (véase Chiassoni 2019: 13-15).

⁷ Cfr. Guastini 2012a.

⁸ Cfr. Guastini 2012b: 195.

⁹ Cfr. Kelsen 1960: 351 ss.

defiende la teoría del marco de significados jurídicamente admisibles frente a posibles objeciones.

En estas breves páginas sería imposible hacer una evaluación crítica y balance global de las distintas concepciones de la interpretación. Solo me limitaré a resaltar algunas dificultades que debería enfrentar el escepticismo moderado para constituirse en una alternativa genuina al escepticismo radical y al cognoscitismo al menos en su versión moderada.

2. Disposiciones y normas

La primera cuestión concierne a la distinción entre disposiciones y normas. Chiassoni sostiene, siguiendo a Guastini, que las disposiciones o formulaciones normativas son enunciados emitidos por autoridades normativas y constituyen por ello los componentes elementales de documentos jurídicos como las constituciones, las leyes, los tratados internacionales, los códigos, etc. Las normas (explícitas) serían enunciados normativos que representan el significado de una disposición determinada, esto es, lo que ella “expresa” o “dice”¹⁰.

Distinguir entre las normas y sus formulaciones en el lenguaje resulta de la mayor importancia. No obstante, el punto que deseo resaltar es que parece difícil armonizar conjuntamente la distinción tajante entre disposiciones y normas, la idea de que las normas son el resultado de la interpretación¹¹ y la afirmación de que el resultado de la actividad interpretativa se pone de manifiesto en enunciados que tendrían básicamente la forma “La disposición D significa N”¹².

De acuerdo con lo primero, al menos a primera vista parecería que las disposiciones o formulaciones normativas son concebidas por el escepticismo moderado como entidades puramente sintácticas (textos no interpretados), en tanto que las normas serían o bien entidades puramente semánticas (significados), o bien textos con una interpretación (entidades sintáctico-semánticas). Pero paralelamente el escepticismo moderado sostiene que las normas se obtienen a través de la interpretación y que la interpretación produce enunciados del tipo “La disposición D significa

¹⁰ Cfr. Chiassoni 2019: 162-163. Chiassoni distingue las normas explícitas, caracterizadas del modo indicado en el texto, de las normas implícitas, que serían enunciados normativos que no son el significado de alguna disposición determinada sino que se forman a partir de un conjunto de normas, explícitas o implícitas, previamente identificado mediante un método “aprobado” de elaboración.

¹¹ Al menos en un sentido restringido de la expresión “resultado de la interpretación”. En un sentido amplio, su resultado podría ser concebido como un enunciado interpretativo (cfr. Chiassoni 2019: 23).

¹² Cfr. Chiassoni 2019: 23. En realidad esa es la forma más elemental de un enunciado interpretativo; Chiassoni presenta en este capítulo una variedad de versiones más sofisticadas de esquemas de enunciados interpretativos.

N¹³, en los que “N” no puede sino ser otra expresión en el lenguaje, más allá de que, a diferencia de “D”, que sería la expresión *mencionada* en el enunciado interpretativo, “N” estaría siendo *usada*. En un ejemplo que ofrece Chiassoni, «La disposición D_i (“No debe infligirse pena cruel alguna”) expresa la norma NE_i (“No debe infligirse pena alguna que resulte cruel de conformidad con la intención de los Padres Constituyentes”)»¹⁴. Por ello, los enunciados interpretativos equivaldrían a la traducción de una expresión lingüística en otra expresión lingüística que, aunque se considere más comprensible que la primera, *al igual que ella requeriría de interpretación*. Siendo ello así, o bien se acepta que la interpretación, si bien *puede* ponerse de manifiesto a través de enunciados interpretativos, no lo requiere, esto es, se admite que interpretar es una operación mental que no necesita expresarse en el lenguaje pues al menos en ciertos casos se podría simplemente *captar* o *comprender* el significado¹⁵, o bien nunca sería posible obtener normas por medio de los enunciados interpretativos.

Una consecuencia que parece seguirse de la distinción tajante entre disposiciones y normas tal como la presenta el escepticismo moderado es que los legisladores no producen normas jurídicas sino disposiciones, esto es, textos. Chiassoni matiza esta idea y afirma que el escepticismo moderado, con su teoría del marco de significados admisibles, no tiene una respuesta sencilla para la pregunta de si los legisladores producen, además de textos, normas, y que si se quiere mantener la idea de que sí lo hacen, debería aclararse que las “normas” que ellos producen «...son normas-marco: conjuntos de normas explícitas alternativas, metodológica o ideológicamente justificables, en que los textos de las disposiciones emanadas pueden ser traducidos»¹⁶. A ello agrega que, desde luego, no es algo accidental que las disposiciones jurídicas sean oraciones que los legisladores formulan utilizando las palabras y las reglas gramaticales y sintácticas de un cierto lenguaje natural, y que por ello podría sostenerse que el significado jurídico correcto de las disposiciones coincide, al menos presuntivamente, con el significado que depende de las convenciones lingüísticas. Pero aclara que del hecho de que esto *pueda ser* así no se sigue que lo *sea*, o que deba necesariamente ser así, señalando que el paso de la afirmación de que las disposiciones son parasitarias de un cualquier lenguaje natural a la conclusión de que su significado jurídico coincide con su significado convencional lingüístico, al menos presuntivamente, requeriría de premisas adicionales de carácter ético-normativo¹⁷.

Creo que Chiassoni tiene aquí toda la razón. Resulta desde luego muy sensato pensar que si un legislador formula disposiciones en un cierto lenguaje, pretende que ellas sean en principio interpretadas de acuerdo con la gramática y léxico de

¹³ Guastini afirma que la interpretación como actividad es un proceso mental, pero como resultado de tal proceso es un discurso (cfr. Guastini 2016: 327).

¹⁴ Cfr. Chiassoni 2019: 23.

¹⁵ En sentido similar, véase Sarlo 2019.

¹⁶ Chiassoni 2019: 174.

¹⁷ Cfr. Chiassoni 2019: 180-181.

ese lenguaje natural. Pero esto registra un sinnúmero de excepciones, pues muchos vocablos que poseen en el lenguaje ordinario un cierto sentido tienen en el derecho un sentido bien diferente. Ahora bien, si se toma en consideración, no ya las convenciones lingüísticas del lenguaje natural en el que han sido formuladas las disposiciones jurídicas, sino el conjunto de las convenciones interpretativas vigentes dentro de la comunidad jurídica de que se trate, no se advierte porqué habría que aceptar la idea de que los legisladores se limitan a emitir ciertos textos desprovistos de significado antes de la interpretación.

En síntesis, si las disposiciones son enunciados expresados por las autoridades, o bien ellos no tienen ningún significado pues se los concibe como entidades puramente sintácticas, o bien tienen ya algún significado, más allá de que el intérprete pueda precisarlo, ampliarlo o restringirlo por vía de interpretación. En el primer caso, es decir, si las disposiciones carecen de significado antes de la actividad del intérprete, ello implicaría abandonar el escepticismo moderado para abrazar el radical. En el segundo caso, si es que las disposiciones poseen ya algún significado antes de la actividad interpretativa, este sería susceptible de ser conocido, al menos a través de lo que Chiassoni califica como *enunciados interpretativos de conjetura metodológica*, que tendrían carácter cognoscitivo e identificarían el conjunto de significados alternativos en los que una misma disposición normativa podría ser traducida¹⁸. Pero de ser esto así, no se advierte cómo se distinguiría la postura del escepticismo moderado respecto de una forma al menos moderada de cognoscitismo.

3. La tesis de la ambigüedad metodológica universal

La segunda cuestión que quisiera considerar es la idea, defendida por el escepticismo moderado, de que no existe correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas porque las disposiciones admiten siempre una pluralidad de interpretaciones alternativas. Chiassoni llama a esto *la tesis de la ambigüedad metodológica universal*, que sostendría que desde el punto de vista de las reglas de interpretación, todas las disposiciones serían ambiguas puesto que cada una sería susceptible de ser traducida en normas explícitas diferentes y alternativas,

¹⁸ Cfr. Chiassoni 2019: 35 ss. Pese a la aceptación de que puede haber enunciados interpretativos que no sean adscriptivos sino que se limiten a relevar interpretaciones vigentes (o a predecir o a conjeturar interpretaciones de otros), esto es, *enunciados interpretativos en función cognoscitiva*, Chiassoni remarca que el discurso de los jueces, abogados y juristas sería un discurso eminentemente práctico y, por ello, no reducible a enunciados interpretativos no adscriptivos. Por otra parte, así como las proposiciones normativas descriptivas presuponen las normas que ellas describen, los enunciados interpretativos descriptivos presupondrían los enunciados interpretativos primarios que ellos describen, que no serían a su vez puramente cognoscitivos sino adscriptivos (véase asimismo Chiassoni 1998: 34). Sin embargo, nada de eso obsta a lo que se indica en el texto.

*que conformarían un abanico entre el extremo de la interpretación en hipótesis más amplia y articulada y el de la interpretación en hipótesis más estricta y deflacionaria, pasando por grados diferentes de extensión y restricción, de inflación o deflación, de derrotabilidad abierta o cerrada*¹⁹.

La tesis de la ambigüedad como propiedad universal de las disposiciones jurídicas es muy fuerte, puesto que significa que respecto de todo sistema jurídico pasado, todo sistema jurídico presente, y todo sistema jurídico futuro, cada una de sus disposiciones admite más de un significado. No se cómo podría probarse esto en toda su extensión, ni tampoco si se asume que su verdad es empírica o analítica. En realidad, esta tesis parece más bien el resultado de una falacia de generalización inadecuada: en muchos casos las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no necesariamente vale en forma irrestricta para cualquier formulación normativa. La existencia de diferentes criterios o métodos de interpretación en el derecho hace que muchas veces una misma formulación normativa pueda recibir más de una alternativa de interpretación, pero no encuentro ningún argumento conceptual que permita excluir la posibilidad de que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos puedan confluír en una sola. Respecto de algunas formulaciones normativas la comunidad jurídica no solo converge en admitir un conjunto de métodos interpretativos utilizables sino también en el uso de un método concreto y en la identificación de un significado específico. Por supuesto, esa convergencia puede ser desafiada e incluso puede ocurrir que el desafío tenga éxito y se logre cambiar la interpretación. Pero que una convención pueda cambiar no autoriza a negar la existencia de convenciones. También esto, por supuesto, puede suceder con la interpretación en el lenguaje ordinario, y no por ello se sostiene que no es posible identificar significados correctos. Por consiguiente, cuando existe una convención lingüística asumida por la comunidad jurídica de referencia se puede hablar de corrección interpretativa con carácter relativo a esa convención.

Por otra parte, el hecho de que diferentes métodos de interpretación produzcan resultados distintos tampoco implica que no pueda haber casos que reciban exactamente la misma solución en todas las interpretaciones admisibles. Nada impide llamar *casos claros* o fáciles a estos casos uniformemente resueltos por todas esas interpretaciones. Contra esto se podría aducir que el hecho de que los jueces se apeguen al significado claro de las normas jurídicas en los casos fáciles no implicaría en absoluto que en ellos la interpretación sea una operación puramente cognoscitiva, puesto que también allí se requeriría adoptar una decisión: la de conformarse con la interpretación mayoritaria o utilizar el argumento interpretativo estándar en ese contexto en lugar de apartarse de ellos y escoger un significado diferente²⁰. Esto

¹⁹ Chiassoni 2019: 172.

²⁰ Cfr., por ejemplo, Chiassoni 1998: 37-38, 49-55.

es desde luego correcto: la interpretación *judicial*, o lo que Chiassoni califica como *interpretación en función práctica*²¹, nunca es resultado de un puro acto de conocimiento, y cuando los jueces siguen el significado claro de las normas jurídicas en los casos fáciles, ello también importa una toma de decisión. Pero eso se debe exclusivamente a que la función de los jueces consiste en tomar decisiones. La pregunta relevante no es si *decidir* de acuerdo con el significado claro es un acto de conocimiento o de decisión, pues por definición se trata de una decisión: lo relevante es si las normas jurídicas brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Si la respuesta a esa pregunta es que no hay ninguna pauta de corrección semejante, lo cual equivaldría a sostener que no existen normas antes de las decisiones de los intérpretes, el escepticismo radical tendría razón y el grueso de nuestras prácticas jurídicas sería una mera ficción.

4. Conclusión: el marco de significados jurídicamente admisibles

De todos modos, incluso aceptando en toda su extensión la tesis de la ambigüedad metodológica universal, subsiste una dificultad para el escepticismo moderado. Como se indicó, para esta posición interpretar no consistiría en atribuir cualquier significado a un texto sino uno de aquellos comprendidos dentro del marco de significados *jurídicamente admisibles*. Pero al sostener esto se estaría admitiendo que existe un conjunto de interpretaciones validadas por la comunidad jurídica y otras descalificadas por ella, lo cual equivale a aceptar la existencia de criterios para delimitar unas de otras. Así, si una norma determina un marco de decisiones jurídicamente admisibles, si bien podría seguir sosteniéndose que la selección de una de las alternativas entre las admisibles es una decisión que no puede calificarse como correcta o incorrecta, aquellas decisiones que excedan el marco de las interpretaciones admisibles serán incuestionablemente incorrectas, y así se dispondría al menos en ciertos casos de pautas de evaluación sobre la corrección o incorrección de las decisiones judiciales a partir de las normas jurídicas. Claro que, en ese caso la postura del escepticismo moderado colapsaría nuevamente con la del cognoscitivismo en su versión moderada.

Desde luego, no obstante la existencia de significados admisibles, el juez o intérprete siempre *podría* salirse del marco que los delimita y asignar a una disposición un significado diferente. Pero, como lo observa acertadamente Barberis, aquí “*podría*” es una expresión ambigua²²: en sentido puramente descriptivo, la afirmación de que el intérprete puede (de hecho) apartarse del marco de significados admisibles es una afirmación tan obvia como irrelevante; en sentido prescriptivo importaría una autorización conferida al intérprete para escapar al marco de significados admisibles

²¹ Cfr. Chiassoni 2019: 22.

²² Cfr. Barberis 2000a.

formulada desde el punto de vista interno de cierta teoría de la interpretación, algo que contradiría la pretensión de avaloratividad de esta última que asume el escepticismo interpretativo. Y, finalmente, en sentido descriptivo de prescripciones equivaldría a afirmar que las reglas de interpretación del sistema jurídico de que se trate consienten que cualquier caso claro se transforme en problemático, lo cual resulta incompatible con la propia idea de un marco de significados admisibles²³.

El escepticismo moderado parece en realidad rechazar la existencia de pautas de corrección en materia de interpretación, al insistir en la idea de que cada formulación normativa no expresa una única norma sino una multiplicidad de ellas y que es el intérprete el que opta por una y, al hacerlo, le adscribe un significado, debido a lo cual los enunciados interpretativos, al menos en función práctica, carecerían de valor de verdad²⁴. Pero entonces, el escepticismo moderado se vuelve una postura inestable y sujeta al siguiente dilema: o bien mantiene a ultranza la tesis de que la interpretación en función práctica es una operación siempre adscriptiva y que nunca disponemos de pautas objetivas para evaluar su corrección o incorrección, en cuyo caso tendría igualmente que aceptar que las formulaciones normativas carecen de un significado determinado antes de la interpretación y su posición dependería indistinguible del escepticismo radical, o bien preserva la idea de que hay interpretaciones admisibles y otras que no lo son, lo cual dependerá de las pautas de corrección existentes en cada comunidad jurídica, con lo que al menos frente a ciertos casos tendríamos de pautas objetivas de evaluación de los resultados de la interpretación en función práctica como correctos o incorrectos, pero entonces el escepticismo moderado se tornaría indiscernible del cognoscitvismo moderado y su tesis de la indeterminación parcial del derecho²⁵.

La meticulosidad, riqueza y precisión con la que Chiassoni argumenta en todos sus trabajos demuestran que posee la maestría de un gran equilibrista. El punto aquí es sí, en lo que concierne a las concepciones de la interpretación, existe algún espacio lógico para mantener el equilibrio entre el escepticismo radical y alguna forma moderada de cognoscitvismo.

Referencias bibliográficas

Barberis, M. (2000). *Lo scetticismo imaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise*, «Analisi e Diritto», 1, 1-36.

²³ Con apoyo en la teoría de conjuntos, en Ratti 2019 se precisa la idea de un “marco de significados jurídicamente admisibles”, permitiendo distinguir entre marcos, cambios de marco y secuencias de marcos. De todos modos, ello no obsta a lo que se consigna en el texto.

²⁴ Cfr. Ramírez Ludeña 2012.

²⁵ En sentido similar, véase Barberis 2000a y Ramírez Ludeña 2012.

- Chiassoni, P. (1998). *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, «Analisi e Diritto», 1, 21-75.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Fontamara.
- Guastini, R. (2012a). *El escepticismo ante las reglas replanteado*, «Discusiones», 11, 27-57.
- Guastini, R. (2012b). *Réplica*, «Discusiones», 11, 177-201.
- Guastini, R. (2016) *La sintassi del diritto* (2014) trd. esp. *La sintaxis del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons.
- Guastini, R. (2017). *Ancora sulla teoria scettica dell'interpretazione*, en R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 33-48.
- Hart, H.L.A. (1977). *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, «Georgia Law Review», 11 (5), 969-990.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*, Wien, Frans Deuticke, citado por la traducción al español de R. Vernengo, *Teoría Pura del Derecho* (2da edición), México, UNAM, 1979.
- Moreso, J.J. (1997). *La Indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ramírez Ludeña, L. (2012). *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a "El escepticismo ante las reglas replanteado"*, «Discusiones», 11, 87-116.
- Ratti, G.B. (2019). *Cornici e insieme*, en P. Chiassoni, P. Comanducci y G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Vol. II, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 317-325.
- Sarlo, O. (2019). *Teoría del derecho y dogmática jurídica. Posibilidades de un diálogo necesario (Con especial referencia a la interpretación jurídica)*, «Ruptura», 9, 177-190.

¿Hay alternativa no escéptica al cognoscitivismo? A propósito de *¿Interpretación jurídica sin verdad?*, de Pierluigi Chiassoni

Isabel Lifante-Vidal*

Resumen

En este artículo se discute el trabajo “¿Interpretación jurídica sin verdad?” de Pierluigi Chiassoni, en el que se plantea la cuestión de si hay espacio para la verdad en el ámbito de la interpretación jurídica y en el que expresamente defiende las siguientes tesis: (1) la verdad empírica no es predicable del resultado de la actividad interpretativa (en sentido propio y función práctica) y (2) el cognoscitivismo es una concepción equivocada respecto a la naturaleza de la actividad interpretativa judicial. Las críticas que en este trabajo se presentan no son tanto respecto a estas dos tesis (que son compartidas), sino respecto al aparato metodológico que Chiassoni desarrolla para defender sus tesis y del cual parece querer extraer algunas consecuencias. Las discrepancias fundamentales que aquí se presentan con las tesis de Chiassoni lo son respecto a su concepción del Derecho como un sistema de normas (o de disposiciones y normas) y de la racionalidad práctica como una racionalidad puramente instrumental, que serían los presupuestos profundos en los que descansa su construcción.

Palabras clave: Pierluigi Chiassoni. Interpretación jurídica. Escepticismo interpretativo. Cognoscitivismo interpretativo. Constructivismo interpretativo.

* Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, Carretera San Vicente del Raspeig s/n, 03690, San Vicente del Raspeig, Alicante, España, Isabel.lifante@ua.es.

Este trabajo reproduce, con escasas modificaciones, la ponencia presentada en el workshop “¿Interpretación jurídica sin verdad?”, celebrado en el seno de las XXXIV *Jornadas Nacionales de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: “Interpretación Jurídica”*, Buenos Aires, Argentina, 11-13 de noviembre de 2020. Agradezco a los participantes, en particular a Pierluigi Chiassoni, por la estimulante discusión sobre el tema. Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo de los proyectos de investigación “Una teoría postpositivista del Derecho” (DER2017-86443-P) y “Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos” (PID2021-125387NB-I00), financiados por el Estado español.

Abstract

This paper discusses the work “¿Interpretación jurídica sin verdad?” by Pierluigi Chiassoni, in which he raises the question of whether there is room for truth in the field of legal interpretation and in which he expressly defends the following theses: (1) empirical truth is not predictable from the result of interpretative activity (in its proper sense and practical function) and (2) cognitivism is a misconception regarding the nature of judicial interpretative activity. The criticisms presented in this paper are not so much with respect to these two theses (which are shared), but with respect to the methodological apparatus that Chiassoni develops to defend his theses, from which he seems to want to draw some consequences. The fundamental discrepancies presented here with Chiassoni’s theses concern his conception of Law as a system of norms (or provisions and norms) and practical rationality as purely instrumental rationality, which would be the deep presuppositions on which his construction rests.

Keywords: Pierluigi Chiassoni. Legal Interpretation. Interpretative Skepticism. Interpretative Cognitivism. Interpretative Constructivism.

1. Introducción

En su trabajo “¿Interpretación jurídica sin verdad?”¹, que reproduce el primer capítulo (“Interpretación, verdad y la forma lógica del discurso interpretativo”) de su libro *El problema del significado jurídico*², Chiassoni se plantea la cuestión de si hay espacio para la verdad en el ámbito de la interpretación jurídica. Las tesis que expresamente defiende el autor a este respecto podrían ser sintetizadas como sigue: (1) la verdad empírica no es predicable del resultado de la actividad interpretativa (en sentido propio y función práctica) y (2) el cognoscitivismo es una concepción equivocada respecto a la naturaleza de la actividad interpretativa judicial (como es obvio, esta segunda tesis puede verse como un corolario de la primera). Comparto completamente esas dos tesis sostenidas por Chiassoni, por lo que no voy a presentar ninguna objeción a las mismas; aunque sí realizaré alguna observación respecto al aparato metodológico que el autor expresamente desarrolla en su ponencia para defender sus tesis, y del cual parece querer extraer algunas consecuencias. De todos modos, como se verá, mis discrepancias fundamentales con Chiassoni lo son

¹ Texto presentado por Pierluigi Chiassoni a las XXXIV Jornadas Nacionales de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: “Interpretación Jurídica”, Buenos Aires, Argentina, 11-13 de noviembre de 2020.

² Chiassoni 2019.

respecto a los presupuestos profundos en los que descansa toda su construcción. En particular, respecto a su concepción del Derecho como un sistema de normas (o de disposiciones y normas) y de la racionalidad práctica como una racionalidad puramente instrumental. Dado que el objetivo que aquí se persigue es someter a discusión sus tesis, en lo que sigue me centraré sobre todo en estos aspectos en los que discrepamos y no tanto en los que acordamos.

2. Las tesis explícitas de Chiassoni

Comenzaré por el objetivo declarado de la ponencia de Chiassoni: sostener que en el ámbito de la interpretación jurídica (al menos, respecto a la interpretación en sentido propio y función práctica) no tiene cabida la verdad (empírica). Para identificar adecuadamente el alcance de sus tesis, Chiassoni hace uso de su gran capacidad analítica y va desentrañando los distintos sentidos en que, por un lado, podemos utilizar la expresión “interpretación jurídica” y, por otro lado, podemos hablar de “verdad” en relación con los resultados de la interpretación. En lo que sigue expondré, de manera muy sintética, su argumentación.

2.1. Respecto a los significados de la expresión “interpretación jurídica”

Chiassoni nos dice que cuando predicamos la verdad³ (en cualquiera de los sentidos que a continuación veremos) de la interpretación jurídica nos referimos al resultado de la interpretación (a los enunciados interpretativos), y no directamente a la actividad interpretativa. Pero al mismo tiempo, llama la atención sobre el hecho de que la interpretación-resultado puede, a su vez, ser el resultado de distintos tipos de actividad. En este sentido, nuestro autor distingue tres tipos fundamentales de actividad interpretativa: la interpretación en sentido propio y con una función práctica; la interpretación en sentido propio y con una función cognoscitiva; y la interpretación en sentido impropio. A su vez, dentro de cada una de estas categorías, introduce algunas subcategorías. Veamos a continuación como las presenta Chiassoni.

La “interpretación en sentido propio y función práctica” puede ser, en su opinión, de dos tipos:

³ Chiassoni distingue entre dos usos del adjetivo “verdadero”: en sentido clasificatorio y en sentido cualificatorio (Chiassoni 2019: 20-21). El primero, que equivaldría a genuino, auténtico o real, separaría lo que es (realmente) interpretación de lo que no; y sería al que hacen referencia expresiones del tipo “X es verdaderamente interpretación”. El segundo uso, el cualificatorio, separa aquellas interpretaciones que poseen la propiedad de ser verdaderas de acuerdo con algún estándar de verdad presupuesto; y sería el uso al que hacen referencia expresiones del tipo: “La interpretación X de Y es verdadera”. Es en este segundo uso de verdad en el que el trabajo de Chiassoni se centra.

- “Textual”. El resultado de la interpretación textual en sentido amplio sería un enunciado interpretativo que, en su sentido más explícito, podría formularse como sigue:

*La norma NEi es, o cuenta como, el significado jurídicamente **correcto** de la disposición Di de conformidad con (el que debería ser tomado como) el código interpretativo CIj, correcto todas las cosas consideradas, y el conjunto de recursos interpretativos RIj, correcto todas las cosas consideradas⁴.*

- “Metatextual”, que a su vez presupone o incorpora actividades de interpretación textual y cuyo resultado podrían ser enunciados de estatus institucional, de integración, de identificación de lagunas, antinomias o jerarquías.

Respecto a la “interpretación en sentido propio y función cognoscitiva”, Chiassoni señala que sus resultados pueden ser concebidos como “enunciados conjeturales”, que a su vez pueden ser de tres tipos:

- “De conjetura metodológica”, cuyo objetivo es construir el marco metodológico (y siguiendo a Kelsen se corresponderían con enunciados de forma disyuntiva hipotética).
- “De conjetura ideológica”, cuyo objetivo es construir el marco ideológico.
- “Creativos”, cuyo objetivo es construir el marco de innovación metodológica.

Por último, nos encontramos con lo que Chiassoni considera “interpretación en sentido impropio”, en la cual el agente no interpretaría el Derecho en un sentido propio, sino que llevaría a cabo otro tipo de actividades relacionadas con la interpretación. A su vez, aquí distingue tres tipos de esta actividad “interpretativa”:

- “Interpretación-detección”: el agente describe cómo otros han interpretado una disposición. Pueden ser de detección singular o general.
- “Interpretación-predicción”: el agente realiza predicciones sobre cómo otros interpretarán una disposición. Su resultado puede ser enunciados predictivos singulares o generales.
- “Interpretación-prescripción”: el agente prescribe cómo otros deberán interpretar una disposición. También pueden ser singulares o generales. De acuerdo con el rol institucional del intérprete estos enunciados pueden tener carácter imperativo o de consejo o recomendación.

2.2. Respecto a los significados de “verdad”

Chiassoni pone de manifiesto que, desde la perspectiva de un pluralismo alético amplio, el concepto de verdad puede ser entendido como verdad formal, verdad empírica, verdad pragmática o verdad sistémica. Salvo el primer sentido de verdad

⁴ Chiassoni 2019: 25.

(el formal), los otros tres podrían tener aplicación a los enunciados interpretativos. Veamos cómo define estas tres categorías.

La “verdad empírica” consiste, en su opinión, «en la corrección (exactitud) de una información en relación con la experiencia»⁵. Este tipo de verdad sería predicable de enunciados descriptivos singulares, de enunciados predictivos singulares y de enunciados teóricos (leyes científicas...), que sólo de modo mediato dependen de la experiencia.

La “verdad pragmática” es entendida por Chiassoni como «la utilidad para la práctica: en la adecuación instrumental, de medio a fin, en relación con un conjunto de fines previamente definidos»⁶. Este tipo de verdad sería predicable –nos dice Chiassoni– tanto de enunciados teóricos, que pertenecen al ámbito del conocimiento empírico y la investigación científica, como de enunciados de prácticos que, en contraste, pertenecen al reino de la ética normativa⁷.

Por último, la “verdad sistémica” es entendida como la adecuación de parte-a-todo, dicho de otro modo, hace referencia a la compatibilidad en relación con un ‘todo’ o ‘sistema’ previamente identificado. Chiassoni distingue dos tipos de sistemas: los deductivos (formados por tres conjuntos de enunciados: normas primitivas, reglas de transformación y normas derivadas) y los retóricos (formados por disposiciones normativas y normas⁸). Se trata de una “clasificación” no excluyente, dado que nuestros sistemas jurídicos serían sistemas “mixtos”: deductivos y retóricos.

2.3. ¿Qué tipo de verdad podemos predicar de cada tipo de interpretación-resultado?

Pues bien, a partir de estas convenciones lingüísticas, Chiassoni está en condiciones de contestar a la pregunta que da sentido a su trabajo y que podría formular-

⁵ Chiassoni 2019: 48.

⁶ Chiassoni 2019: 51.

⁷ Chiassoni 2019: 51.

⁸ Para Chiassoni (2019: 56 ss.), siguiendo aquí la convención terminológica compartida por la Escuela Genovesa, las disposiciones normativas serían el elemento primitivo del sistema retórico; dichas disposiciones constituyen un conjunto finito de enunciados, normalmente establecidos por alguna autoridad. Mientras que las normas serían los enunciados derivados: las consecuencias retóricas de disposiciones normativas. La derivación de las normas a partir de las disposiciones depende de formas de razonamiento encaminadas a persuadir de su corrección. A su vez, Chiassoni considera que las disposiciones pueden ser de dos tipos: disposiciones sustanciales (relativas a deberes, derechos, poderes, privilegios...) y disposiciones metodológicas (enunciados con potencialidad expresiva de reglas de transformación del sistema retórico). Las disposiciones metodológicas se transforman en “reglas de transformación” a través de la acción del intérprete. Cuando un agente actúa como participante en un sistema retórico entran en juego dos tipos básicos de reglas de transformación: las reglas de traducción y las reglas de integración. Estas reglas determinan los criterios de verdad sistémica respecto de las normas de un sistema retórico.

se como sigue: ¿hay espacio para la verdad en la interpretación jurídica?

Chiassoni sostiene que, si nos referimos a enunciados interpretativos en sentido impropio, la verdad empírica podría aplicarse a los resultados de la interpretación-detección y a los de la interpretación-predicción. La verdad pragmática a su vez se podría referir tanto a los resultados de la interpretación-predicción como de la interpretación-prescripción. Mientras que la verdad sistémica se podría referir a los resultados de la interpretación-prescripción. Por lo que se refiere a los enunciados interpretativos en sentido propio y función cognoscitiva, sus resultados (la interpretación conjetural y la creativa) serían susceptibles de verdad pragmática y de una nueva categoría próxima a la verdad empírica a la que denomina verdad “experimental” y que depende tanto –nos dice Chiassoni– de que la información sobre la cual el experimento fue construido sea empíricamente verdadera, como de que los cálculos que realiza el investigador sobre la base de esta información sean “correctos” (lo que remite a la razón)⁹. Y, por último, Chiassoni considera que los resultados de ninguno de los dos tipos de interpretación en sentido propio y función práctica (la textual y la metatextual) son susceptibles de verdad empírica ni tampoco experimental. Solo podrían ser susceptibles de verdad pragmática y sistémica.

De modo que la “verdad empírica” sólo podría ser predicable de la interpretación-detección y de la interpretación-predicción (ambas resultado de actividades interpretativas en sentido impropio) y, en su variante de “verdad experimental”, también sería predicable de los resultados de la interpretación conjetural (interpretación en sentido propio y en función cognoscitiva).

Por su parte, la “verdad pragmática” podría referirse tanto a los resultados de la interpretación-predicción como de la interpretación-prescripción, así como de los enunciados interpretativos en sentido propio y función tanto cognoscitiva como práctica. Es decir, de todos los resultados de la actividad interpretativa, menos de los de la interpretación-detección.

Y, por último, la “verdad sistémica” se podría referir a los resultados de la interpretación-prescripción, así como de la interpretación en sentido propio y función práctica.

⁹ Esta categoría de verdad “experimental” apenas es analizada por Chiassoni, pero si entiendo bien a lo que con ella se refiere, en el ámbito de los resultados de la actividad interpretativa conjetural (a la que pretende aplicarlo), esta categoría combinaría elementos de los tres sentidos de verdad (la empírica, la sistemática y la pragmática). En su opinión esta verdad experimental depende de que la información sobre la cual el experimento fue construido sea empíricamente verdadera, como de que los “cálculos” que realiza el investigador sobre la base de esta información sean “correctos” (lo que remite a la razón). Pero obviamente los “cálculos” que realiza un investigador en el ámbito de la interpretación no son –y creo que Chiassoni estaría de acuerdo conmigo– “cálculos” lógicos o matemáticos, y por lo tanto la “razón” a la que apelan no puede ser exclusivamente una razón formal, sino que incorporaran todo lo que Chiassoni considera como criterios que determinan la verdad sistémica y posiblemente también la pragmática.

2.4. La naturaleza de la interpretación judicial

La actividad interpretativa que llevan a cabo los jueces es una interpretación en sentido propio y en función práctica, por ello Chiassoni considera –aplicando lo que acabamos de ver– que no pueden ser objeto de verdad empírica (aunque sí de verdad pragmática o sistemática). De este modo, la teoría cognoscitivista sobre la interpretación judicial, sería incorrecta tanto en su versión integral como en la moderada.

El cognoscitivismo integral (o formalismo) sostendría que la interpretación textual, tal como los jueces la llevan a cabo, es siempre una cuestión de conocimiento objetivo (interpretar equivale a aferrar el verdadero significado de las disposiciones a efectos de su aplicación a casos individuales).

Sin embargo, para los no cognoscitivistas (que Chiassoni equipara a escépticos y realistas), la interpretación textual judicial no es nunca una cuestión de conocimiento, dado que involucra siempre algún componente de evaluación práctico y toma de decisión.

Por su parte, los eclécticos (o cognoscitivistas moderados) parten de la distinción casos fáciles/difíciles. Las disposiciones son enunciados en lenguaje natural que están dotados de significado objetivo proporcionado por convenciones lingüísticas; éstas pueden devenir insuficientes bajo la presión de ciertos casos individuales (los difíciles). En esas situaciones surge la indeterminación lingüística que solo puede ser sanada por medio de la discreción judicial.

Contra la concepción cognoscitivista, Chiassoni argumenta que la interpretación textual es una actividad práctica de toma de decisión, una actividad guiada por la adhesión a valores éticos e ideológicamente comprometida. Cuando los jueces dicen que una disposición tiene un determinado significado respecto a la regulación de un determinado caso ni simplemente detectan que alguien ha atribuido antes ese significado ni simplemente conjeturan; más bien determinan ese significado como el correcto a efectos de decidir el caso.

La interpretación textual tiene lugar dentro de los sistemas jurídicos, que son sistemas normativos retóricos (además de deductivos). El objetivo del juego es ‘derivar’ las consecuencias retóricas correctas a partir del conjunto de disposiciones dadas. Esta tarea no es una cuestión de deducción lógica a partir de premisas autoevidentes.

Contra la concepción ecléctica, Chiassoni señala que el hecho de que las disposiciones sean enunciados en lenguaje natural no prueba que su significado jurídicamente correcto equivalga a su significado lingüístico convencional; ni la indeterminación jurídica no equivale a indeterminación lingüística. La indeterminación metodológica y la ideológica van, en su opinión, mucho más allá de la mera indeterminación lingüística.

De esta exclusión del cognoscitivismo, tanto integral como moderado, Chiassoni parece deducir que la concepción adecuada para dar cuenta de la interpretación judicial es el no cognoscitivismo que él equipara al escepticismo.

3. Sobre las tesis y los presupuestos metodológicos explícitos de Chiassoni

Como he señalado al principio, comparto las tesis explícitas que defiende Chiassoni en este trabajo: la verdad empírica no es predicable de la interpretación en sentido propio y en función práctica, por lo que el cognoscitivismo no sería una tesis adecuada para dar cuenta de la actividad interpretativa judicial (pues ésta es una interpretación en sentido propio y función práctica). Sin embargo, tengo algunos desacuerdos puntuales con el aparato metodológico que, con extraordinaria capacidad analítica, Chiassoni despliega para defender dichas tesis y del que parece querer extraer algunas conclusiones. En primer lugar, creo que los distintos sentidos de actividad interpretativa se presentan artificialmente no sólo como categorías distintas, sino también como “separadas”, pudiendo provocar ciertos parallogismos, tales como falsas oposiciones¹⁰. En segundo lugar, al presentar las distintas concepciones que dan cuenta de la actividad interpretativa judicial, se presume que la única alternativa a la concepción cognoscitivista es el escepticismo.

3.1. Sobre los distintos tipos de actividad interpretativa

Creo que el tipo “básico” de actividad interpretativa es la primera categoría analizada por Chiassoni, la de la “interpretación en sentido propio y función práctica”; y la considero “básica” en el sentido de que el resto de las actividades se definen en función de esta primera o al menos la presuponen. Como hemos visto, para Chiassoni se trata de una actividad práctica de toma de decisión, una actividad guiada por la adhesión a valores éticos e ideológicamente comprometidos. No se trata simplemente de detectar que alguien ha atribuido ese significado ni simplemente de conjeturar, sino más bien de “determinar ese significado como el correcto”. En este sentido, la forma en que Chiassoni presenta, en su forma más explícita, el enunciado interpretativo resultado de la actividad interpretativa textual sería la siguiente:

*La norma NEi es, o cuenta como, el significado jurídicamente **correcto** de la disposición Di de conformidad con (el que debería ser tomado como) el código interpretativo CIj, correcto todas las cosas consideradas, y el conjunto de recursos interpretativos RIj, correcto todas las cosas consideradas¹¹.*

¹⁰ Tomo el concepto de parallogismo de Vaz Ferreira (1979), que lo caracteriza como aquel tipo de falacias que, a diferencia de los sofismas, consisten en errores involuntarios, cometidos o inducidos por confusiones a menudo inadvertidas; pertenecerían a esta categoría, por ejemplo, las falsas oposiciones, las falsas precisiones, la extrapolación de los esquemas verbales a la realidad de las cosas o el tratamiento de las cuestiones normativas (cuyas soluciones pueden ser graduables y suelen implicar ponderaciones) como si fueran fácticas o explicativas (susceptibles de soluciones únicas y precisas). Un análisis detallado de las aportaciones de Vaz Ferreira sobre los parallogismos puede verse en Vega Reñón (2008, pp. 630 ss.).

¹¹ Chiassoni 2019: 25.

Ahora bien, yo creo que esta caracterización –con la que estaría esencialmente de acuerdo– oculta el aspecto más relevante de dicha actividad: la actividad interpretativa es una actividad de naturaleza argumentativa que se dirige a justificar la adscripción de significados jurídicos. Eso implica que la toma de “decisión”, que Chiassoni coloca en el centro de su caracterización, es sólo el último paso de una actividad compleja, que obviamente implica más cosas que una mera elección: la actividad interpretativa requiere un primer paso que establezca las posibilidades interpretativas (el marco interpretativo en terminología de Chiassoni), compare los argumentos o razones en favor de cada una de ellas y acabe optando por una: aquella cuyos argumentos se consideren más sólidos.

Si nos fijamos, la forma del enunciado interpretativo que nos ofrece Chiassoni incorpora una pretensión de corrección: se trata de un enunciado que establece que, de conformidad con el código interpretativo considerado correcto, el atribuido es “el significado” jurídico correcto a adscribir a la disposición objeto de interpretación. Esto concuerda con mi visión de la actividad interpretativa como encaminada a justificar la atribución de un determinado significado a una disposición. Pero es importante percatarse de que un enunciado interpretativo de este tipo vendría a ser equivalente a un enunciado del tipo “D debe ser entendido como N”, o “Es mejor entender D en el sentido N que en cualquier otro sentido”, o aún: “los argumentos que avalan el significado atribuido son, en el caso en cuestión, mejores que los que avalan significados alternativos”. Pero esto necesariamente implica que el intérprete que formula ese enunciado en algún sentido se compromete con la corrección del mismo, de manera que cuando un jurista formula un enunciado interpretativo de este tipo, necesariamente asume que ese significado debería también ser asumido por otros participantes en el Derecho (obviamente, siempre que se den las mismas circunstancias). Se trata de una exigencia del principio de universalidad como requisito de racionalidad de la argumentación. Lo contrario sería incurrir en una contradicción pragmática equivalente a que, en el ámbito teórico, alguien dijera: “El gato está sobre el tejado, pero yo no lo creo”. De este modo, la interpretación en sentido propio y función práctica incorpora también en alguna medida una función “prescriptiva” (que Chiassoni considera característica de una de las actividades interpretativas en sentido impropio) que estaría implícita (por supuesto con distinta intensidad dependiendo de la posición institucional del sujeto que la realiza) en toda actividad interpretativa en sentido propio y función práctica¹².

El otro tipo de actividad interpretativa en sentido propio que Chiassoni analiza es la “interpretación con función cognoscitiva”. Para comenzar, quiero mostrar mis dudas respecto a la conveniencia de utilizar la calificación de “cognoscitiva”

¹² Quizás a esta misma idea es a la que se refiere Ruiz Manero (2012) al sostener que la interpretación jurídica tiene una dimensión de ajuste de mundo a palabras (del presente al futuro). Luego volveremos sobre ello.

para cubrir el tipo de actividad al que Chiassoni quiere referirse. Dicha terminología (que coincide con el calificativo que utiliza para caracterizar a las concepciones de la interpretación que aceptan la aplicación de la verdad empírica para sus enunciados interpretativos) parece referirse sólo a una actividad de detección de interpretaciones realizadas por otros (que Chiassoni consideraría –correctamente en mi opinión– como no propiamente actividad interpretativa, sino que sería una actividad descriptiva de las interpretaciones realizadas por otros). Sin embargo, Chiassoni pretende incluir en esa categoría también una actividad dirigida a “construir” conjeturas que determinen el marco de posibles significados, atendiendo tanto a los distintos códigos interpretativos aceptados de hecho en una comunidad jurídica, como a aquellos que el intérprete considera que deberían poder aceptarse, que sería el caso de los enunciados interpretativos que Chiassoni denomina “creativos” y cuyo objetivo sería construir el marco de “innovación metodológica”. Las actividades que desembocan en la formulación de estos enunciados interpretativos difícilmente podrían ser calificadas en mi opinión como cognoscitivas; pues, como el propio Chiassoni acepta implican llevar a cabo argumentaciones a partir de los distintos códigos interpretativos que exigen argumentaciones, dirigidas –en palabras de Chiassoni– a “persuadir de su corrección”¹³. Como antes he señalado (en nota a pie de página) la categoría de verdad “experimental” que en opinión de Chiassoni sería la aquí aplicable estaría mucho más lejos de la verdad empírica de lo que este autor parece presuponer.

Podría pensarse que la calificación de “cognoscitiva” para este tipo de interpretación pretende oponerse al primer tipo de interpretación que es calificada como “práctica”; pero de nuevo nos encontraríamos aquí con una falsa oposición. Creo que la actividad interpretativa jurídica en sentido propio (en cualquiera de las dos modalidades que Chiassoni distingue) se caracteriza no sólo por su objeto (disposiciones o textos jurídicos), sino por realizarse en el seno de la práctica jurídica, con el objetivo práctico de ayudar –en alguna medida– a conformar la práctica jurídica (se trata, como ya he sostenido en otras ocasiones, de una actividad participativa en la práctica en la que se incardina). La interpretación jurídica no es simplemente una interpretación de textos (de textos jurídicos), sino una interpretación en el seno de una práctica normativa vinculada a textos. La actividad interpretativa jurídica está encaminada (aunque sea mediatamente) a resolver problemas prácticos: a determinar qué se debe o puede hacer en un determinado contexto normativo. Por supuesto que podemos –e incluso debemos– distinguir, a efectos analíticos entre las actividades que Chiassoni incorpora bajo el rótulo “interpretación con función cognoscitiva” y “con función “práctica”, o por usar la terminología de Guastini, interpretación “cognitiva” y “decisoria”¹⁴; pero también podemos –y debemos– señalar su continuidad: cuando los juristas se plantean de qué distintas maneras

¹³ Chiassoni 2019: 56.

¹⁴ Guastini 2014.

puede entenderse una disposición lo hacen directa o indirectamente como paso previo a analizar los argumentos a favor o en contra de cada una de ellas para poder elegir una de ellas como la “mejor”, la más acorde con los valores y fines que se le atribuyen a la práctica jurídica. Por supuesto, no tienen por qué ser los mismos participantes los que lleven a cabo las dos etapas del proceso interpretativo: un juez puede tomar como punto de partida los distintos significados posibles que un jurista teórico (u otros juristas prácticos: jueces, abogados...) habían señalado para una disposición; pero lo que quiero señalar es que sin tomar en consideración que la actividad interpretativa jurídica se desempeña en el seno del Derecho, que es una práctica social encaminada a resolver problemas prácticos, no se entenderá adecuadamente la naturaleza de la actividad interpretativa jurídica¹⁵.

3.2. Sobre las concepciones de la interpretación judicial

La crítica de Chiassoni está dirigida contra la concepción cognoscitivista de la interpretación judicial (como prototipo de interpretación jurídica en sentido propio y función práctica), tanto en lo que considera su versión radical (el formalismo) como en su versión moderada (el eclecticismo). Como ya he señalado, estoy de acuerdo con que el cognoscitivism no es una concepción adecuada de la interpretación jurídica, porque dicha concepción plantearía la actividad interpretativa como un asunto teórico y no práctico, olvidando los aspectos valorativos que necesariamente implica dicha actividad¹⁶. Ahora bien, la única alternativa que Chiassoni parece encontrar al cognoscitivism es el escepticismo (que es la única concepción a la que considera como no cognoscitivista). Pero se trata, en mi opinión, de una falsa oposición. Es posible ser “no cognoscitivista” en materia de interpretación, sin por ello asumir el escepticismo. De este modo, hay muchos ejemplos de concepciones de la interpretación que estarían de acuerdo en sostener que la interpretación no es nunca una cuestión de mero conocimiento teórico, dado que involucra siempre algún componente práctico, de evaluación y toma de decisión, pero que difícilmente calificaríamos de escépticas. Conuerdo con Chiassoni en que la propuesta de Hart, y del cognoscitivism moderado que este autor representaría, no supone en realidad una tercera opción, puesto que presentaría a la actividad interpretativa en unos casos como actividad puramente cognoscitiva (en los casos fáciles) y en otros como actividad puramente volitiva (en los casos difíciles). Pero creo que existe otra

¹⁵ Sobre esta cuestión ya me ocupé al comentar un libro de otro representante de la Escuela Genovesa de la interpretación (*Interpretar y argumentar*, de Riccardo Guastini), en el que expresamente sostiene que el género al que pertenece la interpretación jurídica es el de la interpretación de textos. Cfr., Lifante Vidal 2016.

¹⁶ Esa es una de las tesis que sostengo en mi libro *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* (Lifante Vidal 2018). El objetivo principal de este libro es precisamente defender una concepción ni cognoscitivista ni escéptica de la interpretación jurídica.

posible lectura de en qué puede consistir una “teoría intermedia” que en mi opinión resulta mucho más plausible. Estoy pensando en las teorías de autores como Dworkin (2007 y 2014), MacCormick (2010), Nino (1994) o Atienza (2013). Todos ellos sostendrían concepciones que yo he calificado como “constructivistas” y que no serían ni cognoscitivistas ni escépticas.

Juan Ruiz Manero (2012), en el epílogo a una discusión con Guastini sobre el escepticismo interpretativo sostenido por este autor, comentaba que el criterio clasificador que este autor utiliza para las teorías interpretativas (y que creo que es el mismo que asume Chiassoni) depende exclusivamente de si los enunciados pueden o no ser calificados como verdaderos (en sentido empírico): para el cognoscitivismo siempre pueden serlo; para el escepticismo, nunca; y para el eclecticismo, en algunas ocasiones sí y en otras no. Pero esta clasificación presupone –dice Ruiz Manero– considerar que la única dirección de ajuste relevante para los enunciados interpretativos es necesariamente de palabras (los propios enunciados interpretativos) a mundo (el lenguaje del legislador), pero ello dejaría fuera a todas las concepciones:

que entienden que la empresa interpretativa *se orienta a justificar* (y no a descubrir) la adscripción de significados que se consideran correctos como fundamento de las decisiones aplicativas futuras. Para una concepción de la interpretación de este género, la dirección de ajuste más relevante de los enunciados interpretativos es la que va del futuro (las decisiones aplicativas) al presente (los propios enunciados interpretativos) o, si se quiere, la que va de mundo a palabras. Y el ajuste de presente a pasado, de palabras (los enunciados interpretativos) a mundo (los textos jurídicos) es, en estas concepciones, solo un ingrediente de un proceso argumentativo complejo que se entiende como orientado a proporcionar fundamentos justificados para las decisiones aplicativas futuras¹⁷.

Para todas esas concepciones, a las que yo califico de constructivistas, la actividad interpretativa judicial (en los casos difíciles) sería una actividad de naturaleza argumentativa, dirigida a justificar el significado que se considera que se ha de atribuir a una determinada disposición jurídica. Desde esta perspectiva, la interpretación judicial no sería, por tanto, ni un mero acto de conocimiento (como pretenden los cognoscitivistas) ni tampoco un mero acto de voluntad (como afirman los escépticos), aunque puede contener algo de ambas actividades en las diversas etapas o momentos del proceso interpretativo (se inicia con actos cognoscitivos y finalizará con la adopción de una decisión), pero lo interesante es lo que hay entre esos dos momentos: se trata de una actividad argumentativa¹⁸, inserta en el ámbito

¹⁷ Ruiz Manero 2012: 210-211.

¹⁸ En este punto querría hacer dos matizaciones. La primera es que me estoy refiriendo aquí exclusivamente al sentido de interpretación que Gianformaggio califica como actividad “dianoética” (o Wróblewski, interpretación en sentido estricto) y que implicaría la existencia de una duda sobre el significado a atribuir. Pero hay que ser conscientes de que en ocasiones hablamos también de interpretación en un

más amplio del razonamiento práctico general. Si adoptamos –como creo que debe hacerse– una concepción de la actividad interpretativa como actividad argumentativa “racional”, ello nos lleva a considerar que, por un lado, se trata de una actividad orientada a un fin, es decir, que sirve a un propósito; y, por otro lado, que existen criterios para evaluar una argumentación, considerándola como buena o mala, o mejor o peor que otra.

Para contestar a la pregunta a propósito de en qué consisten estos criterios de comparación de la “bondad” de la interpretación judicial (una vez excluida la verdad empírica), aquéllos que nos permiten comparar la bondad de los distintos posibles códigos interpretativos aplicables en terminología de Chiassoni, deberemos entonces determinar en primer lugar cuál es el propósito de tal actividad (para qué interpretamos el Derecho) y en segundo lugar determinar en qué consisten los criterios que nos permitan evaluar dichas interpretaciones (y que estarán en función de la respuesta dada a la primera pregunta). Si la actividad interpretativa es una actividad conformadora de la práctica jurídica y el intérprete judicial es sin lugar a dudas un participante de la práctica¹⁹, el objetivo que perseguirá será el mismo que cualquier otro participante en dicha práctica: su conservación y mejora. Si aceptamos lo anterior, la pregunta a propósito de cómo interpretar el Derecho nos remite a una cuestión previa: qué es lo que hace valioso al propio Derecho. El Derecho se interpreta para atribuirle un sentido en aquellos casos en que, *prima facie*, admite más de una posible lectura y la comparación entre estas distintas interpretaciones *prima facie* posibles que compiten entre sí ha de hacerse atendiendo a los propios valores que el Derecho pretende realizar.

Los criterios de corrección en el ámbito de la actividad interpretativa judicial nos remiten entonces a la cuestión a propósito de qué es lo que dota de valor al Derecho, a la necesidad de contar con lo que hemos visto²⁰ que Dworkin denomina un “concepto aspiracional” de Derecho y que sería el que usamos al describir una virtud política específica: el ideal de Estado de Derecho²¹. La interpretación ha de encajar en los materiales jurídicos (el significado a atribuir ha de estar dentro de los posibles atendiendo a las reglas semánticas, a los propósitos, a la reconstrucción

sentido distinto (al que Gianformaggio calificaría como “noético”) consistente en captar el significado de algo, que no requiere llevar a cabo actividad argumentativa. Cfr. Gianformaggio 1987: 90 ss. y Wróblewski 1992: 87 ss. La segunda matización es que al afirmar que la actividad interpretativa es una actividad argumentativa no quiero decir que esa argumentación que se requiere para interpretar sea en todos los casos hecha explícita en una motivación de la decisión.

¹⁹ Más discutible sería la situación de otros intérpretes; estoy pensando no tanto en la doctrina, sino en los abogados litigantes. Sobre estas distintas posiciones institucionales de los intérpretes me he ocupado recientemente (Lifante Vidal 2020).

²⁰ Véase *supra* la nota 14.

²¹ Se trata, por supuesto, de un concepto controvertido, para el que encontramos diversas concepciones que compiten entre sí, más o menos formalistas. En un trabajo anterior (Lifante Vidal 2013) me comprometo con una particular concepción del mismo.

sistemática de los materiales). Ir más allá sería inventar el Derecho, no interpretarlo. Aquí radica la relevancia de la dimensión autoritativa en la interpretación. Ahora bien, cuando estos argumentos avalan varias posibilidades interpretativas, la tarea del juez intérprete sigue sometida a Derecho, teniendo que optar por la mejor interpretación: aquella que hace de esos materiales jurídicos autoritativos el mejor ejemplo posible de Derecho, es decir, el que lo presenta como más justo. De modo que una concepción constructivista de la interpretación jurídica como la que yo sostengo nos reenvía aquí a la necesidad de contar con una teoría de la justicia, lo que implica una integración de las distintas esferas de la racionalidad práctica: Derecho, moral y política. Esto nos lleva al siguiente apartado.

4. Sobre los presupuestos implícitos de Chiassoni

Como acabo de exponer, en mi opinión la interpretación jurídica es una actividad de naturaleza argumentativa inserta en el ámbito más amplio del razonamiento práctico general. Por tanto, un buen abordaje de esta actividad descansa, por un lado, en una adecuada concepción de la racionalidad práctica, y, por otro lado, de las peculiaridades del objeto a interpretar (el Derecho). Y donde creo que se encuentran mis verdaderos desacuerdos con las tesis de Chiassoni es precisamente en los presupuestos implícitos que este autor sostiene respecto al Derecho y a la racionalidad práctica.

A la hora de caracterizar una concepción del Derecho hay dos variables a tomar en cuenta²². Por un lado, la variable relativa a la *idea* de Derecho que se sostiene; en este sentido, nos encontramos con dos posibilidades: para unas concepciones, el Derecho sería visto fundamentalmente como un sistema o conjunto de normas, o de disposiciones y normas²³, mientras que, para otras, el Derecho sería visto como

²² En este punto sigo muy de cerca la posición de Atienza (cfr., por ejemplo, Atienza 2017: esp. cap. I).

²³ Y que coincidiría con lo Dworkin denomina concepto “taxonómico” de Derecho. Para este autor, deben diferenciarse diversos conceptos de Derecho: un concepto “sociológico”, un concepto “taxonómico”, un concepto “doctrinal” y un concepto “aspiracional” de Derecho, aunque recalca que existen múltiples conexiones entre ellos (Dworkin 2007: 11 ss. y 243 ss.). El primero, el concepto “sociológico”, sería el que hace referencia a un determinado tipo de estructura social de carácter institucional; se trata de un concepto criteriológico, aunque obviamente impreciso. El concepto “taxonómico” de Derecho sería aquel que se utiliza para clasificar una regla o principio particular como norma jurídica en vez de norma de otro tipo; tras este concepto subyace la visión del Derecho como un conjunto finito de estándares que Dworkin rechaza: «la noción del Derecho como un conjunto de estándares concretos que en principio podemos individualizar y contar –llega a decir– me parece una ficción escolástica» (Dworkin 2007: 15). Por su parte, el concepto “doctrinal” es el que usamos para determinar qué es lo que exige, prohíbe o permite el Derecho de alguna jurisdicción en particular; es este concepto el que nos interesa cuando discutimos lo que Dworkin considera como “las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas” (como es sabido, Dworkin utiliza un concepto excesivamente amplio de verdad, que se aparta de usos lingüísticos arraigados, y con el que simplemente estaría apuntando a la pertinencia de hablar de “corrección” respecto de las pretensiones que se erigen en ese ámbito, cfr. Dworkin 2014: 539, nota 46).

una práctica social, como una actividad. Esta segunda idea supone que el Derecho no puede verse como un mero conjunto de estándares o de normas (y ello aunque ampliásemos la tipología para incorporar los principios u otro tipo de enunciados); desde esta perspectiva el Derecho no es contemplado –como le gusta señalar a Manuel Atienza– como algo acabado, como un mero artefacto, sino que se trata de una actividad, una empresa o práctica social, orientada a la persecución de ciertos fines considerados valiosos y que, como tal, está en permanente construcción. Las primeras concepciones (las “sistemáticas”) priman el aspecto estructural y organizativo del fenómeno jurídico, mientras que las segundas dan mayor relevancia a los aspectos teleológicos y valorativos del mismo. Por otro lado, la segunda variable es la relativa a si estas concepciones se adhieren o no a la tesis positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Pese a lo que pudiera considerarse a primera vista, estas dos variables son relativamente independientes, de modo que sería posible sostener una idea del Derecho como conjunto de normas y defender al mismo tiempo una conexión conceptual entre el Derecho y la moral y, a la inversa, se podría también sostener una idea del Derecho como práctica social, pero mantener una concepción positivista del Derecho (pensemos, por ejemplo, en el caso del segundo Ihering).

Yo me adhiero, a diferencia de Chiassoni²⁴, a una idea del Derecho que lo concibe como una práctica social (no como un mero sistema de disposiciones y normas) y a una concepción postpositivista (o no positivista) del Derecho; una concepción que –sin negar la tesis de las fuentes sociales del Derecho– sostendría que desde ciertas perspectivas no puede mantenerse la separación conceptual entre el Derecho y la moral (aunque ello no sea obstáculo para que, desde otras perspectivas, dicha distinción pueda ser completamente operativa). Y una de las perspectivas desde las que no puede mantenerse la separación es precisamente aquella que se interesa por la interpretación del Derecho.

Creo que la distinción entre el Derecho y la moral no puede verse como una dicotomía que divide al mundo (ésta sería la imagen que ofrece la “ideología de la separación” –la terminología es de Atienza– a la que se adhieren muchos positivistas). El Derecho tiene una relativa autonomía frente a la moral: no puede confundirse con ella, pero tampoco puede entenderse sin ella. En particular, el Derecho en un Estado constitucional (que es el que nos interesa) no puede verse exclusivamente como un instrumento para lograr cualesquiera objetivos sociales, sino que incorpora

Por último, el concepto “aspiracional” sería el que usamos al describir una virtud política específica. Este último concepto, que sería al que nos referimos cuando hablamos del ideal de Estado de Derecho, es obviamente un concepto controvertido para el que encontramos concepciones más formalistas o sustantivistas. Estos dos últimos conceptos, el “doctrinal” y el “aspiracional”, no cumplirían –dice Dworkin– una función criteriológica, sino interpretativa y ambos revestirían una especial trascendencia filosófica.

²⁴ Como hemos visto, para Chiassoni el Derecho sería un sistema, de naturaleza mixta, deductivo y retórico, compuesto por disposiciones emanadas por autoridades y que, a través de distintas reglas de traducción o transformación, se convierten en normas.

valores morales. Y, en el concreto ámbito de la interpretación, es imposible determinar qué establece un determinado Derecho respecto a algún asunto mínimamente controvertido (por ejemplo, respecto a los límites constitucionalmente admisibles de la libertad de expresión, o respecto a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo) sin tomar en consideración cómo debería ser el Derecho.

Por lo que se refiere a la racionalidad práctica, Chiassoni mantiene una concepción muy restrictiva de la misma, limitándola a una mera racionalidad instrumental (de medios a fines), excluyendo así a la discusión ética (sobre los propios fines o valores) del ámbito de la racionalidad práctica. En este sentido, cuando Chiassoni define la noción pragmática de verdad, que sería –en su opinión– la que se ocupa de la evaluación racional de normas y de juicios de valor éticos, señala que se ocupa simplemente de su «evaluación desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, o la de medio a fin»²⁵. Y de ahí que, aunque este autor maneje el concepto de corrección y lo incorpore a la forma estándar de los enunciados interpretativos, dicha corrección es siempre relativa a ciertos fines y valores, respecto a los cuales parece asumir implícitamente que no cabe ninguna evaluación racional, sino una mera adhesión basada en una decisión “subjetiva”, en el sentido de arbitraria o carente de razones²⁶. Esta postura se basa en el escepticismo ético presupuesto por este autor. Yo sostengo, sin embargo, un objetivismo moral mínimo.

¿En qué consistiría este objetivismo? En este punto, mi postura coincide con la sostenida por Atienza²⁷, quien considera que el objetivista (a diferencia del absolutista) expone sus juicios a la crítica racional, adhiriéndose a una concepción falibilista de la corrección en materia moral. Los valores que se atribuyen a ciertas acciones o estados de cosas no son arbitrarios, y por lo tanto no dependen de una mera preferencia personal o compartida con un determinado grupo, sino que se justificarían, en último término, porque ayudan a satisfacer necesidades básicas de los individuos o a proveerles de las capacidades indispensables para desarrollar una vida buena. Atribuir a estas razones un carácter “objetivo” equivale simplemente a considerar que es posible una discusión racional (controlable intersubjetivamente) sobre estos asuntos²⁸.

²⁵ Chiassoni 2019: 52.

²⁶ Cuando se califica un juicio como “subjetivo”, dicho calificativo puede tener dos sentidos. El primero –contra el que no se puede objetar nada– hace referencia a que proviene de un sujeto (podríamos decir que aquí subjetivo equivale a “personal”), mientras que el segundo sentido sería equivalente a carente de razones, o “arbitrario”. Es importante percatarse de que el primer sentido de “subjetivo” no implica necesariamente el segundo: el hecho de que un juicio valorativo sea –podríamos decir– necesariamente personal no implica que sea también “arbitrario”. Creo que los escépticos lo que hacen es considerar equivalentes ambos sentidos de “subjetivo” sin aportar razones para justificar dicha equiparación.

²⁷ Atienza 2017: VIII. En el núm. 46 de la revista *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* pueden encontrarse varios artículos a propósito de cómo entender (y los problemas que plantea) la propuesta de objetivismo mínimo que defiende Manuel Atienza y a la que yo aquí me adhiero. Véase, en particular, González Lagier (2023) y Misseri (2023).

²⁸ En un sentido similar, Rawls señala que «decir que una convicción moral es objetiva, equivale

Este objetivismo apela por tanto a la idea de imparcialidad, en la línea de todos los constructivismos de inspiración kantiana. Ahora bien, como también señala Atienza²⁹, las aproximaciones meramente procedimentalistas, dado que no incorporan ningún criterio sustantivo, acaban teniendo problemas para justificar las propias reglas del discurso. Para superar este déficit, este autor propone acudir a la tesis de Nagel, según la cual hay pensamientos que no pueden verse como exclusivamente ‘nuestros’: «si es que en alguna medida pensamos, debemos pensar en nosotros, individual y colectivamente, como sometiéndonos al orden de las razones, más que creándolo»³⁰.

Y así, del mismo modo que en el ámbito teórico nos “sometemos a” (no tenemos más remedio que admitir), entre otras, la creencia en la existencia del mundo exterior; en el ámbito práctico, nos dice Atienza, no tendríamos más remedio que admitir, siguiendo de nuevo la estela kantiana, la idea de dignidad, la consideración de cada persona como un fin en sí misma. Aceptar esta idea presupone considerar que no sólo hay razones relativas al agente (que serían las que derivan de sus propios intereses y compromisos) y que, por tanto, somos capaces de adoptar una actitud imparcial, que es lo que en último término necesitamos para superar el escepticismo en materia de racionalidad práctica.

Referencias bibliográficas

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara.
- Dworkin, R. (2007). *Justice in robes* (2006) trad. esp. *La justicia con toga*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- Dworkin, R. (2014). *Justice for hedgehogs* (2011) trad. esp. *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Gianformaggio, L. (1987). *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 4, 87-108.
- González Lagier, D. (2023). *El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 46, 187-207.

a decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta» (Rawls 2000: 245).

²⁹ Atienza 2017: 212 ss.

³⁰ Nagel 2001: 155.

- Guastini, R. (2008). *Nuovi Studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne.
- Guastini, R. (2014). *Interpretare e argomentare* (2011) trad. esp. *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lifante Vidal, I. (2013). *Seguridad jurídica y previsibilidad*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 36, 85-105.
- Lifante Vidal, I. (2016). *Interpretar y/o argumentar*, «Eunomía. Revista en cultura de la legalidad», 10, 303-311.
- Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Lifante Vidal, I. (2019). *Una breve réplica a los comentaristas de Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, «Anuario de la sociedad chilena de filosofía jurídica y social», n. 35, 155-174.
- MacCormick, N. (2010). *Argumentación e interpretación en el Derecho*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 33, 65-78.
- Misseri, L.E. (2023). *Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 46, 297-319.
- Nagel, T. (2001). *The Last Word* (1997) trad. esp. *La última palabra. La razón ante el relativismo y el subjetivismo*, trad. P. Margallo y Marcelo Alegre, Barcelona, Gedisa.
- Nino, C.S. (1994). *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel.
- Rawls, J. (2000). *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press.
- Ruiz Manero, J. (2012). *Epílogo: Interpretación jurídica y direcciones de ajuste*, en «Discusiones», 11, 203-219.
- Vaz Ferreira, C. (1979). *Lógica viva*, en Id., *Lógica viva. Moral para intelectuales*, Venezuela, Biblioteca Ayacucho, 3-190.
- Vega Reñón, L. (2008). *Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 31, 625-640.
- Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher.

Comentario al Cap. I de *El problema del significado jurídico* de P. Chiassoni

Victoria Iturralde*

Resumen

El presente artículo es un comentario al capítulo I del libro *El problema del significado jurídico* de Pierluigi Chiassoni. En el trabajo se reconstruyen las principales ideas del capítulo y, si bien se aceptan algunas de las tesis defendidas por el autor, se discuten dos tesis centrales: 1) que del hecho de que las disposiciones de las fuentes del derecho sean enunciados del lenguaje natural no se sigue que su significado sea equivalente al significado lingüístico convencional; y 2) que no hay espacio para la verdad en la interpretación en sentido propio y en función práctica.

Palabras clave: Pierluigi Chiassoni. Interpretación. Significado convencional.

Abstract

This article is a commentary on chapter I of the book *The Problem of Legal Meaning* by Pierluigi Chiassoni. This work reconstructs the main ideas of the chapter. While accepting some of these defended by the author, it discussed two of its central theses: 1) from the fact that the provisions of the sources of law are statements of natural language, it does not follow that its meaning is equivalent to the conventional linguistic meaning; and 2) that there is no room for truth in interpretation in its proper sense and practical terms.

Keywords: Pierluigi Chiassoni. Interpretación. Convencional Meaning.

* Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco, Manuel Lardizabal Ibilbidea, 2, 20018, Donostia, Gipuzkoa, España, victoria.iturralde@ehu.eus.

En primer lugar, quiero mostrar mi gratitud por invitarme a participar en el comentario al libro de Pierluigi Chiassoni, *El problema del significado jurídico*. Dada la extensión del mismo, me limitaré a algunas cuestiones que plantea en el capítulo I.

1. Ideas principales del Capítulo I

El problema que aborda Chiassoni en el Capítulo I es el de si hay algún espacio para la verdad en la interpretación jurídica. Para ello, comienza analizando el concepto de interpretación, distinguiendo entre interpretación en sentido propio y en función práctica (interpretación textual y metatextual); interpretación en sentido propio y en función cognoscitiva e, interpretación en sentido impropio. En el libro se limita a la interpretación en el primero de los sentidos.

La *interpretación textual* consiste en la

determinación del significado jurídicamente correcto de una disposición con vistas a algún propósito práctico [...] bien en decidir [...] un determinado pleito, que el caso de los jueces, bien en proponer una respuesta correcta para una cuestión jurídica abstracta que es el caso de los juristas¹.

La *interpretación metatextual* abarca una gama de actividades heterogéneas como los enunciados de estatus institucional, los enunciados de integración de lagunas, los enunciados de identificación de antinomias y los enunciados de identificación de jerarquías². Respecto de la interpretación textual, distingue un sentido restringido y un sentido amplio. En un sentido restringido, el resultado de la interpretación textual consiste, «en una o más normas que, según el intérprete, constituyen el significado explícito de una determinada disposición, lo que aquel considera que la disposición propiamente *expresa*»³. Por ejemplo, si la disposición interpretada dice: (D_i) “No debe infligirse pena cruel alguna”. Y el intérprete traduce en la norma explícita: (NE_i) “No debe infligirse pena alguna que resulte de la conformidad con la intención de los Padres Constituyentes”, el enunciado NE_i, que constituye una noma explícita, equivale al resultado lingüístico, en un sentido restringido, de la interpretación textual de la disposición D_i.

En un *sentido amplio*, el resultado de la interpretación textual puede ser concebido como el resultado de un enunciado interpretativo; enunciado que es representado por medio de la siguiente forma lógica⁴:

¹ Chiassoni 2019: 22.

² Chiassoni 2019: 28.

³ Chiassoni 2019: 23.

⁴ Chiassoni 2019: 23-25.

(E16) La norma NE_i , es o cuenta como el significado jurídicamente correcto de la disposición D_i , siendo NE_i el significado de la disposición D_i de conformidad con (el que debería ser tomado como) el *código interpretativo* C_i , correcto todas las cosas consideradas, y el conjunto de *recursos interpretativos* RI_i , correcto todas las cosas consideradas⁵.

En relación con la verdad, distingue entre un *pluralismo alético austero*, que admite dos nociones de verdad, la verdad empírica y la verdad formal, y *pluralismo alético amplio* que admite cuatro: además de las dos anteriores, la verdad pragmática y la verdad sistémica. Aunque Chiassoni se inclina por un pluralismo alético austero⁶ señala que hay tres nociones de verdad que se pueden aplicar a la interpretación jurídica: la verdad empírica, la verdad pragmática y la verdad sistémica. La primera consiste en la corrección (exactitud) de una información en relación con la experiencia. La segunda se refiere a la utilidad para la adecuación instrumental de medio a fin en relación con un conjunto de fines previamente definidos⁷. La verdad sistémica la define como «la adecuación de parte-a-todo: la compatibilidad en relación con un ‘todo’ o ‘sistema’ previamente identificado (p.ej. la derivación lógica a partir de a partir de un conjunto de enunciados primitivos)»⁸.

Concluye que «la interpretación textual y metatextual conducen a resultados [...] que no son susceptibles ni de verdad empírica ni de verdad experimental [...] solo son susceptibles de verdad pragmática y sistémica»⁹. «El ámbito de la interpretación jurídica en sentido propio y en función práctica –es decir, el ámbito de la interpretación judicial y de la interpretación por los juristas– es un ámbito sin verdad»¹⁰.

Se pronuncia en favor del no cognoscitismo y señala que «la interpretación textual no es jamás una cuestión de puro conocimiento objetivo, dado que involucra siempre algún componente de evaluación práctica y toma de decisión»¹¹.

Los argumentos para justificar lo anterior son los siguientes (pp.66-70):

- 1) La interpretación textual es, y no puede ser sino, una *actividad práctica de toma de decisión*, guiada por la adhesión a valores éticos e ideológicamente comprometida

⁵ Chiassoni 2019: 25.

⁶ «Un pluralista austero, quien aceptaría solo la verdad empírica y la formal, puede preguntarse por qué deberíamos hablar de ‘verdad pragmática’ y ‘verdad sistémica’, dado que podíamos recurrir en cambio a expresiones más directas y menos inapropiadas como ‘utilidad práctica’, ‘adecuación instrumental’, ‘compatibilidad’, ‘consistencia lógica’, ‘coherencia instrumental’, ‘coherencia teleológica’, etc. No me pronunciaré acerca de quién tiene razón, aunque desde la perspectiva analítica, la postura del pluralismo austero parece preferible» (Chiassoni 2019: 62).

⁷ Chiassoni 2019: 48, 51.

⁸ Chiassoni 2019: 52.

⁹ Chiassoni 2019: 65.

¹⁰ Chiassoni 2019: 66.

¹¹ Chiassoni 2019: 67.

[...] cuando en sus opiniones los jueces dicen, e.g., que la disposición D_i significa $N1$ en vista de la regulación del caso C_i , ni simplemente detectan que alguien ha atribuido antes a D_i ese significado, ni simplemente conjeturan [...] Más bien determinan *ese* significado como el significado jurídicamente correcto de D_i a efectos de decidir el caso C_i ¹².

- 2) La interpretación textual tiene lugar dentro de instancias sumamente complejas y sofisticadas de sistemas normativos retóricos que son ‘nuestros’ sistemas jurídicos [...] [en los que] el objetivo del juego consiste en ‘derivar’ las consecuencias retóricas a partir del conjunto de disposiciones. Esa actividad está lejos de ser una cuestión de deducción lógica¹³.

La explicación es que

las disposiciones no son entidades que se interpreten a sí mismas. Ellas requieren intérpretes autorizados que las transformen en normas a ser aplicadas en los casos individuales, sobre la base de algún conjunto discreto de reglas interpretativas que los intérpretes han de elegir y suscribir¹⁴.

- 3) «El hecho de que las disposiciones sean enunciados en lenguaje natural no prueba de por sí que su significado jurídicamente correcto equivalga a su significado lingüístico convencional»¹⁵.

4) La indeterminación jurídica no equivale a interminación lingüística. «La indeterminación metodológica y la ideológica van mucho más allá de los límites de la indeterminación lingüística»¹⁶.

5) Respecto de la interpretación en sentido propio y en función práctica no hay espacio para la verdad (desde el punto de vista del pluralismo ético austero)

Estoy completamente de acuerdo con los puntos 1), 2) y 4), sobre los que haré algún comentario (sección 2) y, discrepo sin embargo del 3) y del 5) (secciones 3 y 4).

2. Niveles de razonamiento e ideología

Una de las razones (si no la principal) de Chiassoni para sostener que respecto de la interpretación textual no puede hablarse en términos de verdad, es que se trata de una actividad guiada por la adhesión a valores éticos y es ideológicamente comprometida¹⁷. No puedo sino compartir esta idea, pero quisiera realizar alguna precisión.

¹² Chiassoni 2019: 68.

¹³ Chiassoni 2019: 69.

¹⁴ Chiassoni 2019: 69.

¹⁵ Chiassoni 2019: 69.

¹⁶ Chiassoni 2019: 70.

¹⁷ Chiassoni 2019: 68.

La justificación *completa* de una *decisión* judicial requiere distinguir dos niveles. Un primer nivel, referido a las premisas últimas, esto es, a la justificación de la propia actividad judicial, y un segundo, relativo a las cuestiones (interpretativas, lagunas, antinomias, etc.) que plantea la aplicación del derecho.

En el primer nivel, la ideología tiene una presencia capital, pues se trata de establecer las reglas de juego del derecho y, concretamente, del papel que en él tienen los jueces: hacer “justicia” incluso *en contra del derecho*, o aplicar el derecho independientemente de su valoración acerca del mismo. Pues bien, en palabras de Nino, «el juicio de primer nivel del razonamiento *acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto* no puede ser sino un *juicio moral de adhesión normativa*»¹⁸. Estamos refiriéndonos exclusivamente a un derecho proveniente de un poder *legítimo* en el marco de un *Estado democrático de derecho* (Estados constitucionales).

Sin embargo, esta es una posición que ha sido criticada por movimientos como los *Critical Legal Studies* y el Uso Alternativo del Derecho, y actualmente puesta en cuestión por autores como Zagreblesky, Häberle, Dworkin y Alexy. Por poner un ejemplo, para Alexy, el razonamiento práctico judicial debe dejar de lado las razones institucionales (el derecho) en los siguientes casos: cuando las leyes son extremadamente injustas o irracionales (porque para Alexy no son derecho); en casos especiales (no dice cuáles) en los que cabe la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma; y en aquellos casos difíciles en los que el juez debe recurrir a los principios; «aquí no estamos hablando de leyes muy injustas sino de la vida jurídica cotidiana»¹⁹. Alexy no se refiere a casos en los que hay controversia acerca de si una disposición es o no derecho (lo que conllevaría al debate entre positivismo jurídico inclusivo y exclusivo); sino a supuestos de “injusticia”.

El *segundo nivel* de justificación se refiere a los problemas que presenta la aplicación del derecho. Podemos tomar el modelo de Wróblewski y señalar que una decisión judicial conlleva decisiones parciales relativas a: la aplicabilidad de las normas, la validez, la interpretación, las antinomias, las lagunas, los hechos probados, la determinación de las consecuencias, y la decisión final. Hay que entender que las decisiones anteriores no son compartimentos estancos, sobre todo por lo que se refiere a la interpretación que es transversal a muchas de ellas.

Comparto con Chiassoni que en este nivel la ideología y los valores están presentes en la medida en que la interpretación depende de un *código interpretativo* y de *recursos interpretativos*. Pero, aquí los valores son cualitativamente diferentes a

¹⁸ Nino 1993: 262.

¹⁹ Alexy 1989: 24, nota 7. En otro lugar señala que los dos rasgos que caracterizan la pretensión de corrección del Derecho en todos los contextos son: «la primera, que incluye siempre una pretensión de justificabilidad; y la segunda que siempre se refiere [o que se refiere también] a la corrección moral. De esta manera, al dictar una sentencia no sólo se afirma que se ha seguido el Derecho promulgado y eficaz, sino también que tanto este derecho como su interpretación son *moralmente correctos*» (cursivas añadidas), Alexy 2009: 71-72.

los del primer nivel de justificación: son estos los que *establecen las reglas del juego*, entre ellas, que la función del juez es *aplicar el derecho* y, que por tanto el código y los recursos interpretativos deben observar este.

3. Cognoscitivismo, cognoscitivismo moderado y no cognoscitivismo

Ha devenido clásica la distinción entre cognoscitivismo, no cognoscitivismo y cognoscitivismo moderado²⁰. La diferencia, tal como la plasma Chiassoni, radica en que para el cognoscitivismo existe un conocimiento objetivo del significado, y por tanto puede hablarse de significado verdadero; para el cognoscitivismo moderado hay algunos casos que son cuestión de conocimiento objetivo (casos fáciles) mientras que otros son cuestión de decisión y evaluación (casos difíciles); y para el no-cognoscitivismo la interpretación es cuestión siempre de evaluación práctica y de toma de decisión puesto que no hay criterios que admitan individualizar un único resultado interpretativo correcto entre los distintos resultados interpretativos en conflicto; de aquí que los enunciados interpretativos no son nunca susceptibles de verdad empírica. Chiassoni defiende esta última postura cuando señala que «la idea de un significado jurídico ‘absolutamente correcto’ es un error garrafal», y que puesto que los intérpretes adoptan puntos de vista axiológicos diferentes y usan diferentes códigos interpretativos «nada impide que den a una idéntica disposición diferentes significados jurídicamente correctos»²¹.

Se trata de un debate sobre el que hay una ingente literatura imposible de reproducir aquí. No obstante, resumiré mi parecer en las palabras de Barberis²² cuando dice que el formalismo [cognoscitivismo] parece definitivamente desacreditado, la teoría mixta [cognoscitivismo moderado] aparece como mayoritaria, mientras que las versiones defendibles del escepticismo [no cognoscitivismo] no son más que variantes de la teoría mixta. Mi discrepancia fundamental con Chiassoni radica en que no tiene en cuenta (o no lo suficiente) el carácter convencional del lenguaje y la distinción entre diferentes tipos de términos a efectos de establecer si admiten o no diferentes interpretaciones.

No voy a incidir en los términos que tienen una pluralidad de significados (puesto que ahí no radica la discrepancia), sino en los que tienen un único significado, a través de los siguientes ejemplos.

Ejemplo 1. El artículo 819 del Código Civil español dice:

D: “Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejora, se imputarán su legítima”.

²⁰ Chiassoni 2019: 67-68.

²¹ Chiassoni 2019: 28.

²² Barberis 2000: 1.

Según la doctrina y la jurisprudencia²³, este artículo puede expresar dos normas, N1 y N2:

N1: “Las donaciones hechas a los hijos e hijas que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima”.

N2: “Las donaciones hechas a todos los legitimarios que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima”.

Pues bien, mientras N1 es correcta (pues en castellano el masculino incluye al femenino), no ocurre lo mismo con N2 puesto que “hijos” no significa “legitimarios”.

Cuestión distinta es que N2 sea la más coherente con el sistema hereditario del Código civil, o que sea incompatible con otra disposición, etc. Será labor del legislador modificar la ley o, en su caso, de los tribunales declarar el artículo inválido.

Ejemplo 2. En este caso sometido al Tribunal Supremo (Sentencia de 13 de julio de 1994) se plantea cual es la mayoría necesaria para la instalación de un ascensor en una comunidad de propietarios, mayoría contemplada en el art 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal²⁴. El Tribunal dice: «Primero. Que si bien es cierto que la redacción del art. 16.1 de la LPH aplicable al caso de autos exigía el *consentimiento unánime* de los condueños para las obras que, como la de instalación ‘ex novo’ de un aparato elevador, suponía una alteración de los elementos arquitectónicos y comunes del inmueble, también lo es que esta norma, como todas las que componen el ordenamiento jurídico, debe ser interpretada de acuerdo con un *criterio sociológico* propio del momento en que, tanto la aplicación de la norma como la función hermenéutica de los Tribunales que la interpretan tiene lugar, para lo que debe partirse de la *finalidad teleológica* de la norma en cuestión...Cuarto: Que, como consecuencia de ello, una *interpretación integradora* de la norma del n°1 del art. 16 de la L.P.H., en su antigua redacción, nos lleva a estimar correcta la labor hermenéutica de la Sala, entendiendo suficiente para la erección del elevador la *mayoría obtenida en la Junta [mayoría de los presentes]*». (cursivas añadidas)

Al igual que en el ejemplo anterior, la disposición del art. 16. 1 LPH expresa una única norma, y “consentimiento unánime de los propietarios” no significa “mayoría obtenida en la Junta”.

La interpretación jurídica puede ser plural, pero tiene el un límite: el significado convencional de los términos y enunciados; significado que no puede alterarse por los tribunales *caso por caso mencionando* (que no utilizando) el criterio sociológico,

²³ De Castro García 1992: 729.

²⁴ Art. 16 LPH: Los acuerdos de la junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas: Primera. La unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. Los propietarios que, debidamente citados, no hubieren asistido a la junta serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por los presentes, y, si en el plazo de un mes a contar de dicha notificación, no manifiestan en la misma forma su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad.

la finalidad de la norma o la interpretación integradora. Nada tienen que ver estos criterios para determinar el significado de “consentimiento unánime de los propietarios”.

4. Significado convencional como límite a la interpretación

4.1 No descubro nada si digo que el significado convencional es el que determina el significado o significados tanto del lenguaje en general como del jurídico. Como señala irónicamente Lewis, «decir que el significado de los términos y de expresiones es convencional es un lugar común; no es un dogma de ninguna escuela filosófica, sino la exigencia de cualquier persona razonable, a menos que sea un filósofo»²⁵.

Wittgenstein ha sido probablemente el más directamente convencionalista sobre el significado (aunque la palabra convención no es la que él emplea) junto a otros como Austin o Grice²⁶; y no son pocos los filósofos del derecho que acogen esta idea, entre los que es obligado mencionar a Hart²⁷.

Que el significado es convencional significa que está vinculado a unas *reglas de uso en una determinada comunidad lingüística*, comunidad en la que hay un acuerdo acerca del (o de los) significado de los términos. La convencionalidad está relacionada con dos características del lenguaje: la naturaleza *social* (de lo contrario sería un *lenguaje privado*) y, la *autonomía semántica*, esto es, que el significado no se establece cada vez según las específicas exigencias del momento, ni de la intención del emisor ni del destinatario del lenguaje²⁸.

4.2 La idea de convencionalidad es plenamente aplicable al lenguaje jurídico. En relación con la interpretación, nadie duda que hay que tener en cuenta las teorías acerca de las instituciones jurídicas, los principios jurídicos, las reglas de traducción (o criterios interpretativos), etc. Todo esto forma parte de las *convenciones interpretativas jurídicas*, sobre la base de las cuales los jueces deben dotar de significado a una disposición. Arena se refiere a esto cuando indica que, «los jueces al interpretar un cierto texto en un determinado sentido no lo hacen por lo general de manera aislada y sobre la base de métodos interpretativos de creación individual, sino sobre el código hermenéutico usado en una comunidad jurídica»²⁹, y añade que en ocasiones estas convenciones pueden *determinar directamente el resultado*

²⁵ Lewis 1986: 2.

²⁶ Iturralde 2014: 79-88.

²⁷ Hart 1998: 126-127.

²⁸ En el lenguaje común hay algunas excepciones a esto, como sucede cuando se emplea la ironía o el humor. Pero son supuestos en que el contexto (imprescindible en cualquier interpretación) determina el significado.

²⁹ Arena 2013: 430.

interpretativo y se puede establecer si el resultado cae o no dentro de la convención, mientras en otras la convención *no pueden determinar un único significado*.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 341/1993, en relación con el concepto constitucional de “flagrancia”³⁰, dijo que aunque el texto constitucional no contiene una definición de “flagrante delito”, el concepto de flagrancia tienen un “arraigo en la cultura jurídica en la que la Constitución se inscribe, y que tanto este como el resto de conceptos jurídicos deben interpretarse sin desatender las «ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces, y en general, los especialistas en Derecho», y que «si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo –y ello es premisa firme en toda interpretación– no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la actividad policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 de la Norma fundamental»³¹.

El significado convencional (con toda la amplitud que este puede tener) constituye una *regla de preferencia* respecto de otras reglas de traducción (p.ej. la intención del legislador). Esto puede decirse que es sólo un punto de vista axiológico (entre otros igualmente defendibles), pero se trata del primer nivel de justificación al que me he referido al principio: esto es, a las reglas del juego de un Estado democrático.

4.3 La convencionalidad nada tiene que ver con la *interpretación literal* tal y como esta ha sido entendida. Con carácter general, se entiende: que la interpretación literal es diferente de la interpretación sistemática; que hay una interpretación literal independiente del contexto y de cualquier elemento pragmático del lenguaje; se asocia a una concepción formalista de la aplicación del derecho; evoca una concepción platónica del lenguaje según la cual hay una relación directa entre palabras y mundo y; está ligada a una concepción estática de la interpretación.

Son excepción los que emplean el término “literal” en un sentido diferente al anterior y similar al de “significado convencional”. Así, por ejemplo, Luzzati señala que «‘letra’ es el conjunto de todos los posibles sentidos que son atribuibles a una disposición según las reglas semánticas y pragmáticas subyacentes a los

³⁰ La sentencia versaba sobre la constitucionalidad, entre otros, del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana según el cual «Será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante *el conocimiento fundado* por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad *que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito*» (cursiva añadida). Por su parte, el artículo 18.2 de la Constitución dice: El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, *salvo en caso de flagrante delito* (cursivas añadidas).

³¹ Ejemplo tomado de Moreso 1997: 218-200. Hay que decir que el Tribunal Constitucional no es siempre coherente con esta afirmación.

usos consolidados del lenguaje de los juristas». La letra –dice Luzzati– «no es un núcleo duro de significado, no se asemeja al mítico sentido claro, preciso, unívoco, invariable y transparente [...] es muy fluida, indeterminada, ambigua, comprende en suma una pluralidad simultánea de posibles sentidos entre los cuales no se ha realizado ninguna elección»³².

4.4 Que el significado de las disposiciones sea convencional no equivale a decir que estas tengan el mismo significado que en el lenguaje común (no creo que hoy en día nadie sostenga esto), puesto que las *convenciones lingüísticas del lenguaje jurídico* son específicas de este (lo que no excluye que en ocasiones coincidan con el lenguaje común y en otras se remitan a lenguajes de otras ciencias)³³.

4.5 La posición no cognoscitivista de Chiassoni se aproxima a la tesis escéptica según la cual el intérprete no tiene un punto de partida lingüístico o si lo tiene se puede prescindir de él (si entra en conflicto con otras reglas interpretativas), que el significado *sólo* puede determinarse *caso por caso* y, que los significados varían con relación a elementos que sólo se manifiestan en los particulares contextos de uso.

No cabe duda de que en muchas ocasiones hay que tener en cuenta el contexto, tanto lingüístico como extralingüístico (p.ej. “Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, *sean tenidas en el concepto público* por graves” –art. 208 del Código penal español–); pero no siempre y en todo caso (p.ej. para interpretar la parte del art. 159 de la Constitución española según la cual: “El Tribunal Constitucional se compone de *12 miembros*”).

4.6 A la cuestión que plantea Chiassoni sobre la verdad, considero preferible hablar en términos de corrección y decir que en determinados casos hay resultados interpretativos correctos e incorrectos; mientras en otros puede haber diferentes resultados interpretativos correctos. No obstante, si limitamos el término “verdad” a “verdad empírica”, también puede hablarse en términos de verdad, y decir que una proposición interpretativa es falsa si no se corresponde con su significado, significado que puesto que viene dado por las convenciones lingüísticas de los juristas puede ser empíricamente verificable.

En otro trabajo³⁴ Chiassoni señala que una cuestión recurrente e ineludible (debido a la exigencia de evaluar si, y en qué términos, el objetivo de la fidelidad al juez-intérprete “a la ley” puede ser logrado) consiste en preguntarse si la interpretación textual es o puede ser una actividad exquisitamente técnica, o bien no se trata, por el contrario, de una actividad en la que el intérprete no puede sino

³² Luzzati 1990: 225.

³³ Cfr. Iturralde 2022: 13-26; 2014: 73-79.

³⁴ Chiassoni 2011: 159.

volcarse al servicio de una causa. Creo que en un Estado constitucional la causa es el acatamiento a la ley (en sentido amplio).

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 32, 67-84.
- Arena, F.J. (2013). *Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirealismo en la interpretación jurídica*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 36, 417-438.
- Barberis, M. (2000). *Lo scetticismo imaginario. Nuove obiezioni agli scettici à la génoise*, «Analisi e diritto», I, 1-36.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara.
- De Castro García, J. (1992). *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. T. II, J.L. Alvacar López (dir.), Madrid, Ed Trivium.
- Hart, H.L.A. (1998). *The Concept of Law*, (2° ed. with a Postscript), Oxford, Clarendon Press.
- Iturralde, V. (2014). *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- Iturralde, V. (2022). “Pragmática e interpretación judicial”, P. Bonorino (cord.) *Sesgos, argumentación y decisión judicial*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 13-26.
- Lewis, D. (1986). *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell.
- Luzzati, C. (1990). *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè.
- Moreso, J.J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C.S. (1993). *Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho», 10, 261-264.
- Villa, V. (1997). “Interpretazione giuridica e teorie del significato”, en L. Gianformaggio. M. Jori (eds.) *Significati letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli.

Una crítica pragmática al realismo jurídico de P. Chiassoni

Juan Pablo Alonso*

María Gabriela Scataglini**

Resumen

Luego de un breve repaso del debate entre cognoscitivismos y no cognoscitivismos respecto del significado de las normas jurídicas, discutimos algunos aspectos del “realismo pragmático” propuesto por Pierluigi Chiassoni (Fontamara, 2019) relacionados con: i) su asimilación del “ámbito práctico” como aquel en el cual se desarrolla la práctica jurídica, al “ámbito ideológico o moral”; ii) su noción de significado como interpretación o traducción, la que señalamos que incurre en el error puesto en evidencia por el argumento wittgensteiniano del regreso al infinito, iii) su noción de “juegos interpretativos”, respecto de los que planteamos algunas cuestiones en atención a su carácter intralingüístico, iv) su asunción de que para cualquier tipo de cognoscitivismos la “comprensión” o “captación” del significado de la disposición alude necesariamente a su “significado lingüístico”. Al mismo tiempo, proponemos una reformulación del cognoscitivismos en términos de un *saber hacer* (*know how*, en reemplazo del *know that*) a la que aquí llamamos “cognoscitivismos pragmático”. Con ello aspiramos a superar el debate entre cognoscitivistas y escépticos respecto del significado de las normas jurídicas, sugiriendo a su vez que esa concepción pragmática conduce a una noción de objetividad, contraria al escepticismo defendido por Chiassoni.

Palabras clave: Cognoscitivismos. Significado jurídico. Saber hacer. Concepción pragmática. Objetividad.

Abstract

After a brief review of the debate between cognitivism and non-cognitivism about the meaning of legal rules, we discuss some aspects of the “pragmatic realism”

* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, C1425 CABA, Argentina, jalonso@derecho.uba.ar.

** Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, C1425 CABA, Argentina, g_scataglini@hotmail.com.ar.

proposed by Pierluigi Chiassoni (Fontamara, 2019) related to: i) the equivalence of the “practical field” as that within which legal practice takes place, to the “ideological or moral field”; ii) his notion of meaning as interpretation or translation, claiming it incurs the error shown by the Wittgensteinian argument of the infinite regress, iii) his “interpretive games”, about which we raise some questions regarding their intralinguistic nature, iv) his assumption that for any kind of cognitivism “understanding” or “grasping” the meaning of the disposition necessarily refers to its “linguistic meaning”. At the same time, we propose a reformulation of cognitivism in terms of know-how (replacing know that) that we call “pragmatic cognitivism”. With this we aim to overcome the debate between cognitivists and skeptics regarding the meaning of legal rules, suggesting that this pragmatic conception leads to a notion of objectivity, contrary to the skepticism supported by Chiassoni.

Keywords: Cognitivism. Legal Meaning. Know How. Pragmatic Conception. Objectivity.

1. Introducción

En el marco de la discusión sobre si las normas jurídicas tienen un significado objetivo, los llamados respectivamente cognoscitivistas y no cognoscitivistas (o escépticos) sostienen posiciones opuestas: los primeros responden por la afirmativa y los segundos por la negativa. Más específicamente puede decirse que cada posición da una respuesta distinta a la pregunta acerca de si hay algo que el participante de la práctica jurídica conozca (o deba conocer) al interpretar y/o aplicar normas jurídicas. El cognoscitivista responde que lo que conoce el participante es, precisamente, el significado de la norma, aquello que la norma dispone. En cambio, para el no cognoscitivista, no hay nada en la actividad de interpretación o aplicación de normas jurídicas que sea objeto de conocimiento.

El tipo especial de realismo jurídico de la denominada “Escuela genovesa”¹ es no cognoscitivista en cuanto sostiene que interpretar es siempre una cuestión de *decisión*: el significado de una disposición jurídica queda constituido por la atribución realizada por el agente interpretativo de uno de los significados posibles al texto normativo, y esto constituye siempre una actividad valorativa, una elección del

¹ El denominado “Realismo genovés” o de la “Escuela genovesa” constituye un tipo particular de realismo jurídico surgido en la Universidad de Génova, a partir de los estudios, en el siglo pasado, de Giovanni Tarello, y que se distingue del Realismo jurídico escandinavo o del realismo jurídico norteamericano. Su característica principal es que asume de manera rigurosa la distinción entre disposición y norma (o entre formulación normativa y norma). En ese entendimiento, el legislador solo produciría textos legales, cuyo significado vendría a ser constituido mediante la actividad interpretativa de los jueces u otros intérpretes. Para un desarrollo de los distintos tipos de realismo y sus tesis, ver Barberis, 2015.

intérprete de acuerdo a sus preferencias morales o políticas en favor de uno de los significados posibles, excluyendo a los demás².

Por supuesto, pueden reconocerse matices en uno y otro lado del debate. Adoptando aquí la caracterización de Chiassoni –en pos de la congruencia con el desarrollo posterior– del lado del cognoscitivismo encontramos a los “cognoscitivistas integrales” que entienden que la interpretación es *siempre* una cuestión de conocimiento objetivo: interpretar equivale a «aferrar el verdadero significado de las disposiciones a efectos de su aplicación a casos individuales»³. Y por otra parte están los “cognoscitivistas moderados”, quienes en cambio sostienen que existen dos tipos de casos: los “casos fáciles” en los que la interpretación judicial involucra conocimiento objetivo, y también los “casos difíciles” en los cuales, se requiere por parte del agente interpretante una decisión.

Por su parte, en el no cognoscitivismo también se reconocen variantes. La versión extrema es radicalmente escéptica, parece sugerir que las disposiciones jurídicas no tienen ningún significado antes de la interpretación, de forma que la interpretación siempre *crea* el significado de las disposiciones jurídicas⁴. La versión moderada, que sería la asumida por la “Escuela genovesa” actual, principalmente en figuras como la de Guastini, Comanducci y el propio Chiassoni, entiende que las disposiciones son siempre ambiguas, esto es, que cada disposición expresa solamente un marco de significados posibles entre los cuales el intérprete puede elegir. Así, el significado de la norma queda constituido mediante un acto de decisión, que puede enunciarse mediante la forma “La disposición D significa N”, siendo este un enunciado interpretativo carente de valor de verdad⁵. Así, la interpretación de disposiciones jurídicas (Chiassoni la llama “interpretación textual”) no es jamás una cuestión de puro conocimiento objetivo, dado que involucra siempre algún componente de evaluación práctica y toma de decisión⁶.

En este trabajo discutimos algunos aspectos del “realismo pragmático” propuestos por Pierluigi Chiassoni⁷. Ellos se relacionan con: i) su asimilación del “ámbito

² Chiassoni 2019: 196.

³ Chiassoni 2019: 67.

⁴ Es difícil encontrar actualmente autores que se asuman como representantes de esta versión extrema. Quizás los escritos de Tarello puedan inscribirse en ella. Nótese que si se la entiende de manera estricta, esta posición parecería basarse en una concepción del significado ininteligible ¿Se estaría sugiriendo que al toparnos con un texto escrito en un cuerpo normativo o al escuchar su preferencia verbal concebimos esa emisión meramente como una concatenación de “marcas de tinta” o “ruidos”, que no “*nos dicen*” nada, y a las cuales recién en una instancia reflexiva/valorativa posterior asignamos significado? Pensar una oración (por ejemplo, un texto normativo) como *no significando* es dejar de concebir el lenguaje como lo que es: la práctica compartida de referirnos al mundo y comunicarnos mediante el uso de signos, lo que da cuenta de una serie de acciones compartidas entre los seres humanos.

⁵ Ver por ejemplo, Guastini 2011: 150, 156-159.

⁶ Chiassoni 2019: 67.

⁷ Chiassoni 2019.

práctico” como aquel en el cual se desarrolla la práctica jurídica, al “ámbito ideológico o moral”; ii) su noción de significado como interpretación o traducción, la que señalamos que incurre en el error puesto en evidencia por el argumento wittgensteiniano del regreso al infinito, iii) su noción de “juegos interpretativos”, respecto de los que planteamos algunas cuestiones en atención a su carácter intralingüístico, iv) su asunción de que para cualquier tipo de cognoscitivismo la “comprensión” o “captación” del significado de la disposición alude necesariamente a su “significado lingüístico”. Al mismo tiempo, propondremos una reformulación del cognoscitivismo en términos pragmáticos con la que aspiramos a superar el debate entre cognoscitivistas y escépticos respecto del significado de las normas jurídicas, sugiriendo a su vez que una concepción pragmática conduce a una noción de objetividad, contraria al escepticismo defendido por Chiassoni.

2. La persistencia del debate entre cognoscitivismo y no cognoscitivismo

Sin pretensión de exhaustividad, repasaremos algunos de los argumentos esgrimidos en el marco del debate entre las versiones moderadas del cognoscitivismo y del no cognoscitivismo de la Escuela genovesa.

Un primer argumento desde el cognoscitivismo moderado consiste en señalar que en tanto las disposiciones están expresadas en el lenguaje ordinario –el que de hecho funciona como medio de comunicación– cuando los agentes comprenden y/o aplican normas jurídicas en los casos fáciles es porque captan o comprenden su significado. Se reconoce que puede haber casos difíciles que presenten problemas de ambigüedad o vaguedad, pero la existencia de casos fáciles en los que el significado ordinario funciona demuestra que la tesis de que el significado de las disposiciones jurídicas es *siempre* ambiguo es falsa.

Frente a esto, los realistas de la Escuela genovesa responden que la tesis de la ambigüedad de las disposiciones no constituye un problema lingüístico, sino que refiere a que *en la práctica jurídica* siempre es posible atribuir más de un significado a un texto normativo en razón de contar con distintos métodos posibles de interpretación que arrojarían resultados diferentes, y también atento al carácter controversial y argumentativo de la práctica jurídica que la distinguen de la conversación ordinaria. Como señala Chiassoni, la indeterminación jurídica no equivale a la indeterminación lingüística: en el ámbito del derecho la indeterminación va mucho más allá de los límites de la indeterminación lingüística⁸.

Desde el cognoscitivismo moderado se ha respondido que, aun focalizando la atención en la práctica jurídica, existe en la aplicación de normas un gran número de supuestos regulados que no suscitan dudas, precisamente porque hay una

⁸ Chiassoni 2019: 69.

caracterización de la norma expresada por la disposición que no es problemática. En esos casos no hay interpretación como acto de voluntad, sino comprensión del contenido de la disposición y, en el caso de la actividad judicial, el reconocimiento de que un caso individual queda alcanzado por esa norma⁹. Además se ha señalado que la pluralidad de cánones no determina que no haya una forma de entender la disposición en la que los resultados de los diferentes cánones coincidan, ya que los diferentes instrumentos interpretativos pueden y acostumbran a regular del mismo modo determinados casos¹⁰. Si no se aceptara ello, dejaríamos de reconocer que el derecho es un instrumento capaz de guiar la conducta, al menos en alguna medida, lo que no supone más que una distorsión de la realidad jurídica¹¹.

Ahora el no cognoscitvista genovés podría replicar que el consenso en las aplicaciones podría obedecer a una mera casualidad, o a elementos valorativos e ideológicos compartidos por una comunidad en algún tiempo determinado, pero que precisamente ello muestra que se trata de una preferencia, cuya adopción es contingente, lo cual en modo alguno permite avalar la tesis cognoscitvista de que existe algo así como un “significado objetivo”.

Aunque el cognoscitvista podría admitir parcialmente lo anterior, insistiría sin embargo en que, con respecto a cada *juez individual* y desde la *perspectiva sincrónica*, hay enunciados interpretativos verdaderos¹².

Pero además, el cognoscitvista moderado podría intentar otro tipo de argumento contra el no cognoscitvista genovés, tendiente a mostrar que su escepticismo no es tal; es el siguiente: de acuerdo a la teoría de las “normas-marco” delineada por la Escuela genovesa, los legisladores promulgan *normas-marco*, esto es, conjuntos de normas explícitas alternativas constituyendo todas ellas interpretaciones distintas igualmente justificables. Bien, puede aducirse entonces que ello implica aceptar que hay algunas interpretaciones admisibles y otras inadmisibles, y por consiguiente que existe –al menos– algún criterio para distinguir entre esos dos tipos de interpretaciones. Pues bien, ese o esos criterios (i.e. pautas de corrección) es todo lo que se necesita para ceder frente al cognoscitvismo, puesto que tales criterios constituirían aquello que “se conoce” cuando se aplican normas jurídicas. Si un escéptico genovés moderado como Chiassoni no aceptara lo anterior, entonces su posición estaría

⁹ Desde el cognoscitvismo se ha cuestionado también la distinción entre “interpretación en abstracto” dirigida a asignar significado a esos textos, y la “interpretación en concreto” relacionada con la aplicación de normas a los hechos (por ej. en Guastini 2011). Al respecto, Ramírez Ludeña ha señalado que las cuestiones que debe enfrentar el juez al analizar y resolver los casos individuales no se diferencian de los que se enfrentan cuando se trata de problemas propiamente interpretativos (relativos a casos genéricos). (Ramírez Ludeña 2012: 102 ss.).

¹⁰ Moreso 1997: 222.

¹¹ Ramírez Ludeña 2012: 98-99.

¹² Ramírez Ludeña 2012: 111.

colapsando con la versión extrema –e implausible– del realismo jurídico¹³.

Lo cierto es que el no cognoscitivistista aún podría protestar: ¿mediante qué tipo de conocimiento se accedería a esos “misteriosos” criterios? Y aun si se aceptara que tales criterios existen, ello resultaría insuficiente para justificar que uno solo entre los enunciados interpretativos que resultan admisibles siguiendo el criterio, es “el” verdadero.

Así, el debate persiste, y aunque las versiones moderadas de ambos lados se acercan en algunos puntos, no logran convencer al otro lado; cada cual sigue pensando que su rival teórico se equivoca.

En lo que sigue, nos focalizaremos en la propuesta del libro de Pierluigi Chiassoni (2019). Al tiempo de formular nuestra crítica a su visión escéptica, propondremos una reformulación de las tesis del cognoscitivismismo con la aspiración de superar el debate entre cognoscitivististas y escépticos respecto del significado de las normas jurídicas.

3. La propuesta “pragmática” de Chiassoni

La propuesta de Chiassoni en su libro *El problema del significado jurídico* constituye una presentación sofisticada y muy bien articulada del realismo jurídico interpretativo genovés. La nota distintiva de este autor consiste en que basa su escepticismo en una concepción pragmática del lenguaje, erigida sobre la categoría de “implicaturas conversacionales” de Grice¹⁴ y sobre la noción de juegos del lenguaje de Wittgenstein¹⁵. Caracterizando su obra dice el propio Chiassoni que: se trata de «una perspectiva que se sirve de filosofías del lenguaje no sesgadas hacia la semántica y que, en cambio, ponen en el centro de la escena a la dimensión pragmática del uso del lenguaje»¹⁶.

En ese marco, luego de importantes precisiones y caracterizaciones acerca de la interpretación y su relación con la verdad (Capítulo I), Chiassoni presenta una exhaustiva crítica a la *word-meaning theory* y la *sentence-meaning theory*, abogando por la especificidad del “juego interpretativo jurídico” con respecto al juego conversacional del ámbito ordinario (Capítulo II), frente a la disputa entre literalismo y contextualismo toma partido por este último (Capítulo III), analiza la teoría de las normas-marco (Capítulo IV) y por último critica al “formalismo semántico” y al “formalismo pragmático” –este último lo atribuye a Marmor– y aboga en favor del “realismo pragmático” que él defiende (Capítulo V).

¹³ Un argumento en esta línea presenta Rodríguez (2023).

¹⁴ Grice 1957, 1981.

¹⁵ Wittgenstein 1953.

¹⁶ Chiassoni 2019: 114.

No podemos abordar aquí todos los aspectos de la propuesta de Chiassoni. Nos limitaremos a analizar críticamente algunos de sus argumentos o presupuestos. Como ya se ha anticipado, en particular discutiremos, i) la asimilación del “ámbito práctico” como aquel en el cual se desarrolla la práctica jurídica, al “ámbito ideológico o moral”; ii) la noción de significado como interpretación o traducción, la que señalamos que incurre en el error puesto en evidencia por el argumento wittgensteiniano del regreso al infinito, iii) la idea de “juegos interpretativos”, respecto de los que planteamos algunas cuestiones en atención a su carácter intralingüístico, iv) la asunción de que para cualquier tipo de cognoscitivismo la “comprensión” o “captación” del significado de una disposición alude necesariamente a su “significado lingüístico”. Al mismo tiempo, reformularemos la tesis del cognoscitivismo moderado en términos de *know how* (en reemplazo del *know that*) sugiriendo que una concepción pragmática en esta línea conduce a una noción de objetividad, contraria al escepticismo defendido por Chiassoni.

Previo a todo, resultan pertinentes dos aclaraciones cuasi-terminológicas respecto de dichos de Chiassoni. El autor afirma, recurriendo a una conocida consigna, que «las disposiciones no son entidades que se interpretan a sí mismas»¹⁷. Ahora bien, tal consideración no muestra punto alguno a favor del escéptico ni tampoco refuta al cognoscitivismo. Por supuesto que interpretar y/o aplicar reglas requiere de un acto intencional por parte de un agente interpretante, pero de allí no se sigue en absoluto que ese acto no esté determinado por reglas o criterios preexistentes, en contraposición a ser mera expresión de su libre voluntad. Que ninguna regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos era algo ya señalado por el propio Hart¹⁸ en su propuesta intermedia frente al formalismo y al escepticismo. Ese *insight* hartiano conduce en cambio a reconocer que para seguir reglas es necesario dominar criterios que no están “dichos” en la propia regla, pero es absolutamente inadecuado para justificar una conclusión escéptica acerca de la posibilidad de seguir reglas.

En segundo lugar, la afirmación de que al dictar sentencia un juez o jueza “decide” un caso o “toma una decisión” que se pretende jugaría a favor del escepticismo. Esta estrategia es rápidamente desarticulable mostrando que hay un equívoco respecto de la palabra “decisión”. Referirse al acto de dictar sentencia como la “*decisión* judicial”, no es equiparable a afirmar que la resolución dictada obedece siempre a una elección o un acto de voluntad que no sigue reglas o normas que lo determinan.

Formuladas las aclaraciones precedentes, pasamos al análisis de los argumentos de fondo de Chiassoni.

¹⁷ Chiassoni 2019: 69.

¹⁸ Hart 1963: 157.

3.1. El ámbito práctico como ideológico o moral y el rol de la verdad

Como se dijo, para el realismo genovés en general y para Chiassoni en particular, la indeterminación jurídica no depende (o no depende solamente) de factores lingüísticos, esto es, del hecho de que el lenguaje legislativo es un lenguaje natural, y naturalmente borroso, sino que depende más bien de factores pragmáticos: del hecho de que la práctica y experiencia jurídicas poseen carácter práctico, conflictual y argumentativo¹⁹.

Lo que Chiassoni llama “interpretación textual” (i.e., “La disposición D significa N en vista de la regulación del caso c”) consiste en que el intérprete determina *ese* significado como el significado jurídicamente correcto de D a efectos de decidir el caso c²⁰.

Para el autor, la interpretación textual es, y no puede no ser sino, una actividad práctica de toma de decisión, una actividad guiada por la adhesión a valores éticos e ideológicamente comprometida²¹.

En este marco, Chiassoni se pregunta si hay lugar para la verdad en materia de interpretación jurídica, y como es de esperarse, responde negativamente: los enunciados interpretativos, siendo resultado de una interpretación textual de las disposiciones, no son nunca susceptibles de verdad empírica²².

Ahora bien, al hablar de “verdad empírica” Chiassoni hace referencia a una determinada concepción de la verdad: la verdad como correspondencia. Como es sabido, y a grandes rasgos, en el marco de dicha concepción se entiende que los hechos o estados de cosas “hacen verdaderos” a los enunciados que los describen.

Como concepciones alternativas Chiassoni presenta a la “verdad pragmática”, a la que caracteriza con un neto corte instrumental, esto es como relacionada con una búsqueda medios-fines²³, y a la “verdad sistémica” como relacionada con la idea de coherencia intrasistémica. Concluye que los enunciados interpretativos solo serían susceptibles de verdad pragmática y verdad sistémica, lo cual, atento a los términos en que ha caracterizado a ambas concepciones alternativas, es tanto como afirmar que los enunciados interpretativos no son susceptibles de la única concepción interesante de la verdad: la verdad empírica.

Podríamos coincidir con Chiassoni en que una noción correspondentista de la verdad no es un modo adecuado de aproximarse a las cuestiones de significado. Aquí cabría distinguir entre enunciados que se refieren a hechos del mundo y enunciados

¹⁹ Chiassoni 2019: 86.

²⁰ Chiassoni 2019: 68.

²¹ Chiassoni 2019: 69.

²² Chiassoni 2019: 68.

²³ Chiassoni define a la verdad pragmática tomando cita de John Dewey como «instrumentales para una reorganización activa de un determinado ambiente, para la remoción de cierta perplejidad o problema específico» (Chiassoni 2019): 51.

que se refieren al significado de otros enunciados (i.e., los enunciados interpretativos). Resulta controvertible afirmar que existe algo así como un hecho que “hace verdadero” un enunciado interpretativo. ¿Qué tipo de hecho podría ser? ¿Un “hecho semántico” fundante, de tinte platónico? ¿El mero consenso de la comunidad? Por razones opuestas, ninguno parece buen candidato: el primero por suponer una carga ontológica demasiado alta, el segundo por aparecer como insuficiente para dar sentido a alguna noción de “verdad”.

Ahora bien, rechazar una noción de verdad empírica de corte verificacionista y factualista para el análisis del significado jurídico, esto es, abandonar la búsqueda de algún tipo de “hecho” que haga verdaderos a los enunciados interpretativos, no conduce necesariamente al abandono del cognoscitivismo, como precipitadamente sugiere Chiassoni. En otras palabras, dejar atrás una concepción correspondentista de verdad en materia de significado no equivale a abandonar toda noción de objetividad²⁴.

Consideramos que hay un modo adecuado de abordar las cuestiones de significado, y en particular de la interpretación jurídica, desde una concepción pragmática que no conlleva el abandono del cognoscitivismo ni de la idea de objetividad. Consiste en reformular el cognoscitivismo en términos pragmáticos, adoptando la idea de que lo que *conocemos* cuando interpretamos o aplicamos normas es *cómo hacer* algo (*know how*), en contraposición a *saber que* algo es de determinada manera (*know that*)²⁵. En ese marco, comprender no consiste en conocer o en descubrir al-

²⁴ Piénsese por ejemplo en la propuesta de Searle de los “hechos institucionales” en *The Construction of Social Reality* (1995) [1997]. Searle distingue entre los “hechos brutos” y los “hechos institucionales”. Para los primeros habla de objetividad en un sentido ontológico: «*las montañas, por ejemplo, a diferencia de los dolores, son ontológicamente objetivas porque su modo de existencia es independiente de cualesquiera perceptores o de cualquier estado mental*» (1997: 27). En cambio, respecto de los hechos institucionales dice: «*Tengo que usar hechos institucionales para explicar hechos institucionales; tengo que usar reglas para explicar reglas, y lenguaje para explicar lenguaje. Pero el problema es expositivo, no lógico. A la hora de exponer la teoría me apoyo en la comprensión que tiene el lector de los fenómenos que deben ser explicados. Pero en la explicación real que se ofrece, no hay circularidad*» (1997: 32). Esto es, para la explicación de hechos socialmente construidos no cabe el mismo tipo de epistemología que para los “hechos brutos”; pero aun siendo así, la obra de Searle se dirige a mostrar que esos hechos institucionales, si bien en el plano ontológico son subjetivos, esto es, dependientes de creencias y acuerdos humanos, desde el punto de vista epistemológico son susceptibles de conocimiento objetivo.

Hay también dentro de la filosofía analítica un modo más radical de concebir la objetividad como independiente de una concepción correspondentista y empirista de la verdad. Por ejemplo, Wilfrid Sellars en *Empiricism and the Philosophy of Mind* critica al empirismo como inadecuado siquiera para dar cuenta del conocimiento sobre hechos. Según Sellars, el conocimiento no consiste meramente en la descripción de un estado de cosas; no es una cuestión de un sujeto aislado enfrentado a una percepción o afectación de sus sentidos, la cual es reflejada o representada por su afirmación de que eso es el caso. En contraste: «*To say that a certain experience is a seeing that something is the case, is to do more than describe the experience. It is to characterize it as, so to speak, making an assertion or claim and —this is the point I wish to stress— to endorse that claim*» (Sellars 1997: 39).

²⁵ Ryle 1949.

gún tipo de entidad abstracta o empírica, sino en *saber hacer* algo: i.e. aplicar la norma, o reconocer casos hipotéticos en los que la norma se aplicaría.

Precisamente en este punto se encuentra la clave para superar un posible déficit del cognoscitivismo, aun el moderado, tal como este se ha presentado en el debate. Porque la noción de “conocimiento” en boca del cognoscitivista parece apuntar a un *knowing that*, esto es, que lo que se conoce es *algo*, por ejemplo una proposición, un significado, una norma. Y entonces el cognoscitivista se ve expuesto a justificar de qué tipo de entidad estaría hablando²⁶.

Pero *saber hacer* algo no refiere a ninguna entidad, sino en cambio a una habilidad, a una destreza. Y en ese entendimiento se abre un amplio margen para la objetividad, para los criterios de corrección, porque *saber hacer* algo es hacerlo de la manera *correcta*.

Como trataremos de mostrar de aquí en adelante, asumir una perspectiva pragmática conduce a la objetividad y no al escepticismo; es decir, lleva en la dirección contraria a la defendida en el libro que aquí comentamos.

La afirmación anterior acarrea cierta perplejidad ¿Por qué en el caso de Chiassoni una concepción pragmática lo conduce (o lo lleva a reforzar) su escepticismo?

El hecho de que uno de los pilares de la perspectiva pragmática de Chiassoni sea de corte wittgensteiniano no debería sorprendernos, ya que el Wittgenstein de las *Investigaciones Filosóficas* ha sido invocado para extraer conclusiones diametralmente opuestas en el ámbito jurídico. Como ha señalado Brian Bix, las consideraciones de wittgensteinianas acerca del seguimiento de reglas han sido usadas por los teóricos tanto a los efectos de sustentar una posición escéptica respecto de la interpretación como para justificar la idea de objetividad del significado de las normas jurídicas²⁷.

Entre quienes defienden lo último encontramos por ejemplo a Patterson, refiriéndose al debate entre objetivismo y subjetivismo respecto del significado:

The central insight that enables us to break free of the existing debate is this: rule-following is not a mental phenomenon [...] Wittgenstein relocates normativity

²⁶ El uso de pronombres (“lo”, “el”) en preferencias acerca del significado (i.e., “lo que la oración significa”, “el significado de la disposición”) nos induce a pensar en el significado como algo a lo cual tendemos a asignar características que normalmente atribuimos a las entidades físicas o ideales (aquellas que, gramaticalmente, ocupan en la oración el lugar de los sustantivos). Pero es cierto que un cognoscitivismo extremadamente cauto y sofisticado podría aun defender la idea de un *know that* en el sentido de que al comprender conocemos *que* algo es de cierta manera, sin que ello implique asumir que conocemos una entidad abstracta asociada con (o detrás de) las palabras, ya que no habría *algo* que fuera “el significado de una formulación” entendido como una *entidad abstracta*, más allá del objeto directo de la oración (en sentido gramatical) de nuestra captación.

²⁷ Bix 2013. Bix en particular rechaza una lectura escéptica de Wittgenstein. Sin embargo el autor habla del “abuso” en que incurrirían ciertos teóricos el extraer conclusiones para el ámbito del derecho tanto para intentar justificar la indeterminación como la determinación de las normas jurídicas. Llama a los primeros “los teóricos de la indeterminación” y a los segundos “los teóricos de la determinación”.

in action, specifically social action. A complete articulation of normativity as a social phenomenon leads to a surprising result: a new conception of objectivity²⁸. [...] objectivity is neither a property, nor a relation: it is a collective achievement. In short, objectivity is produced and not found²⁹.

El de Patterson es un ejemplo de cómo una concepción pragmática del significado puede constituir una base para la objetividad, una objetividad que no reside en la mente, sino en la acción³⁰; una idea con la cual parcialmente coincidimos, en tanto entendemos que la aplicación *correcta* de reglas solo puede tener sentido contra un trasfondo de prácticas compartidas, esto es, el modo que tenemos de hacer cosas con otros (i.e. una forma de vida)³¹.

Lo sorprendente es que Chiassoni también invoca una concepción *construccionista* (sic) del significado³², pero en su caso para concluir en el escepticismo, lo cual lo coloca del otro lado: el de los teóricos que sostienen la indeterminación de las normas jurídicas. Dichos autores, en general enrolados en la corriente de los *Critical Legal Studies* invocan la lectura que Kripke hace de Wittgenstein³³. Pero Chiassoni tampoco parece coincidir con esa lectura kripkesteiniana, ni con las posiciones de las corrientes críticas.

Con todo, es posible que la cuestión exegética no resulte iluminadora para aclarar cómo es que Chiassoni defiende una concepción pragmática del significado y a la vez el escepticismo. Y quizás tampoco resulte pertinente, dado que nuestro objetivo aquí no es exegético. Por lo tanto postergaremos por el momento dicha pregunta y ensayaremos ahora un argumento de tipo intuitivo tendiente a mostrar que las afirmaciones de Chiassoni sugiriendo que no habría objetividad posible en la interpretación jurídica por tratarse de un “ámbito práctico” resultan sencillamente contraintuitivas.

Pensemos en la analogía con un juego (un juego de mesa, por ejemplo). En una primera instancia, quien recién se incorpora a jugar y sólo ha leído el reglamento del juego o se le ha transmitido este mediante instrucciones verbales, puede enfrentar un sinnúmero de circunstancias que no están expresamente contempladas en el re-

²⁸ Patterson 2001: 341.

²⁹ Patterson 2001: 341.

³⁰ Patterson 2001: 328.

³¹ Para algunas diferencias sutiles pero cruciales con la posición de Patterson acerca de la aplicación de las consideraciones wittgensteinianas al ámbito jurídico, véase: Scataglini 2021: 81 y 84-85.

³² Dice Chiassoni (2019: 114): «La concepción construccionista enfatiza que el significado jurídico (-instancia) no es nunca cuestión de mero descubrimiento, sino que es siempre resultado de una actividad compleja y reflexiva por medio de la cual los intérpretes construyen activa y progresivamente el significado de las disposiciones».

³³ Kripke 1982. En la literatura sobre el tema se acuñó el término «kripkestein» para hacer referencia al personaje de Wittgenstein según lo entiende Kripke, y que, según los críticos, no sostenía las mismas posiciones que Wittgenstein. Sin embargo, cabe señalar que Kripke es bastante cauto en advertir que su argumento solo refleja cómo la obra de Wittgenstein impactó en él.

glamento, o que si lo están no con la especificidad con la que se le presentan; esto es, circunstancias que requieren actuar de algún modo *no dicho*. En principio tratará de imitar al resto, y puede ser corregido o aconsejado por los más experimentados. Por supuesto, con el transcurso del tiempo, las circunstancias que se repiten una y otra vez en distintas partidas comenzarán a presentársele como familiares; a medida que sigue participando del juego algunas de ellas ya no le generarán dudas acerca de cómo actuar³⁴. Esas circunstancias, que se le aparecen como obvias y repetidas, serán tomadas como parámetro para calibrar “nuevas” circunstancias que ha de ir enfrentando en su pasaje de jugador novato a experto.

Ahora bien, siguiendo de manera estricta el pensamiento de Chiassoni, podría concluirse que no habría tal cosa como aprender a jugar: el participante nuevo estaría siempre en iguales condiciones que el jugador experimentado, ambos se encontrarían siempre desconcertados acerca de cómo proceder frente a distintas alternativas que verían como igualmente plausibles.

Bien, cualquiera que haya aprendido a jugar un juego ha vivenciado que esto es falso. A medida que vamos aprendiendo, hay alternativas que claramente se nos presentan como acertadas y otras como desacertadas. De ese modo vamos incorporando criterios de corrección acerca de *cómo se juega*. Así, haberse entrenado en una práctica implica haber incorporado criterios, aún de manera tácita o irreflexiva, acerca de lo adecuado, lo correcto para hacer en una determinada circunstancia. En este sentido, no es cierto que en cada turno o jugada el participante experto se encuentre perplejo, que tenga que *decidir* sin pauta de corrección alguna qué hacer.

Cualquier práctica intersubjetiva, determina, instituye, establece cómo han de hacerse correctamente las cosas en el marco de esa práctica. El jugador experto no es un *especulador continuo* como Chiassoni caracteriza a los jueces que dictan sentencia³⁵.

En efecto, cuando pasamos del ejemplo del juego de mesa al ámbito jurídico, el escepticismo interpretativo se nos aparece intuitivamente como falso. En el caso particular de los jueces y juezas, por lo general no se trata de “novatos”, sino de funcionarios que han llegado a su cargo habiendo participado previamente como agentes activos de la práctica jurídica con otros (i.e. en cargos inferiores de la administración de justicia, como abogados litigantes, etc.). Chiassoni parece asumir en cambio que cada juez individualmente, se encontraría sin guía alguna cada vez que debe resolver un caso, porque el entrenamiento en la práctica de interpretación y aplicación de normas jamás le ha aportado noción alguna de corrección. Entonces, simplemente “decide” o “elige”, aisladamente y como si fuera su primera vez, sin que haya tal cosa como hacerlo de manera adecuada o equivocada en el marco de esa práctica compartida en la cual, desde hace tiempo, se encuentra inmerso o inmersa.

³⁴ Nótese que Hart caracteriza a los casos fáciles como aquellos «que aparecen constantemente en contextos similares» (Hart 1963: 157).

³⁵ Chiassoni 2019: 239.

Esta parece una descripción inadecuada de lo que sucede en la práctica del derecho.

Que esos criterios de corrección compartidos existen en el ámbito jurídico es algo que *se muestra* en el acuerdo en torno a ciertos casos fáciles o paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de la regla³⁶. Bien, esos criterios determinan aplicaciones correctas e incorrectas; y ello es todo lo que se necesita para hablar de objetividad del significado de las normas jurídicas.

Debemos aclarar que el paso que hemos propuesto de un cognoscitivismos en términos de *know that* a un cognoscitivismos en términos de *know how* no implica sostener que *siempre* los casos son fáciles, en el sentido de que su solución está determinada por criterios de uso compartidos. Lo que hemos dicho en términos de entrenarse en una práctica no evita todos los imprevistos, situaciones impensadas, resultados no queridos ni la persistencia de controversias. Qué cantidad de casos fáciles o casos difíciles se presenten en una práctica es una cuestión contingente que depende de cuán afianzada esté la práctica, qué grado de familiaridad tengan los agentes con las reglas, y otras cuestiones fácticas; pero en tanto exista una práctica compartida habrá, al menos, algunos casos paradigmáticos que son reconocidos como tales³⁷. Así, el cognoscitivismos que hemos delineado queda comprometido con la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, y en este sentido es una especie de cognoscitivismos moderado. Pero hemos reformulado drásticamente la idea de “lo que se conoce” en los casos fáciles: se trata ahora de adquirir habilidades, en contraposición a descubrir algún tipo de entidad. Atento a este giro crucial, vamos a llamar a la posición que aquí hemos defendido “cognoscitivismos pragmático”.

3.2. El error del escéptico que muestra el argumento del regreso al infinito

Previamente habíamos postergado la pregunta de por qué, desde una concepción pragmática, Chiassoni desemboca en (o ve reforzado) el escepticismo. En rigor, creemos que la razón radica en su concepción del significado; una concepción que el conocido argumento wittgensteiniano del regreso al infinito evidencia como errónea, como parte de un malentendido. Es momento ahora de responder aquella pregunta.

³⁶ Bayón 2002: 79. Lo anterior –referido en la cita a la idea de casos fáciles *individuales*– puede perfectamente hacerse extensivo a los casos fáciles *genéricos*, esto es, interpretaciones hipotéticas acerca de la solución que corresponde a un “caso” entendido como un conjunto hipotético de propiedades o circunstancias relevantes.

³⁷ Se hace necesario aclarar también que no sostenemos que las normas *son* la práctica de su aplicación, conclusión que resulta desacertada. Por supuesto que una norma recientemente promulgada y aun no aplicada, es una norma jurídica. Lo que sí sostenemos es que comprenderla, captar su significado, consiste en la habilidad de detectar o reconocer casos –aun hipotéticos– de aplicación; de otro modo, la regla resultaría ininteligible. Dicha habilidad se da contra un trasfondo de actividades compartidas, como lo son para los agentes, abogados y funcionarios, las actividades de la práctica jurídica.

Chiassoni sostiene explícitamente que la interpretación (atribución de significado) es la *traducción intralingüística* de las disposiciones:

Por interpretación entiendo la actividad, llevada a cabo por un juez en vistas a decidir un pleito, consistente en traducir una disposición en una o más normas explícitas (es decir, reemplazar el enunciado-disposición con uno o más enunciados-normas presentados como comunicativamente equivalentes del primero)³⁸.

Para Chiassoni el significado de una disposición es siempre otro enunciado que traduce qué significa la primera. Esta concepción incurre precisamente en el error que el argumento del regreso pone en evidencia, a saber, el del concebir al significado de una regla como una nueva regla.

Veamos primeramente la formulación wittgensteiniana del argumento en las *Investigaciones Filosóficas*:

§ 201 [...] Que hay ahí un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamientos damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de la regla que *no* es una *interpretación*, sino que se manifiesta de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos ‘seguir la regla’ y en lo que llamamos ‘contravenirla’.

De ahí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse ‘interpretación’ a esto: sustituir una expresión de la regla por otra.

§ 202 Por lo tanto ‘seguir una regla’ es una práctica.

El malentendido al que Wittgenstein se está refiriendo es aquel en el que incurre su interlocutor imaginario al preguntar si entonces todo puede hacerse coincidir o discordar con la regla. Esta pregunta, de carácter escéptico, es la que se responde en el párrafo transcrito del § 201.

El argumento intenta mostrar que el significado de una regla *no* consiste en una nueva regla que *dice* cómo aplicar la primera (a esta meta-regla Wittgenstein la llama una “interpretación”) porque la búsqueda del significado en interpretaciones lleva al regreso al infinito.

¿En qué consiste entonces el significado de una regla? En una *captación* de la regla (que no es una nueva versión de la primera, no es una nueva preferencia verbal). Esa captación (*grasping*), o podríamos también decir “comprensión”, se muestra o manifiesta en los casos de aplicación, esto es, en la práctica de aplicación de la regla que consiste en distinguir aplicaciones correctas e incorrectas.

Por supuesto, afirmar que hay una “captación” de la regla no significa aludir a alguna facultad esotérica que consista en “ver” o “descubrir” una entidad abstracta

³⁸ Chiassoni 2019: 193.

asociada a la formulación de la regla. De lo que se trata es de la habilidad de reconocer casos conformes o contrarios a la regla, adquirida a través del hecho cotidiano y pedestre de aplicarla en reiteradas oportunidades, con otros. Esto es, entrenarse en la práctica, dominar una técnica de uso. El argumento wittgensteiniano es de carácter eminentemente pragmático: el modo de superar el regreso al infinito es abandonar la premisa de que el significado de una regla consiste en una traducción o nueva versión de la regla, asumiendo en cambio que seguir una regla es una práctica; que es lo que concluye en el § 202.

En contraste con esta idea, concebir el significado jurídico como interpretación o traducción no le permite a Chiassoni salir del ámbito lingüístico (se trata más bien de una equivalencia entre enunciados). Bien, el argumento wittgensteiniano muestra que lo que lleva al regreso al infinito es precisamente esa asimilación del significado a una nueva regla. Y el regreso indica que la búsqueda del significado bajo esa concepción era un error.

Con todo, el escéptico podría verse tentado de usar el argumento del regreso a su favor: dado que hay diversas traducciones posibles (“interpretaciones”) y ellas nos llevan *ad infinitum*, queda probado que no existe tal cosa como *el* significado de una regla.

Pero ello no funcionaría; nótese que, en rigor, el argumento wittgensteiniano no intenta *refutar* al escéptico, ya que refutarlo habría implicado mostrar que *existe* algo así como un hecho fundante (a la manera platónica) que es aquello cuya existencia el escéptico niega, pero que también Wittgenstein rechaza. En cambio, lo que el argumento hace es mostrar que el punto de partida del escéptico al buscar el significado de una regla en un nuevo enunciado es un malentendido; una vez que se ha aclarado ello ya no resulta necesario refutarlo: se ha mostrado que su búsqueda “infructuosa” del significado fracasa porque estaba mal planteada desde el inicio.

Retomando la intuición del apartado anterior, si tras un entrenamiento completo en una práctica seguimos dudando acerca de si estamos usando una palabra correctamente, la duda va más allá del juego del lenguaje particular y se transforma automáticamente en una pregunta externa (i.e. ¿Qué es lo que *hace correcto* este uso o interpretación de la palabra?). Se trata de la pregunta por un “hecho fundante” que tanto el platonista como el escéptico formulan: el primero para intentar responderla, el segundo para argüir que no hay “ningún hecho” que la responda. En lo que ambos se equivocan es en haber planteado *esa* pregunta³⁹. Como bien ha señalado Hart, el escéptico es a veces un absolutista desilusionado⁴⁰.

³⁹ El desarrollo completo de este argumento acerca de la transformación en una pregunta externa puede encontrarse en Pears 1988: 442-444.

⁴⁰ Hart 1963: 173.

3.3. Juegos interpretativos

Siguiendo el enfoque de Grice de las implicaturas conversacionales, e invocando a su vez los “juegos del lenguaje” wittgensteinianos Chiassoni da forma a la noción de “juegos interpretativos” para el ámbito jurídico.

Refiere que un *juego lingüístico* es operar con las palabras de un lenguaje, de conformidad a un conjunto de reglas gramaticales y sintácticas, para algún propósito inherente a cierta actividad o forma de interacción social tipificada (una “forma de vida”) ⁴¹. Chiassoni entiende que los principios y máximas que Grice identifica como operando en la conversación cotidiana (por ejemplo, la máxima de cooperación) son inadecuados para describir la relación jueces-legislador; por ello elabora una caracterización propia del “juego” específico de la práctica del derecho, contraponiendo lo que llama el “juego interpretativo” de la disposiciones legales al juego de la interpretación conversacional.

En ese marco se pregunta ¿Es la interpretación de disposiciones legales un juego *cognoscitivo* o un juego *práctico*? Su respuesta es que en la medida en que quienes participen sean abogados y juristas, el juego interpretativo que llevan a cabo es de carácter práctico: que sea un juego en el cual son primordiales los intereses distintos al conocimiento empírico objetivo, los cuales fluctúan entre obtener un triunfo en el pleito y promover la “verdadera justicia” en los casos individuales ⁴².

Y en particular respecto de la actividad de los jueces, señala que:

las reglas del juego judicial de interpretación de disposiciones legales dependen de juicios de valor acerca del modo éticamente correcto de interpretar dichas disposiciones y del rol éticamente apropiado de los jueces frente al legislador, donde la corrección y el carácter apropiado han de entenderse como propiedades *éticas* medidas con la vara de los estándares de la filosofía jurídica, moral y política ⁴³.

Aquí reaparece la asimilación de lo práctico a lo ético o lo moral a la que ya nos hemos referido críticamente en el apartado 3.1. al hablar del lugar de la verdad. La alternativa presentada Chiassoni entre el ámbito cognoscitivo y el ámbito práctico resulta mal planteada, o al menos no es excluyente: la práctica jurídica corresponde al ámbito práctico y no por ello hemos de prescindir en dicha actividad de cualquier tipo de conocimiento objetivo, mucho menos de un tipo de conocimiento del orden del *saber hacer*, como al que nos hemos referido. Como ya hemos mostrado, la asimilación de lo práctico al ámbito subjetivo de las valoraciones morales o ideológicas resulta injustificada.

Con todo, lo anterior no implica negar la especificidad del ámbito jurídico. Por supuesto, la práctica jurídica (como cualquier otra) constituye una actividad

⁴¹ Chiassoni 2019: 88.

⁴² Chiassoni 2019: 109.

⁴³ Chiassoni 2019: 39.

específica que supone un *saber hacer* propio, por lo que la tarea de la adjudicación judicial y la de los demás agentes y funcionarios de la práctica supone conocimientos y requisitos propios de la disciplina y criterios que se forjan y se adquieren con el entrenamiento. Esta es la idea del “dominio de una técnica” recogida en la noción de “convenciones interpretativas de la práctica jurídica”⁴⁴. Volveremos sobre ella.

Lo que ahora queremos dejar sentado es que si bien siempre es posible encontrar aspectos similares y disímiles entre el ámbito jurídico y el ordinario, el señalamiento de las especificidades de la práctica jurídica no permite por sí mismo concluir que se trata de un ámbito en el cual la idea de corrección ha de entenderse necesariamente como corrección *ética*, como pretende Chiassoni.

Agregamos un comentario en relación con las nociones wittgenteinianas de “juegos del lenguaje” y “forma de vida”. Por supuesto se trata de categorías difíciles de definir mediante una fórmula y han sido objeto de diversas caracterizaciones y ejemplos.⁴⁵ No es nuestra intención aquí profundizar en ello, y tenemos presente que Chiassoni al invocar estas nociones no aspira a la corrección exegética⁴⁶. Pero veamos lo que Chiassoni afirma:

que los jueces (junto con los juristas y los abogados) *juegan con los textos* (las disposiciones) proporcionados por los órganos legislativos, mediante un conjunto usualmente compartido, por lo menos en parte, de herramientas interpretativas (reglas de interpretación), herramientas que ellos pueden seleccionar, combinar, jerarquizar, precisar, modificar, revisar, integrar, etc., de acuerdo con los intereses espirituales o materiales que hayan elegido perseguir⁴⁷. (El resaltado es nuestro).

Atento a la cita, en tanto consisten en una operación de traducción, de adscripción de significado, los juegos interpretativos de Chiassoni se sitúan solo en una dimensión intertextual, intralingüística. Pero la idea de un juego del lenguaje que opera sobre el propio lenguaje parece perder el entrelazamiento con el quehacer humano que constituye el trasfondo práctico del juego. El “atribuir significado” difícilmente pueda ser visto como una práctica en la cual se ancla un juego del lenguaje. La actividad de los jueces es la de resolver casos, aplicar normas, dirimir conflictos. “Atribuir significado” no es una actividad, parece más bien el caso en el que el lenguaje hace aquello que *no* es su función propia: referirse a sí mismo; cuando ello

⁴⁴ Bayón 2002.

⁴⁵ La concepción canónica rescata en general el entramado entre lenguaje y las prácticas: «[...] rule-governed behaviour is only possible against a background of practices which cannot themselves be explicitly formulated as rules. [...] Ultimately, our explicit beliefs and interpretations are only meaningful in specific contexts and against a background of shared practices –these practices are the skills and customs which we have learnt, ways of acting which were not acquired as beliefs, even though we may express them in beliefs». Véase: Stern 1991: 216-7.

⁴⁶ Chiassoni 2002: 193.

⁴⁷ Chiassoni 2019: 218-9.

sucede –al decir de Wittgenstein– el lenguaje “hace fiesta”⁴⁸, o se va de vacaciones. La idea misma de “juego interpretativo” parece responder a una visión distorsionada del funcionamiento del lenguaje, inclusive del lenguaje jurídico. Quizás esa distorsión sea consecuencia de la manera estricta en que la Escuela genovesa asume la distinción entre disposición y norma, entre un texto jurídico y su significado.

Por otra parte, es indiscutible que la noción de “forma de vida”, en tanto alude a cómo vivimos y actuamos en el marco de una práctica incluye necesidades, valores, intereses y aspiraciones, entre otras cuestiones. Y por supuesto que el modo en que comprendemos las normas jurídicas seguramente está influido por esos valores. Pero debe aclararse que la noción de “forma de vida” refiere más bien a los valores incorporados en esa práctica compartida, que operan como un *trasfondo* (quizás irreflexivo), y en tal sentido no son dependientes de la *decisión* de un individuo o de varios. En un marco pragmático, los significados difícilmente puedan ser concebidos como el producto de meras decisiones particulares o acuerdos grupales que determinan qué significados vamos a “atribuir” a las palabras. Porque ello parece presuponer un convencionalismo extremo en el cual podríamos ponernos de acuerdo acerca de cualquier cosa (i.e. acerca de que algo comience –porque sí– a significar otra cosa) sin anclaje alguno en el modo en que vivimos o hacemos las cosas. Ese decisionismo o tipo de convencionalismo superficial⁴⁹ va a contramano de la noción de “forma de vida”, porque los significados no cambian deliberadamente mediante acuerdos explícitos o deliberados, si no ha cambiado, al menos parcialmente, nuestro modo de actuar, de vivir y realizar actividades compartidas.

3.4. La asunción de la comprensión como captación del “significado lingüístico” y la crítica al “formalismo pragmático”

Chiassoni critica al cognoscitivismo moderado inspirado en la idea de Herbert Hart de un “terreno intermedio” entre el formalismo y el escepticismo ante las reglas⁵⁰.

En primer lugar, hay que aclarar que hablar de objetividad del significado de las normas jurídicas no equivale a hablar de significado literal; la noción de “significado literal” resulta sumamente problemática, por lo que preferimos dejarla de

⁴⁸ Wittgenstein 1953: § 38.

⁴⁹ Para la distinción entre convencionalismo superficial y convencionalismo profundo, ver Bayón 2002: 76-81: El convencionalismo superficial refiere al acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de aplicaciones correctas. En cambio, en el convencionalismo profundo no es el acuerdo explícito el que define las aplicaciones concretas como correctas, sino el trasfondo de criterios compartidos, que no tiene por qué ser transparente para quienes lo comparten.

⁵⁰ Hart 1963.

lado. Ahora bien, cuando Chiassoni alude al *significado lingüístico* hace referencia a aquel que se identifica por medio de las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje natural pertinente, y que equivale a “lo que se profiere”. A su vez, define el *significado pragmático explícito*, como aquel que se constituiría partiendo del significado lingüístico pero enriquecido y saturado a la luz del contexto, y el *significado pragmático implícito* como el conjunto de proposiciones implícitas (implicaturas), identificado por medio de la interpretación pragmática como, por ejemplo, el principio de cooperación y las máximas conversacionales de Grice⁵¹.

Chiassoni critica la posición –que atribuye a Marmor– y a la que llama “formalismo pragmático” que sostendría que el significado jurídico coincide con el significado lingüístico de las disposiciones, y que solo en las ocasiones en que este es insuficiente (por vaguedad, ambigüedad o lagunas y contradicciones) debe ser complementado por el contexto y el conjunto de las máximas conversacionales jurídicas, esto es, por el *significado pragmático* y el *significado pragmático implícito*.

En contraposición Chiassoni considera que aun cuando un juez o jueza aplica una disposición según su significado lingüístico, no ha llevado a cabo una actividad de comprensión, sino que ha llevado a cabo una actividad reflexiva consistente en considerar que el significado lingüístico es el significado jurídicamente correcto desde la ideología social relevante⁵².

No coincidimos con Marmor ni con Chiassoni. Quienes asumimos que el contenido del derecho está determinado por las convenciones interpretativas de la práctica jurídica⁵³, entendemos que el significado de una regla o de un término puede adquirir un contenido diverso del que le confieren a las convenciones semánticas propias de su uso en el ámbito ordinario (lo que Chiassoni llamaría “significado lingüístico”); es decir que las convenciones interpretativas bien pueden ampliar o restringir el significado ordinario y aun determinar la introducción de excepciones implícitas⁵⁴. Así, el dominio del uso de los términos en el contexto jurídico consiste en saber reconocer, de acuerdo a criterios de trasfondo compartidos y propios de esa práctica, si un caso individual constituye o no una instancia de la norma. Y si existe una práctica compartida, tales criterios –aun opacos e inarticulados para los propios agentes que los ponen en uso– determinan aplicaciones correctas e incorrectas, al menos en aquellos casos que consideramos paradigmáticos. Esto implica que lo que se capta o se comprende en los casos fáciles cuando se tiene el dominio de la técnica, es cómo debe aplicarse la norma en el contexto o práctica de que se trate, responda esto al “significado lingüístico” o no.

⁵¹ Chiassoni 2019: 149-50.

⁵² Chiassoni 2019: 227.

⁵³ Bayón 2002.

⁵⁴ En Bayón 2002: 63 el autor explica que el núcleo claro de casos fijado por las convenciones semánticas, puede ser diferente del núcleo claro de casos determinado por las convenciones interpretativas.

De acuerdo a lo anterior, resulta erróneo equiparar la comprensión o la captación de la regla que tiene lugar en los casos fáciles a la captación del “significado lingüístico”. Ese error podrá ser atribuido a algún cognoscitivista al estilo de Marmor, si es que efectivamente incurre en él, pero no al tipo de cognoscitivismo pragmático que aquí hemos esbozado basado en el *know how* y en la noción de convenciones interpretativas de la práctica jurídica.

4. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos mostrado: i) que Chiassoni asimila equivocadamente el “ámbito práctico” al moral o ideológico, descartando de manera injustificada cualquier noción de objetividad para la práctica jurídica por el solo hecho de situarla en el ámbito práctico; ii) que cae en el error que el argumento del regreso al infinito pone de manifiesto: el de buscar el significado de una regla en otra regla, y que esa errónea concepción del significado se revela como parte del malentendido en el que incurre el escéptico; iii) que los “juegos interpretativos” no parecen anclados en actividades compartidas o prácticas efectivas, sino en un mero juego intertextual que termina avalando un tipo de convencionalismo poco afín a la idea de “forma de vida”; y por último iv) que hablar de la comprensión o captación del significado en los casos fáciles, no implica aceptar que lo que se capta es el “significado lingüístico”; un análisis a la luz de las convenciones interpretativas de la práctica jurídica mostraría más bien que ello es un error; por consiguiente los argumentos de Chiassoni contra el “formalismo pragmático” de Marmor no afectan al cognoscitivismo pragmático aquí delineado basado en la noción de *know how* y en la de convenciones profundas.

El “realismo pragmático” de Chiassoni termina revelándose como un término cuyos elementos apuntan en direcciones contrarias. Si la práctica compartida determina objetivamente significados, no hay lugar para un realismo escéptico como el que propone Chiassoni. Una concepción genuinamente pragmática apunta a la objetividad y no a la incertidumbre radical acerca del significado jurídico.

Parece que el realismo jurídico, al igual que las llamadas “teorías de la argumentación” (de corte antipositivista à la Dworkin o pospositivista à la Atienza), concibe al derecho como necesariamente entrelazado con la argumentación moral: salvo que el realismo entiende a la moral como ideología y las mencionadas teorías de la argumentación como moral crítica. En contraste, creemos que puede hablarse de (la construcción de) una objetividad jurídica, que no está atravesada por la moral –como sea que se la entienda–, mas no por ello es ingenua o engañosa.

Referencias bibliográficas

- Barberis, M. (2015). *Realismo jurídico continental*, «Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho», vol. 1, 227-240.
- Bayón, J.C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en P. Navarro & M. C. Redondo (Eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 57-92.
- Bix, B. (2013). *Obligación y Significado. Derecho, Lenguaje y Normatividad*, México, Fontamara.
- Chiassoni, P. (2002). *Los Juegos Interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano*, en P.E. Navarro y M.^a C. Redondo, *La Relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 185-208.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara.
- Grice, P. (1957). *Meaning*, «Philosophical Review», vol. 66, 3, 213-223.
- Grice, P. (1967). *Logic and Conversation*, Grice, P. H. (1989). *Studies in the Way of Words.*, Cambridge-London, Harvard University Press, 22-40.
- Guastini, R. (2012). *El escepticismo ante las reglas replanteado*, «Discusiones», 11, 27-57.
- Hart, H. (1963). *The Concept of Law* (1961) trad. esp. *El concepto de Derecho*. Abeledo Perrot.
- Kripke, S. (1982). *Wittgenstein. A propósito de Reglas y Lenguaje Privado*, Madrid, Tecnos.
- Marmor, A. (2000). *Interpretación y Teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa.
- Moreso, J. (1997). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Patterson, D. (2001). *Normativity and Objectivity in Law*, «William and Mary Law Review» Vol. 43, I, Article 9, 325-363.
- Pears, D. (1988). *The False Prison, A Study of the Development of Wittgenstein's Philosophy*. Vol. 2, Oxford, Oxford University Press.
- Ramírez Ludueña, L. (2012). *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a "El escepticismo ante las reglas replanteado"*, «Discusiones», 11, 87-116.
- Rodríguez, J. (2023). *La interpretación según Chiassoni: El equilibrio inestable entre cognoscitivismo moderado y escepticismo radical*, en este volumen.
- Ryle, G. (1949). *The concept of mind*, London, Hutchinson's University Library.
- Scataglini, M.G. (2021). *Seguimiento de reglas: el "aguijón pragmático" en la teoría del derecho*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons.
- Sellars, W. (1997) [1956]. *Empiricism and the Philosophy of Mind*, London, Harvard University Press.

- Searle, J. (1995) [1997]. *The Construction of Social Reality*. Versión en castellano: *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Buenos Aires, Paidós.
- Stern, D. (1991). *The “middle Wittgenstein”. From logical atomism to practical holism*, «Synthese», 87, 203-226.
- Wittgenstein, L. (1953) [1988]. *Investigaciones Filosóficas*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

Consideraciones de un equilibrista

*Pierluigi Chiassoni**

«Grande es la confusión bajo el cielo»
Autócrata oriental

Resumen

En forma de réplica a los comentarios de Juan Pablo Alonso y Gabriela Scataglini, Omar Darío Heffes, Vitoria Iturralde, Santiago Legarre, Isabel Lifante-Vidal, Diego Luna, y Jorge Rodríguez, el escrito se propone esclarecer las razones a favor del no-cognoscitismo analítico, abordando problemas que van desde la solidez teórica de su propio aparato conceptual (a partir de la noción clave de interpretación textual) a las relaciones con el pluralismo ético, el relativismo ético, el realismo egológico, el constructivismo, el convencionalismo lingüístico, el escepticismo radical, el cognoscitismo moderado y el cognoscitismo pragmático.

Palabras clave: Cognoscitismo interpretativo. No-cognoscitismo interpretativo. No-cognoscitismo analítico. Constructivismo. Convencionalismo. Escepticismo radical. Escepticismo moderado. Cognoscitismo moderado. Cognoscitismo pragmático.

Abstract

By way of a reply to the critical commentaries of Juan Pablo Alonso and Gabriela Scataglini, Omar Darío Heffes, Vitoria Iturralde, Santiago Legarre, Isabel Lifante-Vidal, Diego Luna, and Jorge Rodríguez, the paper purports to provide a perhaps clearer account of the reasons for accepting analytic non-cognitivism as a sound theory of legal interpretation, coping with problems which range from the defense of its own conceptual apparatus (focusing on the key notion of textual interpretation) to the relations with ethical pluralism, ethical relativism, egologic realism, constructivist non-cognitivism, linguistic conventionalism, radical scepticism, moderate non-cognitivism, and pragmatic non-cognitivism.

* Istituto Tarelo per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, pierluigi.chiassoni@unige.it. Deseo agradecer a Natalia Scavuzzo por la cuidadosa revisión lingüística.

Keywords: Interpretive Cognitivism. Interpretive Non-cognitivism. Constructivism. Conventionalism. Radical Scepticism. Moderate Scepticism. Moderate Cognitivism. Pragmatic Cognitivism.

1. Premisa

Deseo agradecer muchísimo a Juan Pablo Alonso y Gabriela Scataglini, Omar Darío Heffes, Vitoria Iturralde, Santiago Legarre, Isabel Lifante-Vidal, Diego Luna, y Jorge Rodríguez por sus comentarios y críticas a *Interpretación, verdad y la forma lógica del discurso interpretativo* (y a *El problema del significado jurídico*, del que forma parte)¹. Por dos razones.

La primera razón es que han planteado problemas cuya solución (o disolución) tiene, según me parece, una importancia sobresaliente para toda reflexión acerca de la interpretación jurídica.

La segunda razón es que, al señalar tales problemas, han evidenciado como ellos no hayan recibido todavía, y paradójicamente, un tratamiento satisfactorio. Así apuntando a la exigencia de llevar a cabo un esfuerzo, que no puede ser sino colectivo, para solucionarlos o disolverlos, sacando la teoría de la interpretación (o, mejor dicho: *nuestra* teoría de la interpretación) de algunos de los bancos de arena en los cuales parece haberse encallado.

A continuación, de los muchos (conjuntos de) problemas planteados por mis comentaristas, sólo voy a considerar diez. Son estos:

- (1) el problema de la relación entre *no-cognoscitivismo* interpretativo *analítico* (que defiende) y *pluralismo ético*;
- (2) el problema de la relación entre *relativismo interpretativo* y *relativismo ético*;
- (3) el problema de la relación entre *interpretación textual* e *interpretación-prescripción*;
- (4) el problema de la relación entre *interpretación conjetural metodológica* e *interpretación textual*;
- (5) el problema de la relación entre *no-cognoscitivismo analítico* (“genovés”) y *realismo egológico*;
- (6) el problema de la relación entre *no-cognoscitivismo analítico* (“escéptico”) y *no-cognoscitivismo constructivista*;
- (7) el problema de la relación entre *no-cognoscitivismo analítico* y *convencionalismo lingüístico*;
- (8) el problema de si el *no-cognoscitivismo analítico* sea destinado a colapsar, bien en el *escepticismo radical*, o bien en el *cognoscitivismo moderado*;

¹ De los comentarios de Omar Darío Heffes, Santiago Legarre y Diego Luna conservo los manuscritos que me proporcionaron en ocasión de las Jornadas. Me serviré de ellos para formular algunas réplicas.

- (9) el problema de si la noción de *interpretación textual*, que propongo, sea destinada a fracasar en las rocas del regreso interpretativo *ad infinitum*; y, por último,
- (10) el problema de si el *cognoscitivismo pragmático* proporcione una explicación de los casos fáciles teóricamente preferible a la del *no-cognoscitivismo analítico*, en tanto que forma de no-cognoscitivismo pragmático.

2. No-cognoscitivismo analítico y pluralismo ético

El no-cognoscitivismo interpretativo, en la versión analítica que defiendo, sostiene en su núcleo tres tesis:

- (1) cuando los jueces y los juristas interpretan disposiciones en aras de solucionar una cuestión de derecho o indicar cómo solucionarla, ellos llevan a cabo una actividad que nunca puede ser de puro conocimiento, sino que depende necesariamente de decisiones adoptadas en el marco de alguna ideología jurídica;
- (2) dichas decisiones atañen en particular a la elección de un código interpretativo y de un conjunto de recursos interpretativos;
- (3) si nos preguntamos, por ende, por la forma lógica teóricamente más apropiada para los enunciados interpretativos que son el resultado de una tal actividad, esta forma no se corresponde ni con la forma propia de los enunciados *descriptivos de hechos empíricos* (“La norma N_j es el significado en efecto atribuido aquí y ahora a la disposición D_j ”, “Sobre la base de las convenciones lingüísticas existentes, la norma N_j se corresponde con el significado lingüístico convencional de la disposición D_j ”, etc.), ni con la forma propia de los enunciados *prescriptivos* (“La disposición D_j debe ser interpretada a expresar la norma N_j ”), sino con la forma propia de los enunciados *constitutivos* (“La norma N_j es (cuenta como, tiene valor de) el significado jurídicamente correcto de la disposición D_j en relación a la cuestión de derecho QJ_j ”).

El *pluralismo ético* –en la sola acepción de tal expresión que aquí interesa– es la propiedad de fenómenos colectivos que consiste en la copresencia de dos o más posturas, visiones, o doctrinas morales diferentes al interior de una misma sociedad humana en un cierto tiempo².

² Al “pluralismo ético” en tanto que propiedad contingente de las sociedades humanas podemos oponer el “pluralismo ético” sociológico, ontológico y axiológico, en tanto que posturas “teóricas” (en sentido amplio). En particular, el pluralismo ético sociológico es la *tesis descriptiva* que apunta a la presencia, en muchas si no todas las sociedades humanas, sincrónica o diacrónicamente consideradas, de una pluralidad de posturas, visiones o doctrinas morales distintas. El pluralismo ético ontológico es la *tesis metaética* según la cual hay una pluralidad de valores morales distintos e irreducibles; lo que se llama también “politeísmo de los valores morales” y se opone al monismo moral, la idea de que la pluralidad de los valores sería ilusión, pues todos los valores son reducibles a un valor que los abarca. El pluralismo ético axiológico, en fin, es la tesis ético-normativa que considera cosa buena la presencia,

Ahora bien: dentro de una sociedad éticamente pluralista, dentro, en particular, de una sociedad donde una postura moral androcéntrica y patriarcal convive con una postura de género, ¿el no-cognoscitismo analítico *favorece* (“permite”, “da la posibilidad de”) interpretar las disposiciones jurídicas adoptando la perspectiva de género y rechazando la perspectiva tradicional, androcéntrica y patriarcal, así como sugiere Oscar Darío Heffes³?

El problema planteado por Heffes es capital. Conciérne a la dimensión pragmática de las teorías de la interpretación: a los efectos –a menudo no intencionales– que ellas *pueden* tener en la vida práctica de seres humanos.

Es menester resaltar que, en cuanto *teoría*, el no-cognoscitismo analítico no debería preocuparse por su dimensión pragmática: por los efectos que podría tener sobre la práctica interpretativa en una determinada cultura y organización jurídica. *Magis amica veritas* es, pues, su ley suprema.

Cabe notar, sin embargo, que es susceptible de tener *efectos terapéuticos* indudables en relación con el estilo de las argumentaciones interpretativas. Desde su punto de vista, toda argumentación que presente un determinado significado como “el significado verdadero” de una disposición, toda argumentación que se presente como obra de puro “descubrimiento” del “significado verdadero” de las disposiciones, se revela fundada sobre *falsos presupuestos teóricos*. Por lo tanto, la pretensión de verdad que una intérprete formule en relación con una determinada interpretación, lejos de funcionar de “cortapisa” argumentativa, va fatalmente a solicitar que ella proporcione las pruebas de la “verdad” invocada, que haga manifiestas las credenciales epistémicas, si las hay, de su afirmación.

Un tal efecto, sin embargo, va a producirse *en todo caso*: de una manera que es totalmente *independiente* del, e *indiferente* al, carácter éticamente pluralista o éticamente monista de una sociedad.

3. Relativismo interpretativo y relativismo ético normativo

En *El problema del significado jurídico* y, en particular, en el escrito proporcionado para la discusión⁴, defiende una posición de *relativismo interpretativo*.

Es menester resaltar que se trata, estrictamente, de una posición de *teoría descriptiva* de la interpretación jurídica, conforme a la cual:

- (1) toda interpretación de una disposición siempre es *relativa* a un código interpretativo y a un conjunto de recursos interpretativos: es decir, *no es posible* interpretar ninguna disposición sin utilizar un *código interpretativo* (un conjunto finito

en cada sociedad, de una pluralidad de posturas, visiones o doctrinas morales diferentes.

³ Heffes 2020: 1-2.

⁴ Chiassoni 2019: cap. 1.

de reglas interpretativas) y un conjunto de *recursos interpretativos*;

(2) la *corrección* de toda interpretación de una disposición siempre es, por lo tanto, *relativa* al código interpretativo y al conjunto de recursos interpretativos que la intérprete asume como *el* código y *el* conjunto de recursos *jurídicamente correctos*, por lo menos en relación con una cierta cuestión de derecho y a un cierto caso individual. De forma que una misma interpretación puede ser *correcta* con relación a un cierto código y conjunto de recursos interpretativos, e *incorrecta* desde un código o conjunto de recursos diferente. Sobre esta base, he sostenido que la «idea de un significado jurídico “absolutamente” correcto es un error garrafal», pues pasa por alto la necesaria relación con *un código y recursos interpretativos determinados*⁵.

Pasamos al otro término de la relación que nos ocupa ahora: “relativismo ético”. Él puede entenderse, como sabemos, de muchas formas diferentes. Dos acepciones merecen nuestra atención aquí.

En la primera acepción, “relativismo ético” denomina una postura *metaética ontológica*. Es la postura, también denominada *subjetivismo* o, de una manera más imprecisa, *no-cognoscitivismo ético*, la cual niega la existencia de valores o principios *prácticos* (morales, jurídicos, políticos) *objetivos*: es decir, cuya existencia (y fuerza normativa) sería independiente de las creencias, preferencias, actitudes de los seres humanos.

En la segunda acepción, “relativismo ético” denomina en cambio una postura *ético-normativa*. Tratase de la postura según la cual todos conjuntos limitados y unitarios de pautas morales, bien de moral crítica, bien de moral positiva, *tienen el mismo valor práctico* (*moral, jurídico, político*), siendo cada uno igualmente sensato (igualmente *valioso*) o igualmente insensato (igualmente *sin valor*).

Me ocuparé luego de la relación entre no-cognoscitivismo analítico y subjetivismo metaético (al tratar de una de las críticas formuladas por Isabel Lifante-Vidal: *infra*, § 6). Aquí trataré de su relación (a través del relativismo interpretativo) con el relativismo ético normativo.

Ahora bien, ¿tiene el relativismo interpretativo alguna relación con el relativismo ético normativo?

Vitoria Iturralde (en una primera versión de su comentario) y, de una forma más explícita, Santiago Legarre sugieren, si no me equivoco, que sí. Sostienen que el relativismo interpretativo llevaría consigo una postura de relativismo ético normativo, según la cual los códigos interpretativos, sea cual sea la diferencia entre ellos, todos tendrían el mismo valor práctico (el mismo valor jurídico, moral o político). De forma que, si adoptamos el relativismo interpretativo, sería imposible discriminar entre códigos axiológicamente “mejores” y códigos axiológicamente “peores”⁶. Y, por el

⁵ Chiassoni 2019: 28.

⁶ Según Vitoria Iturralde, «una cosa es abandonar la idea de que la labor del juez es una tarea

contrario, si admitimos la posibilidad de discriminar entre códigos axiológicamente peores y mejores, tendríamos que enmendar el relativismo interpretativo, adhiriendo a una versión menos radical.

Me parece sin embargo que, considerándolo todo, la cuestión merezca una respuesta negativa. Por las siguientes razones.

- (1) Relativismo interpretativo y relativismo ético normativo son posturas que no solo pertenecen a ámbitos diferentes y heterogéneos (la teoría de la interpretación jurídica y la ética normativa, respectivamente), sino que son *conceptualmente independientes*.
- (2) Quien acepte el relativismo interpretativo puede, sin contradicción, *aceptar*, así como *no aceptar*, el relativismo ético normativo. Una cosa es afirmar que toda interpretación es jurídicamente correcta (o incorrecta) en relación con un código y un conjunto de recursos interpretativos. Otra cosa es afirmar que todas las interpretaciones (relativamente) correctas en el sentido apenas evocado tienen *el mismo valor práctico* (moral, jurídico, político). Y en efecto, si lo pensamos, las disputas interpretativas –por ejemplo, entre maneras diferentes y alternativas de concebir la tarea y las herramientas de la interpretación constitucional– involucran diversas posturas, y cada una pretende ser la única jurídicamente correcta (ontológicamente correcta, correcta desde “el derecho mismo”⁷) y considera a las demás como jurídicamente incorrectas, equivocadas, abominables.
- (3) No hay alguna incongruencia pragmática en adoptar el relativismo interpretativo y sostener al mismo tiempo, en vía de argumentación dogmática *de iure condito*, que un cierto código interpretativo, pongamos, el código que impone cierta lectura moral de las disposiciones constitucionales, es “mejor” (“correcto desde el derecho”, “correcto desde la moral”, “correcto desde la particular forma política del estado”, etc.) frente a otro que en cambio impone una lectura originalista y textualista de tales disposiciones. Toda interpretación es (internamente) correcta en relación con un código y un conjunto de recursos interpretativos. Pero esto no nos lleva a asumir que *todos los códigos interpretativos sean igualmente correctos* del punto de vista de los valores prácticos (y de las concepciones de la ética, del derecho, de la democracia constitucional, etc.) que reputamos preeminentes.

técnica y ser consciente de su labor política y otra es pensar que la “interpretación” permite cualquier solución» (Iturralde 2020: 15). Según Santiago Legarre: «Comparto que es real la relatividad señalada por Chiassoni. Pero le preguntaría: ¿acaso no existen códigos y recursos interpretativos mejores y peores? ¿No pueden ser unos y otros objeto de evaluación? En otras palabras, ¿no admitiría Chiassoni la existencia de dos perspectivas, una relativa y otra, tal vez no absoluta, pero sí menos relativa, en función del resultado que arroje la valoración de los códigos y recursos interpretativos?» (Legarre 2020: 1-2).

⁷ Chiassoni 2024: § 2.

4. Interpretación textual, interpretación-prescripción, interpretación conjetural metodológica: ¿Algunas “falsas oposiciones”?

En aras de afinar el aparato conceptual relativo al fenómeno interpretación jurídica, he destacado tres tipos de actividades “interpretativas”: de interpretación en sentido propio y en función práctica, de interpretación en sentido propio y en función cognoscitiva, de interpretación en sentido impropio.

En relación con esta distinción:

- (1) la *interpretación textual* es una forma de interpretación en sentido propio y en función práctica; consiste en traducir disposiciones en normas explícitas contextualmente presentadas y defendidas como su significado jurídicamente correcto;
- (2) la *interpretación-prescripción*, en cambio, es una forma de interpretación en sentido impropio; consiste no ya en interpretar (traducir) una disposición, sino en prescribir de traducir una cierta disposición en una cierta norma explícita. Quien prescribe una interpretación-producto determinada para una disposición determinada no traduce (no interpreta) la disposición, aunque su prescripción presuponga una traducción (una interpretación);
- (3) la *interpretación conjetural metodológica*, en fin, es una forma de interpretación en sentido propio y en función cognoscitiva; consiste en identificar, por vía de experimento hermenéutico, todos (o el más amplio número de) los significados alternativos en que una disposición puede ser traducida, utilizando las diferentes reglas de traducción (y conjuntos de recursos interpretativos) que, en hipótesis, se encuentran en la caja de las herramientas interpretativas a disposición de los operadores del derecho en un cierto tiempo y lugar (o, dicho de otra manera: según la cultura jurídica del tiempo, son las herramientas que todo operador, según las circunstancias, “puede” o “debe” utilizar).

En su comentario, Isabel Lifante-Vidal sostiene que las distinciones, sea aquella entre interpretación textual e interpretación-prescripción, sea aquella entre interpretación textual e interpretación conjetural metodológica, serían ejemplos de «falsas oposiciones».

La oposición entre interpretación textual e interpretación-prescripción sería falsa, sostiene Isabel, porque afirmar, pongamos, que “La norma N1 es (cuenta como) el significado jurídicamente correcto de la disposición D1” *equivale* a afirmar que “La disposición D1 *debe ser* interpretada a expresar la norma N1”⁸.

Análogamente, la oposición entre interpretación textual e interpretación conjetural metodológica sería falsa, sostiene Isabel, por dos razones.

Primero, el carácter genuinamente cognoscitivo de la interpretación conjetural metodológica es sospechoso. Yo mismo hablo de la verdad de los enunciados

⁸ Lifante-Vidal 2023: § 2.1.

conjeturales como de una verdad experimental, que es parasitaria de la verdad empírica, pero que no es verdad empírica sin más.

Segundo, hay una «continuidad» entre interpretación conjetural metodológica e interpretación textual. Lo que yo llamo interpretación conjetural metodológica se encuentra en efecto en la *primera etapa* de todo proceso interpretativo (así como entendido por el constructivismo, la postura que Isabel defiende), que, partiendo de la *identificación del marco de las posibilidades interpretativas* de una disposición, sigue en una *segunda etapa*, en la cual las diferentes posibilidades son *analizadas y comparadas* bajo el perfil de la fuerza de los argumentos que las conciernen, y llega en fin a la *tercera y última etapa*, donde el intérprete *opta* por la interpretación que cuenta con el apoyo de los argumentos más fuertes⁹.

Me parece que hay argumentos que sugieren *rechazar* las dos tesis de la falsa oposición.

Empezamos por la primera (pretendida) falsa oposición. ¿En qué sentido hay *equivalencia* entre un enunciado interpretativo constitutivo y un enunciado prescriptivo? ¿De qué *equivalencia* se trata?

Antes que todo, cabe descartar que se tratare de una equivalencia lógica. En hipótesis, ni el enunciado interpretativo, ni el enunciado prescriptivo tienen valor de verdad. ¿En qué consistiría entonces el “igual valor” de los dos enunciados? Si el valor que nos interesa es el *valor* (o *contenido*) *comunicativo*, lo que los dos enunciados comunican, los dos enunciados no tienen igual valor, pues expresan comunicaciones diferentes, a las cuales convienen formas lógicas diferentes. Una cosa es decir que “La norma N1 es (cuenta como) el significado jurídicamente correcto de D1”, otra cosa es decir que “D1 debe ser interpretada a expresar la norma N1”. Este segundo enunciado, nótese, puede *suponer*, como *no suponer*, que N1 es el significado jurídicamente correcto de D1. Quien lo formula podría estimar que N1 *no es* el significado jurídicamente correcto de D1, y sin embargo prescribir a otros de traducir D1 en N1: pongamos, por consideraciones prudenciales o motivos ilícitos. No hay, por lo tanto, *equivalencia comunicativa* entre el enunciado interpretativo y el enunciado prescriptivo correspondiente.

Se podría sostener, sin embargo, e Isabel lo sostiene, que quien formula en serio un enunciado interpretativo no puede, sin incurrir en una contradicción pragmática, o sea sin resultar incoherente, rechazar el enunciado prescriptivo correspondiente. Esto empero no solo *no* nos lleva a concluir que los dos enunciados expresen la *misma* comunicación, que tengan el mismo valor comunicativo, sino que sugiere que se trata, como yo sostengo, de *comunicaciones diferentes*.

La diferencia, sea dicho de paso, podría argumentarse utilizando la distinción, trazada por Searle, entre actos lingüísticos directos e indirectos. Al formular un enunciado, el emisor puede realizar, *al mismo tiempo*, dos o más actos lingüísticos

⁹ Lifante-Vidal 2023: § 2.1.

diferentes. Ahora bien, el intérprete que formule en serio un enunciado interpretativo, desde el punto de vista de la teoría de Searle, realizaría *directamente* un acto *constitutivo* (“declarativo”, en la terminología de Searle), e *indirectamente* un acto *prescriptivo* (“directivo”, en la terminología de Searle)¹⁰.

Pasamos ahora a la presumida falsa oposición entre interpretación textual e interpretación conjetural metodológica. Para sostener que la oposición *no* es falsa, aduciré tres argumentos.

- (1) Consideremos nuevamente la forma lógica de sus respectivos resultados. Por un lado, un enunciado interpretativo *establece* que un cierto significado (N1) es (cuenta como, vale de) el significado jurídicamente correcto de una disposición (D1). Por el otro, un enunciado conjetural metodológico nos dice que una disposición (D1) puede asumir un cierto significado (N1), *si* se la interpreta conforme a una cierta regla de traducción y cierto conjunto de recursos interpretativos, o bien otro significado (N2), *si* se la interpreta conforme a otra regla de traducción y otro conjunto de recursos interpretativos, y así en adelante. Las dos operaciones desembocan en resultados no solo diferentes, sino heterogéneos. Parece, por ende, muy raro que entre ellas haya en realidad una “falsa oposición”.
- (2) Conforme a la noción de interpretación conjetural metodológica, todo experimento hermenéutico debe satisfacer dos condiciones. Primero, el experimento debe utilizar datos (reglas de traducción y recursos interpretativos) cuya identificación resulte de investigaciones sociológicas acerca una cierta cultura y organización jurídica. Segundo, todo experimento hermenéutico debe ser replicable. Las dos condiciones sugieren que los enunciados conjeturales metodológicos están sujetos a un doble control objetivo. Esto hace así que no sea irrazonable, ya sea hablar de verdad experimental (un enunciado conjetural metodológico es experimentalmente verdadero, si, y sólo si, las proposiciones acerca de los datos utilizados en el experimento son empíricamente verdaderas y la aplicación de cada regla de traducción a cada conjunto de recursos interpretativos es técnicamente correcta); ya sea, en todo caso, considerar los enunciados conjeturales metodológicos como enunciados en función cognoscitiva, que proporcionan *informaciones* acerca del marco metodológico de normas correspondientes a una disposición.
- (3) El argumento de la *continuidad*, que Isabel aduce para poner en tela de juicio el carácter cognoscitivo de la interpretación conjetural metodológica, no parece idóneo a confutar la heterogeneidad entre dicha actividad y la interpretación textual. Hay por supuesto *continuidad* (contigüidad, sucesión temporal inmediata) entre mi acto de adquisición de información sobre las condiciones de la carretera que conduce de Santa Marta a Macondo, por un lado, y mi opción a favor de irme a Macondo, no ya alquilando un coche, sino remontando el río con

¹⁰ Searle 1979: capp. 1 y 2.

el crucero, por el otro. Pero esto no hace así que el acto de adquirir información se convierta en el acto de elección, o bien forme parte con él de una forma (misteriosa) de actividad práctica.

En suma: parece haber buenas razones conceptuales y teóricas para mantener la distinción entre interpretación textual, interpretación-prescripción, interpretación conjetural metodológica y sus respectivos resultados.

5. No-cognoscitismo analítico (“realista genovés”) *v.* realismo egológico

En su comentario, Diego Luna, después de haber llevado a cabo una comparación entre realismo genovés y teoría egológica del derecho desde el punto de vista de sus maneras respectivas de lidiar con la interpretación judicial, sugiere que, paradójicamente, el realismo genovés no es al fin y al cabo tan realista, porque, a diferencia de la postura egológica, se le escaparía «lo social del fenómeno aludido»:

Chiassoni anuncia, en la primera parte del capítulo I de *El problema del significado jurídico*, que “se propone” determinar una red de términos y conceptos tendiente a capturar los diversos aspectos del complejo fenómeno social al que nos solemos referir a través de la frase “interpretación jurídica” en su significado más vasto” [...] No caben dudas de que en gran medida Chiassoni concreta lo primero, es decir logra determinar una red conceptual, pero, al menos desde una perspectiva egológica, podría decir que no estaría tan seguro de que logre lo segundo que se propone, es decir capturar los diversos aspectos del complejo fenómeno social de la interpretación jurídica. El complejo fenómeno social de la interpretación jurídica en su sentido más vasto, en la perspectiva de Chiassoni y al menos en este trabajo que comento, queda reducido al problema de la interpretación de textos normativos y lo social del fenómeno aludido, en la medida en que la red conceptual no termina de abarcar el fenómeno de conducta que involucra toda interpretación judicial, se escapa entre el manojito de conceptos de la red conceptual establecida, como el agua entre los dedos¹¹.

Estoy de acuerdo de que el enfoque que he adoptado en elaborar un aparato terminológico y conceptual relativo al fenómeno de la interpretación jurídica (y judicial al interior de él) reflexiona un punto de vista teórico general, o de filosofía analítica de la interpretación, más que un punto de vista sociológico.

Sin embargo, el aparato proporciona herramientas que muestran cuidado para «lo social» en la interpretación jurídica (y judicial).

Esto ocurre, por empezar, en las nociones de interpretación-detección e interpretación-previsión. Estas se refieren a dos actividades que se dirigen a la dimensión social de la interpretación jurídica: consistiendo, bien en detectar como jueces, juristas

¹¹ Luna 2020: 9.

y otros operadores jurídicos han en efecto interpretado disposiciones, bien en prever como ellos las interpretarán. La previsión, si es seria, requiere investigaciones sobre lo que los intérpretes hicieron, pero no solo. Requiere poner atención a sus ideologías jurídicas y al contexto social (político, económico, cultural) de las interpretaciones pasadas y futuras.

Una atención para «lo social» se encuentra también en las operaciones que se corresponden a las nociones de interpretación conjetural metodológica e ideológica. La primera requiere que el intérprete lleve a cabo investigaciones sociológicas sobre las reglas interpretativas en efecto utilizadas o utilizables en una cierta cultura y organización jurídica en un cierto tiempo. Y esto, a su vez, requiere investigar sea las herramientas interpretativas en efecto utilizadas por los intérpretes, sea aquellas que han consideradas en sus escritos “metodológicos”. La segunda requiere que el intérprete lleve a cabo investigaciones sociológicas (de sociología cultural) sobre las ideologías jurídicas presentes en la sociedad, su respectiva influencia, y sus códigos interpretativos.

En suma: puede ser que el realismo genovés no sea, al fin y al cabo, tan realista –como sugiere Diego Luna (y Alfonso Ruiz Miguel ha sostenido en el curso de la discusión). Sin embargo, parece ser mucho menos irrealista –mucho menos despreocupado por la dimensión social de la interpretación jurídica– de lo que mis estimados y queridos colegas piensan.

6. Constructivismo *v.* no cognoscitivismo analítico

Resaltando algunas diferencias entre mi postura de *no-cognoscitivismo analítico*, que denomina *escepticismo*, y su propia postura, que denomina *constructivismo*, Lifante-Vidal sostiene que el constructivismo constituye una *mejor teoría* de la interpretación jurídica: sea en relación con su *parte explícita* o *superficial*; sea en relación con su parte implícita, es decir, con sus presupuestos profundos. En contra, el *no-cognoscitivismo analítico* sería una teoría equivocada: sea en su parte explícita; sea en lo que concierne a sus presupuestos profundos.

Según sostiene Isabel, el no-cognoscitivismo escéptico sería una *mala* teoría de la interpretación jurídica:

- (1) en su parte explícita, porque «oculta» el aspecto «más relevante» del fenómeno, es decir, que la actividad interpretativa es una «actividad de naturaleza argumentativa» la cual se dirige «a justificar la adscripción de significados jurídicos» –y el ocultamiento resultaría de la misma «forma lógica propuesta para los enunciados interpretativos»¹²;
- (2) en su parte implícita, o en relación con sus presupuestos profundos, porque

¹² Lifante-Vidal 2023: § 1.

adopta una postura *normativista* en lo que concierne a la teoría del derecho y *escéptica* en lo que concierne a la metaética, reduciendo la racionalidad práctica a racionalidad instrumental¹³.

Según sostiene Isabel, el constructivismo sería, en cambio, una *buena* teoría de la interpretación jurídica:

- (1) en su parte explícita, porque *resalta* el aspecto «más relevante» del fenómeno, es decir, que la actividad interpretativa es una «actividad de naturaleza argumentativa» que se dirige «a justificar la adscripción de significados jurídicos» –como resulta de la forma lógica propuesta para los enunciados interpretativos¹⁴;
- (2) en su parte implícita, o en relación con sus presupuestos profundos, porque adopta una postura de *practicismo* en lo que concierne a la teoría del derecho y de *objetivismo moral mínimo* en lo que concierne a la metaética, concibiendo a la racionalidad práctica de una forma no puramente instrumental¹⁵.

Considero la crítica de Isabel muy relevante. Algo que no se puede de alguna manera eludir. El *no-cognoscitivismo analítico* (“escepticismo”) y el constructivismo representan pues, hoy en día, dos de las formas más elaboradas de teoría de la interpretación. Sin embargo, no comparto su conclusión de que el escepticismo sería, frente al constructivismo, una mala teoría. Por cinco razones.

- (1) El *no-cognoscitivismo analítico* (“escepticismo”) no oculta la dimensión argumentativa de la interpretación. Por el contrario, la definición de interpretación textual y la forma lógica más amplia de enunciado interpretativo que ofrece intentan precisamente resaltar dicha dimensión del fenómeno interpretativo. Sacando a la luz: primero, que una interpretación textual-producto deriva su corrección de un código interpretativo, y es habitualmente presentada y defendida como correcta a la luz de este; segundo, que un código interpretativo, en tanto que conjunto finito de reglas interpretativas, funciona de conjunto de “lugares” de la argumentación interpretativa del juez o jurista que lo utiliza.
- (2) El *normativismo* adoptado por el *no-cognoscitivismo analítico* (“escepticismo”) no es un *normativismo puro* (que concibe a las normas como entidades dotadas de una existencia objetiva, pasando totalmente por alto su genealogía), sino un *normativismo crítico*. Pone al centro de la experiencia jurídica la interpretación como actividad (argumentativa) que media necesariamente entre las disposiciones y las normas, y además interviene en las operaciones de integración de lagunas, resolución de antinomias, etc. Este cuidado para la dimensión argumentativa del derecho emerge no solo en la manera de definir la noción de interpretación textual, sino también en la concepción de nuestros sistemas jurídicos como *sistemas retóricos*: como conjuntos de entidades lingüísticas donde hay

¹³ Lifante-Vidal 2023: §§ 2.2.

¹⁴ Lifante-Vidal 2023: § 1.

¹⁵ Lifante-Vidal 2023: § 2.2.

disposiciones y hay *normas* que son las *consecuencias retóricas* de disposiciones, resultando de operaciones de interpretación textual y metatextual.

- (3) La adopción del *escepticismo metaético* no va acompañada por una postura irracionalista en relación con el derecho o la moral. Más bien, el no-cognoscitivismo analítico adopta una visión desapasionada del papel que la razón puede realmente desempeñar en el campo de la moral y del derecho, resaltando que no puede ser sino el papel de una razón formal, retórica, o instrumental. La misma Isabel parece reconocerlo, allí donde afirma que:

los valores [...] no son arbitrarios [...] sino que se justifican en último término, porque ayudan a satisfacer necesidades básicas de los individuos y a proveerles de las capacidades indispensables para desarrollar una vida buena¹⁶.

- (4) Desde lo que precede, el constructivismo no parece tener alguna ventaja teórica abrumadora sobre el no-cognoscitivismo analítico (“escepticismo”). Ni en el nivel de su teoría de la interpretación jurídica, pues este último reconoce claramente la importancia de la dimensión argumentativa; ni en el nivel de su teoría del derecho, pues pone la actividad interpretativa de jueces, juristas, abogados y funcionarios en el centro de la experiencia jurídica; ni, en fin, en el nivel de la concepción del papel de la razón en las cuestiones prácticas.

- (5) El constructivismo se destaca del no-cognoscitivismo analítico (“escepticismo”) por tomar posición sobre el valor último que debería inspirar toda actividad interpretativa y argumentativa: el valor de la igual dignidad de cada persona. Así haciendo, sin embargo, se vuelve en una postura mixta, que combina ingredientes genuinamente teóricos con ingredientes ético-normativos.

Podemos compartir la toma de posición moral del constructivismo. Pero hace falta resaltar dos cosas. Nada previene a un no-cognoscitivista analítico (“escéptico”) de adoptar una postura ético normativa parecida, a la hora de desempeñar el rol, no ya del *expositor*, sino del *ensor*. La combinación, bajo un mismo rótulo, de elementos descriptivos y elementos normativos tiene el riesgo de socavar una distinción –la entre teoría e ideología– que representa un pilar de todo enfoque racional al conocimiento y a la valoración práctica del derecho. Es algo, en suma, que huele de irracionalismo.

7. No-cognoscitivismo analítico *v.* convencionalismo lingüístico

En sus comentarios, Vitoria Iturralde hace apelo al «carácter convencional del lenguaje» en que son formuladas las disposiciones, con el fin de sostener: (1) que el

¹⁶ Lifante-Vidal 2023: § 3.

no-cognoscitivismo analítico no lo tiene (suficientemente) en cuenta¹⁷; (2) que, al no tenerlo en cuenta, afirma, de una manera desacertada, que los enunciados interpretativos nunca son aptos para la verdad empírica¹⁸.

7.1. ¿Realmente el no cognoscitivismo analítico descuida el carácter convencional del lenguaje?

Merece la pena reportar, por lo menos en parte, el argumento de Vitoria:

Mi discrepancia fundamental con Chiassoni radica en que no tiene en cuenta (o no lo suficiente) el carácter convencional del lenguaje y la distinción entre diferentes tipos de términos a efectos de establecer si admiten o no diferentes interpretaciones.

No voy a incidir en los términos que tienen una pluralidad de significados (puesto que ahí no radica la discrepancia), sino en los que tienen un único significado, a través de los siguientes ejemplos.

Ejemplo 1. El artículo 819 del Código Civil español dice:

D: “Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán en su legítima”.

Según la doctrina y la jurisprudencia [...], este artículo puede expresar dos normas, N1 y N2:

N1: “Las donaciones hechas a los hijos e hijas que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima”.

N2: “Las donaciones hechas a todos los legitimarios que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima”.

Pues bien, mientras N1 *es correcta* (pues en castellano el masculino incluye al femenino), *no ocurre lo mismo con N2 puesto que “hijos” no significa “legitimarios”*.

*Cuestión distinta es que N2 sea la más coherente con el sistema hereditario del Código civil, o que sea incompatible con otra disposición, etc. Será labor del legislador modificar la ley o, en su caso, de los tribunales declarar el artículo inválido*¹⁹.

Al resaltar el carácter decisonal de *toda* operación de interpretación judicial, oponiéndolo a los cognoscitivismos moderados, el no-cognoscitivismo se propone (también) un objetivo terapéutico.

El convencionalismo lingüístico, en tanto que forma de cognoscitivismo moderado, es una concepción de la interpretación jurídica ideológicamente comprometida, aunque sus partidarios, desde Hart en adelante, parezcan no darse cuenta. Ellos no se limitan, pues, a resaltar el hecho –incontrovertible– de que las disposiciones son habitualmente formuladas en un lenguaje natural; de que los legisladores se sirven solitamente de un medio comunicativo convencional. Ni se limitan a describir que,

¹⁷ Iturralde 2023: § 3.

¹⁸ Iturralde 2020: §§ 14-15.

¹⁹ Iturralde 2023: § 3, cursivas mías.

dentro de nuestras culturas jurídicas, se suele pensar que “los legisladores” (“las leyes”, “el derecho”) exigen que las disposiciones sean interpretadas (por lo menos *prima facie*) conforme a su significado lingüístico convencional. Yendo más allá del marco de las descripciones, los convencionalistas lingüísticos suelen derivar, tacita o expresamente, consecuencias valorativas y normativas del hecho de la convencionalidad del lenguaje legislativo, violando la ley de Hume. Suelen derivar, en particular, la consecuencia según la cual las interpretaciones conformes a las convenciones lingüísticas *son* interpretaciones jurídicamente correctas (por lo menos *prima facie*); de forma que los intérpretes *deberían* interpretar las disposiciones (por lo menos *prima facie*) según su significado convencional. Esta manera de pensar se pone manifiesta de una manera cristalina en las palabras de Iturralde²⁰.

No hay –cabe advertir– nada malo en tomar posiciones prácticas (valorativas y normativas) acerca de la manera correcta de interpretar. Además, la posición de favor para la interpretación lingüística convencional de las disposiciones encuentra su justificación en las ideas iluministas de separación de poderes y respeto para la dignidad de todo ser humano, en tanto que agente autónomo. Sin embargo, no puede aceptarse que tales tomas de posición se presenten disfrazadas de posiciones teóricas.

En suma: el no-cognoscitivismos analítico no descuida la convencionalidad del lenguaje legislativo.

Intenta, más bien, arrojar luz sobre el hecho de que una tal propiedad no despliega sus efectos de una forma automática, “por sí misma”, sino a través de la intermediación necesaria de factores ideales, de tomas de posición ideológicas.

7.2. ¿Realmente el no cognoscitivismos analítico se equivoca en negar que los enunciados interpretativos sean aptos para la verdad empírica?

Sobre la base de la convencionalidad del lenguaje legislativo, Iturralde contesta una de las tesis centrales del no-cognoscitivismos analítico: la tesis de que los enunciados interpretativos (los que resultan de operaciones de interpretación textual) *no son aptos* para la verdad empírica. Su contestación atañe a una cuestión crucial para la teoría de la interpretación jurídica. Es menester escuchar sus palabras:

Refiriéndote a la verdad empírica, dices que el ámbito de la interpretación en sentido propio es un ámbito sin verdad [...]

Pues bien, creo que sí se puede hablar de verdad empírica si tenemos en cuenta una de las características del lenguaje (común y jurídico) como la convencionalidad; esto es que las palabras (o los enunciados como unidad mínima de significado) tienen el significado (o los significados) que tienen en virtud de que, en una determinada comunidad, hay reglas vigentes que gobiernan su uso.

²⁰ Iturralde 2023: § 4.2.

Es la existencia de estas reglas lo que sustenta que los términos se usen de una cierta manera y no de otra, y lo que determinarán qué cuenta como uso correcto e incorrecto de los términos. En este sentido, hay que recordar que “hablar sobre el significado de una oración no es hablar sobre su uso en una ocasión particular, sino sobre las reglas, hábitos y convenciones que gobiernan su uso correcto en todas las ocasiones” [...]

Por tanto, una interpretación es verdadera si coincide con esos usos compartidos, y no lo es cuando esto no ocurre. Si un juez decide dar a las disposiciones un significado que no está de acuerdo con esas reglas que gobiernan el uso de las palabras, no está interpretando sino inventando un significado (a lo Humpty Dumpty en *Alicia en el País de las Maravillas*). Así, (aunque lo digan los tribunales españoles) “consentimiento unánime de los propietarios” no significa “mayoría de los presentes”; ni “viudas” significa “viudos y viudas”, por ejemplo. Esto no es incompatible con que las disposiciones sean indeterminadas [...], ni con que muchas de las interpretaciones estén ideológicamente comprometidas, o que “la interpretación textual sea una actividad “guiada por valores éticos e ideológicamente comprometida”²¹.

No es fácil replicar de una manera que no repita simplemente la precedente (*supra* § 7.1). Quizás, una vía puede encontrarse reflexionando sobre la estructura lógica mínima de un razonamiento interpretativo judicial.

Desde el punto de vista del no-cognoscitivismo analítico, tal estructura consiste en un *modus ponens* del siguiente tenor:

1. Si un significado S es el significado convencional de una disposición D , entonces S es (cuenta como, tiene valor de) el significado jurídicamente correcto de D .
2. El significado S_j es el significado convencional de la disposición D_j .
3. Por lo tanto, el significado S_j es (cuenta como, vale de) el significado jurídicamente correcto de la disposición D_j .

La estructura es, según creo, muy sugerente.

La premisa 1. es una premisa general constitutiva, que reflexiona la adopción por parte del juez de una ideología convencionalista de la interpretación, la cual sostiene que el significado jurídico correcto de las disposiciones coincide con su significado convencional (dejando de lado los casos en que tal significado se revele indeterminado). Esta premisa reflexiona además la ideología interpretativa que Victoria defiende en el paso citado. Reflexiona, en particular, la idea de que las reglas de interpretación lingüísticas sean, como ella dice, “vigentes”.

La premisa 2. es una premisa apta para la verdad empírica. Es empíricamente verdadera, sí, y sólo sí, S_j es en efecto el significado convencional de D_j (sí, y sólo sí, D_j significa convencionalmente S_j). Sin embargo, esta premisa descriptiva, por sí sola, no puede jugar algún papel en la justificación de la interpretación judicial de D_j .

²¹ Iturralde 2020: 14-15; véase también Iturralde 2023: § 4.6.

La conclusión 3. sigue de la combinación de la premisa general constitutiva (1.) con la premisa individual descriptiva (empírica) (2.). La conclusión 3., y no simplemente 2., justifica que el juez aplique la norma S_j en la decisión de un cierto caso individual.

En suma: el convencionalismo lingüístico confunde convencionalidad y corrección. Se trata, sin embargo, de dos propiedades distintas y conceptualmente independientes: la una es empírica, la otra es, en cambio, valorativa (y normativa).

8. El no-cognoscitismo analítico entre escepticismo radical y cognoscitismo moderado

En su núcleo, el comentario de Jorge Rodríguez aboga por las tesis siguientes.

(1) Cabe destacar cuatro concepciones de la interpretación jurídica: el «cognoscitismo integral»; el «cognoscitismo moderado»; el «escepticismo radical»; y el «escepticismo moderado».

El *cognoscitismo integral* mantiene que la interpretación siempre es una operación de conocimiento, consistente en aferrar el verdadero significado —el significado objetivo— de las formulaciones normativas (disposiciones).

El *cognoscitismo moderado* mantiene que la interpretación es operación de conocimiento, allí donde las formulaciones normativas tienen un significado «objetivo» que les es proporcionado, bien por las convenciones lingüísticas (según la variante originalmente adoptada por Hart), bien por las «convenciones interpretativas vigentes dentro de la comunidad jurídica» (según la variante adoptada por el mismo Rodríguez), siendo en cambio operación de carácter decisorio y creativo, allí donde las convenciones sean ausentes o indeterminadas.

El *escepticismo radical* mantiene que los legisladores producen formulaciones normativas, y que las formulaciones normativas, siendo entidades «puramente sintácticas», no poseen ningún significado antes de la interpretación («no existe ningún significado antes de la interpretación»).

El *escepticismo moderado* mantiene, en fin, que los legisladores producen formulaciones normativas («textos»), que a toda formulación normativa se corresponde un marco de significados admisibles, y que la interpretación judicial o doctrinal consiste en elegir uno de tales significados, rechazando los demás, siendo por lo tanto una operación siempre de carácter decisorio y no cognoscitivo.

(2) El escepticismo radical es una concepción insostenible. Lleva a «consecuencias inaceptables» («la inexistencia de reglas o convenciones lingüísticas, la imposibilidad de distinguir entre la comprensión y el malentendido, entre definiciones de diccionario y estipulaciones [...]») y hace «imposible distinguir», en el marco de la práctica jurídica, «entre una decisión “genuinamente interpretativa”, esto es, la elección de uno de los significados disponibles dentro de un marco de

significados determinados mediante interpretación cognitiva, y la creación por parte de los intérpretes de nuevos significados y, por ende, de nuevas normas jurídicas».

- (3) Aunque no sea del todo claro cuál concepción, entre las escépticas, yo adopte en *El problema del significado jurídico*, es «razonable» ubicarla «dentro de la versión escéptica moderada».
- (4) La versión escéptica moderada (que yo también adoptaría) es, desafortunadamente, una postura equivocada, «inestable», condenada a colapsar, o bien en el escepticismo radical, o bien en el cognoscitivismo moderado²².

En apoyo de esta conclusión crítica, Jorge aduce tres argumentos: «uno vinculado con la distinción entre normas y disposiciones, otro centrado en la tesis de la ambigüedad metodológica universal y otro relativo al marco de significados jurídicamente admisibles»²³.

Como intentaré mostrar a continuación, ninguno de los tres argumentos resulta exitoso.

8.1. Los legisladores producen textos (que los intérpretes consideran) aptos para expresar normas jurídicas

El primer argumento —«vinculado con la distinción entre normas y disposiciones»— consiste en sostener que no es posible abogar por la tesis de que los legisladores producen textos (esto es, «entidades puramente sintácticas») y no ya normas (entidades sintácticas-semánticas) y abogar también, *al mismo tiempo*, por la tesis de que a cada disposición se corresponde una norma-marco, sin caer en la contradicción de sostener que las disposiciones no tienen y tienen significado antes de la interpretación. En las palabras de Rodríguez:

En síntesis, si las disposiciones son enunciados expresados por las autoridades, o bien ellos no tienen ningún significado pues se los concibe como entidades puramente sintácticas, o bien tienen ya algún significado, más allá de que el intérprete pueda precisarlo, ampliarlo o restringirlo por vía de interpretación. En el primer caso, es decir, si las disposiciones carecen de significado antes de la actividad del intérprete, ello implicaría abandonar el escepticismo moderado para abrazar el radical. En el segundo caso, si es que las disposiciones poseen ya algún significado antes de la actividad interpretativa, este sería susceptible de ser conocido, al menos a través de lo que Chiassoni califica como *enunciados interpretativos de conjetura metodológica*, que tendrían

²² Rodríguez 2023: §§ I. y II.

²³ Una cuarta línea de ataque consiste en sostener que la noción de interpretación textual que propongo, al concebir la interpretación como una operación de traducción intra-lingüística, abre la puerta al regreso interpretativo *ad infinitum*, de forma que la propia existencia de normas («obtener normas») se volvería imposible. De esta crítica, formulada también por Alonso y Scataglini (Alonso, Scataglini 2023) me ocuparé en el apartado siguiente (*infra*: § 9).

carácter cognoscitivo e identificarían el conjunto de significados alternativos en los que una misma disposición normativa podría ser traducida [...]. Pero de ser esto así, no se advierte cómo se distinguiría la postura del escepticismo moderado respecto de una forma al menos moderada de cognoscitivismo²⁴.

El primer argumento de Jorge se funda sobre tres premisas equivocadas.

(1) El escepticismo radical, así como caracterizado por Jorge (siguiendo a una autorizada reconstrucción²⁵), es un espantapájaros. Algo que ningún filósofo de la interpretación jurídica ha mantenido en aquellos términos tan extremos que lo identificarían. A una reconstrucción caritativa, el llamado escepticismo radical sostiene, más bien, estas tres tesis:

(a) las formulaciones normativas, en relación con todo proceso judicial en el cual cabe aplicarlas, no tienen ningún significado *jurídico vinculante para las partes* antes de la interpretación adoptada por el juez al dictar su sentencia; lo que *no* implica que ellas no tengan ningún significado *en absoluto* antes de la interpretación; que sean, en las palabras de Jorge, entidades «puramente sintácticas»²⁶;

(b) la interpretación judicial –la determinación del significado jurídico vinculante de una disposición– es actividad no ya cognoscitiva, sino volitiva («una función de la voluntad»), caracterizada por cierto margen de «libertad» o «discreción»²⁷;

(c) la libertad interpretativa de los jueces está lejos de ser absoluta, encontrando límites, representados por factores psicológicos, sociológicos, políticos y también jurídicos (como, por ejemplo, la presencia de precedentes y de un aparato de conceptos y métodos de razonamiento compartidos al interior de la cultura jurídica)²⁸.

Admitiendo que las formulaciones normativas “tengan” significados antes de la interpretación (“auténtica”) judicial, y sosteniendo además que tales significados forman un marco de interpretaciones posibles, el escepticismo radical se diferencia del escepticismo moderado, mirándolo bien, sólo por adoptar un concepto diferente, y más amplio, de “interpretación”: por mantener que hay “interpretación”, no solamente allí donde la jueza decida por un significado dentro del marco, sino también allí donde el significado atribuido se encuentre afuera del marco²⁹.

²⁴ Rodríguez 2023: § II, en fin.

²⁵ Guastini 2011: 150, 152, 156-159.

²⁶ Merece la pena citar algunas palabras de John Chipman Gray, uno de los autores que, junto con Hans Kelsen y Michel Troper, son considerados adoptar posturas de escepticismo radical: «It may be urged that [...] statutes [...] are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded merely as fountains from which the courts derive their own rules. Such a view is very common in the books. And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law*» (Gray 1909: 170, cursiva en lo original). Véase también Kelsen 1960: §§ 47-46; Troper 2001: 74.

²⁷ Gray 1909: 170-171; Kelsen 1960: § 45, *d* - *e*; §§ 46-47; Troper 2001: 79-84.

²⁸ Troper 2001: 83-84.

²⁹ Kelsen 1960: § 46.

- (2) El no-cognitivismo analítico –la variante de escepticismo que yo defiendo– no sostiene que las disposiciones son entidades «puramente sintácticas» en la manera que se atribuye equivocadamente al escepticismo radical (*supra* (1)). Sostiene, más bien, que ellas son enunciados que los intérpretes reputan *aptos para expresar normas jurídicas*: entidades lingüísticas aptas para expresar significados de un cierto tipo. Sostiene, además, que esta *aptitud semántica* se realiza a través de las diferentes reglas de traducción que, en un cierto tiempo, los intérpretes consideran parte del equipaje metodológico que cualquier operador jurídico puede utilizar. Las reglas de traducción, en particular, indican los recursos interpretativos a la luz de los cuales las disposiciones son traducibles en normas: los usos lingüísticos comunes o especiales de las palabras que las componen, la “intención del legislador”, la manera en que ellas ya fueron traducidas por jueces o juristas autorizados, las sugerencias suministradas por algún principio jurídico, la sugerencias suministradas por la moral social, la moral crítica, el derecho natural, la naturaleza de las cosas, etc.
- (3) El no-cognitivismo analítico, al reconocer que hay un espacio para el conocimiento en relación con la interpretación textual, no colapsa en alguna forma de cognoscitivismo moderado. Hay pues una diferencia tajante entre las dos posiciones, que es menester resaltar. Para el (toda variante de) cognoscitivismo moderado, si una disposición tiene un significado convencional determinado y adecuado para la decisión de una controversia estamos frente a un caso fácil donde la interpretación se resuelve en una operación de conocimiento. Para el no-cognitivismo analítico, en cambio, también en una situación parecida la interpretación mantiene su carácter de actividad decisoria; pues, mirándolo bien, depende en aquellos casos también de la adopción, por parte del intérprete, de un código interpretativo y de recursos interpretativos que el intérprete mismo presenta y defiende como jurídicamente correctos, sea por razones ideológicas, sea por motivos prudenciales³⁰.

8.2. Breve peroración de la tesis de la ambigüedad metodológica universal y del carácter decisional de las interpretaciones conformistas

El segundo artilugio argumentativo que Jorge pone en marcha en contra del no-cognoscitivismo analítico (que él entiende como forma de escepticismo moderado) es «centrado en la tesis de la ambigüedad metodológica universal»³¹.

³⁰ Jorge estima empero que, si hay un significado objetivo convencional, la presencia de la decisión de adoptarlo se vuelve irrelevante en aras de sostener una postura escéptica, de forma que sería menester para el escéptico aceptar que, en los casos claros o fáciles, el cognoscitivismo moderado tiene la razón. Sobre este punto volveré tratando del segundo argumento desplegado por Jorge.

³¹ Rodríguez 2023: § I.

La tesis de la ambigüedad metodológica universal sostiene que, si miramos a las formulaciones normativas en nuestras organizaciones jurídicas desde el punto de vista del conjunto de los métodos interpretativos que forman parte de la caja de herramientas utilizables por los intérpretes, cada formulación normativa resulta *metodológicamente apta* para expresar una pluralidad de normas diferentes y alternativas.

La ambigüedad *metodológica universal*, sin embargo, no conlleva, ni la ambigüedad *ideológica universal*, ni la ambigüedad *cultural universal* de las formulaciones normativas. Puede en efecto ocurrir, y a menudo ocurre, que, desde el punto de vista de las ideologías, creencias, maneras de pensar presentes en una cultura jurídica, muchas disposiciones sean consideradas unívocas: sean interpretadas, durante cierto tiempo, por la (gran) mayoría de jueces, juristas y abogados, a expresar una, y una sola, norma jurídica³².

Con estas precisiones, merece la pena reportar el núcleo de la crítica de Rodríguez:

La tesis de la ambigüedad como propiedad universal de las disposiciones jurídicas es muy fuerte, puesto que significa que respecto de todo sistema jurídico pasado, todo sistema jurídico presente, y todo sistema jurídico futuro, cada una de sus disposiciones admite más de un significado. No sé cómo podría probarse esto en toda su extensión, ni tampoco si se asume que su verdad es empírica o analítica. En realidad, esta tesis parece más bien el resultado de una falacia de generalización inadecuada: en muchos casos las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no necesariamente vale en forma irrestricta para cualquier formulación normativa. La existencia de diferentes criterios o métodos de interpretación en el derecho hace que muchas veces una misma formulación normativa pueda recibir más de una alternativa de interpretación, pero no encuentro ningún argumento conceptual que permita excluir la posibilidad de que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos puedan confluír en una sola³³.

La crítica sugiere una doble réplica.

(1) Al sostener que la tesis de la ambigüedad metodológica universal sería el resultado de una falacia de generalización inadecuada, Jorge incurre aparentemente en una confusión entre diferentes significados de la expresión “significados admisibles”. Confunde, en particular, entre significados *metodológicamente* admisibles y significados *ideológica* y *culturalmente* admisibles. La distinción es importante porque hace posible resaltar que no todos los significados metodológicamente admisibles son, al mismo tiempo, admisibles y admitidos desde el punto de vista de las ideologías, creencias, maneras de pensar presentes en una cultura jurídica. La tesis de la ambigüedad metodológica universal concierne estrictamente a la ambigüedad *metodológica*, desde los métodos utilizables, y no también a la ambigüedad ideológica o cultural. El hecho de que, para una cierta disposición, una cultura jurídica,

³² Chiassoni 2019: 170-173.

³³ Rodríguez 2023: § III.

en un cierto tiempo, no admita sino un cierto significado, no falsifica la tesis por la cual, desde un punto de vista metodológico, aquella disposición bien podría ser entendida de dos o más maneras diferentes y alternativas.

(2) Contrariamente a lo que Jorge asume, *es posible* ofrecer un argumento “conceptual” a favor de la tesis de la ambigüedad metodológica universal.

La caja de las herramientas interpretativas utilizables por los operadores en nuestras culturas jurídicas contiene parejas de reglas interpretativas que, debido a su contenido de significado, son aptas para llevar a resultados que *no pueden* coincidir y, en algunos casos, son incluso opuestos. De forma que, por razones conceptuales, *nunca* puede darse una situación en que «frente a cierto texto *todos esos diferentes criterios* interpretativos» convergen en apoyar *una, una sola, y la misma*, interpretación producto.

Se considere, por ejemplo, la disposición D, devenida familiar gracias a Fred Schauer:

D: “Los perros no pueden entrar en los restaurantes”.

Se consideren ahora estas dos parejas de reglas interpretativas, que representan otros tantos pilares de nuestra tradición metodológica:

(A) R1: “*Lex magis dixit quam voluit*” / R2: “*Lex minus dixit quam voluit*”;

(B) R3: “Las disposiciones deben interpretarse según analogía” / R4: “Las disposiciones deben interpretarse *a contrario* (en la variante interpretativa-productiva)”.

Si interpretamos la disposición D a luz, bien de la primera pareja (R1, R2), bien de la segunda pareja (R3, R4), los resultados serán *necesariamente* no coincidentes y, en el segundo caso, incluso opuestos:

(A) “Los *perros molestos* no pueden entrar en los restaurantes” (interpretación-producto *ex* R1) / “Los *animales domésticos* no pueden entrar en los restaurantes” (interpretación-producto *ex* R2);

(B) “*Perros, gatos, canarios y otros animales similares* no pueden entrar en los restaurantes” (interpretación-producto *ex* R3) / “*Los perros, y solamente los perros*, no pueden entrar en los restaurantes” (*ex* R4) – que podemos entender como semánticamente equivalente la conjunción de dos normas: la norma “*Los perros no pueden* entrar en los restaurantes” y la norma “*Los animales que no son perros* (gatos, canarios, cobras, monos, cocodrilos, etc.) *pueden* entrar en los restaurantes”.

Cabe notar, sin embargo, que el argumento de Jorge «centrado en la tesis de la ambigüedad metodológica universal» no se agota en la crítica considerada hasta aquí. Tiene una cola, venenosa *comme il faut*.

Al defender la tesis de la ambigüedad metodológica universal, el no-cognoscitismo analítico admite la presencia de convergencias interpretativas. Admite que, al interior de una cultura jurídica, haya disposiciones que son generalmente entendidas de una manera unívoca (como siendo aptas para expresar una, y una sola, norma

“clara”), y explica tales convergencias como el efecto de convergencias contingentes entre las ideologías, creencias, maneras de pensar de los operadores jurídicos.

Debido a esa explicación, el no-cognoscitivismo analítico sostiene que la interpretación judicial es una operación de carácter decisonal incluso frente a las convergencias interpretativas y a las normas “claras”. Y esto porque el conformismo interpretativo –la adhesión por un juez a un significado “claro” considerado correcto por la (gran) mayoría de jueces, juristas y abogados– es una postura *práctica*, de toma de posición, no concebible como mero acto de conocimiento.

Ahora bien: Jorge duda de que mantener el carácter decisonal de la interpretación judicial en los casos “claros” sea suficiente para prevenir el colapso del no-cognoscitivismo analítico, bien en el cognoscitivismo moderado, o bien en el escepticismo radical:

La pregunta relevante no es si *decidir* de acuerdo con el significado claro es un acto de conocimiento o de decisión, pues por definición se trata de una decisión: lo relevante es si las normas jurídicas brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Si la respuesta a esa pregunta es que no hay ninguna pauta de corrección semejante, lo cual equivaldría a sostener que no existen normas antes de las decisiones de los intérpretes, el escepticismo radical tendría razón y el grueso de nuestras prácticas jurídicas sería una mera ficción³⁴.

El argumento de Jorge consiste, si no me equivoco, en el intento de clavar al no-cognoscitivismo analítico en los cuernos de un dilema: o bien el no-cognoscitivista analítico acepta que hay normas “claras” antes de las decisiones judiciales, las cuales brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones mismas, pero en tal caso su postura colapsa en el cognoscitivismo moderado; o bien el no-cognoscitivista analítico rechaza que haya normas “claras”-pautas de corrección semejantes, pero en tal caso su postura colapsa en el escepticismo radical.

Ya hemos visto que el llamado escepticismo radical no sostiene las tesis absurdas, manifiestamente falsas, que se les suele atribuir (*supra* § 8.1). Por lo tanto, el colapsar en el escepticismo radical no implicaría lanzarse al abismo sin redención del error.

Con esto, cabe notar que el dilema de Jorge incurre en una infracción de la ley de Hume. Jorge presenta las normas “claras” preexistentes a las decisiones judiciales no ya simplemente como normas que la (gran) mayoría de los operadores en una cultura jurídica *reputa ser* jurídicamente correctas, y que funcionan, por ende, y en tal sentido, de pautas de corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Jorge sugiere, más bien, que las normas “claras” preexistentes a las decisiones judiciales, *siendo reputadas* jurídicamente *correctas* por la (gran) mayoría de los operadores en la cultura jurídica, *son* jurídicamente correctas: representan *criterios objetivos de corrección jurídica* de las decisiones judiciales. De esta forma, sin embargo, Jorge

³⁴ Rodríguez 2023: § III, en fin.

deriva una conclusión valorativa de una premisa descriptiva. Su dilema resulta, en suma, comprometido con una concepción valorativa, con una ideología, de la corrección de las normas jurídicas y de las pautas de corrección o incorrección de las decisiones judiciales.

Este compromiso ideológico oculto se vuelve relevante para formular algunas consideraciones que van en contra del pretendido fatal colapso del no-cognoscitismo analítico (en tanto que supuesta variante del escepticismo moderado), bien en el cognoscitismo moderado, o bien en el escepticismo radical.

- (1) Frente a toda norma “clara”, una jueza que se ponga desde el no-cognoscitismo analítico asumirá una postura compleja. Asumiendo al respecto, sea un punto de vista externo (de observador), sea un punto de vista interno (de participante).
- (2) Desde un punto de vista externo, actuando de socióloga del derecho, la jueza llegará a reconocer la existencia de una norma “clara” que la (gran) mayoría de los operadores del derecho: (a) reputa coincidir con el significado jurídicamente correcto de cierta disposición, y (b) trata de norma preexistente a las decisiones judiciales, la cual «brinda una pauta» para evaluar la corrección o incorrección de estas.
- (3) Desde un punto de vista interno, actuando de jueza competente para resolver una cierta controversia, la jueza abordará por lo menos tres problemas:
 - (a) si la norma “clara”, que en general se reputa como jurídicamente correcta, es *en efecto* jurídicamente correcta: es decir, si es jurídicamente correcta desde el conjunto de principios y valores fundamentales del orden jurídico (así como la jueza reputa correcto entenderlos);
 - (b) en caso de respuesta negativa, si una revisión de la norma “clara”, consistente en sustituirla por otra norma re-interpretando la disposición de una manera jurídicamente correcta, sería aceptada o bien rechazada por los demás operadores jurídicos;
 - (c) en el caso de un probable rechazo, si merece en todo caso la pena proponer la interpretación correcta, en aras de allanar el camino para un cambio jurisprudencial y cultural, o sea por el contrario preferible, por razones prudenciales, acatar con la norma “clara” que ya está, esperando otra ocasión más propicia para ponerla en tela de juicio.
- (4) A la luz de los problemas que surgen típicamente para una jueza desde el punto de vista interno, su conformismo interpretativo se puede explicar, según los casos, de dos maneras diferentes.

Primero, la jueza considera la norma “clara” *jurídicamente correcta*. Su decisión de acatar con la norma depende, por lo tanto, no ya simplemente del hecho de que “todos” acatan, sino de un *control de corrección*, con resultado positivo, llevado a cabo por la jueza. Depende, en suma, de que la norma “clara” satisface los criterios de corrección jurídica que la jueza ha decidido adoptar, considerándolos correctos

(apropiados) en relación con el orden jurídico³⁵.

Segundo, la jueza considera la norma “clara” *jurídicamente incorrecta*. Sin embargo, reputa que los tiempos no sean todavía maduros para proponer una interpretación diferente y quiere evitar, prudencialmente, lo que sería un suicidio profesional. Su decisión de acatar con la norma depende, por lo tanto, no ya simplemente del hecho de que “todos” acatan, sino de un *juicio prudencial* que sigue a un *control de corrección* con resultado negativo.

En suma: de ninguna manera el conformismo interpretativo depende del simple hecho de que hay, allí afuera, una norma (que la (gran) mayoría de los operadores jurídicos considera) “clara”. Esto sugiere que la *decisión conformista* de un juez intérprete es algo más que una decisión en sentido débil: algo más que la decisión de acatar con un hecho infranqueable, frente al cual no se puede sino “decidir de aceptarlo” (*coactus tam voluit*). Que se trata, más bien, de una decisión en un sentido (más) fuerte: que presupone la consideración de vías alternativas, la formulación de juicios prácticos, y tomas de posición ponderadas.

(5) ¿Cómo encajan estas consideraciones con el dilema de Jorge? Ellas sugieren, aparentemente, la siguiente réplica. Si queremos entender el fenómeno interpretativo sin prejuicios dependientes de preocupaciones ideológicas (aunque sea la noble preocupación por “obtener normas”), lo relevante *no* es –como sugieren Jorge y los cognoscitivistas moderados– simplemente resaltar que *hay* normas jurídicas “claras” las cuales, al interior de una cultura jurídica, son generalmente reputadas *existentes antes* de las decisiones de los intérpretes y *brindan pautas* para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Lo relevante es también, y aún más, preguntarse –como hace el no-cognoscitismo analítico– por los *factores* de los que depende la existencia de normas “claras” y su valor jurídico, a fin de ser capaces de explicar su persistencia, así como sus cambios, de una manera empíricamente acertada³⁶.

8.3. *Ignoratio elenchi*, o la inestabilidad imaginaria del no-cognoscitismo analítico

El tercer y último argumento que Jorge proporciona, en aras de poner el no-cognoscitismo analítico (*sub specie* de escepticismo moderado) en tela de

³⁵ Por supuesto, los criterios podrían incluir un principio o criterio conformista, según el cual, para todo juez, es jurídicamente correcta toda interpretación que, en el tiempo de que se trata, sea reputada tal, bien por los jueces superiores, o bien por la (gran) mayoría de los jueces, o bien la (gran) mayoría de los jueces y juristas, etc.

³⁶ Véase por ejemplo Troper 2001: 83-84. El problema de explicar el hecho de las convergencias interpretativas fue también abordado por los realistas americanos. Sobre este punto, véase por último Malagoli 2024.

juicio, concierne a la idea de «marco de significados jurídicamente admisibles»³⁷. Consideramos la manera en que Jorge lo formula:

De todos modos, incluso aceptando en toda su extensión la tesis de la ambigüedad metodológica universal, subsiste una dificultad para el escepticismo moderado. Como se indicó, para esta posición interpretar no consistiría en atribuir cualquier significado a un texto sino uno de aquellos comprendidos dentro del marco de significados *jurídicamente admisibles*. Pero al sostener esto se estaría admitiendo que existe un conjunto de interpretaciones validadas por la comunidad jurídica y otras descalificadas por ella, lo cual equivale a aceptar la existencia de criterios para delimitar unas de otras. Así, si una norma determina un marco de decisiones jurídicamente admisibles, si bien podría seguir sosteniéndose que la selección de una de las alternativas entre las admisibles es una decisión que no puede calificarse como correcta o incorrecta, aquellas decisiones que excedan el marco de las interpretaciones admisibles serán inquestionablemente incorrectas, y así se dispondría al menos en ciertos casos de pautas de evaluación sobre la corrección o incorrección de las decisiones judiciales a partir de las normas jurídicas. Claro que, en ese caso la postura del escepticismo moderado colapsaría nuevamente con la del cognoscitivismo en su versión moderada. [...]

El escepticismo moderado parece en realidad rechazar la existencia de pautas de corrección en materia de interpretación, al insistir en la idea de que cada formulación normativa no expresa una única norma sino una multiplicidad de ellas y que es el intérprete el que opta por una y, al hacerlo, le adscribe un significado, debido a lo cual los enunciados interpretativos, al menos en función práctica, carecerían de valor de verdad.

Pero entonces, el escepticismo moderado se vuelve una postura inestable y sujeta al siguiente dilema: o bien mantiene a ultranza la tesis de que la interpretación en función práctica es una operación siempre adscriptiva y que nunca disponemos de pautas objetivas para evaluar su corrección o incorrección, en cuyo caso tendría igualmente que aceptar que las formulaciones normativas carecen de un significado determinado antes de la interpretación y su posición devendría indistinguible del escepticismo radical, o bien preserva la idea de que hay interpretaciones admisibles y otras que no lo son, lo cual dependerá de las pautas de corrección existentes en cada comunidad jurídica, con lo que al menos frente a ciertos casos tendríamos de pautas objetivas de evaluación de los resultados de la interpretación en función práctica como correctos o incorrectos, pero entonces el escepticismo moderado se tornaría indiscernible del cognoscitivismo moderado y su tesis de la indeterminación parcial del derecho.

La meticulosidad, riqueza y precisión con la que Chiassoni argumenta en todos sus trabajos demuestran que posee la maestría de un gran equilibrista. El punto aquí es si, en lo que concierne a las concepciones de la interpretación, existe algún espacio lógico para mantener el equilibrio entre el escepticismo radical y alguna forma moderada de cognoscitivismo³⁸.

³⁷ Rodríguez 2023: § IV.

³⁸ Rodríguez 2020: § IV.

El argumento incurre en una falacia de *ignoratio elenchi*. Se dirige a una postura —el escepticismo moderado— que empero no coincide con el no-cognoscitivismo analítico que yo defiendo en *El problema del significado jurídico*. De forma que sus conclusiones críticas resultan, considerándolo todo, irrelevantes.

En aras de argumentar esa conclusión, es menester reconstruir brevemente lo que el escepticismo moderado, así como Jorge lo presenta, y el no-cognoscitivismo analítico, respectivamente sostienen. La reconstrucción permitirá captar las diferencias que pasan entre el escepticismo moderado y el no-cognoscitivismo analítico, y entender así por qué el argumento de Jorge falla.

Según la presentación que Jorge nos ofrece:

- (1) el escepticismo moderado tiene —como el Doctor Jekyll— dos caras: una cara moderada y una cara radical;
- (2) en su cara moderada, el escepticismo moderado sostiene que interpretar es atribuir a una disposición un significado jurídicamente admisible, y esto lo compromete con aceptar la idea de que *existen* en el derecho vigente, *sea* interpretaciones objetivamente «correctas», «validadas por la comunidad jurídica» (las que están dentro del marco), *sea* interpretaciones objetivamente «incorrectas», «descalificadas» por la comunidad jurídica (las que están afuera del marco);
- (3) en su cara radical, el escepticismo moderado rechaza la existencia de normas que funcionen de pautas objetivas de corrección interpretativa antes de las decisiones judiciales, insiste en la ambigüedad de toda formulación normativa, resalta el carácter adscriptivo de todo acto de interpretación, sosteniendo, por ende, que los enunciados interpretativos (en sentido propio y en función práctica) no tienen valor de verdad;
- (4) las dos caras del escepticismo moderado son irreconciliables entre sí; de forma que, o bien prevalece la cara moderada, y en tal caso el escepticismo moderado termina colapsando en el cognoscitivismo moderado, o bien prevalece la cara radical, y en tal caso el escepticismo moderado termina colapsando en el escepticismo radical;
- (5) el escepticismo moderado, sin embargo, pretende mantener las dos caras a la vez, revelándose una concepción estructuralmente inestable, en perpetua oscilación entre las dos alternativas del cognoscitivismo moderado y del escepticismo radical. El no-cognoscitivismo analítico sostiene las tesis siguientes:
 - (1) interpretar una disposición es traducirla en una o más normas explícitas que el interprete presenta y defiende (o, por lo menos, está dispuesto a presentar y defender) como el significado jurídicamente correcto de la disposición, siendo el significado que se identifica utilizando el código interpretativo y el conjunto de recursos interpretativos que el mismo interprete considera jurídicamente correctos (los que *se deben* utilizar) considerándolo todo;
 - (2) la corrección interpretativa siempre es relativa a un código interpretativo cuya composición, selección y utilización por un intérprete depende en última instancia de la

- ideología del interprete, habida cuenta del contexto cultural (de las ideologías, creencias, maneras de pensar presentes en la cultura jurídica);
- (3) los enunciados interpretativos no son aptos para la verdad empírica (verdad como correspondencia a estados de cosas), pero son aptos para la verdad pragmática (utilidad en relación con un fin valioso) y para la verdad sistemática (coherencia con un sistema de valores y principios);
 - (4) cuando los cognoscitivistas pretenden que, en los casos claros, los enunciados interpretativos que encontramos formulados en las sentencias judiciales sean empíricamente verdaderos, se equivocan; un enunciado, empíricamente verdadero o falso, de la forma “La norma N corresponde al significado convencional de la disposición D” solo puede formar parte, en una sentencia judicial, de la *justificación* de un enunciado (propiamente) interpretativo (“La norma N es el significado jurídicamente correcto de la disposición D”, “La disposición D, entendida de una manera jurídicamente correcta, significa N”)³⁹;
 - (5) hace falta destacar por lo menos *tres marcos* diferentes de *significados admisibles*: los elementos del marco de los *significados metodológicamente admisibles* dependen de las reglas interpretativas (reglas de traducción) utilizables (*supra* § 8.2); los elementos del marco de los *significados ideológicamente admisibles* dependen de las diferentes ideologías del derecho presentes en la cultura jurídica – y puede pasar que un mismo significado sea admisible desde la ideología X y no admisible desde la ideología Y (*supra* § 8.2); el marco, en fin, de los *significados culturalmente admisibles* consiste en los significados reputados admisibles por la (gran) mayoría de los operadores jurídicos, habitualmente porque resultan admisibles desde sus ideologías del derecho;
 - (6) los tres marcos son destinados a cambiar, al cambiar sea del conjunto de las reglas interpretativas utilizables (por ejemplo, por efecto de la introducción en la cultura jurídica de una nueva regla de traducción), sea de las ideologías presentes en la cultura jurídica;
 - (7) hace falta no confundir entre *significados reputados correctos* por la (gran) mayoría de los operadores jurídicos y *significados correctos*, transitando de una noción descriptiva a una noción valorativa, lo que, aparentemente, los cognoscitivistas moderados suelen hacer (*supra* §§ 7.1 y 8.2);
 - (8) la presencia de situaciones de convergencia interpretativa (de significados *reputados correctos* por la (gran) mayoría de los operadores jurídicos) es un *hecho cultural* que no vuelve a la interpretación judicial conformista, ni en una operación de carácter cognoscitivo⁴⁰, ni en una operación decisional débil (*supra* § 8.2).
- Si comparamos, aunque de una manera superficial, el escepticismo moderado con el no-cognoscitivismo analítico, esto nos llevará a dos conclusiones.

³⁹ *Supra* § 7.2; Chiassoni 2019: cap. 1.

⁴⁰ Como sostienen, por ejemplo, Alonso, Scataglini 2023: § 2.

Primero, hay diferencias entre el escepticismo moderado, así como presentado por Jorge, por un lado, y el no-cognoscitivismo analítico, por el otro.

Segundo, las diferencias son tales que la crítica que Jorge dirige al escepticismo moderado, aunque fuera acertada, sería irrelevante para poner en tela de juicio al no-cognoscitivismo analítico. A diferencia del escepticismo moderado, el no-cognoscitivismo analítico posee una, y una sola, cara: la cara de hierro, sin fisuras, ni Jekyll ni Hyde, de una concepción empíricamente acertada.

9. Interpretación textual: ¿Un regreso interpretativo *ad infinitum*?

En sus comentarios, Juan Pablo Alonso, Gabriela Scataglini y Jorge Rodríguez sostienen que la noción de interpretación “textual” que propongo, definiéndola como una operación de traducción intralingüística, sería que rechazar, porque fracasaría en los escollos del regreso interpretativo *ad infinitum*⁴¹. Merece la pena citar las palabras de Alonso y Scataglini:

Chiassoni sostiene explícitamente que la interpretación (atribución de significado) es la *traducción intralingüística* de las disposiciones:

“Por interpretación entiendo la actividad, llevada a cabo por un juez en vistas a decidir un pleito, consistente en traducir una disposición en una o más normas explícitas (es decir, reemplazar el enunciado-disposición con uno o más enunciados-normas presentados como comunicativamente equivalentes del primero)”.

Para Chiassoni el significado de una disposición es siempre otro enunciado que traduce qué significa la primera. Esta concepción incurre precisamente en el error que el argumento del regreso pone en evidencia, a saber, el del concebir al significado de una regla como una nueva regla⁴².

Tratase de una crítica que, si fuera acertada, sería abrumadora. Sin embargo, la crítica –en lo que concierne en particular a la interpretación judicial (y consideraciones análogas valen para la interpretación doctrinal, oficial y forense)– no está en lo cierto. Por las razones siguientes.

⁴¹ Alonso, Scataglini 2023: § 3.2; Rodríguez 2023: «los enunciados interpretativos equivaldrían a la traducción de una expresión lingüística en otra expresión lingüística que, aunque se considere más comprensible que la primera, *al igual que ella requeriría de interpretación*. Siendo ello así, o bien se acepta que la interpretación, si bien *puede* ponerse de manifiesto a través de enunciados interpretativos, no lo requiere, esto es, se admite que interpretar es una operación mental que no necesita expresarse en el lenguaje pues al menos en ciertos casos se podría simplemente *captar* o *comprender* el significado, o bien nunca sería posible obtener normas por medio de los enunciados interpretativos» (§ II): cursivos en el original). Una formulación menos recién de esta crítica se encuentra en Bulygin 2006: § 6.2; Bulygin (1999): § II. Una primera réplica en Chiassoni 2006: LXVII-LXXI.

⁴² Alonso, Scataglini (2023): § 3.2; la cita es tomada de Chiassoni 2019: 193.

- (1) Toda interpretación judicial, en los casos fáciles, así como en los difíciles, es una actividad reflexiva, que se manifiesta a través de la redacción de un discurso interpretativo, aunque mínimo, al interior de las sentencias.
 - (2) El discurso interpretativo contiene, como mínimo, la traducción de una disposición, en tanto que enunciado del discurso de un “legislador”, en otro enunciado, que es una norma general expresa y pertenece al discurso del juez.
 - (3) Al interior del discurso judicial, el enunciado norma general expresa funciona de premisa normativa de una inferencia, que se puede reconstruir en la forma de un *modus ponens*, cuya otra premisa es un enunciado clasificatorio individual (mediante el cual el juez “subsume” el caso individual en el antecedente de la norma general), y cuya conclusión es una norma individual.
 - (4) En lo que concierne a la relación entre una sentencia judicial y el caso individual al que se refiere, no cabe algún espacio para un regreso interpretativo *ad infinitum*. El juez *aplica contextualmente* el enunciado norma general expresa al caso individual, a través del enunciado clasificatorio individual, construyendo un *modus ponens*. Y, actuando así, cierra la puerta a todo regreso interpretativo.
 - (5) Puede ocurrir que otro juez, en otra sentencia posterior, utilice aquel enunciado norma general expresa en aras de decidir otro caso individual. Y puede ocurrir también que este juez *interprete* el enunciado norma general. Lo traduzca, pongamos, en una norma general dotada de un alcance conceptual diferente de él de la norma originaria. Sin embargo, tampoco aquí cabe algún regreso interpretativo *ad infinitum*. Pues, aquí también, el juez aplicará la diferente norma general expresa al caso individual en cuestión, mediante un *modus ponens*, así previniendo, nuevamente, cualquier regreso interpretativo *ad infinitum*.
 - (6) Los mismos cognoscitivistas tienen que aceptar esta forma de salir de la objeción del regreso interpretativo *ad infinitum*. Ellos admiten que, en los casos difíciles, los jueces no pueden simplemente comprender (“captar”) lo que una “regla” dispone, “reconociendo” su aplicabilidad al caso individual que se trate de decidir, sino que tienen que *interpretar* la “regla”⁴³. Pero “interpretar” una regla no es otra cosa sino «sustituir una expresión de la regla por otra»⁴⁴. De forma que podemos poner los cognoscitivistas frente al siguiente dilema: o bien aceptan la solución que propongo a la objeción del regreso interpretativo *ad infinitum*, pero en tal caso deben reconocer que su crítica a la noción de interpretación textual como traducción intralingüística es desacertada; o bien rechazan mi solución, pero en tal caso deben admitir que solo hay “reglas” en (y para) los casos fáciles, pues en los casos difíciles, donde la interpretación traducción se vuelve necesaria, es imposible «obtener reglas».
- En suma: la objeción del regreso interpretativo *ad infinitum*, si pensamos en la

⁴³ Alonso, Scataglini 2023: § 3.1.

⁴⁴ Alonso, Scataglini 2023: § 3.2.

interpretación judicial, resulta mal planteada e incluso contraproducente para los mismos cognoscitivistas que la proponen. Para los no-cognoscitivistas, es un fuego fatuo. Para los cognoscitivistas, un espíritu tramposo. En todo caso, es algo que sería menester exorcizar una vez para siempre.

10. No-cognoscitívismo pragmático *v.* cognoscitívismo pragmático

La mejor defensa está en el ataque. Conforme a esta máxima aurea, concluiré mis réplicas a las amigas y amigos que me han honrados con sus comentarios intentando poner en tela de juicio el cognoscitívismo pragmático.

Alonso y Scataglini proponen el cognoscitívismo pragmático como «una reformulación de las tesis del cognoscitívismo con la aspiración de superar el debate entre cognoscitivistas y escépticos respecto del significado de las normas jurídicas»⁴⁵.

Mirándolo bien, el cognoscitívismo pragmático es una teoría de los casos fáciles apoyada en una concepción convencionalista pragmática del significado de las “reglas” jurídicas. Su núcleo resulta compuesto, si no me equivoco, por las tesis siguientes.

- (1) En toda experiencia caracterizada por actividades de “interpretación” y/o “aplicación” de “reglas” jurídicas, hay un amplio espacio para el conocimiento y la objetividad.
- (2) Este amplio espacio coincide con el espacio de los casos fáciles.
- (3) En un caso fácil, su adjudicación conforme a la regla que lo disciplina no supone alguna operación interpretativa, en tanto que operación de carácter volitivo, sino que depende solamente de una operación de «reconocimiento», por parte del juez, de que el caso recae en el ámbito de aplicación conceptual de la regla.
- (4) La operación de reconocimiento es una operación de carácter cognoscitivo; no pertenece, sin embargo, a la esfera del conocimiento proposicional (a la esfera del *saber que*), sino a la esfera del conocimiento competencial (a la esfera del *saber* (cómo) *hacer*).
- (5) El juez que decide de un caso fácil reconociéndolo como tal en relación con una regla jurídica vigente pone en marcha una operación que es el fruto de un *entrenamiento*: su participación en la práctica de la adjudicación lo entrena a dominar el uso de los términos jurídicos y, de tal manera, a reconocer ciertos casos como casos fáciles.
- (6) Las decisiones en los casos fáciles son decisiones correctas a la luz de criterios de corrección compartidos y, por ende y en tal sentido, objetivos.
- (7) Estos criterios objetivos de corrección se corresponden a las convenciones in-

⁴⁵ Alonso, Scataglini 2023: § 2.

interpretativas profundas, que se sitúan en el trasfondo («quizás irreflexivo») de la práctica de la adjudicación:

Así, el dominio del uso de los términos en el contexto jurídico consiste en saber reconocer, de acuerdo a criterios de trasfondo compartidos y propios de *esa* práctica, si un caso individual constituye o no una instancia de la norma. Y si existe una práctica compartida, tales criterios – *aun opacos e inarticulados para los propios agentes que los ponen en uso* – determinan aplicaciones correctas e incorrectas, al menos en aquellos casos que consideramos paradigmáticos. Esto implica que lo que se capta o se comprende en los casos fáciles cuando se tiene el dominio de la técnica, es cómo debe aplicarse la norma en el contexto o práctica de que se trate, responda esto al “significado lingüístico” o no⁴⁶.

- (8) Las convenciones interpretativas profundas se sustraen a todo cambio deliberado, a toda decisión semántica, por un cualquier juez o grupo de jueces. Como costumbres que se adaptan orgánicamente a la manera en que una comunidad vive y hace las cosas, de la misma forma ellas solo pueden cambiar si ha cambiado, al menos parcialmente, el modo de actuar, de vivir y realizar actividades compartidas⁴⁷.

En toda época de bajo imperio, los seres humanos muestran una tendencia (suicida) irrefrenable a echar por la ventana la razón y abarcar el irreflexivo, el inefable irresistible, el misterio. Son épocas, que bien conocemos, donde los hechiceros, lejos de ser cocinados en el ridículo como lo merecerían, son tomados en serio.

En nuestro bajo imperio, la función del irreflexivo, del inefable irresistible, con una pizca de misterio, resulta cumplida, dentro del pensamiento filosófico y social, (entre otras) por las ideas de “trasfondo”, de “convenciones profundas”, de “entrenamiento”.

El cognoscitivismo pragmático recurre a tales ideas para explicar la existencia de casos fáciles al interior de nuestras culturas y experiencias jurídicas.

Hay casos fáciles, porque hay convenciones profundas, que ningún jurista puede controlar, ni es en grado de formular.

Hay casos fáciles, porque las convenciones profundas determinan el significado de los términos jurídicos.

Hay casos fáciles, porque las convenciones profundas representan pautas técnicas (¡y no éticas!) de corrección jurídica⁴⁸.

Hay casos fáciles, porque las convenciones profundas se aprenden de una forma casi-inconsciente, por entrenamiento.

⁴⁶ Alonso, Scataglini 2023: § 3.3.

⁴⁷ Alonso, Scataglini 2023: § 3.3, en fin.

⁴⁸ Alonso, Scataglini 2023: §§ 3.1 y 3.3.

Esta explicación, se note, el cognoscitivismo pragmático la presenta como más acertada de la explicación no-cognoscitivista.

Para esta última, cabe recordarlo, hay casos fáciles allí donde las ideologías de la interpretación jurídica adoptadas por los operadores del derecho convergen, de una manera relativamente estable, en considerar ciertas interpretaciones como correctas; allí donde se verifican casos de conformismo interpretativo, motivados sea por la adhesión a la ideología que sostiene la interpretación compartida, sea por motivos prudenciales⁴⁹.

¿Qué hay de tan defectuoso en la explicación propuesta por el no-cognoscitivismo?

Aparentemente, nada. Y, además, nada que choque con la idea no-cognoscitivista de que la interpretación en función práctica es una operación decisional, siempre de carácter ético-político (pues participar de operador a la vida de un derecho positivo es comprometerse), por supuesto apoyada en conocimientos acerca de la experiencia y cultura jurídica en que se ubica.

Terminaré con una pregunta que me permito poner a las (cuatro) lectoras y lectores de estas páginas:

¿Prefieren ustedes ser (considerados como) perros de ferias de provincia, entrenados para saltar en los anillos de fuego (disculpen: como agentes guiados de una forma irreflexiva por convenciones interpretativas de trasfondo que a menudo no saben articular), ¿o bien ser juristas responsables, que someten a su propia razón meticulosa toda operación, también las rutinarias?

Referencias bibliográficas

- Alonso, J.P., Scataglini, G. (2023). *Una crítica pragmática al realismo jurídico de P. Chiassoni*, «Analisi e Diritto», 2/2023, en este volumen.
- Bulygin, E. (1999). *Asserti veri o falsi nel discorso normativo*, en Bulygin, E. (2006b), 147-163.
- Bulygin, E. (2006a). *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, trad. it. en Bulygin (2006b), 1-99.
- Bulygin, E. (2006b). *Il positivismo giuridico*, P. Chiassoni, R. Guastini, G. B. Ratti (eds.), Milano, Giuffrè.
- Chiassoni, P. (2006). *Le disavventure della teoria dell'interpretazione*, en Bulygin, E. (2006b), XLVIII-LXXI.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara.
- Chiassoni, P. (2024). *Cuestiones de "corrección"*, «Analisi e Diritto», 1/2024, (de próxima publicación).

⁴⁹ *Supra* § 8.2.

- Gray, J.C. (1909). *The Nature and Sources of the Law*, segunda edición sobre las notas del autor por R. Gray, New Orleans, Quid Pro Books, 2012.
- Heffes, O.D. (2020). *Interpretación jurídica y perspectiva de género*, manuscrito gentilmente puesto a disposición por el Autor.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke.
- Iturralde, V. (2020). *Breve comentario al Cap. I de El problema del significado jurídico de P. Chiassoni*, manuscrito gentilmente puesto a disposición por la Autora.
- Iturralde, V. (2023). *Comentario al Cap. I de El problema del significado jurídico de P. Chiassoni*, «Análisi e Diritto», 2/2023, en este volumen.
- Legarre, S. (2020). *P. Chiassoni, El problema del significado jurídico (Fontamara, 2019)*, manuscrito gentilmente puesto a disposición por el Autor.
- Lifante Vidal, I. (2023). *¿Hay alternativa no escéptica al cognoscitivismo? A propósito de "Interpretación sin verdad" de Pierluigi Chiassoni*, «Análisi e Diritto», 2/2023, en este volumen.
- Luna, D. (2020). *Del realismo genovés de Chiassoni al realismo egológico de Cossio. Un diálogo sobre interpretación judicial*, manuscrito gentilmente puesto a disposición por el Autor.
- Rodríguez, J.L. (2023). *La interpretación según Chiassoni: El equilibrio inestable entre cognoscitivismo moderado y escepticismo radical*, «Análisi e Diritto», 2/2023, en este volumen.
- Troper, M. (2001a). *Une théorie réaliste de l'interprétation*, en Troper (2001b), 69-83.
- Troper, M. (2001b). *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses Universitaires de France.

**SAGGI
(ESSAYS)**

Non-Application and Justified Violation of Norms. A Proposal for the Study of Defeasibility in the Theory of Law

*Víctor García Yzaquirre**

Abstract

This paper argues that the main conceptualisations of the notion of defeasibility proposed by legal theorists are useful to reconstruct and clarify two different processes. First, legal theorists use the concept of defeasibility to represent a process and the result of a restrictive reinterpretation in which a judge decides that a particular norm is no longer relevant for the regulation of an individual case. Secondly, legal theorists use the concept of defeasibility to describe a process and the result of justifying the non-application of a relevant norm to an individual case.

Keywords: Defeasibility. Interpretation. Antinomies.

1. Introduction

The objective of this article is to clarify what legal theorists say when they characterise a norm as “defeasible”. For the sake of clarity, I will first briefly present some (fictional and real) examples of the kind of legal practise that will be explained.

During the Covid-19 pandemic, many countries have taken a few measures to restrict freedom of movement and reduce the rate of infection. In this context, imagine a country that has introduced a mandatory quarantine that prohibits people from leaving their usual place of residence, except for those who are accredited by the state to carry out a job deemed important. Those who violate the quarantine are penalised with a heavy fine and must return to their place of residence.

The quarantine had various effects (loss of work, loss of contact between family members and much more) and exposed those affected to intense and constant levels

* Cátedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona, Carrer de la Universitat de Girona, 12, 17003, Girona, garciayzaquirre@gmail.com. I wish to thank Álvaro Núñez Vaquero, Hugo Osorio Morales, Juan José Iniesta Delgado, Rafael Hernández Marín, Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero for their valuable comments on a previous version of this article.

of stress. These effects were particularly severe for a certain group within the group of people with autism spectrum disorder (ASD). For them, it meant a disruption to their daily routine, which led to an increase in severe anxiety crises. Suppose that the father of a minor with ASD decided to go out of the house with his son and take a short walk in the street so that he would feel better and not have another anxiety attack that day. In the park, they are stopped by a police officer, fined and forced to go home. Suppose that the fine is judicially appealed and the competent judge decided that the violation of the norm notwithstanding, the penalties ought to be lifted because the two left their house for health reasons, which ought to be considered implicit exceptions to the norm itself.

The most famous case in the specialised literature is a law from Bologna that stipulated: “whoever drew blood in the streets should be severely punished”¹. In this context, a barber accidentally cut off his customer’s pimple, which resulted in his blood being splashed onto the public street. He was taken to court for violating the above-mentioned law. The judge considered that although the antecedent of the norm (“drew blood in the streets”) was fulfilled, the norm, properly understood, was not applicable to such a case.

Two judgements from the case law of the US Supreme Court are usually mentioned in this context. The first, *United States v. Kirby*, dealt with the case of a police officer who arrested a mail carrier in compliance with a court order. As there was a law in force at the time (mid-19th century) that condemned any act that obstructed the delivery of mail, the officer was deemed to have prevented the mail from reaching its destination. In view of these facts, he was punished with a prison sentence. In this context, the Supreme Court ruled that the law should not be applied, as the scope of the norm must be understood in accordance with the purposes for which it was enacted, which did not include the situation analysed in the case in question.

In the second case, *United States v. Church of the Holy Trinity*, the Supreme Court decided the case of a church that hired a new pastor from England, which included, as part of the benefits, paying the cost of travelling to the country. At the time (late 19th century), a federal law was in effect that prohibited employers from paying for the passage of foreign workers to the United States. Given this situation, the court ruled that the fact that the individual was a “pastor” was significant and that if the legislature had considered such an element, they would have made an exception for them. Accordingly, they ruled that the prohibition did not apply in this case².

¹ This case was reported by Pufendorf in *De iure naturae et gentium*. Some authors usually present this example by pointing out that it was a surgeon performing a medical procedure on the street, rather than a barber (as appears in (Atria 2001, Schauer 1991) and in *United States v Kirby* of the US Supreme Court). In both versions, the point to be made is the same.

² The literature often mentions the case of *Riggs v Palmer* too. Similar to this see *R v National Insurance Commissioner ex p. Connor* of the High Court of Justice of England and Wales. And also, the

We can name or imagine an infinite number of other practical cases. They all show us a judge who takes measures to avoid certain practical consequences that he considers unacceptable from an axiological point of view. In this regard, numerous legal theorists have tried to explain the phenomenon of creating implicit exceptions. To this end, they have introduced a new theoretical concept: the notion of defeasibility.

Three clarifications are in order on this point. First, defeasibility is a concept that has been used in various fields of study (Araujo Kurth 2013). In legal theory, it was introduced by Hart (1948-1949), who used it to indicate that the satisfaction of the conditions of application of a concept is not sufficient to guarantee its application (for an analysis of this theory, see García Yzaguirre 2020b). Since Hart's publication, the term has become part of our legal theory culture and is used as a way of understanding different legal phenomena. Secondly, the term "defeasibility" is frequently and historically used among Anglo-Saxon jurists, especially in contract law, to designate a type of contract that is subject to a condition. When I say that this term is part of our "legal theory culture", I mean that it has been incorporated in: i) continental legal cultures where the creation of implicit exceptions is discussed, and ii) the theoretical language of various legal theories. Third, it is important to distinguish between the problem to be solved and the terms in which the discussion of how to solve the problem is conducted. In short, the problem of defeasibility refers to the discussions and operations carried out to avoid a normative qualification of an act that is considered unjust, inefficient, absurd, or in any other way that involves value disagreement. This problem has been discussed since antiquity (for example in Aristotle's *Nicomachean Ethics* or Sophocles' *Antigone*). The difference proposed by the various theories of defeasibility lies in the terms under which the discussion is conducted in our time. That is, in the type of language and the specific questions with which the problem is posed in today's normative systems.

If we say that a norm is defeasible, what are we saying about it? Legal theorists have formulated several answers to this question. One of the main problems with these theories is whether they use the same concept (approximated from different theoretical languages) or whether they use the same term to represent different concepts. In this article, I will argue that the main conceptualisations of the notion of defeasibility by legal theorists are useful to reconstruct and clarify two different operations. First, they use it to represent an operation and the result of a restrictive reinterpretation in which a judge decides that a certain norm is no longer relevant to regulate a case. Second, they use it to represent an operation and the result of justifying the non-application of a relevant norm.

To achieve this objective, I will take the following steps. In section 2, I will give a brief overview of the most important theories on the concept of defeasibility. I

judgement HR 7-12-1990, NJ 1991, 593 of the Supreme Court of the Netherlands (for an analysis of this particular case see Soeteman 1995).

have selected authors whose proposals have a notorious influence on current discussions. In this sense, I have selected authors whose theories: i) on which there are open discussions about their correctness or incorrectness; or ii) which serve as a starting point for the elaboration of new arguments. The proposals analysed include all those ideas that are commonly used in current debates on the notion of defeasibility. In accordance with the above criteria, I will analyse the works of: Riccardo Guastini, Frederick Schauer, Carlos Alchourrón and Andrea Dolcetti together with Giovanni Battista Ratti. In this way I will be able to do two things. Firstly, I will offer a reconstruction that will serve as an introduction to the specialised literature, and secondly, I will better present the question of whether or not all these theories use the same concept. Then, in section 3, I will formulate my proposal to distinguish between two senses of “defeasibility”, analysing the question of whether or not a defeated norm can be used to generate new duties. Finally, I must clarify that I presuppose a non-cognitivist interpretation theory and the bridge conception of conditional norms as theoretical premises for this analysis.

2. Theoretical Reconstructions of Legal Practice

The concept of defeasibility has been presented in various theoretical languages and formulated in various discussions. In particular, in discussions of i) how to identify a norm, ii) how conditional norms are structured, and iii) how normative conflicts are resolved. For the sake of clarity, I will organise the reconstruction of the different theories with these differences³.

2.1. Defeasibility and Identification of Norms

A number of legal theorists have proposed that the notion of defeasibility should be understood as a theoretical concept that sheds light on how interpreters identify a norm⁴. In particular, they conceptualised it to better account for a certain type of interpretative processes and outcomes. To introduce this point, I will (briefly) describe two of the main theoretical proposals on this topic: (i) defeasibility as a result of using the dissociation argument and (ii) defeasibility as a result of resolving a recalcitrant overinclusive experience.

³ For other reconstructions of the various theorisations of defeasibility in law see Hage 2005, Chiassoni 2012, Araszkievicz 2015: 419-20, Poggi 2021, Sartor 2018, Pérez Bermejo 2009, and Bayón 2003. It is also worth highlighting Ferrer and Ratti 2012, as it is one of the most successful compilations of the various ways of presenting defeasibility in law.

⁴ Discussions on norm identification encompass the proposals and debates on what criteria should be used to determine the identity of norms (what is a norm, what is a norm fragment, among others) (Raz 1986: 97).

(i) Defeasibility as a Result of the Use of the Dissociation Argument

A first way of explaining what judges do when they create an implicit exception to a norm (defeat it) is as a result of having employed the dissociation argument. This point has been presented with clarity by Riccardo Guastini.

The structure of the dissociation argument is as follows: First, the interpreter identifies a first possible meaning to be attributed to a normative text (Guastini 2012). This meaning is a norm that contains the normative qualification for a generic case (If p , then Oq). In other words, a *prima facie* meaning of a particular normative text is established.

Secondly, the same interpreter considers that this *prima facie* meaning is unjust, inefficient or some other qualifier used to show a disagreement between this meaning and his value preferences. Given this, he considers that distinctions in the scope of the norm must be made within the antecedent. This means that a distinction must be made between p_1 and p_2 within class p and each of these subclasses must be treated as normatively relevant⁵. In this way, a distinction is made between the cases p_1 and p_2 on the basis of an axiologically motivated interpretation preference.

Let us assume that the interpreter considers it appropriate to apply the normative consequence Oq only to the case p_1 , but not to the case p_2 . Guastini points out that interpreters create an implicit norm that has p_1 as an antecedent and adds the negation of p_2 . We then have “If $p_1 \cdot \neg p_2$, then Oq ”. At this point, it is worth making a distinction about what is being represented. Firstly, the formal representation is problematic if we assume that p_1 and p_2 are complementary cases (Alchourrón, Bulygin 2012: 149), i.e. that there is a logical opposition between them. If p_1 is present, this would mean that it is not logically possible for p_2 to be present. Conversely, if p_2 is present, this would mean that it is not logically possible for p_1 to be present. This shows us that the formulation “If p_1 and $\neg p_2$, then Oq ” need not emphasise the absence of p_2 ($\neg p_2$) for Oq to be present, since this follows from the verification of p_1 . Second, the formal representation is fortunate if we understand that p_1 and p_2 are species of the same genus. In this scenario, it follows that a particular token of a type is excluded from the scope of the norm (e.g., “if vehicle and not ambulance”). I assume this second option to allow an appropriate reconstruction.

In this sense, “If $p_1 \cdot \neg p_2$, then Oq ” has two possible scenarios with respect to p_2 : i) it is a generic case that can be subsumed under a different norm, so that it would have a different legal qualification (let us assume Or); or ii) we are dealing with a case in which a normative gap is created (it would be a normatively relevant property, but without normative qualification (Guastini 2016: 343-44)).

⁵ A normatively relevant property is understood as a property whose presence or absence leads to a change in the normative qualification of the action. In this sense, a normatively irrelevant property is understood as a property whose presence or absence does not affect the normative qualification of the action.

When faced with a normative gap the interpreter can do one of the following: (i) resolve it by an extensive interpretation or by creating another implicit norm that qualifies the generic case; or (ii) leave the case undetermined.

As we can see, the result of the dissociation argument is to have reduced the scope of a norm (If p , then Oq) to (If p_1 and $\neg p_2$, then Oq). That is, we have moved from a *prima facie* meaning with a certain scope to an all-considered meaning (implicit norm), which possesses, by comparison, a narrower scope, i.e. it possesses a finer (or more specified) generic case (Guastini 2012: 188-190). In this sense, narrowing the scope as an interpretative result, as we can see, is an act of norm change made by the interpreter.

(ii) Defeasibility as a Result of Resolving a Recalcitrant Experience

A second way to explain what judges do when they create an implicit exception to a norm (defeat it) is that they are refining the purpose of the norm⁶.

Frederick Schauer proposes that the identification of the antecedents of norms is the result of a generalisation of a purpose or justification. In other words, the selection of the properties contained in the antecedent is the result of a specification of a justification. In this way, a norm is the product of a reasoning composed of two levels: a) the prescriptive level or the generalisation of a justification that possesses a prescription (conditional norm that correlates a generic case with a normative consequence); and b) the justificatory level (purpose of the norm, hereafter: underlying reasons) (Schauer 2004: 76, 87, 89).

However, if we consider the relationship between an underlying reason and the selection of properties by a generalisation, this will result that in some circumstances: (i) the selected properties turn out to be unsatisfactory or undesirable for the realisation of the underlying reason; or (ii) properties that would have been satisfactory or desirable for the realisation of the underlying reason have been omitted. In this sense, there may be circumstances in which the generalisation is not useful in satisfying the underlying reason. Schauer called these situations “recalcitrant experiences” (Schauer 2004: 98, 103-04). More specifically, recalcitrant experience is a notion that presents that a particular interpretation is wrong or suboptimal in light of the underlying reason (Schauer 2020: 55).

We can distinguish different relationships between the prescriptive level and the justificatory level of a norm, depending on the different individual cases that arise. In this respect, we can identify the following possible relationships: (i) the individual case is within the linguistic uses of the terms used in the generalisation and within

⁶ The central theses of this proposal are contained in Schauer 2004, 2013. In relation to the notion of defeasibility, he has particularly elaborated on it in Schauer 1998, 2012, 2020. I should point out that in this article I will reconstruct this proposal from the perspective of the theory of interpretation (see footnote 5).

the scope of the underlying reasons; (ii) the individual case is within the linguistic uses of the terms used in the generalisation but outside the scope of the underlying reasons; (iii) the individual case is not within the linguistic uses of the terms used in the generalisation but is within the scope of the underlying reasons; and (iv) the individual case is outside the linguistic uses of the terms used in the generalisation and outside the scope of the underlying reasons.

The first and fourth cases are uncontroversial. The second and third cases are scenarios in which an antecedent contains an inadequate specification of the level of justification. They reflect the two types of recalcitrant experiences: overinclusive and underinclusive. Of these, only the former is of interest for this paper.

A case of over-inclusive experience presents a scenario in which the generalisations contained in the antecedent have introduced a property that, in an individual case, is undesirable since it generates effects that are not justifiable by the purpose of the norm. In other words, it is being pointed out that, by having included a certain property, the prescriptive level generates a state of affairs that is not coincident with the state of affairs justified by the underlying reasons because it regulates more cases than it should have regulated. Thus, to remedy this type of situation, it will be necessary to introduce a new specification to the generalisation (in other words, to introduce a distinction in the antecedent).

It should be clear that a case of overinclusive experience only invites us to ask ourselves how we can resolve a scenario of discrepancy between the solution envisaged by the prescriptive level and the solution we can derive from the justificatory level. One possibility is to accept the suboptimal result. The other possibility is to revise the antecedent of the norm so that it contains all the distinctions necessary to achieve an optimal outcome, i.e., to defeat it. Thus, defeasibility refers to the possibility of a judge, faced with an over-inclusive experience, to favour the solution derived from the underlying reasons, which manifests itself in the introduction of a new property in the antecedent (to incorporate distinctions) (Rodríguez 2012: 95)⁷.

A recalcitrant experience will seem to be a relevant problem or not, depending on the attitudes the judge has about how to deal with norms and whether or not he considers the underlying reasons to be relevant in determining the legal qualification of an action. Based on this, the defeasible character of a norm is not a necessary but a contingent feature according to this theory: it depends on the way in which decision-making processes are carried out (Rodríguez 2012: 95). In other words, it depends on what they are willing to sacrifice.

⁷ It should be noted that Schauer distinguishes between recalcitrant over-including experiences produced by: i) failure to satisfy either the underlying reasons justifying the norm; and ii) other underlying reasons relevant to the resolution of the particular case. To differentiate between the two problems, Schauer distinguishes between internal defeasibility of the norm and external defeasibility of the norm (Schauer 2004: 179, Schauer 2020: 58). For the purposes of this article, it is not necessary to elaborate on this point.

In extreme synthesis, judges apply one of these models⁸: i) the formalist model, based on a judge who only considers it relevant to examine whether or not the individual case can be subsumed under the antecedent case (the identified generalisation); or ii) the adaptability model, based on a judge who considers it relevant to concretise the state of affairs justified by the underlying reason, so that any recalcitrant experience is considered sufficient to make a revision of the norm.

Each of these options has an associated cost. A judge will have to choose between: i) treating norms as indefeasible, which entails making suboptimal outcomes suffer; or ii) treating norms as defeasible, which entails that only the underlying reasons determine the solution of individual cases (we sacrifice having rules) (Schauer 1998: 23). As we can see, this theoretical language makes it explicit that the defeasible character of norms is linked to a normative claim about how judges should regulate their interpretative codes.

2.2. Defeasibility and Structure of Norms

Another group of legal theorists has proposed understanding the notion of defeasibility as a theoretical concept that allows us to clarify the structure⁹ of a type of conditional norm. Of all these, in the present article I have concentrated only on Carlos Alchourrón's proposal to understand defeasibility as a way of presenting the revisable character of antecedents¹⁰.

(i) Defeasibility as a Feature of a Type of Conditional Norms

A third way to explain what judges do when they create an implicit exception to a norm (defeat it) is that they have made explicit the implicit assumptions that were taken into account in formulating the norm. This idea was best illustrated by Carlos Alchourrón. To clarify this point, I will make some preliminary remarks about the author and the topic.

⁸ This author differentiates between four models (Schauer 2004: 154 ff.), but they can be summarised (in extreme synthesis) in the two indicated in the main text.

⁹ The identification and structuring of norms are part of different, but closely linked, theoretical questions, since the answers to the latter shed light on the elements of the former. Discussions of norm structure, while dependent on the answer to the question of how to identify a norm, have their own theoretical problems. They encompass proposals on how to represent a norm, in the sense of determining what its components are and how they articulate with each other (Raz 1986: 97, Susskind 1987: 119).

¹⁰ Within this set of discussions, we can find a group of authors who hold a procedural notion of defeasibility. For reasons of space, I will not elaborate on these in this article. On this point see Hart 1948-1949, Baker 1977, Finkelstein 2000, Rodríguez 2017, MacCormick 2016, Sartor 1995, Prakken and Sartor 2009, Duarte 2015, and García Yzaguirre 2021b. Regarding the differences between a systematic conception of law (such as the one adopted in this article) and a dialogical conception of law (used in several procedural approaches of defeasibility), see Barth, Krabbe 1982.

With regard to the work of Carlos Alchourrón, it should be noted that he is one of the most important authors for the study of the concept of defeasibility. Firstly, Alchourrón and Bulygin presented a first way of understanding the defeasibility of rules as cases of systemic changes¹¹. Changes that can be represented as changes in interpretation or as changes in the rules of inference (Alchourrón, Bulygin 2012: 133-40). This type of discussion was later deepened by Alchourrón in the following articles: “Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables”, “Defeasible logics: demarcations and affinities”, “Para una lógica de razones prima facie”, “Separación y derrotabilidad en la lógica deóntica” and in “Sobre derecho y lógica”. In this respect, in these works we can distinguish two ways of understanding and presenting the concept of defeasibility in Alchourrón’s theory, each of which is useful for clarifying different legal processes. All these works share the thesis that the antecedents of norms contain explicit and implicit conditions and that, in order to determine a sufficient condition for the consequent, it is necessary to make its implicit conditions explicit. Notwithstanding this, we can identify two differences: the objectives pursued and the way in which the implicit presuppositions are to be understood. In relation to the objectives, Alchourrón showed in the first four articles that monotonic deontic logic is suitable to account for defeasible norms, so that it is not necessary to use formal representations and norms of inference that do not validate the strengthening of the antecedent or the *modus ponens* to describe these norms and their relations with other norms. This is what I will focus on in the main text. The aim pursued in “Sobre derecho y lógica” was to formulate a reconstructive model of certain ways of understanding normative systems and to characterise the problem of defeasibility as a problem of norm identification and also as a way of incorporating David Lewis’s dispositional theory of value into legal analysis. As for how to understand implicit presuppositions, Alchourrón understood in the first four articles that their explicitness (and, therefore, the defeat of the norm) is based on the identification of properties that the legislator actually valued. In contrast, in “Sobre derecho y lógica”, implicit presuppositions are made explicit on the basis of counterfactual judgements about how the legislator would have valued a particular (normatively irrelevant) property¹². In this article, I will only reconstruct the first position.

In relation with this topic, there has been and still is much discussion about deontic logic. Of these discussions, the one that is most interesting at the moment is the challenge posed by the theory of defeasible conditionals. Beng Hansson published the article “An analysis of some deontic logics” in 1969, in which he formulated a new concept of a conditional norm: a defeasible conditional norm. According to this proposal, the statement that a conditional norm is defeasible means that a

¹¹ This point was made by an anonymous referee, whom I thank for this reference.

¹² For an extended analysis see García Yzaguirre 2020a.

norm “if p , then Oq ” is no longer relevant (is cancelled) in the case of “ p and r ”. This means that the presence of r (copulative with p) has the consequence that the norm ceases to regulate the individual case (see 3.1.1.).

Hansson proposed to postulate the notion of defeasibility of conditional norms as an illuminating concept of the cancellability of duties: Under certain circumstances not expressed in the norm, the consequence does not follow. More precisely, this requires: i) the rejection of the strengthening of the antecedent and ii) the rejection of the use of the *modus ponens*.

If a proposition p implies the proposition q , then this implication also applies according to the strengthening of the antecedent when new properties are added. In this way, the consequences follow from the premises, even if other premises are included in the reasoning. Thus, if we have a proposition p that is sufficient for a proposition q , then whenever we have p , q follows, even in cases where p concurs with other conditions (say $(p.r)$). The *modus ponens* is a meta-rule on how to formulate inferences or deductions from norms. Accordingly, if we have a conditional norm and the statement of its antecedent, the consequent is inferred (Navarro, Rodríguez 2014: 62, 112).

Now, suppose we lack the strengthening of the antecedent: in these cases, adding the property r copulatively to p may be apt to prevent the consequent from being derived (Alchourrón 2010 [1996b]: 142). In view of this, the defeasibility paradigm’s attack on the standard system of deontic logic was to postulate that, to account for a defeasible conditional, our system of formal representation must not take into account the strengthening of the antecedent and, hence, neither the *modus ponens*. This meant adopting new types of logics¹³.

Within this new paradigm, it has been argued that the best way to understand the defeasibility of conditionals is to weaken the connective that correlates the antecedent with the consequent. To this end, a new connective, weaker than the substantive conditional, has been introduced into the technical language: the *corner* “ $>$ ” (Alchourrón 2010 [1993]: 108-89). This shows us that there is no material implication between antecedent and the consequent, but only a probabilistic implication.

Now, if we are committed to an ideal of rationality based on deduction (any conclusion derived from the premises is justified), then not using the strengthening of the antecedent and the *modus ponens* means that we renounce to make practical inferences with this kind of norms (Rodríguez 2002: 199, Soeteman 1989: 196). Faced with this type of position, Carlos Alchourrón proposed that the best way to understand this point is not to renounce a deductivist deontic logic, but to locate the problem in the right place: not in the connective, but in the identification of the antecedent. For this author, the defeasible character of conditional norms is a sign that the antecedent of the norm has not been completely identified. More precisely,

¹³ For a systematic study of non-classical logics see Palladino, Palladino 2007.

a defeasible conditional norm is a norm whose antecedent is composed of explicit contributory conditions and other conditions that have not been made explicit (mainly because they operate as implicit presuppositions). This shows that explicit conditions cannot guarantee the consequent, since it is possible that an implicit presupposition, when made explicit, excludes the individual case from the scope of the norm. Once this has been made explicit, the antecedent is composed of the contributing conditions and the other conditions to which the strengthening of the antecedent and the *modus ponens* can be applied (they operate as a sufficient condition for the consequent). In synthesis, the antecedent is understood as a generic case composed of explicit properties and implicit presuppositions, which together would operate as the sufficient condition for the consequent.

In this sense, three moments can be distinguished in the identification and application of a defeasible norm. In T1, we identify a norm with an antecedent composed of explicit conditions (which operate as contributing conditions), and also that there is a set of implicit conditions alongside it. To represent this point, Alchourrón proposed the incorporation of the revision operator f . In this way, a defeasible conditional norm is represented as $(fp \rightarrow Oq)$, that is, a norm whose antecedent requires making explicit all its implicit presuppositions in order to be applied (Alchourrón 2010 [1996a]: 135). If we represent an antecedent as fp , then it accounts for the joint assertion of property p and the set of its consistent implicit presuppositions. By expressing fp , what we are doing is giving an account of p and a conceptual expansion of it.

In T2, we make explicit these implicit presuppositions in order to identify the sufficient condition for the consequent. It should be noted that this operation of making explicit the implicit presuppositions can be carried out in different ways. To give some examples: i) as a result of having identified the hierarchical relationships between norms; ii) as a result of having carried out a systematic interpretation; iii) as a result of having correctly understood the legislator's intention when issuing the norm; among others (for an analysis of this point see García Yzaguirre 2021a).

At T3, after having made this explicit, we identify a norm with an antecedent composed of at least one sufficient condition for the consequent. It will be, in this sense, an undefeatable conditional norm which can be represented as follows: $(p \rightarrow Oq)$.

2.3. Defeasibility and Conflict between Norms

Another group of legal theorists has proposed that the notion of defeasibility should be understood as a theoretical concept that makes it possible to shed light on the process and outcome of the resolution of a normative conflict. To illustrate this point, I will (briefly) describe the proposal of Andrea Dolcetti and Giovanni Battista Ratti, who have theorised defeasibility as a case of a complex systematic relationship.

(i) Defeasibility as a Complex Systematic Relationship

A fourth way to explain what judges do when they create an implicit exception to a norm (defeat it) is the result of preferring an implicit norm over an explicit norm as a resolution of a normative conflict between them. One of the clearest theorisations of this idea was formulated by Andrea Dolcetti and Giovanni Battista Ratti (Dolcetti and Ratti 2016, 2020).

For these authors, defeasibility is a theoretical concept that allows us to clarify how implicit exceptions are created from the composition and resolution of a specific type of conflict. In their own terms: “legal defeasibility should be conceived of as a complex situation, in which a norm which is derived from an *implicit* norm is given priority over another norm, which is derived from an explicit/implicit norm” (Dolcetti and Ratti 2020: 113). To reconstruct the proposal of these authors, some preliminary remarks are in order. These authors have identified that legal operators operate with the following types of norms.

1. Express norms: norms established through normative formulations by normative authority.
2. Implicit norms: norms belonging to the normative system for reasons other than formal approval by a law-making authority (norms created by judges, for example).
3. Logically derived norms: norms that are inferred from expressed and/or implied norms using a logical reasoning scheme.
4. Legitimately derived norms: norms that are inferred from express and/or implicit norms by employing a non-logical reasoning scheme (e.g., using the *a contrario* argument).

These norms may conflict with each other. Among the possible combinations, we are particularly interested in one: the conflict between a norm derived from an explicit norm and a norm derived from an implicit norm. Here there are two possible solutions: (i) the norm derived from an explicit norm prevails; or (ii) the norm derived from an implicit norm prevails. The way in which prevalence is granted is through a preference norm between two norms (i.e. through the creation of a third norm) (Ferrer and Rodríguez 2011, Von Wright 1963).

When the judge resolves the normative conflict in favour of the norm derived from the express norm, we are dealing with a case that they call “reasoned direct application” (Dolcetti and Ratti 2016: 42). In these cases, the judge considers reasons against the application of a norm derived from an explicit norm that are offered by a norm derived from an implicit norm but considers that they are not sufficient to change the normative qualification of an individual case. As we can see, they are accounting for scenarios in which the judge has considered that there are better reasons to use the express norm than the implicit norm.

It should be made clear that this is the way to treat the express norm as a non-defeasible norm in a synchronic and not in a diachronic sense. It is non-defeasible in

the sense that no implicit exceptions to this norm can be introduced in relation to the case to which it is to be applied. However, this does not mean that in future cases this norm will be subject to a new implicit normative conflict in which it will be defeated by a norm derived from an implicit norm.

If the judge resolves the normative conflict in favour of the norm derived from the implicit norm, this is a case of defeasibility (Dolcetti and Ratti 2016: 39)¹⁴. In these cases, the judge creates a preference in favour of the norm derived from the implicit norm over the norm derived from the explicit norm. According to the authors, this is the way to introduce an implicit exception in an express norm.

3. Defeasibility: Different Languages for Two Different Problems

We have seen a selection of the most important theories on the concept of defeasibility in legal theory. They all try to clarify what a judge does when he decides to change the normative qualification of an individual case, using different theoretical languages and starting from different discussions. They are presenting that, at a first moment, an action has a qualification X and, at a second moment (after it has been defeated), it has a qualification Y. More precisely, (i) an action was obligatory and is now prohibited or facultative; (ii) an action was prohibited and is now obligatory, facultative or permitted; (iii) an action was facultative and is now either obligatory or prohibited; or (iv) an action was obligatory, prohibited, facultative or permitted and is now indeterminate.

Do all these theories represent the same process and the same result? Is “defeasibility” a term used to express different meanings or is it a term used to express the same meaning, just presented from different perspectives?¹⁵ I consider that the different theories of legal theorists use two different concepts.

It seems to me that the best way to determine whether there are two different senses is not to analyse the defeating norm, but to examine what normative status a defeated norm has (i.e. whether it is relevant to generate duties or not). From this perspective, there are authors who consider that the defeated norm becomes irrelevant to any legal situation (it is cancelled). For others, the defeated norm loses its applicability¹⁶ to qualify a certain action (its non-application is justified), but this does not mean that it cannot be used to justify subsequent duties. Given this difference, I will argue that the best way to understand what legal theorists explain is to distinguish between “internal defeasibility” and “external defeasibility”.

¹⁴ For a similar approach, Luzzati, 2018: 336-37.

¹⁵ For other metatheoretical proposals see Redondo 2012, Brożek 2004, Rodríguez and Sucar 2003.

¹⁶ I'm going to use the notion of applicability formulated by Bulygin 1991 [1982] and Moreso, Navarro 1996.

3.1. Internal Defeasibility

3.1.1. Defeasibility as Cancellability

One group of legal theorists characterises norms as defeasible in order to show the possibility of their cancellation by the interpreter. I will call this idea internal defeasibility. In short, they understand a defeasible norm as a way of expressing that an interpreter has identified a normative solution hypothesis for an individual case. Like any hypothesis, this hypothesis can be rejected or confirmed.

If the hypothesis is confirmed, this means that after collecting (and evaluating) all possible information about the individual case and the normative system of reference, it has been established that the norm identified at the beginning is the applicable norm. This means that no additional information beyond our initial investigation was sufficient to rule out the applicability of the norm. In the case of the rejection of the hypothesis, this means that after obtaining all possible information about the individual case and the normative system of reference, it was determined that the identified norm was an irrelevant norm for the individual case.

The point to emphasise is that, by characterising a norm as defeasible, what we are saying is that a proposed norm has been identified as requiring corroboration or confirmation by the interpreter. Now, the defeat of a norm (discarding of the hypothesis) may be brought about by: (i) change of the normative context; and/or (ii) change of the factual context¹⁷.

By change of normative context, I mean changes to the microsystem of norms applicable to the individual case. This can happen through the inclusion of new norms, the exclusion of norms or a combination of both. Such a change creates a new microsystem of norms that may contain logical problems: Inconsistency, incompleteness or redundancy. After ordering the microsystem (solving such problems), the normative qualification of the individual case may change, leading to the discarding of the qualification provided by the defeasible norm. More precisely, at a time T1, we had identified a set of norms that were systematised for determining the legal qualification of an individual case. At a time T2, we change our information about the norms that are part of this microsystem, as they were not considered in T1, which may result in the legal solution in T2 being different from the one identified in T1. For example, if in T1 we have identified a microsystem of applicable norms that only considers the provisions contained in the laws that imply a normative qualification of an individual case. In T2, the microsystem of applicable norms is varied to consider both the above-mentioned provisions and the relevant precedents, implying a different normative qualification of the same individual case.

I must clarify that by an applicable microsystem of norms I mean all those norms that are internally and externally applicable to the individual case, i.e.: i) that

¹⁷ On this point I closely follow Rodríguez 2002: 195 ff.

regulate the case deductively (internal applicability); and ii) the normative system prescribes that the judge must use them when justifying his institutional decision (external applicability). In this sense, the microsystem of applicable norms does not necessarily is composed of norms that simultaneously belong to the legal order (on the basis of legality or deduction criteria). The duty of the judge to apply a norm (external applicability) does not imply that this norm must belong to the legal system, as he may have the duty to apply norms that are part of non-legal normative systems or norms that no longer belong to the legal system¹⁸.

By change of the factual context, I mean changes in the available information about the individual case. This can happen through the inclusion of new (proven) information, the evaluation of which by the interpreter entails a change in the composition of the individual case. More specifically, at a time T1 we had identified a set of available information about an individual case, and then at a time T2 we realised that this information provided either an incomplete or an incorrect characterisation. To clarify this point, Orunesu, Navarro, Rodríguez and Sucar proposed the distinction between individual cases and judicial cases. Both are types of individual cases (identifiable objects in a given space-time), but they differ in the type of information that is presented. An individual case is an instantiation of a generic case. A judicial case, on the other hand, is: (i) an instantiation of a normatively relevant generic case (provided for in the antecedent of a legal norm); and (ii) whose identification depends on all those factual assertions that are taken as proven. Here I describe the variations that arise when a legal case is identified in T1 and varies in T2 after new evidential information is included (Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar, 2004).

In this sense, the process and result of cancellation involves a way of determining that a norm is not relevant to regulate the normative qualification of an action or set of actions. In other words, the interpreter decides (for normative reasons or for reasons of assessment of new proven information on the factual premise) that a norm is not relevant to justify his decision in an individual case. This requires further clarification, which I will now develop.

3.1.2. To Defeat Norms as to Cancel Norms

From the problems indicated in the previous section, I am going to concentrate on the changes of the normative premise carried out by judges. Legal theorists who adopt this sense of defeasibility (internal defeasibility) are presenting (from various presuppositions and theoretical languages) a reinterpretable operation by which a norm is replaced by another norm which has, in comparison, a narrower scope (due that is composed of a finer generic case).

¹⁸ For a more detailed analysis of the notion of applicability and its relations with the notion of membership (of a norm to a legal system), see García Yzaguirre 2022: 26-39.

To clarify this analysis, it is useful to present what interpreters do when they identify a norm. They all start by identifying a first meaning attributable to a normative text (or *prima facie* meaning). This meaning is then evaluated to determine whether the first meaning should be confirmed or discarded.

This evaluation involves two axiological judgements that must be differentiated: (a) assessments of what criteria should be used to attribute relevance to properties; and (b) assessments of what interpretative attitudes and criteria of preference should be used to determine how the interpretative process should be carried out.

(a) First, in assessing what criteria should be used to assign relevance to properties, I mean the criteria that a judge thinks should be used to assess the correctness of the interpretation of a normative text. More specifically, I am referring to the criteria used to qualify whether the result of the application of a particular method of interpretation is satisfactory or not, depending on whether this interpretative product provides a general case that adequately identifies and specifies the actions and circumstances to be regulated. In other words, it is the criteria that make it possible to identify the antecedents of norms in a “correct” way (i.e. that he is willing to compromise). In this sense, this first set includes preferences about which normatively irrelevant properties should be considered relevant and which normatively relevant properties should be considered irrelevant.

These correctness criteria can be (i’) systemic or (ii’) inter-systemic. Under the (i’) systemic correctness criteria, I group criteria that prescribe that *prima facie* meanings must not produce normative conflicts with other norms of the normative system to which they belong. If conflicting normative systems are produced, then these meanings should be treated as defeasible. The latter means that the judge assumes that he must include one or more properties to produce a consistent normative system. In contrast, under the (ii’) criteria of inter-systemic correctness, I group criteria that require that *prima facie* meanings must be consistent with norms that are part of another normative system (e.g., with the normative system that constitutes the judge’s critical morality). Thus, if they are predicted to lead to such conflicts, then these meanings must be treated as defeasible. The latter means that the judge considers that he or she must include one or more properties to prevent the occurrence of such a normative conflict (i.e., that the scope of meaning must be all in all the same as that prescribed by the norms of the inter-systematic normative system). Judges may apply either fully systematic, fully inter-systematic or a combination of both criteria of correctness.

If the use of these criteria leads to the conclusion that the *prima facie* meaning is unsatisfactory, this brings the question: should I defeat it?

(b) With the second set of preferences (interpretative attitudes and preference criteria for the formulation of the interpretative process), I explain how the interpretative processes to be applied in a given context should be designed by judges.

Put in Schauer’s terms: I am referring to models of decision-making. Each of

these models reflects a set of norms for designing the interpretative activity to be carried out.

These criteria regulate whether the qualification of a *prima facie* meaning as axiologically unsatisfactory is relevant or not. If they decide that it is irrelevant, this means that they have assumed a way of understanding the interpretative process¹⁹ according to which every result of a given interpretative method must be considered as indefeasible. In these cases, we are thinking of a judge committed to prescriptive theses about how interpretation should be according to which certain interpretative results should be adopted without taking into account their consequences or what they themselves think of them.

For the sake of clarity, I must specify that preferences about which interpretative processes should be used do not necessarily coincide with our preferences about which properties should be relevant. The former are preferences about which interpretation methods should be used, while the latter are preferences about the criteria used to evaluate the results. There may be cases where the methods thought to be appropriate do not produce satisfactory results. An example of this is the case of a judge who (for various reasons) considers that he must interpret normative administrative texts literally and who is confronted with situations in which this meaning does not contain distinctions that should be included according to his criteria of correctness.

According to this distinction, a judge's decision to qualify a *prima facie* unsatisfactory meaning as relevant means that they have adopted an understanding of the interpretative process whereby the unsatisfactory meaning is to be treated as defeasible either in all circumstances or in certain circumstances. If they choose to devise a interpretative process in which it is treated as defeasible in all circumstances, the interpreter will determine the normative relevance of the properties that shape the general case in any process of application of the law.

If they decide to design an interpretative process in which the *prima facie* meaning is treated as defeasible only in certain circumstances, this is a way of expressing that not every qualification as axiologically unsatisfactory is relevant, since only those that exceed a certain degree of tolerance are relevant (or, in other words, those that are axiologically unsatisfactory to an intolerable degree are treated as defeasible). This means that judges apply a criterion that enables them to distinguish between axiologically unsatisfactory tolerable and axiologically unsatisfactory intolerable²⁰.

¹⁹ It should be made clear that it may be the case that an interpretative method offers more than one possible meaning. The scenario I am pointing out in the main text is one in which the judge has already foreseen norms of preference between possible meanings resulting from the same interpretative method. In short, I am reflecting on the case (just for clarity and simplicity) in which all the steps of the interpretative process have already been determined in advance.

²⁰ For clarity I briefly summarise these points: if we adopt this decision-making model and the use of these correctness criteria (the first set of criteria discussed above) leads to qualifying the *prima facie* meaning as satisfactory, then the judge would be willing to choose that meaning in order to attribute this

As we see, the act of defeating is determined by the judgements used to qualify the *prima facie* meanings, as well as by the attitude of the judges towards the outcome of these judgements. When we speak of defeasibility, however, we are not interested in every judgement of dissatisfaction, but only in those that lead us to believe that not all the distinctions that should have been included in the antecedent are included.

These distinctions allow us to present in a better way some of the ideas discussed in the first part of the article: (i) they allow us reconstruct the decisions a judge makes in order to use the dissociation argument (see section 2.1.(i)); ii) the type of decisions judges use when choosing whether to use the formalist or adaptability model when facing an over-inclusive recalcitrant experience (see section 2.1.(ii); and iii) reconstruct the necessity to identify and make explicit the implicit presuppositions of a norm (see section 2.2.). As we can see, the proposals of Guastini, Schauer and Alchourrón present this type of operation.

Each of the indicated theoretical languages presents different information, but all three, I consider, understand the defeat of a norm as its cancellation. Guastini's proposal highlights the type of argument used by judges who have decided to consider that: a) the result of the application of a certain interpretative method is not satisfactory; and b) who have adopted a decision-making model by which they consider that the dissociation argument can be used to solve this type of problem.

Schauer's proposal makes explicit the difference between identifying that a *prima facie* meaning will generate a result considered (axiologically) incorrect and deciding to adopt an interpretative process that involves avoiding such an outcome. Indeed, the difference that this author shows between the notion of recalcitrant experience and the judge's models makes it possible to show that these are two different evaluative decisions.

Alchourrón's proposal is illuminating in showing that the defeat of norms (as cancellation), properly understood, is part of the discussions on how to identify a norm and that the notion of defeasibility does not require to renounce the rules of inference of deductivist deontic logic (i.e., to renounce understanding justification as deduction). Likewise, the author proposed to present the structure of antecedents by incorporating a revision operator in the representation of the antecedent. In this way, a defeasible conditional norm refers to a norm whose generic case has not been completely identified: it is composed of express conditions and implicit presuppositions. This means that the judge must carry out operations of revision with regard to how the antecedent is composed in order to identify a sufficient condition for the consequent. To say that a norm is defeasible ($f_p \rightarrow Or$) is a way of expressing that we are faced with a meaning that is part of the reinterpretative process aimed at

norm to a normative text and, furthermore, to treat that norm as indefeasible (i.e., to consider that the antecedent is composed by a sufficient condition for the consequent). On the other hand, if it is unsatisfactory, the judge is considering that the meaning must be revised, i.e. cancel the norm (defeat it).

making the implicit presuppositions explicit.

As we have already seen, one way of understanding all this theoretical language is that the notion of defeasibility explains the cancellation of a norm as an enrichment of the generic case contained in the norm's antecedent. But this is imprecise.

The expression "enrichment of the generic case contained in the antecedent of the norm" is ambiguous, since it can be understood in two ways: (i) replacing one generic case with another containing a new property connected to the remaining property by a disjunction; or (ii) replacing one generic case with another containing a new property connected to the remaining property by a conjunction. Sense (i) considers acts of the judge that include a new property to extend the scope of the antecedent. This first sense is not relevant for explanations of defeasibility. In contrast, sense (ii) considers acts of the judge that achieve two different types of results. On the one hand, a new property can be included in a conjunctive relation with the other properties included in the generic case to reduce a problem of linguistic indeterminacy (semantic vagueness). This is the case when we are confronted with an individual case where we cannot determine whether it is within or outside the scope of a norm. One of the ways to determine whether this individual case is an instantiation of the generic case or not is to include a new property in conjunctive relation to the other properties. Such an operation involves determining the class of cases that exemplifies the analysed individual case outside the scope of the norm, without problems of linguistic indeterminacy. For this reason, this sense is not relevant for explanations of defeasibility. On the other hand, a new property can be included in conjunctive relation to the other properties contained in the generic case in order to vary the normative qualification of a certain type of individual case. This is the case when a judge considers that not all the elements of a category should have the same normative qualification, but that it is correct that part of these elements have such a normative qualification and the rest of the elements do not have the same normative qualification. The inclusion of the new property has the effect of specifying which elements should have a particular normative qualification and excluding the remaining elements that do not have this specification from this qualification. This is the sense in which this first understanding of defeasibility is best understood by many legal theorists.

In this sense, all these approaches, with different terminology, reconstruct legal practise as an enrichment of the generic case contained in the antecedent of the norm, understood as a case of restrictive corrective interpretation, i.e. an interpreter who rejects one *prima facie* meaning and chooses another that has a narrower scope of application in comparison, because it contains more distinctions in the antecedent. In other words, all these approaches to the notion of defeasibility share the thesis that "defeating" refers to the activity of comparing a first way of interpreting a provision with a more specific one and choosing the latter on the grounds that it contains a finer antecedent.

With these precisions, the notion of internal defeasibility presents an interpretative process in which judges: (i) identify a first meaning containing a generic case composed of a given set of relevant properties; (ii) identify a normatively irrelevant property; (iii) assess such a property and consider that it should be considered normatively relevant; (iv) identify a meaning containing a comparatively finer generic case, composed of the set of relevant properties of the first meaning together with the property they consider should be relevant (in conjunctive relation); (v) make, on the basis of their attitudes and preferences about how interpretative processes should be, an assessment of whether to retain the first identified generic case or whether to choose the second generic case; and (vi.a) if they decide to attribute to the provision under interpretation the meaning envisaged by the first generic case, then they have decided to treat that meaning as indefeasible; or (vi.b) if they decide to attribute to the provision under interpretation the meaning envisaged by the second generic case, then they have decided to defeat the first meaning and treat this second meaning, in relation to the individual case, as indefeasible.

The inevitable result of having carried out this operation is that the defeated norm is no longer relevant to the case. It is, as stated at the beginning of this subsection, cancelled. In all these cases, a defeated norm is a norm that is not apt to generate any subsequent duty, so it cannot be considered violated.

For clarity let us see how we could reconstruct the decision of a judge who was confronted with the case of the child living with ASD seen in the Introduction. In that case, as we saw, a judge considered that the quarantine regulation should not be used to regulate the conduct of a parent with a child living with ASD. This meant that they should neither be coerced to return home, nor should they be fined for leaving home during quarantine.

Initially, the *prima facie* meaning “If people leave home during quarantine, then it is obligatory to coerce them to return home and impose a fine” (in formal terms $(p \rightarrow Oq.r)$) had been identified. After having considered this normative qualification as unsatisfactory and having designed an interpretative process in which this unsatisfactoriness is considered normatively relevant, the interpreter carries out a restrictive corrective reinterpretation. As a result of such an operation the interpreter identifies and uses a new meaning: “If people leave home during quarantine and do not do so for safeguarding their personal mental health or of a person under their responsibility, then it is obligatory to coerce them to return home and impose a fine on them” (in formal terms: $(p.\neg s \rightarrow Oq.r)$). The result is to have narrowed the scope of the norm and thus to make it irrelevant for qualifying the conduct of leaving home during quarantine.

However, this is not the only idea that legal theorists are thinking about. Let us now analyse the second meaning of “defeasibility”.

3.2. External Defeasibility

3.2.1. Defeasibility as Justification

A second way of understanding the expression “defeasible norm” is to express that the norm determines the qualification of an individual case, unless another norm overrides it (has, as a product of a judge’s decision, a superior hierarchy). In contrast to what was stated in the previous section, the meaning of this statement imply that we are dealing with an applicable norm and not just an apparently applicable norm. I will refer to this idea as external defeasibility.

To characterise a norm as defeasible is not to present a hypothesis on the identification of a norm, but to present a norm whose belonging to the microsystem of norms applicable to an individual case is established (it is internally and externally applicable). At the same time, the possibility is recognised that it may give rise to situations of inconsistency with other norms and that the norm will not be applied once the inconsistency is resolved (although it is applicable)²¹. In this way, the statement that a norm is defeasible is an indication that it is applicable to an individual case, provided that this case does not have some normatively relevant property that makes it subsumable under another norm that has a higher hierarchy within the normative system (see also Hintikka 1969: 191, 204 ff.).

Regarding the hierarchy (or order) of norms within a system, we can be faced with two scenarios: (i) a system composed of ordered norms; and (ii) a system composed of unordered norms. Scenario (i) assumes a system in which the relationships between the norms are already established. This case is not relevant for the current discussion. Scenario (ii) assumes a system that suffers from indeterminacy in the case of inconsistencies. If two norms have the same hierarchical rank and offer incompatible normative consequences for the same individual case, then the judge has not rationally decided which norm to apply to the case. In such a case, it is within the judge’s discretion to decide which of the two norms should be applied to resolve the case, all things considered. This is the type of scenario that is relevant to the current discussions.

In this sense, the characterisation of defeasibility is descriptive and relational: it accounts for a feature of the type of relationship of one norm to another(s). Two norms are defeasible with respect to each other, but only one of them (the one decided by the judge) will be a norm that defeats the other. The defeating norm is the norm applied to qualify the individual case. The defeated norm does not lose its identity or its membership in the micro-system of applicable norms, as it still continues to regulate the individual case.

²¹ In argumentation theory this is often presented as the resolution of difficult cases. See MacCormick 1978: 257-58, MacCormick 1995:107.

The non-preferred norm (or defeated norm) can be violated²² which entails triggering (depending on each normative system) the execution of compensatory duties, i.e. actions or responses that repair the harm caused. These presuppose that the agent has a duty to repair the violation or to perform some duty as a result of his non-compliance.

In moral philosophy, this point is expressed as a case of breach of duty that creates a moral residue (Williams 1979: 223-34, Williams 1973: 172 ff, Bayón 1991: 384-85, Brummer 1996). In the theory of legal rights, the topic is discussed under the concept of the infringement of rights (Thomson 1986: 40 ff, Feinberg, 1978: 102 ff, Botterrell 2009). In deontic logic, the emergence of compensatory duties was (and is) discussed by examining the Chisholm paradox. This refers to the situation in which there are obligations that are a consequence of the violation of another obligation (Alarcón 1990: 188, Rodríguez 2002: 210, Ausín 2005: 66, Makinson 1999: 35).

These clarifications make the difference between the two senses explicit from the perspective of the defeated norm. If the cancellation of a norm is a way of signalling that it has been concluded that the norm is irrelevant for the individual case, then it is not possible to speak of a violation of such norms. A cancelled norm is not capable of giving rise to countervailing duties. In contrast, the justification for not applying a norm makes it possible to reconstruct the reasons that give rise to an ordering between norms. A defeated norm (or non-preferred norm) is not a norm that loses relevance or applicability to the individual case, it is just a norm that is not used (for justified reasons) in the justification of the institutional decision. Since the state of affairs prescribed by the norm has not been fulfilled, such an affectation may entail (depending on the normative system) that the affected person is redressed in some way (compensatory duties or moral residue are activated) (Raz 1974: 30-5, Chisholm 1974: 46). As we can see, cancellation and justification are operations that offer different results.

3.2.2. Defeating Norms as Justification for Non-Application

How do we justify the non-application of an applicable norm? Legal theorists who adopt this sense of defeasibility (external defeasibility) posit (under different assumptions and theoretical languages) the creation of a material hierarchy (Guastini 2018: 175-180) between two incompatible norms.

This conceptualisation has been formulated by those who consider that the judges, when resolving an inconsistency, introduce a criterion of preference between

²² Suppose we have a norm that prescribes an action ($p \rightarrow Oq$). The norm will not be violated if we are in a world p and in which we perform acts to be a world $p.q$ and/or we perform actions to prevent the world from being $\neg q$ (whether by compliance, coincidence, or norm-following). On this understanding, then, we violate that norm if we live in a world p and it is the case that: i) we do not perform actions to achieve q ; ii) we are in a world $p.q$ and we perform actions for $p.\neg q$; or iii) we are in a world $p.q$ and we do not prevent it from becoming $p.\neg q$.

two norms. This operation is carried out to determine which of these two norms should be used to justify the judicial decision²³.

Material hierarchy understood as a relationship of superiority refers to the preference of one norm over another created through criteria that deal with how to resolve conflicts between norms by using criteria of preference between norms.

As Ferrer and Rodríguez rightly point out, we must distinguish between two elements: firstly, the hierarchy between norms and, secondly, the preference relations between norms that create such a hierarchy. A hierarchical system refers to the assumption that within a set we have created jointly exhaustive and mutually exclusive subsets (creation partitions) that are in a chain of importance to each other (Ferrer and Rodríguez 2011: 151-154).

The preference criteria determine which norms are part of the system of norms applicable to the case. In other words, which norms should the judge use when deciding how to resolve the case. The preference criteria between the norms (and the hierarchies they create between the sets of norms) enable us to resolve normative conflicts.

The preference relations between norms can be constructed in two ways: as unconditional preferences or as conditional preferences (Ferrer and Rodríguez 2011: 156 ff)²⁴. The first possibility refers to the fact that whenever both norms are in conflict with each other, one is preferred over the other in all possible scenarios. In other words, when N1 is in conflict with N2, the preference relationship introduced by an N3 norm establishes that N1 always outweighs N2, for example.

On the other hand, conditional preference relations between one norm and another refer to the fact that one of these norms prevails over the other in certain circumstances, but this is not necessarily the case in other circumstances (the preference may be reversed). An example of this idea is the consideration of a conflict between rights, where in some cases one right is preferred to another, but in other circumstances the reverse must be resolved.

The difference between an unconditional and a conditional preference in this sense refers to the set of particular cases to which they are applicable. Unconditional preferences are constructed for any case of conflict between one particular norm and another. In contrast, conditional preferences are constructed for all cases in which one type of conflict occurs, but not for the other possibilities. These are not qualitative differences, but differences in the scope of the individual preference relationships.

²³ This type of conceptualisation is used, for example, by those who theorise about how to resolve a conflict between principles. See Kersic, García Yzaguirre, 2022.

²⁴ If we have a conflict between criteria of preference, it is possible to identify or create (depending on each normative system) a meta-criterion of preference, for example, by those who argue that in case the *lex superior* conflicts with the *lex posterior* criterion we must always prefer the *lex superior* criterion, supported, for example, as a way to guarantee constitutional supremacy over any other norm in the system.

Does this mean that the non-preferred norm is varied, and does it imply a restrictive reinterpretation that involves varying the normative qualification of an action? This sense of “defeasibility” is not intended to show an operation of changing the identification of the norm. This will continue to regulate the case, but it should not be used in the institutional decision on the matter. In the case of a conflict of rights, for example, we would have: i) two rights regulate the same action; ii) a reason has been created to operate as a criterion of preference that allows to answer, in a conditional or conditional manner, which is the better right; and iii) it has been determined that, using the criterion of preference, only one of the rights in collision is applicable to regulate the conduct (without the non-preferred right losing relevance).

These distinctions allow us to understand what the theoretical language of Dolcetti and Ratti (see section 2.3) is presenting. These authors are not trying to clarify a process of norm identification, instead they are presenting what we do when we resolve an inconsistency. In cases of antinomy between an express norm and an implicit norm, as we have seen, it will be necessary to create a criterion of preference that allows us to determine which has a higher hierarchy. Cases of “reasoned direct application” reflect a preference in favour of the express norm. The cases of creation of an implicit exception reflect a preference in favour of the implicit norm. These authors do not show that the defeated rule loses its identity, what they show is a loss of (external) applicability.

At this point it is worth explaining the difference between the assertion that a norm is defeasible and the assertion that it is indefeasible, as well as the normative status of the defeated norm: (i) The assertion that a norm is defeasible means that the norm is not ordered in relation to other(s), i.e., (ii) the predicate that a norm is indefeasible is an expression that can be used to indicate either that a norm is preferred over another norm, i.e. that in case of conflict a norm has a higher order (so that it cannot be overridden by it), or that a norm is preferred over any other norm in the normative system, i.e. that it can never be overridden (the judge has an absolute preference in favour of this norm); and iii) a defeated norm is a norm that loses its applicability only with the normative qualification of the action, but this does not imply that it cannot be violated and thus does not trigger compensatory duties.

In order to be clear, I will recapitulate and insist on the proposed distinction.

Internal and external defeasibility are distinguished by: i) the type of the object to which they refer; ii) the type of operation to which said object is subjected, and iii) the type of result that each operation has. These three points are just a clearer way of saying that, to defeat a norm or to create an implicit exception, the judge has two options (he will choose one or the other, depending on whether he is competent to do so and on his interpretative preferences).

Regarding i) (type of object). We have seen that the internal defeasibility or cancellation of norms alludes to possible meanings. That is, to make a hypothesis of the solution of a judicial case (as such, it is only a possible solution subject to evalua-

tion). On the other hand, the external defeasibility or justification of a violation of a norm refers to already identified norms, that is, normative solutions that are already part of the micro-system of norms applicable to the case.

Regarding ii) (type of operation to which the object is subjected). The notion of internal defeasibility as an operation of cancellation, as we have seen, is carried out in the process of identifying a norm and involves making a series of evaluative decisions about what is the best design of the interpretive process. If a judge considers that the axiological defects of a *prima facie* meaning should be considered normatively relevant, then they will decide to activate the necessary steps to perform a restrictive reinterpretation (i.e., to introduce distinctions in the antecedent of the *prima facie* meaning). This entails, as we have seen, making evaluative decisions as to what criteria should be used to attribute normative relevance to properties and how the interpretive process should be formulated.

Instead, the notion of external defeasibility as an operation to justify the violation of a norm is carried out during the process of application of a norm and implies, as we have seen, that the judge considers that he has concluded the process of identifying the relevant norms. This means that he considers that he has identified (at least) two norms, (each of these is a conditional norm whose antecedent contains, at least, a sufficient condition for the consequence), which are internally and externally applicable to the same individual case, and that are inconsistent with each other. To resolve the individual case, the judge must make an evaluative decision as to which of these norms best satisfies his criteria of correctness: he must create a preference relation.

As we can see, internal defeasibility supposes a process of assessing the meaning with which the interpreter is going to commit to defend as the identification of the “correct” norm. On the other hand, external defeasibility supposes a process of hierarchization of “correctly identified” norms. As we can see, both processes are different.

Regarding iii) (the result of the operation). Each of the operations supposes, due to the object and type of acts carried out, different results. Internal defeasibility supposes the defeat of a norm as its cancellation. This means that the evaluated meaning is discarded for not having all the specifications it should contain. In other words, it involves determining that the normative qualification identified by the *prima facie* meaning should not be applied, so it is decided to render it inapplicable (it is made internally and externally inapplicable). More precisely, it becomes irrelevant to the judicial case.

Instead, external defeasibility supposes the defeat of a norm as a way of justifying its violation. This means that the non-preferred norm in the hierarchy will not be used as the normative premise in judicial reasoning, but it does not mean that it is no longer relevant to the case. Its non-use to qualify the action is normatively relevant, in the sense that the legal system can activate (if so provided) a series of compensatory duties for the violation. As we can see, this external defeat supposes that the scope of the norm will not vary, but it will become externally inapplicable.

Each operation is carried out at different times, requires different valuations, is performed on different inputs, and generates different outputs. The cancellation process necessarily generates irrelevance of a meaning. The justification (or hierarchization) process necessarily generates a relevant norm that will not be used to resolve the case. Both are different ways of creating implicit exceptions that must be distinguished.

Cases of conflict between rights are useful to show the difference in these two ways of understanding the defeat of norms. On the one hand, cancelling a right as a way of resolving a conflict between rights involves the process and result of having designed an interpretative process by which it is determined that a person, at first, had the appearance of being the holder of a right, but all things considered it is determined that he is not the holder of that right. What we do, as we have seen, is to vary the scope of a norm (the one that attributes the right to a person) so that it ceases to regulate the individual case. On the other hand, justifying the non-application of a right implies the process and result of having created a (mobile) hierarchy among rights, by which it is determined that a person's right will not be protected. This operation does not imply that the agent ceases to be the holder of that right, but that its affectation is justified. This will generate, depending on the normative system, compensatory duties²⁵.

For clarity let see how the use of external defeasibility would impact in the resolution of the case of the child living with ASD seen in the Introduction. Let us assume that the judge considered that the protection of the child's mental health does not cancel the duty of quarantine, but rather justifies its violation.

In this scenario, unlike the previous section, the operation and outcome do not imply that the parent and child living with ASD are outside the scope of the quar-

²⁵ One of the reviewers, whose comments I am very grateful for, affirmed that there is no sharp distinction between cancellation with no normative residue, and overriding with normative residue and offered the following example to show this point. Let's imagine that I made a promise to visit him, but one of two scenarios occurs: a) my mother suffers an accident that requires me to take her to the hospital, or b) I have a headache. In both cases, he/she points out, I will have to apologize for breaking my promise to visit him. Against this, I believe that the proposed alternatives in the example make the same point. Both are scenarios in which regret is justified. In terms of Vranas, it is appropriate to feel this way and, therefore, the moral residue of having to offer apologies is activated (see Vranas 2018). In both cases the duty to fulfill a promise has been disobeyed and they express justified non-performance of it (each, as can be seen, for different reasons). Cases of cancellation with no normative residue are cases in which no such disobedience is generated, that is, the *pacta sunt servada* ceases to be normatively relevant. For example, suppose I promise a friend to paint his house, but then I find out that his house collapsed. In this scenario, the obligation to fulfill my promise is cancelled (it is irrelevant) and I will not have to give an apology for not going to paint. This would be a different case than, for example, not going to paint because my mother became severely ill and I decided to take care of her. In the latter case I will have to apologize for not going to paint (see Sinnott-Armstrong 2006: 68-69, 215). In other words, the difference between cancellation and justification will be determined by answering the question of whether the defeated norm still applies to the individual case or not. If it is still applicable, then countervailing duties may be triggered (if any).

antine norm. What the interpreter implies is that it is accepted that both individuals are in breach of the quarantine norm. Moreover, in the face of such a breach, the interpreter may establish several compensatory duties (either through a comprehensive interpretation of another norm within the normative system or through an act of judicial creation of law). Such compensatory duties could be, for example: i) the duty not to stay on the street for more than a certain time; ii) the duty to notify the local health authority in advance of leaving the street; iii) the duty to stay away from other people; and others. As we can see, this would be another way to solve the situation.

The difference between internal defeasibility and external defeasibility can be used to show different kinds of judicial creation of implicit exceptions. In other words, to say that the judge defeated the rule regulating quarantine is an ambiguous expression: it may imply that he cancelled it (rendered it irrelevant) or that he overrode it (rendered it inapplicable, but not irrelevant).

4. Conclusions

Legal theorists often characterise norms as “defeasible” to express that they are subject to implicit exceptions. The presentation of such a characterisation has taken place in different theoretical languages and in different discussions. From a meta-theoretical point of view, we can distinguish between authors who have conceptualised defeasibility as part of theories for identifying legal norms (Riccardo Guastini and Frederick Schauer), for representing the structure of legal norms (Carlos Alchourrón) and for resolving conflicts between norms (Andrea Dolcetti together with Giovanni Battista Ratti).

Given this diversity of conceptualisation proposals, this paper is concerned with the question of whether all these theories use the same concept (which is only approximated from different theoretical languages) or whether they use the same term to represent different concepts. In this context, I have argued that the main conceptualisations of defeasibility can be better understood if we distinguish them into two senses of defeasibility: internal defeasibility and external defeasibility.

Those who are interested in internal defeasibility argue that the creation of exceptions to a norm is a process and a result of a restrictive, corrective reinterpretation of a normative text. While using different theoretical vocabularies, they all agree that judges first establish a *prima facie* meaning. This meaning is then evaluated in conjunction with other possible meanings to determine which one is correct (according to their assumed systemic or inter-systemic criteria of correctness). Finally, they all consider that “defeating a norm” is a way of representing the actions necessary to avoid choosing the *prima facie* meaning in an interpretive process and instead choose another meaning that contains more distinctions in the antecedent.

The defeated meaning is cancelled, i.e. it is considered irrelevant for the regulation of the individual case. It is therefore a meaning that cannot be violated and that is not capable of generating compensatory duties (or moral residues).

Those who are interested in external defeasibility argue that the creation of exceptions to a norm is a process and a result of identifying a norm that is relevant to the individual case but must not be used to justify an institutional decision. While using different theoretical vocabularies, they all agree that judges first identify a microsystem of norms that is applicable to and inconsistent with the individual case. To resolve this inconsistency, they create a third norm that establishes a preferential relationship between the conflicting norms. The defeating norm is the preferred norm (and must be used as the normative premise for the decision) and the defeated norm is the non-preferred norm (and must not be used as the normative premise for the decision). It should be made clear that this defeated norm does not lose its identity, as it remains relevant to regulate behaviour in a way that can be violated and, in view of this, is apt to generate compensatory duties (or moral residues).

In this sense, if a norm is internally defeasible it doesn't inform us about its external defeasibility. Each account has different features and does not imply the other. A norm can be both internally defeasible and externally indefeasible and viceversa (?).

Finally, it is concluded that the defeasibility of a norm (whether in the internal or external sense) is not a property of norms, but a concept that represents a series of operations (and their results) performed by interpreters. The difference lies in whether it is an interpretative operation carried out with possible meanings or whether it is an ordering operation carried out with an identified norm.

Bibliography

- Alarcón Cabrera, C. (1990). *La paradoja de los "imperativos contrarios-al-deber": una muestra de la evolución de G.H. Von Wright*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 8, 187-219.
- Alchourrón, C. (2010 [1993]). *Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables*, in Id., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, 77-128.
- Alchourrón, C. (2010 [1996a]). *Para una lógica de razones prima facie*, in Id., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, 129-139.
- Alchourrón, C. (2010 [1996b]). *Separación y derrotabilidad en lógica deóntica*, in Id., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, 141-154.
- Alchourrón, C. (2010 [1996c]). *Sobre derecho y lógica*, in Id., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, 155-176.

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1991 [1983]). *Definiciones y normas*, in Id., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 439-463.
- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1991 [1989]). *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, in Id., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 303-328.
- Alchourrón, C., Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Astrea.
- Atria, F. (2001). *On law and legal reasoning*, Portland, Hart Publishing.
- Araujo Kurth, M. (2013). *Selected thematic bibliography of work on defeasibility in philosophy and related disciplines*, in C. Blöser, M., Janvid, H. Matthiessen, M. Willaschek, (eds.), *Defeasibility in philosophy, Knowledge, agency, responsibility, and the law*, Amsterdam, Rodopi, 217-257.
- Araszkievicz, M. (2015). *Legal Rules: Defeasible or Indefeasible?*, in M. Araszkievicz, P. Banaś, T., Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, (eds.), *Problems of normativity, rules and rule-following*, Cham, Springer, 415-432.
- Ausín, T. (2005). *Entre la lógica y el Derecho. Paradojas y conflictos normativos*, Madrid, Plaza y Valdez.
- Bayón, J. (1991). *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC.
- Bayón, J. (2003). *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, in J. Bayón, J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 263-311.
- Baker, G. (1977). *Defeasibility and Meaning*, in Hacker, P.M.S., Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon, 26-57.
- Barth, E., Krabbe, E. (1982). *From Axiom to Dialogue. A philosophical study of logics and argumentation*, Berlin, Walter de Gruyter.
- Botterell A. (2009). *A Primer on the Distinction between Justification and Excuse*, «Philosophy Compass», 4, 1, 2009, 172-196.
- Brożek, B. (2004). *Defeasibility of Legal Reasoning*. Cracovia, Zakamycze.
- Brummer, J. (1996). *The structure of residual obligations*, «Journal of social philosophy», 27, 3, 164-80.
- Bulygin, E. (1991 [1989]). *Tiempo y validez*, in Id., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 195-214.
- Chiassoni, P. (2012). *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, in J. Ferrer, G.B. Ratti, (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 151-181.
- Chisholm R., (1974). *Reply to comments*, in S. Korner (ed.), *Practical Reason*, New Haven, Yale University Press, 41-53.
- Dolcetti, A., Ratti, G.B. (2016). *La derrotabilidad jurídica como relación sistemática compleja*, «Analisi e Diritto», 16, 35-44.

- Dolcetti, A., Ratti, G.B. (2020). *Derogation and defeasibility in international law* in L. Bartels, F. Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 108-125.
- Duarte d'Almeida, L. (2015). *Allowing for exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Feinberg J. (1978). *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, «Philosophy and Public Affairs», 7, 93-123.
- Ferrer, J., Ratti, G.B. (2012). *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press.
- Ferrer, J., Rodríguez, J. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.
- Finkelstein, C. (2000). *When the rule swallows the exception*, «Penn Law: Legal Scholarship Repository», 19, 147-75.
- García Yzaguirre, V. (2020a). *Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes*, «Doxa. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», 42, 115-34.
- García Yzaguirre, V. (2020b). *La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart*, «Ius et Praxis», 26, 2, 125-46.
- García Yzaguirre, V. (2021a). *Antecedente de las normas y excepciones implícitas*, «Diritto e Questioni Pubbliche», XXI, 217-38.
- García Yzaguirre, V. (2021b). *Derrotabilidad procedimental y la creación de excepciones*. *Apuntes críticos*, «Revista Telemática de Filosofía del Derecho», 24, 97-118.
- García Yzaguirre, V. (2022). *Conflictos entre normas y derrotabilidad: una propuesta de análisis*, Madrid, Colex.
- Guastini, R. (2012). *Defeasibility, axiological gaps, and interpretation*, in J. Ferrer, G.B. Ratti (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 182-92.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*, Madrid. Marcial Pons.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar* (2da edición), Madrid, CEPC.
- Hage, J. (2005). *Studies in legal logic*, Dordrecht, Springer.
- Hart, H.L.A. (1948-1949). *The Adscription of Responsibility and Rights*, «Proceedings of the Aristotelian Society», 49, 171-94.
- Hintikka, J. (1969). *Models for Modalities, Selected Essays*, Dordrecht, Springer.
- Kersic, M., García Yzaguirre, V. (2021). *El “peso” de los principios: descifrando la metáfora*, «Ius et Praxis», 28, 1, 162-179.
- Luzzati, C. (2018). *Scale e serpenti, anzi: scale mobili e bilance: Una riflessione posi-*

- tivistica sulla defeasibility*, in P. Chiassoni, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol. II*, Madrid, Marcial Pons, 327-46.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press.
- MacCormick, N. (1995). *Defeasibility on law and logic*, in Z. Bankowski, I. White, U. Hahn (eds.), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Dordrecht, Springer, 99-118.
- MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra.
- Makinson, D. (1999). *On a fundamental problem of deontic logic*, in P. McNamara, H. Prakken (eds.), *Norms, logics and information systems*, Amsterdam, IOS Press, 29-53.
- Moreso, J.J., Navarro, P. (1996). *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, «Isonomía», 5, 119-139.
- Navarro, P., Rodríguez, J. (2000). *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, «Isonomía», 13, 61-85.
- Navarro, P., Rodríguez, J. (2014). *Deontic logic and legal systems*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Navarro, P., Orunesu, C., Rodríguez, J., Sucar, G. (2004). *Applicability of legal norms*, «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 17, 2, 337-59.
- Palladino, D. Palladino, C. (2007). *Logiche non classiche*, Roma, Carocci.
- Pérez Bermejo, J. (2012). *Principles, Conflicts, and Defeats: An Approach from a Coherentist Theory*, in J. Ferrer, G.B. Ratti, (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 288-308.
- Poggi, F. (2021). *Defeasibility, Law, and Argumentation: A Critical View from an Interpretative Standpoint*, «Argumentation», 35, 409-34.
- Prakken, H., Sartor, G. (2009). *A logical analysis of the burden of proof*, in H. Kaptein, H. Prakken, B. Veheij (eds.), *Legal evidence and proof. Statistics, stories, logic*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 223-254.
- Raz, J. (1974). *Comment: 'Reason, requirements and practical conflicts*, in S. Korner, (ed.), *Practical Reason*, New Haven, Yale University Press, 22-35.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*, Ciudad de México, UNAM.
- Redondo, M.C. (2012). *Reasons for Action and Defeasibility*, in J. Ferrer, G.B. Ratti (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 309-325.
- Rodríguez, J. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEPC.
- Rodríguez, J. (2017). *Defeasibility and burden of proof*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLVII, 1, 243-57.
- Rodríguez, J. (2012). *Against defeasibility of legal rules*, in J. Ferrer, G.B. Ratti,

- (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 89-107.
- Rodríguez, J., Sucar, G. (2003). *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, in J. Rodríguez, J. Bayón, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 103-153.
- Sartor, G. (1995). *Defeasibility in legal reasoning*, in Z. Bankowski, I. White, U., Hahn (eds.), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Dordrecht, Springer, 119-158.
- Sartor, G. (2018). *Defeasibility in law*, in G. Bongiovanni, G. Postema, A. Rotolo, G. Sartor, Ch. Valentini, D. Walton, (eds.), *Handbook of legal reasoning and argumentation*, Dordrecht, Springer, 315-364.
- Schauer, F. (1991). *Exceptions*, «The University of Chicago Law Review», 58, 3, 871-99.
- Schauer, F. (1998). *On the Supposed Defeasibility of Legal Rules*, «Current Legal Problems», 51, 1, 223-240.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons.
- Schauer, F. (2012). *Is defeasibility an essential property of law?*, in J. Ferrer, G.B. Ratti (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 77-88.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- Schauer, F. (2020). *Rules, defeasibility, and the psychology of exceptions*, in L. Bartels, F. Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 55-64.
- Sinnot-Armstrong, W. (2006). *Moral skepticisms*, Oxford, Oxford University Press.
- Soeteman, A. (1995). *Formal Aspects of Legal Reasoning*, «Argumentation», 9, 731-746.
- Susskind, R. (1987). *Expert Systems in Law. A jurisprudential inquiry*, Oxford, Clarendon Press.
- Soeteman, A. (1989). *Logic in law, remarks on logic and rationality in normative reasoning, especially in law*, Dordrecht, Springer.
- Thomson, J.J. (1986). *Rights, restitution, and risk*, Cambridge, Harvard University Press.
- Vranas, P. (2018). "Ought" Implies "Can" but Does Not Imply "Must": An Asymmetry between Becoming Infeasible and Becoming Overridden, «Philosophical review», 127, 4, 487-514.
- Von Wright, G. (1963). *The logic of preference*, Edimburgo, Edinburgh University Press.

- Von Wright, G. (1970). *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos.
- Williams, B. (1973). *Problems of the self. Philosophical papers 1956-1972*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Williams, B. (1979). *Conflict of values*, in A. Ryan (ed.), *The idea of Freedom. Essays in honor of Isaiah Berlin*, Oxford, Oxford University Press, 221-32.

A Short Lesson on Equality under the Italian Constitution

*Riccardo Guastini**

Abstract

The paper bears upon the double constitutional provision on equality, legal and social respectively, in the Italian legal system, mainly from the standpoint of the theory of legal interpretation. As to legal equality, five main subjects are discussed: (1) the addressee of the equality clause; (2) the question whether such a clause expresses a rule or a principle; (3) the Constitutional Court's interpretation that construes equality, understood as a principle, as a requirement of reasonableness of legislation; (4) the way in which equality works as a gap creating machine and the nature of axiological gaps; (5) how the equality clause is used to justify constitutional rule-adding decisions, i.e., decisions that introduce new rules into the legal system. As to social equality, the paper argues that the corresponding constitutional clause amounts to a political directive of equalization (addressed to the legislature), which justifies affirmative actions but is in conflict with legal equality.

Keywords: Equality, Legal and Social. Reasonableness of Legislation. Axiological Gaps. Rule-adding Constitutional Decisions. Equalization. Affirmative Actions.

0. I'm supposed to be a legal philosopher. So, maybe you expect from me some kind of philosophical insight into the concept and/or the conceptions of equality. If this is the case, you will be deceived. In my view, the concept as well as the conceptions of equality do not deserve much analytical effort.

On the one hand, the concept of equality, as far as I can see, is an elementary ("primitive", "atomic") concept, i.e., a concept that does not admit of further analysis, but in turn can be used in the logical analysis of other complex ("molecular") concepts – e.g., political equality, social equality, legal equality, and the like.

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, guastini@unige.it.

Apart from the obvious conceptual differences between “equality” and “obligation” (e.g., “obligation” is a property while “equality” is a relation), equality in the realm of legal or political philosophy seems to have more or less the same logical status, as the concept of obligation in deontic language: in the sense that one can use “obligation” to define “prohibition” and “permission”, as one can use “equality” to define inequality as well as sex-equality, wage-equality, and so on.

On the other hand, the different conceptions of equality can be easily identified by the following simple test. Given a sentence of the form “A is equal to B”, one should ask – what are the criteria (in most cases normative criteria, indeed) of equality adopted or tacitly presupposed? For example: do A and B have the same social status? do or should they have the same legal rights? and so on. The answers to such a question reveal the different conceptions of equality at play.

But the subject of this speech is not philosophical – it is a look at the constitutional provision on equality in the Italian legal system, mainly from the standpoint of the theory of legal interpretation.

1. Article 3, paragraph 1, of the Italian Constitution reads: «All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, and personal or social condition».

Now, the first question to ask is – who is the addressee of this constitutional provision? I guess that the popular answer would be: the judiciary. Judges are under the obligation to apply the laws to all citizens and, in particular, they are forbidden to discriminate between citizens because of gender, race, religion, etc.

Nonetheless, this would be a naïve answer. Article 101, paragraph 2, of the same Constitution states that judges are subject to the law, i.e., they are under the obligation to apply the laws (namely parliamentary acts). Suppose a law ascribing a certain right to all citizens: “Every citizen has the right x”. And suppose a judicial decision which does not apply this law to a particular citizen or class of citizens, i.e., denies a citizen or class of citizens the right in question. It is quite clear, I think, that such a decision would not directly violate the equality clause of the Constitution but infringes the law itself and therefore the judicial obligation to apply the law: hence, it infringes article 101, not article 3.

The obvious conclusion of this argument is that the equality clause is primarily addressed not to judges, but to lawgivers. (One should not forget that we are talking about a rigid constitution that may not be infringed by the legislature.)

Equality is a constitutional right ascribed to citizens against the lawgiver – namely, a second-order right, whose content is the (equal) distribution of legal rights.

At the same time, however, the equality clause is not completely meaningless regarding judicial application of the law. This is so, since, under this clause, judges are prohibited to introduce into the law – what they often do, in fact, by means

of the rhetoric argument called “distinguishing” – any distinction, any “implicit” exception, that is not expressly provided for by the law itself.

2. I have been speaking of a constitutional “provision” or “clause” and have so far carefully avoided using such words like “rule” and “principle”. Nevertheless, it is interesting to address the question of whether the provision at stake expresses a rule or a principle.

I assume – in an almost Dworkinian mood – that rules and principles are provided with different logical forms in such a way that they behave differently in legal reasoning.

In particular, rules are indefeasible conditional sentences that connect some legal consequence (e.g., a sanction, the birth of a right or an obligation, etc.) to a class of cases, and they apply to all the cases stated in the antecedent. When a rule conflicts with another rule, one of the two is tacitly repealed or definitely invalid (on the basis of either the “lex posterior” or the “lex superior” rules as the case may be).

Principles, in turn, have no antecedent, hence no definite conditions of application. Moreover, any principle, *de facto*, is almost always in conflict with some other principle without therefore being invalid or repealed. This is the reason why the application of any principle almost always requires weighing or balancing. This amounts to say that every principle is defeasible, i.e., subject to implicit exceptions not identifiable *ex ante*, which depend precisely on the coexistence of other (conflicting) principles.

At a first glance the constitutional clause I am talking about looks like a rule or, better, a set of rules – “The legislature is forbidden to distinguish between citizens because of their sex”, “The legislature is forbidden to distinguish between citizens because of their language”, and so on. Nonetheless, jurists and judges regard it as a principle. Why? In my view, this is so for two independent but converging reasons.

In the first place, jurists and judges ascribe to this provision a special political or ethical value – they assume equality to be a characterizing feature of the legal system, a value that defines the very axiological identity of such a system. And, as far as I can see, this is precisely the very core of the juristic concept of “principle”, regardless of the logical form of the legal sentences involved.

In the second place, the equality clause was actually treated as a principle – in the sense stipulated above – by the Constitutional Court.

In fact, since the Sixties of the last century, the Constitutional Court construes article 3.1. echoing the Aristotelian conception of equality – equal cases ought to be treated equally, different cases ought to be treated differently.

This construction changes the prohibition of certain specific discriminations (sex, race, language, and so on) into a completely generic prohibition – in fact, a prohibition that is almost devoid of any normative content due to the absence of any distinguishing criteria. At most, under such a construction, the Constitution only

requires “general” laws, i.e., laws formulated with the universal quantifier (“all”), which consequently apply to classes of cases, not to individual cases.

However, it is a matter of course that, in a sense, the murderer and the murdered, the plaintiff and the defendant, the owner and the non-owner, etc., cannot be legally treated exactly in the same way – that would make no sense. The law cannot fail to distinguish somehow cases from cases. But this is precisely the problem, not the solution.

The Court’s construction changes the concept of equality into the concept of “reasonableness”.

Which legislative distinctions are reasonable, and which are not? Which cases are equal to which others? Are rail transports and road transports workers equal or different from the point of view, say, of the age of retirement? Are small industries and big corporations equal or different as regards income tax? Are men and women equal or different with respect to night work?

Any answer to such questions is left entirely to the evaluations of the Court – the only judge of the reasonableness of a law is but the Constitutional Court itself.

3. Two relevant consequences of this construction must be stressed.

In the first place, under this construction, the equality clause results “open” in the following sense. The constitution does not forbid a definite set of discriminations (sex, language, religion, etc.) – it just forbids discriminating equal (assumedly equal) situations or cases in general. The list of forbidden discriminations provides just a set of examples – it specifies the prohibition of discrimination but does not exhaust it.

Any discrimination that does not look reasonable – i.e., justified by the “objective” diversity of the situations concerned – is prohibited, beyond those expressly mentioned criteria. In fact, an “open” (in this sense) antecedent is logically equivalent to no antecedent at all.

In the second place, the equality clause, understood in this way, is defeasible – those expressly forbidden discriminations (sex, race, language, etc.) are not strictly binding. In the sense that such prohibitions are subject to implicit exceptions that cannot be specified in advance, depending on the cases submitted to the constitutional judge.

In other words, it is not excluded that a law distinguishing (hence discriminating) according to sex, race, language, or religion is nevertheless in accordance with the Constitution – provided that the distinction is reasonable, i.e., “justified” in the eyes of the Court.

Summing up:

- (a) on the one hand – open antecedent – it may happen that a law is unconstitutional although distinguishing between citizens for reasons other than those expressly enumerated by the equality clause (age, for example);

(b) on the other hand – defeasibility – it may happen that a law is not unconstitutional although distinguishing between citizens precisely for one of the expressly enumerated reasons (sex, for example).

It is true that the “personal condition” clause (the last clause mentioned in the text of article 3.1.) is all-encompassing and so allows us to maintain that the constitutional provision has an open antecedent, but there is no textual basis to maintain that the provision is also defeasible. The implicit exceptions (such that, e.g., in certain circumstances a distinction on the basis of sex is, despite everything, constitutionally justified) depend entirely on the value judgments endorsed by the constitutional judge.

The judge of reasonableness being the Constitutional Court, the mentioned construction of the equality clause results in a shift of normative powers from the (representative) legislature to the (non-representative) Court.

The principle of reasonableness requires, of course, that it be specified according to different circumstances. To specify a principle is to derive from it a definite rule – indefeasible and provided with a closed antecedent. Let me mention some examples.

Is the ban of night work for women justified, or does it amount to an unjustified discrimination (against male workers)? Is it justified to provide for a quota of female candidates on the electoral lists of municipal councils, or does it amount to an unjustified discrimination (of potential male candidates)? Is it justified to provide financial measures in favour of female entrepreneurship, or does it amount to an unjustified discrimination (against male entrepreneurs)?

It is important to understand that the principle of equality says nothing at all about night work, the composition of electoral lists, or corporate financing.

In order to make the comparison between the principle of equality and the rule (for example) on the electoral lists possible, one must derive from the principle an implicit (i.e., unexpressed) rule – a logically closed and indefeasible rule – which governs the same class of cases (namely, the composition of the electoral lists) of the rule whose constitutionality is under discussion. The same can be said for night work, business financing, and so on.

4. The principle of equality, understood in this way, is a powerful machine for creating axiological gaps. Generally speaking, an “axiological gap” consists not in the lack of a rule regulating the case at hand, but in the lack of a rule that should regulate the case differently from how it is actually regulated. A rule that does not exist in the legal system but should exist according to the subjective ethical-political preferences (axiological preferences therefore) of the judge.

A special case of axiological gap is the lack of a rule that should exist because it is required precisely by the principle of equality.

It happens that a case (I mean, a class of cases) is, in fact, governed by a certain rule – in such a way that no “proper” gap exists – but that rule does not meet the

requirements of the principle of equality. Let me give you a couple of imaginary examples.

- (a) The law has generally granted a tax relief to businesses. In doing so, the law failed to distinguish two subclasses within the class of businesses – such as “large” and “small” companies, for example – which, because (according to the judge’s opinion) they differ “substantially”, require different regulations. In such a circumstance, the gap consists in the absence of a “differentiating” rule – a rule which should attach a different legal consequence to one or the other of the two subclasses of cases.
- (b) The law has provided a certain pension treatment for bus drivers. In doing so, the legislature did not consider another class of workers, the streetcar drivers who, being (in the judge’s opinion) “substantially” equal to the class of bus drivers, would require the same pension treatment. In such a case, the gap consists in the lack of an “equalizing” rule that should also grant streetcar drivers the same pension treatment.

In a sense, the two examples examined are axiologically equivalent, since in both cases the principle of equality (construed in the way I tried to clarify) is violated – the lawgiver has the constitutional double obligation to treat like cases alike, and to treat unlike cases differently. In both cases, therefore, a rule is missing – it is an omission of the lawgiver.

In the first example there is a lack of a “differentiating” rule, since different cases ought to be treated differently – the lawgiver did not take into consideration a “substantial” or “significant” difference between two classes of cases (large and small companies, respectively) and has established the same regulation for both, failing to distinguish between them.

In the second example, there is a lack of an “equalizing” rule, since equal cases ought to be treated in the same way – the lawgiver, in regulating a given class of cases (bus drivers), has failed to regulate in the same way another class of cases (streetcar drivers), considered by the judge to be “substantially” equal to the first, failing to connect the same legal consequence to this second class as well.

5. Axiological gaps are the very source of a special class of constitutional decisions – the so-called “rule-adding” decisions.

In normal cases, when a legislative provision submitted to constitutional review is held incompatible with the constitution and hence declared unconstitutional (invalid, null and void), the Court’s decision has the systemic effect of expelling such a provision from the legal system. In this sense the Court, as Kelsen maintained, acts as a “negative legislator”. A pre-existing provision is subtracted from the system.

Rule-adding decisions are quite different in contents and effect. In such decisions a legislative provision is declared unconstitutional “in the part in which it does not provide for” something (e.g., a right) that it ought to provide for in order

to be in accordance with the constitution.

Suppose (an imaginary example, once again, for the sake of simplicity) that a legislative rule ascribes a right to a given class of subjects, e.g., bus drivers, and that it omits ascribing the same right on a different class of subjects, e.g., streetcar drivers. Suppose moreover that, according to the opinion of the Constitutional Court, the two classes of subjects are equal and therefore deserve an equal treatment. The rule in question is unconstitutional for violating the principle of equality, as it fails to ascribe that same right to streetcar drivers, too. Hence, such a rule should be declared unconstitutional – subtracted from the legal system.

In such cases, however, the Court does not declare unconstitutional the rule at stake, which would have as a consequence the loss of the right in question for bus drivers. The Court makes an entirely different decision – it states that the rule in question is unconstitutional as it does not extend the same right to streetcar drivers as well.

It is easy to understand that this decision is not, properly speaking, a declaration of unconstitutionality, since the right of bus drivers is by no means cancelled by the Court – bus drivers retain the right at stake (this would not be the case if that rule would be declared unconstitutional). In fact, such decisions do not in any way affect the rule that, apparently, they declare unconstitutional, since they do not bear on the existing rule but rather, paradoxically, they bear on an “absent” rule – a rule definitely unexpressed, in fact non-existent to this day.

What the Court actually does in this way is introducing into the legal system a new, apocryphal, legislative rule, which ascribes the right in question also to streetcar drivers. The law stated: (R1) “If bus drivers, then right x”; the Court adds: (R2) “If streetcar drivers, then right x”.

In such cases the Court turns into a “positive legislator”. And that is how the equality argument often works in the Court’s reasoning.

6. Article 3, paragraph 2, of the Italian Constitution provides: «The Republic has the duty to remove all economic and social obstacles that, by limiting the freedom and equality of citizens, prevent full individual development and the participation of all workers in the political, economic, and social organization of the country».

Clearly, the Constitution speaks here of social, *de facto*, equality, which conceptually has nothing to do with legal equality provided for in the first paragraph of the same article. Legal and social equality are not two species of the same genus – they belong to different conceptions (normative conceptions, indeed) of equality.

The first paragraph of article 3 makes citizens equal in their rights. The second paragraph assumes that citizens are not (or states, as it were, that they are not) as far as social facts are concerned. By virtue of the first paragraph, citizens are legally equal, *de jure*. The second paragraph recommends (to the lawgiver, and more generally to the public authorities) to make them equal not legally, but socially, since they are not socially equal.

It is, in short, a directive of legal policy, according to which citizens are to be made (by legal means) socially equal: the social, extra-legal, difference between them should be not preserved, but removed by the law.

If the principle of legal equality requires the lawgiver to make abstraction from differences (namely from certain named differences: gender, race, etc.), the political directive to equalize recommends precisely to take into account the differences that run between people, by reason of their belonging to different social (or ethnic, or linguistic, etc.) groups, in order to remove them, or rather in order to remove the unfavourable consequences that result from them. In short, the equalizing directive requires the legislator to take into account the disadvantages weighing on different social groups. And equalization comes precisely by the elimination (or at least the reduction), if not of social differences, then at least of the unfavourable consequences resulting from such differences. In short, the provision at stake draws a legislative program, recommending policies of social equalization.

If the legislature fails to follow this directive, we have, once more, an omission by the legislature, but this omission is entirely different from the kind of omission that we encountered before. In a different context we encountered omissions *in legislating*, omissions of a provision within a law. Here we have lack of laws – omissions *to legislate*. In a sense, omissions of this kind, too, amount to gaps in ordinary legislation, gaps in the legal system, which violate the constitution. The difference lies in this: omissions of the first kind (lack of a provision within a law) may be somehow “sanctioned” by the Court by means of rule-adding decisions; while omissions of the second kind may not – there is no law here on which the Court can rule, and on the other hand the Court may not legislate on its own.

7. It seems obvious that the means to equalize (socially) those who are not (socially) equal or disadvantaged by legal instruments is to grant legal advantages to the socially disadvantaged, i.e., to distribute rights unequally.

In other words, a typical legal instrument to eliminate extra-legal differences is, paradoxically, the adoption of differentiated legal regulations – *differentiating* rules. The goal is social equality (broadly understood); the means is, as Karl Marx claimed, “unequal laws”, i.e., legal inequality. For example, female quotas in hiring and electoral lists; reservations for the disabled in job assignment; reservations for the disabled in career advancement; quotas for ethnic minorities in schools or universities; etc. – in other words, “affirmative actions”, that some people believe amount to reverse discrimination (for example, a law mandating quotas for women would amount to discrimination against males, a law favouring the disabled would amount to discrimination against the nondisabled, etc.).

Affirmative actions implement paragraph 2 of article 3 but are in conflict with paragraph 1. The principle of legal equality requires the equal distribution of rights and excludes any form of discrimination; the principle of social equalization, on the

contrary, admits of “positive” discrimination, the unequal distribution of rights, in order to remove social inequalities.

In these circumstances, the Constitutional Court can do nothing but a “balance” between the two principles – equality and equalization, respectively.

The balancing (or weighing) consists in establishing between the two conflicting principles – which have the same rank in the formal hierarchy of legal sources (both are constitutional provisions) – an axiological hierarchy, deciding that in that given case a principle prevails over (has more value than) the other. However, these hierarchies of values, constructed by the constitutional judge, are unstable. Sometimes one principle prevails, sometimes the other, depending on the case at hand.

For example, in the case of measures in favour of female entrepreneurship, the Court considered the principle of equalization prevailing. The same happened in the case of more favourable treatment for workers within the labour process. On the contrary, in the case of night work for women and – before the double constitutional amendment of 2001 and 2003 – in that of the quotas of female candidates on the electoral lists of local councils, the Court considered that the principle of equality takes precedence (arguing that no discrimination is permissible, in the case of quotas, since it would affect a “fundamental right”, viz. the right to be elected to representative bodies).

In most cases, the Court uses paragraph 2 of article 3 as a criterion for assessing the reasonableness of an exception to paragraph 1 (i.e., to equality of rights). An exception – the ascription of unequal rights – is justified when, considering the actual circumstances, it is aimed at removing social inequalities. For example, a tax law provides that the taxpayer, in order to challenge a tax injunction before a judge, should first pay the required tax. The rule is egalitarian: it applies equally to everyone, haves and have-nots. But, in this way, it prevents the have-nots from exercising their right to sue. The Court deemed it unreasonable to treat the two classes of subjects in the same way in the light of paragraph 2 of article 3.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2023