

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERPRETATION AND CONSTRUCTION OF THE LAW

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

*Profesor Titular de Universidad
Universidade de Santiago de Compostela
joaquin.rodriguez-toubes@usc.es*

RESUMEN

Los términos «interpretación» y «construcción» referidos al derecho se entienden y aplican de maneras diversas entre los juristas; y esta discrepancia a veces está enraizada en una diferente concepción jurídica. Este trabajo se ocupa en concreto de un desacuerdo bastante novedoso en la teoría jurídica, que enfrenta a quienes conciben el derecho como un proceso con quienes lo conciben como un producto. La llamada «teoría interpretativa» del derecho desafía los presupuestos doctrinales del común de los juristas, según los cuales el derecho es el objeto de la interpretación, y no su resultado; pero con ello socava la pretensión de que el fin de la interpretación es decir el derecho. Frente a esto, se sostiene que interpretar el derecho es atribuir significado a sus fuentes, sea solo con claves lingüísticas o también con fundamentos de otro tipo; y que construir el derecho es darle un contenido que no tenía, ya sea al crear nuevas normas autorizadamente o ya sea al corregir las existentes.

PALABRAS CLAVE

Interpretación, construcción, argumentación, creación.

ABSTRACT

The terms «interpretation» and «construction» pertaining the law are understood and used in various ways among jurists; and this divergence is sometimes rooted in a different legal conception. This paper deals in particular with a fairly new disagreement in legal theory, which confronts those who think of law as a process with those who see it as a product. The so-called «interpretive theory» of law challenges the common doctrinal assumptions among lawyers, according to which the law is the object of interpretation, and not its result; but doing so it undermines the claim that the purpose of interpretation is to declare the law. Instead, it is argued that interpreting the law is to attribute meaning to its sources, either only with linguistic keys or also with other kind of arguments; and that to construe the law is to give it content that it did not have, either by creating new norms authoritatively or by correcting existing ones.

KEY WORDS

Interpretation, construction, argumentation, development.

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Profesor Titular de Universidad
Universidade de Santiago de Compostela
joaquin.rodriguez-toubes@usc.es

Sumario: 1. Introducción. 2. Una nueva pregunta. 3. La interpretación constructiva. 3.1. El derecho como argumentación y la argumentación sobre el derecho. 3.2. Dificultades de la concepción constructivista (de la interpretación) del derecho. 3.2.1. Preteoría: concepto. 3.2.2. Teoría: concepciones. 3.2.3. Práctica: contenido. 4. Tres distinciones entre interpretar y construir. 4.1. Ihering. 4.2. Guastini. 4.3. Solum. 4.4. Recapitulación. 5. Modos de decir el derecho. 5.1. Interpretación. 5.1.1. Interpretación lingüística. 5.1.2. Interpretación no lingüística. 5.2. Construcción. 5.2.1. Creación de nuevo derecho. 5.2.2 Corrección del derecho existente. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN¹

Entre las discusiones de todo tipo que ha suscitado desde antiguo la interpretación jurídica, una particularmente importante tiene como objeto la misma noción de «interpretación», dado que sintetiza controversias con un denso contenido conceptual y una visible repercusión práctica. El debate sobre cuándo empieza y cuándo termina la interpretación del derecho no es trivial, sino que tiene una fuerte carga sustantiva, y no se puede zanjar como una mera discrepancia semántica, con una estipulación terminológica *ad hoc* («Llamemos *interpretación jurídica* a esto, pero no a *aquello*»). Porque el problema de fondo es la diversidad de percepciones que coexisten entre los juristas respecto de las operaciones intelectuales que involucra —de hecho o idealmente— seguir y aplicar el derecho. Las precisiones terminológicas son útiles para comunicarse efectivamente y progresar en las discusiones, y pueden ayudar mucho a aclarar las ideas, pero no resuelven controversias sustantivas y solo consiguen desplazar la discusión: en vez de debatir qué es la interpretación jurídica, se debate cómo definir «interpretación jurídica». Ahora bien, dicho esto, el uso particular por los juristas de palabras como «interpretación», «construcción» y otras asociadas a las tareas de identificar y aplicar el derecho, así como las distintas teorías doctrinales sobre ellas, son expresiones más o menos conscientes de los principales puntos de vista enfrentados y, por tanto, un buen lugar por donde atacar el problema. Este es el presupuesto de este trabajo, que se propone estudiar y diferenciar las nociones de «interpretación» y de «construcción» empleadas en la metodología jurídica para tener una idea más clara de la propia metodología jurídica, e incluso del derecho mismo.

La última apostilla puede parecer un exceso y, sin embargo, es una tesis crucial para este trabajo y su punto de partida. La tesis es que la diferencia más radical entre las concepciones de la interpretación jurídica y, consiguientemente, entre las distintas versiones de las nociones de «interpretación» y de «construcción» del derecho, se debe a una discrepancia acerca de la idea del derecho mismo: la que separa a quienes ven el derecho como un producto y a quienes lo ven como un proceso. Aunque los debates sobre la interpretación jurídica son antiguos, esta división es bastante novedosa, y por eso presento y discuto aquí este problema como «una nueva pregunta» (§ 2). En cualquier caso, el problema que aborda este trabajo es clásico y recurrente, y no se resolverá de pronto: ¿es posible diferenciar la interpretación de la creación del derecho?

¿Es realista o útil diferenciar entre dos modos de tratar el derecho, uno reactivo, conocido como *interpretación*, que consiste en atribuirle sentido en tanto que producto identificable por medio de determinadas fuentes, y otro proactivo, que no se sujeta a esas fuentes y toma el derecho como un proceso vivo, y que deviene en su *creación, invención, construcción o desarrollo*? Para abordar esta pregunta, discutiré la posibilidad de una «interpretación constructiva» (§ 3), repasaré algunas distinciones doctrinales entre *interpretar* y *construir* (§ 4) y propondré una estructura conceptual que aprovecha esa distinción y que a mi juicio capta plausiblemente qué es y qué no es «decir el derecho» (§ 5).

2. UNA NUEVA PREGUNTA

La naturaleza del derecho ha suscitado desde antiguo muchas perplejidades y discusiones, que básicamente han girado en torno a dos asuntos: su normatividad y su peculiaridad. Estas dos cuestiones fundamentales y complejas sobre el derecho —cuándo, cuánto y por qué es obligado actuar como prescribe y en qué se diferencia de otras fuentes de obligación— se han planteado de diversas maneras y han dado lugar a rivalidades teóricas cambiantes según las épocas. Con todo, algunas preguntas han sido particularmente recurrentes, como las tres que destacó H. L. A. Hart (1961: 6 ss.) sobre la relación del derecho con las normas, con la obligación moral y con la coacción. De hecho, la respuesta a preguntas como estas permitió a los teóricos del derecho distinguir entre concepciones rivales, y en especial entre el *iusnaturalismo*, según el cual el derecho son normas vinculadas con un orden moral objetivo que obligan por su contenido y no por la coacción; y el *positivismo jurídico*, según el cual el derecho puede existir desvinculado de la moral y obligar por razones independientes de su contenido, tales como el seguimiento de una convención social o la sumisión a una autoridad aceptada o impuesta. Sin embargo, como las preguntas persisten y la controversia no se resuelve, muchos juristas rehúyen las alternativas simplificadoras y optan por visiones del derecho complejas que tratan de integrar de alguna manera sus diferentes facetas o *dimensiones*. Pero los problemas acaban aflorando de nuevo al debatir si alguna de estas dimensiones es esencial o más importante que las demás.

En efecto, muchos juristas adoptan un enfoque estructural del derecho, que centra su atención en el entramado de normas que empíricamente tiene fuerza de obligar en la

sociedad —las leyes— y en el modo en que se configura y cambia por actos de voluntad; pero admiten, no obstante, que la existencia de este entramado es un hecho contingente, y que la mejor explicación de su fuerza de obligar es su validez moral. Otros, en cambio, prefieren subrayar los aspectos funcionales del derecho y su sentido como mecanismo de organización social para perseguir ideales de justicia, de bienestar o de realización personal; pero sin desconocer que en la práctica a veces pasan por derecho normas que no cumplen esas funciones ideales o que ni siquiera las persiguen. Y todavía otros, en fin, explican el derecho como un fenómeno social donde importa sobre todo lo que sucede en la práctica, y especialmente quién decide de hecho las normas de conducta y tiene autoridad efectiva para imponerlas; pero en el cual también es significativa la percepción pública de estar siguiendo normas generales con cierta legitimidad moral y no meras órdenes arbitrarias, porque ayuda a explicar el fenómeno de la obediencia estable. Sin embargo, estos enfoques más sofisticados tampoco resuelven el problema, pues dado que destacan una dimensión del derecho sobre las demás son rechazados por quienes lo ven como una realidad compleja compuesta por factores empíricos, valorativos y normativos inextricablemente unidos, donde ninguno de ellos tiene entidad o protagonismo suficiente para desplazar a los demás en una descripción plausible. Por otro lado, a la vez, una visión sumamente integradora y ecléctica sería inaceptable para quienes piensan que la peculiaridad del derecho respecto de las leyes formales, de la moral y del poder no consiste en ser todo eso a la vez (leyes justas impuestas), pues en la práctica el derecho no se concibe de esa manera tan reductiva.

Pues bien, así las cosas, en las últimas décadas ha surgido una nueva pregunta sobre el derecho que revitalizó el debate sobre su naturaleza, porque abrió una vía de discusión inexplorada. La pregunta puede enunciarse así: ¿el derecho es un proceso o un producto? Esta es la cuestión de fondo suscitada por las llamadas teorías interpretativas o argumentativas del derecho, cuyo exponente más célebre ha sido Ronald Dworkin y que entre nosotros han sido defendidas por Manuel Atienza e Isabel Lifante². En la teoría tradicional del derecho, este aparecía como un dato recibido, como una realidad ya dada que había que entender y que era objeto de explicaciones alternativas. Ya se percibiese como un sistema de normas e instituciones, como razones para actuar justificadamente, como meros hechos observables o como fuese, el punto de partida de la reflexión era siempre que el derecho es algo que ya está ahí y que hay que entender tal como es (coincida o no con lo que debe ser). Este presupuesto es precisamente lo que las teorías argumentativas ponen en cuestión.

Podemos representar el punto de vista tradicional sobre el derecho con la teoría de Hart, que muchos consideramos la de mayor rendimiento explicativo. Según ella, el derecho actual (por tanto, sin prejuicio de otras posibles versiones más primitivas) se explica como el resultado de dos prácticas sociales combinadas: *a*) la obediencia habitual de los ciudadanos a las normas que unas autoridades designadas por esas normas consideran válidas y obligatorias jurídicamente, y *b*) el hábito de dichas autoridades de compartir y de aceptar los criterios acerca del modo de producción y del contenido que han de respetar las normas para ser jurídicamente válidas e imponibles. Según esta teoría, entonces, el derecho se entiende mejor como las normas ajustadas a los criterios de validez jurídica aceptados

colectivamente por quienes legalmente y en la práctica son competentes para decir el derecho, señaladamente los jueces³.

Frente a ese enfoque, Dworkin objetó que el derecho no es algo que pueda identificarse de acuerdo con unos determinados criterios compartidos, como si hubiera una regla maestra con la que examinar las candidaturas. Un motivo aducido por Dworkin para rechazar el enfoque de Hart es que esos criterios de validez compartidos por los jueces a veces brillan por su ausencia, porque hay desacuerdos profundos acerca de los fundamentos del derecho, es decir, acerca de cuáles son sus fuentes. Pero la crítica de Dworkin iba todavía más lejos: el inconveniente de la teoría de Hart no es ya que describe el derecho de manera errónea, con datos equivocados, sino sobre todo que el derecho, al menos el que concierne a los juristas, no es algo fijado que pueda describirse, sino más bien una actividad, un proceso: la práctica de determinar las normas que en una determinada comunidad fundamentan el uso de la coacción. Es decir, el derecho no debe verse, al modo de Hart, como un producto que resulta de ciertas prácticas sociales, sino que es en sí mismo una práctica, un proceso. Más específicamente, es una práctica interpretativa, porque consiste en indagar y en argumentar cuáles son las normas de conducta que mejor fundamentan la coacción en una comunidad en un momento dado, tomando en consideración los valores políticos y morales de esa comunidad y las decisiones (legislativas, judiciales, etc.) que adoptó en el pasado y que siguen vigentes. En sus primeros trabajos, Dworkin defendió que el derecho no consiste solo en un conjunto de reglas válidas por su procedencia o *pedigri*, sino también en principios justificativos que valen por su contenido. Sin embargo, su teoría jurídica madura es otra: el derecho no es un conjunto de normas, sino una empresa definida por una actitud intelectual de responsabilidad pública⁴. Con esto no negaba que el derecho se manifiesta en una realidad observable, susceptible de ser descrita con el punto de vista desapegado de un sociólogo o de un historiador; ni que el significado de la palabra «derecho», tal como la usan los hablantes, pueda referir a un producto describible neutralmente por un lexicógrafo. Lo que negaba es que un jurista pueda conocer el contenido del derecho, o teorizar acerca de su naturaleza y sus fuentes, con un enfoque externo, sin comprometerse como un partícipe más con la práctica que persigue entender (Dworkin, 1991: 13-14). En definitiva, el reproche de Dworkin a la teoría jurídica tradicional fue radical: el esfuerzo por explicar la naturaleza del derecho es vano, porque no hay nada objetivo que sea «el derecho» cuyos rasgos puedan identificarse; sino que el derecho es un proceso en construcción y cualquier jurista que quiera conocer qué es y cuál es el derecho ha de implicarse inevitablemente en este proceso constructivo.

El desafío de Dworkin tiene un reflejo claro en la teoría y en la práctica de la interpretación jurídica, que es el terreno que interesa en este trabajo y en el que centraré la discusión. Los problemas más generales acerca de la normatividad y la peculiaridad del derecho quedarán en el trasfondo. Si fijamos la atención en la interpretación jurídica como interés metodológico, el debate entre las teorías jurídicas tradicionales —que explican el derecho en cuanto producto— y las teorías rivales —que presentan el derecho como un proceso— puede plantearse resumidamente como una discusión sobre si decir el derecho requiere interpretarlo o construirlo. Visto así, interpretación y construcción del derecho

se nos presentan como dos actividades distinguibles que permiten diferenciar las teorías jurídicas con las que se asocian. Esta es la premisa de este trabajo, aunque, naturalmente, por «interpretación» y «construcción» no siempre se entiende lo mismo y habrá que hacer algunas precisiones sobre su significado y sus diferencias.

En la línea de Dworkin, también Atienza (2017: 16) defiende entender el derecho como una actividad, una práctica social, «un acontecer, una realidad en formación y analizable en términos de fases o etapas de un proceso», frente a la concepción «normativista», que lo concibe como un objeto, un resultado, «un tipo de realidad ya dada y estructurada de una cierta forma». Sobre esta base conceptual, Atienza (2017: 21) hace esta reflexión:

«[I]nterpretar es (debe verse como) una *actividad* que exige asumir lo que Dworkin ha llamado una “actitud interpretativa”: asumir que ese proceso tiene lugar en el contexto de una práctica a la que da sentido el logro de ciertos fines y valores, de manera que quien interpreta en el contexto de la misma ha de proponerse alcanzar el significado que mejor sirva a esos propósitos; pero permaneciendo dentro de la práctica, esto es, sin desconocer los materiales autoritativos (las normas válidas) que marcan en el Derecho un límite infranqueable: interpretar no es inventar el Derecho».

Esa misma perspectiva, como dije, la comparte Lifante (2018: 217):

«La actividad interpretativa es por tanto una actividad conformadora de la práctica jurídica. El intérprete jurídico es un participante en dicha práctica y no un mero observador de la misma. O, por decirlo en terminología dworkiniana, la interpretación jurídica sería un supuesto de “interpretación colaborativa” en el sentido de que el autor de aquello que se interpreta (las autoridades jurídicas creadoras del Derecho) y el intérprete participarían en un mismo proyecto o empresa (el Derecho) y en este sentido compartirían el propósito general perseguido por el proyecto y ambos tendrían el deber de intentar avanzar en dicho proyecto, mejorándolo en la medida de sus posibilidades».

Como se aprecia, tanto Dworkin como Atienza y Lifante ven la interpretación jurídica como una actividad constructiva, en la cual el intérprete reconoce un producto (la legislación y el resto de las fuentes del derecho, digamos) pero no se limita a precisar y a exponer su contenido tal como le viene dado, sino que ha de embarcarse proactivamente en la tarea de mejorar lo que recibe sin traicionar el proyecto que lo anima. Pero ¿es esto interpretación del derecho o es construcción de nuevo derecho?

3. LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA

3.1. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL DERECHO

¿Defienden los teóricos «constructivistas» una teoría de la interpretación jurídica o un programa de construcción de nuevo derecho? Hay que notar que Dworkin presenta su propuesta como una teoría interpretativa; e insiste repetidamente en que su concepción del derecho es interpretativa. Y los autores que simpatizan con esa propuesta, como Atienza o Lifante, también formulan teorías de la interpretación jurídica. Pero una vez nos adentra-

mos en estas teorías, con sus terminologías y sus matices, vemos que en realidad describen y defienden una identificación del derecho más constructiva y creativa que propiamente interpretativa de una realidad preexistente. Dworkin ve un error los intentos de entender el concepto de derecho por referencia a los criterios que los juristas comparten para identificarlo, al modo en que entendemos el significado de la palabra «derecho» conociendo los criterios compartidos para usarla, porque hay algunos desacuerdos profundos entre los juristas acerca de cómo identificar el derecho y, sobre todo, porque lo que sea el derecho no depende de ninguna convención semántica sobre el uso de la palabra «derecho». Según Dworkin, por el contrario, el derecho es un «concepto interpretativo» por cuanto solo puede determinarse mediante una interpretación. Más concretamente, indagar el concepto y el contenido del derecho es interpretar una práctica social, y se asemeja a la interpretación del arte —dice Dworkin (1991: 50)— en que en ambos casos se busca «interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas» y resultan «formas de interpretación “creativa”»; a diferencia tanto de la interpretación conversacional de lo que alguien dijo, donde importa su intención, como de la interpretación científica de sucesos que nadie creó. Para Dworkin, la interpretación *creativa* de prácticas sociales y del arte no indaga las intenciones de los autores, «no es conversacional sino *constructiva*»; los propósitos a los que da relevancia «no son (fundamentalmente) los de algún autor, sino los del intérprete. A grandes rasgos, la interpretación constructiva consiste en atribuir sentido [*impose purpose*] a algún objeto o práctica para hacerlo el mejor ejemplo posible de la forma o el género al cual se considera que pertenece» (Dworkin, 1991: 52). En resumen, Dworkin defiende que conocer el derecho es una empresa interpretativa *creativa* y *constructiva* que estudia las normas y actuaciones que a primera vista son consideradas jurídicas, indaga y postula el tipo de actividad o práctica de la que forman parte y el sentido (propósito) que tienen, y determina lo que dichas normas y actuaciones prescriben cuando son examinadas, y en su caso corregidas, a la luz del sentido que el intérprete les reconoce.

Insistamos: Dworkin no se limita a decir que conocer el derecho requiere interpretarlo, sino que defiende que la naturaleza del derecho es en sí misma interpretativa. No es que haya interpretación en el derecho, sino que el derecho *es* interpretación: «La práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es *argumentativa*» (Dworkin, 1991: 13). En efecto, Dworkin nos presenta el derecho como una actividad intelectual, como una práctica que persigue determinar el estatuto normativo de los miembros de una comunidad teniendo en cuenta las decisiones y los valores ético-políticos que le son propios. Visto así, el derecho no consiste en las decisiones autorizadas que se tomaron en el grupo social (las leyes promulgadas o las sentencias judiciales dictadas, digamos), ni en los valores perseguidos o los principios y las reglas que los respetan y promueven (las normas socialmente aceptadas o las justificadas moralmente, por ejemplo). El derecho, según esta perspectiva, no es ni un producto social ni un conjunto de razones políticas y morales, sino la empresa (proceso) que da sentido y coherencia a un producto social (las decisiones que se consideran acriticamente «fuentes del derecho») al ponerlo en relación con ciertas razones políticas y morales (aquellas interiorizadas por la comunidad de referencia), y que mediante este combinado determina cuáles son los deberes y los derechos de los ciudadanos y cuándo está justificado imponerlos y asegurarlos por la fuerza. «El derecho de una

comunidad en este enfoque es el esquema de derechos y de responsabilidades que [...] autorizan la coerción porque emanan de las decisiones del pasado adecuadas» (Dworkin, 1991: 93). Con esto quiere decir —si lo entiendo bien— que el derecho no es un sistema de normas que prescribe derechos y responsabilidades, sino la construcción intelectual («el esquema») con que estos se argumentan y determinan. En otras palabras, el derecho no es un producto que fija un decisor, sino un proceso en manos del intérprete.

Ahora bien, si esta empresa intelectual es *constructiva* y *creativa*, porque formula respuestas que no se contienen necesariamente en las fuentes manejadas y que podrían llegar incluso a contradecirlas, ¿es «interpretativa», como la califica Dworkin? Por una parte, esa tarea necesita interpretación, porque comienza examinando materiales jurídicos (las fuentes del derecho admitidas) para reconocer su contenido normativo y los fines que los animan, y para evaluar y comprobar la coherencia de esos materiales y fines con normas y valores más fundamentales. Sin embargo, creo que la tarea propuesta deja de ser interpretativa cuando la evaluación y la comprobación de la coherencia de las fuentes con los principios y valores fundamentales da paso, en una etapa ulterior, a formular la respuesta jurídica con una versión depurada y suplementada (corregida y aumentada) de las normas reconocibles en las fuentes⁵. En esta fase propiamente constructiva —que puede ser plenamente conforme (autorizada) por las fuentes aunque no se ciña a ellas— hay algo más que argumentación *sobre* el derecho: hay creación de derecho. Pensar que toda la interpretación jurídica es constructiva en este sentido es un exceso expuesto a muchas dificultades, como trataré de mostrar.

3.2. DIFICULTADES DE LA CONCEPCIÓN CONSTRUCTIVISTA (DE LA INTERPRETACIÓN) DEL DERECHO

Las teorías constructivistas acerca del derecho y de su interpretación han sido defendidas con razones variadas y sutiles. Los retos que plantean a otras teorías rivales afectan a numerosas cuestiones difíciles deslindar, y que acaso ni siquiera deben deslindarse. Aquí me conformaré con comentar algunos puntos empleando como recurso expositivo una distinción tentativa en tres niveles de análisis jurídico: preteórico, teórico y práctico. Aunque espero que esta distinción sea útil, la hago con muchas cautelas (que planteo en un cuarto nivel, metateórico). Para empezar, son niveles claramente interdependientes: el concepto preteórico de derecho repercute en las teorías sobre su naturaleza y estas en las tesis sobre su contenido, y viceversa. Además, una de las claves metodológicas de las teorías jurídicas constructivistas es precisamente la necesidad de una aproximación holista e integral al derecho que persiga en todo momento hacer de él lo mejor que puede ser, sin solución de continuidad entre teoría y práctica. Por tanto, diferenciar entre niveles de análisis jurídico parece ineficaz para examinar los méritos de un enfoque jurídico que precisamente niega la posibilidad de esa separación⁶. A pesar de estos inconvenientes, por razones de claridad expositiva separaré el análisis preteórico, teórico y práctico del derecho. Muy resumidamente, la distinción se debe a las preguntas que se plantean en cada uno de ellos sobre el derecho,

que respectivamente se refieren a su concepto general, a sus concepciones relevantes y a su contenido.

3.2.1. Preteoría: concepto

Un primer problema planteado por las teorías jurídicas constructivistas se refiere a cómo abordar la comprensión inicial del concepto de derecho. Las teorías del derecho se ocupan del derecho, obviamente, y persiguen entender su naturaleza y sus caracteres; pero como ese objeto de estudio se identifica mediante la propia teoría, parecería que las teorías del derecho estudian un objeto que ellas mismas seleccionan y que tiene los rasgos que ellas deciden. Y si es así, habrá que sospechar que las diferentes teorías del derecho podrían estar refiriéndose a objetos distintos —los conceptos de derecho que cada una preconfigura—, en cuyo caso la controversia entre ellas es solo aparente y engañosa. Para evitar esta circularidad y hacer posible un debate provechoso entre las teorías jurídicas, estas deben aceptar algún concepto compartido de derecho sobre el que desplegar sus concepciones particulares. Necesitamos distinguir, como hace Dworkin (1991: 90), entre un *concepto* abstracto común y pacífico de derecho y una diversidad de *concepciones* teóricas concretas rivales que lo detallan. Pero, asumida esta distinción, ¿cuál puede ser ese *concepto*? Este problema lo clasifico como «preteórico» en tanto que afecta a la determinación del objeto mismo de la teoría del derecho.

Los teóricos del derecho constructivistas, como el propio Dworkin, proponen identificar su objeto de estudio con la misma metodología constructivista, porque entienden que no puede hacerse de otra manera. Frente a la pretensión de identificar un concepto básico de derecho señalando unos criterios de pertenencia a esa categoría, o incluso los criterios de uso correcto de la palabra «derecho», Dworkin opuso que ciertos conceptos morales y políticos, como los de justicia o derecho, son «interpretativos» [*interpretive*], en el sentido de que usamos un concepto así asumiendo que «su uso correcto depende de la mejor justificación del papel que cumple para nosotros» (Dworkin, 2011: 158). Pero esta tesis corre el riesgo de conducir al argumento circular que señalaba antes⁷. Sin ir más lejos, a juicio de Dworkin (1991: 93), el concepto de derecho que interesa al jurista —según la «mejor justificación» que él le encuentra— es el de práctica social que autoriza el uso de la coacción; y las teorías del derecho que importan son concepciones alternativas sobre cómo se cumple mejor esa función. Pero este planteamiento revela un compromiso con el derecho fundado en la función social positiva que se le atribuye. Asume que el derecho es una práctica social con sentido, y toma esta idea preconcebida como punto de partida para delinear su concepto. Por eso el concepto de derecho que propone Dworkin no es en realidad un concepto, sino una concepción⁸.

A mi modo de ver, el mejor candidato para servir de concepto de derecho —susceptible de ser compartido y suficientemente abstracto para no presuponer ya una concepción teórica sobre su naturaleza y caracteres— es el concepto lingüístico de «derecho», es decir, el significado de esa palabra (o sus equivalentes en otras lenguas) tal como lo comprenden los hablantes. Ya apunté que una estrategia alternativa, consistente en destacar algún as-

pecto o alguna función del derecho que cualquiera reconocería como esencial, es fallida porque no consigue eludir la controversia. En cambio, la noción lingüística de «derecho» es agnóstica respecto de cuál sea su esencia si la tiene, porque todas las concepciones la usan y todas contribuyen a darle contenido al usarla. Esto no quiere decir que el derecho sea necesariamente lo que llamamos «derecho» (aunque personalmente tiendo a verlo así), o que la teoría del derecho deba ocuparse del significado de la palabra «derecho». Ni siquiera presupone que el derecho se conciba, y la palabra «derecho» se use, por referencia a unos criterios de uso correcto o habitual, un punto de vista que Dworkin (1991: 45) atribuyó burlonamente a la picadura de un «aguijón semántico». Lo único que quiere decirse al asociar el *concepto* de derecho con la palabra «derecho» es que el lenguaje no impide que concepciones rivales sobre el derecho discutan significativamente cuando todas ellas hablan de «derecho», porque esta palabra es imparcial respecto de muchas concepciones⁹.

3.2.2. Teoría: concepciones

En el nivel de la teoría y de las concepciones jurídicas enfrentadas, las doctrinas constructivistas se caracterizan por adoptar un punto de vista interno y una actitud comprometida hacia el derecho. Este se concibe como una práctica social cuyos fines el jurista debe reconocer y favorecer, como una «empresa colaborativa» en la que la interpretación es un modo más de participar. Esta actitud es encomiable en muchos aspectos: da relevancia al estudio teórico y práctico del derecho y facilita justificar su normatividad. Sin embargo, creo que a fin de cuentas una actitud desapegada hacia el derecho es preferible metodológicamente.

El inconveniente metodológico obvio de comprometerse con el derecho es el riesgo de suprimir del campo de visión lo que estorbe a ese compromiso y, por tanto, de dejar de percibir en el derecho rasgos que también posee. Pensemos en el jurista que describe el derecho teniendo en mente una versión idealizada según la cual derecho persigue el bien común y la realización individual y eso es lo que justifica su autoridad y la obediencia. Por ejemplo, Finnis (1992: 9 ss.) defiende una teoría iusnaturalista atendiendo al supuesto «significado focal» de la noción de derecho, asociado a una versión paradigmática o «caso central» que es conforme a la «razonabilidad práctica». Para tratar de evitar ese sesgo y obtener una imagen más objetiva del derecho, hay que imitar al científico que trata de estudiar con neutralidad los fenómenos. Sin embargo, un enfoque completamente empirista tampoco es recomendable, o siquiera viable, al estudiar el derecho que importa al jurista para interpretarlo. Como se ha dicho repetidamente, si bien cabe estudiar el derecho desde un punto de vista externo, como un fenómeno con manifestaciones y pautas observables, explicables y hasta cierto punto predecibles, para entender el derecho es poco útil prescindir del sentido normativo asociado al punto de vista interno. En todo caso, es inútil para el jurista que quiere entenderlo precisamente *en cuanto fenómeno normativo*. Por eso el punto de vista seguramente más provechoso es uno intermedio entre el totalmente externo (miope) y el comprometido (sesgado). En esta zona intermedia se sitúan los enfoques científicos sobre el derecho —antropológicos, históricos, sociológicos, psicológicos...—, que lo investigan

con actitud *hermenéutica* o *interpretativa*, teniendo muy en cuenta sus rasgos normativos. Con todo, al jurista no le basta saber qué es y cómo es el derecho, sino que busca saber cuál es, qué contenido tiene; y para eso ha de implicarse en la práctica jurídica como partícipe. Pero no es necesario que lo haga aceptando ese contenido como guía de conducta, comprometiéndose con él, sino que puede adoptar un punto de vista *desapegado* que tiene en cuenta y asume el significado normativo del derecho sin necesariamente aprobarlo.

Pues bien, la teoría del derecho puede evitar los dos problemas señalados —los estudios empíricos no hermenéuticos son insuficientes y las representaciones comprometidas son parciales— haciendo suyo el concepto público de derecho. La propuesta es que el teórico del derecho asuma que su objeto de estudio lo determinan las representaciones del común de la gente en un ámbito espacial y temporal dado y no, en cambio, la reflexión cuidada del jurista-filósofo-antropólogo que quiere dar integridad y coherencia a las prácticas sociopolíticas de su comunidad. En cierto modo, estoy postulando lo mismo que Marmor (2005: 112 ss.) cuando aplica el argumento de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas para negar que la identificación del derecho requiera necesariamente indagar o «interpretar» su propósito, frente a lo que sostuvieron antipositivistas como Fuller o Dworkin. Hay un fenómeno público al que llamamos «derecho» que se manifiesta en una práctica social compleja de creación y de seguimiento de normas, y tanto el concepto como el contenido del derecho vienen dados por las contingencias de esa costumbre efectiva y reiterada de usar las normas de una cierta manera, y no por una visión más o menos idealizada del propósito que justifica dicha práctica¹⁰.

3.2.3. Práctica: contenido

A la hora de identificar el contenido del derecho, en el momento de la *determinación del derecho*, como a veces se le llama, la metodología constructivista choca con problemas de circularidad y de debilidad análogos a los que hemos ido viendo. Al concebir el derecho como un proceso, en vez de como un producto, los teóricos constructivistas no pueden contar con las fuentes tradicionales del derecho (la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina...) como apoyo firme para sostener sus tesis. Aunque reconocen la importancia de las fuentes del derecho generalmente aceptadas, les atribuyen un papel preliminar o provisional, expuesto a su revisión y corrección como resultado del mecanismo de la interpretación holista inspirada por valores. De ahí que con esta metodología la determinación del derecho no depende últimamente de sus fuentes, sino de cómo el intérprete decida entenderlas dada su comprensión y consideración de los fines que persiguen. Esto es, la tesis no es simplemente que el derecho determinado por las fuentes ha de ser interpretado (lo cual comparten muchos juristas no constructivistas), ni que la intervención necesaria del intérprete deja en sus manos la decisión efectiva sobre el contenido de las fuentes, de manera que en el tránsito de la teoría a la práctica, del derecho sobre el papel al derecho en acción, la fijación del contenido del derecho se desplaza desde las fuentes al intérprete-decisor (tesis *realista* que los teóricos constructivistas rechazan). Se afirma, más bien, que el derecho no lo determinan sus fuentes ni las autoridades que deciden sobre su interpre-

tación, sino el proceso mismo de la interpretación: el razonamiento que da sentido a las fuentes y que descubre o despeja la solución que recibe en ellas el problema planteado, y la argumentación que avala que esa es precisamente la solución del derecho.

Pero la concepción constructivista del derecho como un proceso interpretativo, en lugar de como un producto que es interpretado, choca con la comprensión del derecho que ponen de manifiesto nuestras prácticas sociales, tanto de juristas como de legos. Incluso diría que choca con la noción de «derecho» entendida en términos lingüísticos. La concepción constructivista tiene una percepción extraña del derecho porque lo prefigura como un ejercicio peculiar de la razón práctica, de naturaleza semejante a otros como la filosofía (con todas las limitaciones técnicas que procedan), en vez de verlo tal como lo ven quienes lo practican (quienes lo siguen o lo aplican) o incluso quienes se refieren a él (quienes usan el nombre «derecho»). En efecto, como trataré de mostrar, la comparación entre el derecho y la filosofía ilustra el problema de concebir ambos del mismo modo, como actividades, pues el derecho no es como la filosofía.

Imaginemos que alguien pregunta qué dice la filosofía sobre alguna cuestión y le responden así: «Con los datos y los argumentos que conozco, la respuesta filosófica que cabe construir es que...». ¿Podría replicar esto: «No he pedido que idee la respuesta, sino que me diga cuál da la filosofía»? Creo que esa réplica no tendría mucho sentido, porque la filosofía es ante todo una reflexión crítica fundada en argumentos y no la doctrina que resulta de esa reflexión. Es decir, la filosofía es propiamente una actividad. Aunque también es «filosofía» su producto —el objeto de estudio de la historia de la filosofía—, no deberíamos confundir dar respuesta filosófica a una pregunta con dar la respuesta de una doctrina filosófica. Si queremos saber cómo hubiesen contestado Aristóteles o Kant, no deberíamos preguntar por la respuesta filosófica, sino por la respuesta de Aristóteles o de Kant. Pero el derecho no es como la filosofía. Supongamos ahora que queremos saber qué dice nuestro derecho nacional sobre alguna cuestión. Creo que en este caso ya no aceptaríamos igual una respuesta así: «Con los datos y los argumentos que conozco, la respuesta jurídica que cabe construir es que...». Porque ahora sí tiene sentido replicar: «No he pedido que idee la respuesta, sino que me diga cuál da el derecho». Si esta réplica tiene sentido es porque vemos el contenido del derecho como un producto susceptible de ser descrito, y no como algo que crea sobre la marcha quien lo declara. Naturalmente, nuestra interlocutora podría querer decir simplemente que el derecho nacional es dudoso en ese punto y lo expone como personalmente ella lo entiende, o que da la respuesta que prefiere de entre las que cabe atribuir al derecho nacional, sea esta o no la que escogerían la mayoría de los juristas. Ambas aclaraciones son aceptables porque el derecho no tiene respuestas regladas y claras para todo. En cambio, ya no aceptaríamos igual esta explicación: «Tengo que idear yo la respuesta porque dar contenido al derecho es mi responsabilidad como intérprete». Porque esta explicación elude nuestra pregunta —¿qué dice el derecho nacional sobre el asunto (o cómo mejor entender lo que dice)?— y responde a otra muy distinta: ¿cómo habría que resolver el asunto inspirándonos en el derecho nacional? Si preguntamos por la solución del derecho a un caso y no tiene una reglada, la respuesta que esperamos es que la solución

jurídica está indeterminada y se justifica mejor esta o aquella, y no que la solución jurídica está determinada por lo que resulte del mejor razonamiento todavía por hacer¹¹.

Hay una razón ulterior para adoptar un enfoque teórico desapegado hacia el contenido del derecho, que afecta sobre todo a quienes tienen hacia él una actitud interna comprometida. Supongamos a un/a jurista que quiere conocer el derecho de su comunidad para darlo a conocer a otros. Supongamos también que quiere dar a conocer el derecho en cuanto guía de conducta (es decir, no como haría un observador indiferente). El consejo de los teóricos constructivistas es más o menos este: identifica lo que normalmente se considera derecho en la comunidad y trata de entender por qué es valioso para ella, luego interpreta las fuentes identificadas para que sean lo mejor que puedan ser según los parámetros que les dan valor, y tu conclusión dirá el derecho. Pero ¿por qué esa conclusión habría de guiar y obligar a quienes no han aceptado ni han participado en esa evaluación e interpretación? Una persona tiene (en principio) razones morales para obedecer las normas que públicamente se reconocen como derecho porque proporcionan seguridad y coordinación y son, en general, un instrumento eficaz para lograr fines valiosos que hay deber moral de perseguir. Pero esa razón para obedecer normas públicas no se extiende a las normas que resultan de la reflexión jurídico-política de un intérprete.

4. TRES DISTINCIONES ENTRE INTERPRETAR Y CONSTRUIR

La distinción entre interpretar y construir el derecho puede ser útil para comparar teorías jurídicas, pero para que lo sea hay primero que precisarla. Lo cierto es que esta distinción ya ha sido formulada varias veces con diversos propósitos y criterios. Por eso, me detendré un momento en recordar tres criterios de distinción entre interpretación y construcción propuestos por teóricos del derecho. Son criterios muy heterogéneos, ya que corresponden a contextos jurídicos diferentes, pero todos están motivados por la voluntad de corregir la inconsistencia y la confusión de los juristas al emplear esos términos, sobre todo el de «construcción».

4.1. IHERING

«El término *construcción jurídica* es uno de los más corrientes de la jurisprudencia actual», pero la ciencia no ha intentado definirlo ni esclarecer «sus fines y sus principios de acción», escribía Rudolf von Ihering ([1858] 1997: 84) antes de emprender él esa tarea mediante su contraste con el término *interpretación*. Ihering llama «interpretación» a una actividad doctrinal preliminar, de simplificación cuantitativa del derecho, consistente en «descifrar la materia, eliminar las contradicciones aparentes, esclarecer puntos oscuros y ambigüedades, poner a la vista todo el contenido de la voluntad legisladora», y también en extraer principios de las disposiciones y consecuencias de los principios (*Ibidem*: 84-85). Opera mediante análisis, abstracción de principios, clasificaciones, precisiones terminológicas y aprovechamiento de los recursos por otras vías. En cambio, la construcción jurídica —«*juristische Construction*», escribe Ihering— es la simplificación cualitativa del derecho,

la elaboración de institutos y conceptos jurídicos, que son «cuerpos jurídicos» o «seres jurídicos que comprendemos e imaginamos como individuos con vida propia» (*Ibid.*: 85). Se define como la «*estructuración de la materia legal según el método histórico-natural*» (*Ibid.*: 91). Supone «el ascenso de la materia a un estado superior» (*Ibid.*: 86); es «una producción artística, porque crea algo nuevo» (*Ibid.*: 91); es «una fuente inagotable de nueva materia» (*Ibid.*: 100). Pero, en tanto fuente del derecho, la construcción debe seguir unas leyes, tales como «la cobertura de la materia efectiva» (adaptación a los preceptos positivos), la «no contradicción» (unidad sistemática de los conceptos y las proposiciones doctrinales) y «belleza jurídica» (claridad y transparencia)¹².

En un trabajo algo anterior, Ihering ([1857] 2013: 255) resumía así: «La oposición entre la ciencia jurídica superior e inferior puede concretarse como la oposición entre el concepto jurídico y la regla jurídica, y el tránsito del derecho desde el estado de agregación inferior hasta el superior lo proporciona la construcción jurídica, al elevar la materia bruta dada hasta el nivel conceptual». En otro momento añade que la dicotomía entre el nivel inferior y el superior, entre la interpretación y la construcción, se traduce «como una oposición entre la ciencia jurídica *receptiva* y la *productiva*» (*Ibidem.*: 252); y que «si antes se tendía a juzgar el valor de las descripciones y los descubrimientos histórico-jurídicos en función de su adecuación a las fuentes, los logros de la nueva orientación deberán medirse, al contrario, sobre la base de su *no adecuación a las fuentes*» (*Ibid.*: 253). Porque «la materia original nos es dada, pero lo que saquemos de ella es, en realidad, nuestra propia creación» (*Ibid.*: 255); hay una «creación artística ideal» (*ibid.*: 256); capaz de «producir nueva materia con seguridad y consciencia» (*Ibid.*: 257).

La distinción de Ihering entre interpretar y construir el derecho sigue siendo aprovechable en su esencia, aunque su exposición suena hoy lejana, especialmente la idea de crear *seres jurídicos* con vida propia (que Ihering ya reconocía polémica, aunque asociada por Savigny a la jurisprudencia romana, y que, como se sabe, sería objeto de burla por el propio Ihering algunos años después). En esencia, para Ihering interpretar el derecho es identificar su contenido explícito e implícito en las leyes y demás *materia* jurídica; y construir el derecho es crear nuevo contenido jurídico, y nuevas fuentes de producción a partir del existente. El énfasis del *primer* Ihering en el carácter productivo y creativo de la dogmática jurídica «superior» que entonces patrocinaba lo aproxima a los actuales teóricos constructivistas, si bien estos seguramente se sentirán más identificados con la preocupación del *segundo* Ihering por los fines del derecho que con aquellas muestras de fe en la técnica jurídica y en su capacidad de capturar conceptos jurídicos vivos.

4.2. GUASTINI

En la cultura jurídica europea actual, la distinción entre interpretar y construir ha sido teorizada por Riccardo Guastini (2014 y 2016). Según Guastini (2016: 313), la interpretación es la «atribución de significado a un texto»; y puede o bien «identificar los diversos significados posibles» sin más (interpretación *cognitiva*) o bien elegir un significado determinado (interpretación *decisoria*), ya sea tomándolo de «los identificados (o identificables)

por medio de la interpretación cognitiva» o ya sea atribuyéndole un significado nuevo (interpretación *creadora* o *creativa*). Pero —prosigue el autor— *interpretación* es un término ambiguo y se aplica a veces a lo que, siguiendo a Ihering, cabe llamar *construcción jurídica*, que incluye «una vasta serie de operaciones doctrinales (y jurisprudenciales) entre las que destacan la creación de lagunas axiológicas, la creación de jerarquías axiológicas, la solución de antinomias, la elaboración de normas implícitas y la concreción de principios» (Guastini, 2016: 335; cfr.: 333 y 2014: 49). Guastini admite que la demarcación entre interpretación y construcción es precaria. Así, nos dice que «derivar del texto normas no expresadas (llamadas “implícitas”) mediante medios pseudo-lógicos», como la analogía o el argumento *a contrario*, parece un ejemplo de interpretación creativa, pero es «un verdadero acto de creación normativa, cuyo nombre apropiado (tal vez) sería “construcción jurídica”» (Guastini, 2016: 332-333, cfr.: 355). Y también es construcción concretar principios en reglas, aunque suele llamarse interpretación (*Ibidem*: 362)¹³.

La distinción de Guastini resulta algo empañada por la categoría de «interpretación creativa», que, en tanto *creativa*, se solapa con la construcción; pero descontada esa dificultad su criterio es claro. La interpretación se ocupa de los significados y consiste en reconocerlos y en escogerlos. En principio, es una actividad circunscrita a los significados preexistentes y no creativa, pero puede ocurrir que el intérprete atribuya a la ley un significado original por razones extrajurídicas (es decir, sin fundamento doctrinal), en cuyo caso la «interpretación» se vuelve creativa¹⁴. Por el contrario, la construcción trasciende los significados y opera con razones y valoraciones. Como carece de límites prefijados, es una actividad susceptible de crear normas nuevas. De hecho, hay creación normativa siempre que se formulan reglas siguiendo razonamientos falaces (pseudológicos), aunque se presenten como normas implícitas.

Aunque creo que este criterio de distinción es de ayuda, considero que se aparta del sentido habitual de los términos y por eso no lo comparto. Entiendo que «construir» connota una actividad creativa, de la que resulta un objeto nuevo que transforma o desplaza los que el agente manejaba, mientras que «interpretar» connota una actividad cognoscitiva, cuyo resultado es un producto nuevo en el plano intelectual, pero que no pretende modificar ni sustituir los objetos sobre los que opera. Cosa distinta es que toda interpretación sea efectivamente un acto de conocimiento: puede ocurrir que, de hecho, produzca un objeto nuevo, en cuyo caso es más bien construcción. Como sugiere Guastini, una interpretación jurídica falaz, que crea normas con el pretexto de hacer explícito lo implícito, es construcción y no propiamente interpretación. Pero, inversamente, hay «construcciones doctrinales» que son técnicas genuinamente interpretativas, porque respetan el derecho. No comparto el escepticismo de Guastini sobre lo que cuenta como interpretación, ni veo motivos para sospechar del objetivo cognoscitivo de las construcciones doctrinales. Por ejemplo, la «creación de jerarquías axiológicas», que Guastini pone como ejemplo de construcción, es una tarea inevitable de la interpretación sistemática de las leyes y a menudo está guiada por criterios jurídicos transparentes que dejan poco espacio para la subjetividad. Así, en España la vida humana prevalece claramente sobre la libertad de cazar, de modo que nadie tiene un derecho a cazar poniendo en grave peligro la vida humana.

4.3. SOLUM

Fuera de la cultura jurídica europea, Lawrence Solum (2010) ofrece una cuidada distinción entre interpretar y construir el derecho, adaptada a la terminología jurídica estadounidense. En inglés es habitual llamar *construction* a lo que en español llamamos «interpretación», y así la doctrina estadounidense habla de *statutory construction* para referirse a la interpretación de las leyes. Sin embargo, algunos teóricos creen que hay una acepción más técnica de esos términos que permite diferenciarlos. Según Solum (2010: 96), la interpretación es propiamente «el proceso (o actividad) que reconoce o descubre el significado lingüístico o contenido semántico del texto legal»; mientras que la construcción es «el proceso que da eficacia jurídica [*legal effect*] al texto (ya sea traduciendo el significado lingüístico en doctrina jurídica o aplicando o poniendo en práctica el texto)». Como el contenido semántico lo determinan hechos y no argumentos morales o políticos —dice Solum—, las teorías de la interpretación versan sobre qué hechos determinan el significado (por ejemplo, cómo se entendía el texto legal cuando se redactó o cómo se entiende ahora) y no es su función guiar o evaluar la interpretación con criterios normativos. Por el contrario, la construcción desarrolla los efectos del texto legal según criterios normativos y solo puede evaluarse con normas. Es construcción atribuir al texto un contenido ajeno a su significado lingüístico, ya sea ampliándolo, modificándolo o limitándolo. Por ejemplo, el texto constitucional que impide limitar la libertad de expresión se construye en el sentido de que prohíbe la censura previa. También es construcción la aplicación o concreción del texto legal en los casos particulares (Solum 2010: 103). La construcción jurídica es necesaria cuando el texto legal es vago o irreductiblemente ambiguo y cuando hay antinomias o lagunas; pero la hay siempre que se da efecto al texto, aunque resulte invisible cuando se reproduce el contenido semántico (Solum, 2010: 107)¹⁵.

El criterio diferenciador defendido por Solum es interesante, pero es difícilmente trasladable al lenguaje jurídico español, donde «construcción» carece del significado de dar efecto o aplicación. En español decimos más bien «concreción» —o directamente «aplicación»—, para designar la operación que extrae las consecuencias jurídicas de una norma. No obstante, la distinción de Solum nos sirve en cuanto refuerza la tesis muy extendida de que «interpretar» es una actividad lingüística de identificación y atribución de contenidos semánticos. Como veremos enseguida, esta tesis es común, pero no unánimemente aceptada.

4.4. RECAPITULACIÓN

El examen de las distinciones entre interpretación y construcción del derecho propuestas por Ihering, Guastini y Solum confirma la diversidad de enfoques conceptuales, metodológicos y terminológicos empleados por la teoría jurídica al describir la actividad de decir el derecho y, en consecuencia, la dificultad de deslindar categorías diferenciadas en esa actividad compleja y de postular para ellas definiciones y nombres. No obstante esta dificultad, creo que este ejercicio «taxonómico» tiene cierta utilidad práctica para tomar conciencia de distinciones importantes y facilitar la necesaria consistencia terminológica.

Con esta modesta pretensión, sugiero que los criterios de distinción examinados y la doctrina actual sobre la interpretación jurídica permiten decir lo siguiente.

Interpretar el derecho es atribuirle significado, ya sea constándolo (cognición) o adscribiéndolo (decisión). Pero el significado del derecho no se agota en el contenido semántico de los términos y expresiones empleados por las leyes. El derecho se da a conocer mediante fuentes tanto escritas como no escritas (costumbres y prácticas, principios y valores...), cuya interpretación conjunta es importante para atribuirle un significado justificado, o al menos plausible¹⁶. Por eso la interpretación del derecho requiere, y normalmente incluye, técnicas que no tienen que ver con el lenguaje ni se rigen por criterios lingüísticos, tales como la identificación y la jerarquización de principios. Es más, algunos teóricos como Marmor (2005) o Endicott (2012) insisten en que la interpretación jurídica no incluye la mera comprensión lingüística de la disposición basada en el conocimiento del idioma, sino que empieza precisamente cuando esta comprensión lingüística es insuficiente para determinar el contenido y son necesarios argumentos de otro tipo para determinar el significado¹⁷. Pero lo cierto es que no hay muchas ocasiones en que las que un jurista puede confiar en su comprensión lingüística inmediata de la disposición para atribuirle un significado jurídico. Típicamente, querrá asegurarse de que esa idea inicial es la correcta haciendo un juicio de consistencia con normas superiores y de coherencia con valores del ordenamiento. Por eso es más plausible sostener que *una vez que* la interpretación del texto legal confirma que su significado lingüístico (el determinado por las reglas del lenguaje) no presenta problemas de comprensión ni conflictos sustantivos con el ordenamiento jurídico, la interpretación deja de ser necesaria, de manera que cualquier empeño ulterior en modular el significado jurídico con argumentos interpretativos ya no es propiamente interpretación. Pienso que es esto lo que quiere expresar la conocida máxima *In claris non fit interpretatio*: la idea es que cuando el texto es claro ya no hace falta seguir interpretándolo. En cualquier caso, una solución práctica es distinguir entre un sentido amplio y otro estricto del término «interpretación»: el amplio incluye toda atribución de significado, aunque se base únicamente en el lenguaje, y el estricto requiere supuestos de duda y una argumentación ulterior (Wróblewski, 1969: 4; MacCormick, 2010: 69)¹⁸.

Construir el derecho es darle un contenido que no tenía. Interpretar el derecho exige tomar en serio y respetar sus fuentes, de manera que tergiversarlas, recrearlas o suplirlas no es interpretar el derecho, sino inventarlo, que es una manera de construirlo. La construcción jurídica puede hacerse por medio de la invención de normas o mediante el desarrollo de las normas existentes para proyectarlas a casos y situaciones que no regulan o para darles un significado prescriptivo que no poseen. Por supuesto, la diferencia entre interpretar y construir el derecho, entendidas estas nociones así, tiene mucho que ver con percepciones controvertidas acerca de cómo determinar el contenido del derecho. Y hay que reconocer, también, que no siempre hay una distinción nítida entre constatar en las fuentes del derecho un significado implícito o decidir el contenido del derecho cuando puede entenderse de modos alternativos igualmente admisibles —que son ambos ejercicios de interpretación— e inventar o rellenar el contenido del derecho cuando el que hay se percibe como insuficiente o insatisfactorio —que es más bien un ejercicio de construcción creativa—.

En todo caso, cabe sostener que cuando el intérprete atribuye al texto legal o al conjunto del ordenamiento jurídico un significado jurídico que no tiene encaje en el significado lingüístico de dicho texto o del conjunto de las fuentes del ordenamiento, ya no lo interpreta, sino que construye un contenido nuevo¹⁹.

5. MODOS DE DECIR EL DERECHO

He tratado de mostrar que los inconvenientes de concebir el derecho como un proceso y la interpretación como construcción —y difuminar así la distinción doctrinal entre interpretación y construcción— no compensan sus posibles ventajas. Sin embargo, no es mi pretensión negar la importancia de la dimensión interpretativa del derecho, ni la presencia de construcción en la práctica jurídica. En lo que resta de trabajo presentaré de manera esquemática cómo entiendo que encajan las piezas en la dinámica de decir el derecho, tal como creo que se percibe normalmente. Como he defendido en el apartado anterior, en la actividad intelectual que la práctica jurídica conoce genéricamente como «interpretación» del derecho cabe distinguir dos operaciones básicamente diferentes, que en ocasiones parecen combinarse o confundirse: interpretar el derecho, en sentido propio, es atribuir significado a sus fuentes; y construir el derecho es cambiar el creado por sus fuentes o crearlo complementando sus fuentes.

5.1. INTERPRETACIÓN

La interpretación del derecho consiste en atribuirle significado, y esto es, a su vez, constatar o adscribir (la descripción depende respectivamente de si manejamos una teoría interpretativa cognoscitiva o escéptica) un significado a los materiales o *fuentes* con autoridad reconocida para crearlo. El modo en el que una comunidad dada reconoce autoridad a unas u otras fuentes del derecho es un tema en sí mismo controvertido, pero para evitar entrar ahora a analizar este problema asumiremos que la legislación es una fuente del derecho reconocida, y referiremos la actividad de *decir el derecho* a decir el derecho legislado. Pues bien, la atribución de significado a la ley que se interpreta puede hacerse de dos maneras muy diferentes: lingüística o extralingüística²⁰.

5.1.1. Interpretación lingüística

La interpretación lingüística de la ley indaga el contenido semántico de la disposición legal, el cual depende principalmente de las convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje como instrumento de comunicación. Esta indagación semántica puede agotarse en un acto de comprensión, captación o reconocimiento inmediatos; o implicar un proceso más complejo de precisión léxica, sintáctica y pragmática. Como ya hemos visto (§ 4.4), cuando el significado de la ley se desprende claramente de las convenciones lingüísticas y se entiende inmediatamente sin problemas, en sentido estricto no hay interpretación,

porque esta se vincula propiamente con las dificultades de comprensión. Cuando estas se dan, habrá que acudir a un análisis lingüístico más avanzado y, en su caso, también a recursos interpretativos extralingüísticos. El análisis lingüístico avanzado servirá para resolver problemas de indeterminación causados por la vaguedad, la ambigüedad y otras formas de imprecisión o infraespecificación del lenguaje legal (Rodríguez-Toubes, 2017). Por lo general, la manera de proceder en esta variante de la interpretación será contextualizar la disposición imprecisa en los usos lingüísticos, tanto jurídicos (el conjunto del texto legal y del resto de fuentes y las experiencias previas de interpretación) como del habla común.

Además, la interpretación es necesaria también para extraer de los textos legales las implicaciones que autoriza el lenguaje y que no siempre son evidentes o incontrovertidas. Hay contenidos del derecho implícitos en los textos legales en virtud de las mismas convenciones que permiten entenderlos; y otros implícitos de manera menos estable, pero igualmente eficaz, en virtud de hábitos y conocimientos compartidos entre quienes usan del derecho. El estudio de las llamadas implicaturas [*implicatures*] convencionales y conversacionales (no convencionales), iniciado por Grice (1989), es hoy un área de gran interés, que en el campo del derecho está todavía muy inexplorada. El ejemplo quizá más conocido de este tipo de inferencias en la práctica jurídica es la interpretación *a contrario* de las disposiciones jurídicas, porque en las condiciones adecuadas se trata en efecto de una genuina interpretación, aunque otras veces deviene en construcción (Rodríguez-Toubes, 2018). Cuando una ley prohíbe fumar en ciertos lugares, inferir que no prohíbe fumar en los que no menciona es una interpretación que dice el derecho con base en nuestro conocimiento lingüístico. Para responder que está permitido fumar donde la ley no prohíbe fumar no hay necesidad de crear o inventar ninguna norma, porque no hay ninguna laguna que cubrir: la respuesta está implícita en la propia ley.

5.1.2. Interpretación no lingüística

Hay también modos de interpretar la ley que le atribuyen significado con herramientas no lingüísticas, que consisten básicamente en seleccionar, ajustar y depurar las opciones que dejó el análisis semántico, para obtener el contenido normativo. Esto puede hacerse o bien tomando en consideración elementos del propio derecho —en una interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento—, bien con datos y argumentos extrajurídicos, de carácter moral, económico, sociológico, etc. Veamos brevemente ambas modalidades.

La interpretación sistemática de la ley revisa su consistencia (no contradicción) y su coherencia (integridad) con el conjunto de las fuentes del derecho. Es una tarea necesaria para depurar antinomias y asegurar la jerarquía normativa y la conformidad de la ley con las normas y valores de la Constitución. Como vimos, la importancia de esta tarea obliga a relativizar la tesis de que la comprensión lingüística inmediata hace innecesaria la (ulterior) interpretación. Piénsese en el ejemplo que nos brinda el Reglamento Hipotecario español, una disposición aprobada por Decreto de 14 de febrero de 1947 que aún mantiene la redacción original de algunos artículos inconstitucionales. Por ejemplo, el artículo 450 prevé una «oposición entre Licenciados en Derecho, varones, mayores de veintitrés años».

Quien lea este artículo podría pensar que regula de manera clara quién puede concurrir a esa oposición. Pero no es así, desde luego, porque cuando el artículo se interpreta sistemáticamente conforme a la Constitución española, se aprecia que lo que dice no vale (está materialmente derogado) y que sin duda también podrían concurrir mujeres. Decir el derecho requiere ineludiblemente la interpretación conjunta del ordenamiento, presidido por su Constitución y por los principios que garantiza. Otra variante de interpretación jurídica sistemática para suplir la insuficiencia del conocimiento lingüístico es la concreción de normas con lenguaje vago o que, por cualquier otra causa, tienen un contenido incierto que ha de ser precisado al aplicarlas. Los llamados «conceptos jurídicos indeterminados» son solo casos más conspicuos de un fenómeno generalizado del derecho, por el cual este delega la identificación de su contenido, en lo que atañe a un caso concreto, primero en los propios destinatarios y, en último término, si surgen controversias, en personas u órganos con autoridad para decidirlos. Como observa Endicott (2012), poniendo como ejemplos la determinación de lo que es razonable exigir como deberes legales de diligencia o como costas procesales, esta tarea de concreción puede considerarse interpretativa si toma en consideración materiales indicativos del criterio del legislador; y no habría propiamente interpretación, en cambio, si la tarea se rige solo por razones sustantivas, prescindiendo del control del derecho.

Ahora bien, creo que también es apropiado describir como interpretación jurídica algunas operaciones de atribución de significado a las fuentes del derecho que no se basan ni en las reglas lingüísticas ni en la sistemática del contenido contingente del ordenamiento en su conjunto, sino en razones materiales intrínsecas o consustanciales del derecho. En particular, a mi juicio permanece asimismo en el ámbito de la interpretación del derecho quien revisa su justificación instrumental, política o moral con el fin de depurar versiones que son inválidas por carecer de autoridad o por ser absurdas e incompatibles con el sentido del derecho. Esta es una acepción delicada y problemática de la interpretación jurídica, porque por un lado va más allá que una comprobación de consistencia sistemática, pero, por otro, no se propone como creación de nuevo derecho. Digamos que es el ámbito de la *reconstrucción* del derecho guiada por ideas como la autoridad, la razonabilidad o el sentido común. Haría falta mucho espacio para explicar esto, pero la tesis básica es que el derecho es un instrumento social que funciona porque es visto colectivamente como un orden normativo público, autoritativo y razonable; y, por tanto, no se conciben como derecho, y deben ser depurados al interpretarlo, los supuestos contenidos que carecen notoriamente de publicidad, autoridad o razonabilidad. Por consiguiente, cuenta como interpretación de la ley el examen de las consecuencias previsibles de aplicarla, para comprobar que tiene alguna utilidad (un propósito razonable y unos medios mínimamente adecuados) y que no es absurda. También es interpretación examinar que la ley respeta y promueve principios y fines valiosos, para asegurar que el significado aparente de sus disposiciones no engaña respecto de su contenido (esto es, para armonizar «letra» y «espíritu»). Y también es interpretación de la ley, en fin, comprobar que lo que dice fue lo que quiso decir quien la promulgó, porque sin esa conexión intencional la ley podría carecer de autoridad. Como decía, todo este examen de la ley con criterios no (estrictamente) jurídicos sistemáticos puede resultar en su *reconstrucción*, que es un modo de decir la ley depurada, pero no cambiada; revisada,

pero no corregida. Esta labor de reconstrucción forma parte de la interpretación jurídica, y tienen mucha razón los teóricos constructivistas que destacan su importancia para precisar el contenido del derecho y las respuestas correctas sobre él. Pero no debe perderse de vista que la reconstrucción tiene como límite el respeto de las fuentes del derecho reconstruidas.

5.2. CONSTRUCCIÓN

Quien pretende decir el derecho sin atenerse a sus fuentes lo construye, no lo interpreta. La construcción jurídica es un modo de decir el derecho anómalo (si se me permite la tautología), y lo cierto es que solo en circunstancias muy específicas puede sostenerse que dice el derecho quien no se atiene a sus fuentes. Estas circunstancias son, fundamentalmente, la autorización expresa o tácita del ordenamiento jurídico para la creación *ad hoc* de derecho en casos de laguna por ausencia o insuficiencia de fuentes. Fuera de estas excepciones, solo dice el derecho quien interpreta sus fuentes y lo hace sin tergiversarlas. En consecuencia, cabe distinguir dos vías de construcción jurídica: la creación de nuevo derecho y la corrección del derecho existente.

5.2.1. Creación de nuevo derecho

La creación de nuevo derecho es la forma más notoria de construcción jurídica. Los sistemas jurídicos contienen normas explícitas y tácitas sobre cómo se crea nuevo derecho, y típicamente diseñan un conjunto de autoridades competentes para ello, a las que damos el nombre colectivo de «legislador». Lo habitual en los sistemas jurídicos modernos es distinguir entre un legislador principal y un cuerpo de agentes encargados de aplicar la legislación (jueces y otros funcionarios), que están autorizados para interpretarla sin alterarla. Pero también es habitual que otorguen a esos agentes autoridad para suplir al legislador y crear nuevo derecho en algunas circunstancias. Un claro ejemplo de esta atribución de competencia legislativa extraordinaria es la regla, presente en muchos ordenamientos jurídicos, que prohíbe a los jueces dejar sin solución los casos que juzgan, aunque no encuentren para ellos respuesta en el derecho (prohibición del *non liquet*, caso del artículo 1.7 del Código Civil español). Esta regla, interpretada *a contrario sensu*, autoriza tácitamente a los jueces a crear derecho en casos de lagunas, de manera que la construcción jurídica que resulte tiene plena validez siempre que efectivamente haya una laguna y que la solución suplida encaje en el ordenamiento.

También hay autorización normativa para crear derecho cuando el juez es competente para crear reglas de decisión vinculantes para casos futuros (doctrina del precedente, base del *Common law*). Y, asimismo, cuando se permite al juez —a veces incluso se le ordena (caso del artículo 4.1 del Código Civil español)— formular y aplicar principios inducidos de normas positivas, deducir normas implícitas, reconocer analogías y, en general, aplicar normas a casos no regulados expresamente por ellas. Este último supuesto —la inducción de principios y la formulación explícita de normas implícitas al aplicar normas a casos infraespecificados o análogos— es muy próximo a lo que antes llamé *reconstrucción* del

derecho. Quien obtiene de la ley significados presentes pero no expresos, en cierto modo la interpreta; máxime cuando lo hace por encargo de la propia ley, siguiendo un mandato de aplicación analógica de las normas. Pero como esta labor de explicitación tiene un importante componente de elaboración doctrinal y personal, y dista mucho de ser mecánica o lógica, en último término se describe como construcción creativa. Como ejemplo, considérese el artículo 24.1 de la Constitución española, según el cual: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Este artículo garantiza un derecho fundamental cuyo contenido preciso solo puede intuirse y ha de ser delimitado al desarrollar y aplicar la Constitución. Y como el abanico de posibilidades de esta delimitación es amplísimo, el resultado ha de tomarse como construcción del derecho. Pensemos en la posibilidad de *deducir* del artículo el derecho del acusado de un delito a ser asistido por un intérprete si desconoce el idioma de la acusación, como hizo el Tribunal Constitucional²¹. Por una parte, se trata de un contenido previsible de aquel derecho fundamental y, por tanto, es plausiblemente una interpretación del texto. Por otra parte, sin embargo, no es un contenido necesario en términos lógicos, sino un postulado contingente del intérprete y, por ello, su creación.

5.2.2. Corrección del derecho existente

Cuando al aplicar o describir el derecho el juez o quien sea no se atiene a sus fuentes y, en su caso, extralimita la autorización jurídica para crear derecho complementando esas fuentes, el derecho no es interpretado, sino más bien alterado, modificado o corregido. Si el derecho no permite al intérprete o aplicador modificar las normas que debe aplicar (y no suele hacerlo), cuando este las modifica está incumpliendo el derecho y rebasa la autoridad que le fue otorgada. Pero, a la postre, la legitimidad de esta actuación dependerá de las condiciones en que se haga, y no puede prejuzgarse. Hay situaciones en las que está justificado corregir el derecho por razones extrajurídicas, que pueden llegar a ser más importantes o más perentorias que la obligación jurídica de respetarlo. En cualquier caso, no se puede llamar «interpretación» del derecho a atribuirle un significado que no tiene ni tolera, aunque sea el preferible moralmente.

La corrección del derecho puede tener lugar voluntaria o involuntariamente. El derecho no solo se corrige con las decisiones de jueces y tribunales que conscientemente pasan por alto el tenor de las disposiciones (aun después de ser interpretadas sistemáticamente y reconstruidas como es debido) para instrumentalizarlo al servicio de alguna causa general o particular (la justicia del caso). También se corrige involuntariamente, por errores de interpretación cometidos al entender mal un texto, extraer implicaciones infundadas, sistematizar erróneamente, hacer evaluaciones incorrectas de razones o de fines, confundir la intención del legislador, etc. Los errores de interpretación cometidos de buena fe, aunque lógicamente no están autorizados por el derecho, son disculpables y no suscitan especiales problemas de legitimidad. Otra cosa son los errores involuntarios cometidos por negligencia y, sobre todo, la tergiversación intencionada de las fuentes del derecho, que puede llegar

a constituir delito de prevaricación. Las condenas por este delito contienen quizá los ejemplos más claros —y algunos no son muy claros— de lo que vengo llamando corrección del derecho, donde el supuesto intérprete no dice el derecho, sino que lo cambia. Poner otro tipo de ejemplos de corrección es más comprometido, ya que las normas jurídicas son, con frecuencia, imprecisas y lo que para unos es decir el derecho para otros es corregirlo. Esta duda no se suple con el argumento de autoridad, pues también los más expertos se equivocan, y la corrección que los tribunales superiores hacen de los inferiores no revela necesariamente que estos habían corregido erróneamente el derecho: es imaginable que ocurra al revés²². Sea como fuere, quien corrige el derecho no lo interpreta, sino que lo inventa.

6. CONCLUSIONES

Los términos «interpretación» y «construcción» referidos al derecho se entienden y aplican de maneras diversas entre los juristas; e incluso hay maneras diversas de explicar cómo se usan y cómo pueden distinguirse, como muestran las clasificaciones propuestas por Ihering, Guastini o Solum. Tomando como criterio la adecuación al uso más extendido entre los juristas y la utilidad para diferenciar entre teorías jurídicas, en este trabajo he defendido una distinción según la cual *interpretar* el derecho es atribuirle significado, ya sea únicamente con claves lingüísticas o ya sea también con fundamentos de otro tipo, mientras que *construir* el derecho es darle un contenido que no tenía, ya sea creando nuevas normas autorizadamente o corrigiendo las existentes. Esta distinción terminológica permite apreciar que la llamada «teoría interpretativa» del derecho propuesta por Dworkin, Atienza o Lifante no concuerda con los presupuestos doctrinales que asumen el común de los juristas, según los cuales el derecho es el objeto de la interpretación, y no su resultado. El enfoque «interpretativo» del derecho desafía estos presupuestos al defender que este no es el producto resultante de actos normativos de un legislador o de una comunidad recogido en un conjunto de *fuentes*, sino el proceso o la actividad argumentativa de dar sentido a esas fuentes. Ahora bien, la consecuencia de esto es que quien es llamado a interpretar el derecho, en realidad ha de construirlo. Y esta consecuencia, aparte de ser contraintuitiva para muchos juristas, socava la pretensión del enfoque cuestionado de que el objetivo de la interpretación jurídica es decir el derecho. Porque para decir el derecho hay que reconocerlo en su concepto y contenido tal como lo muestran sus fuentes, y atenerse a ellas tanto en lo que regulan como en el margen de creación jurídica que autorizan. Cuando el derecho se construye alterando o corrigiendo sus fuentes, no hay interpretación *del derecho*. Sin perjuicio de que en algunas ocasiones pueda estar justificado corregir el derecho por razones morales o de otro tipo, una descripción fiel de la interpretación jurídica no puede incluir en ella la construcción de normas que toma la ley y los demás materiales autorizados como fuentes de inspiración y no propiamente como fuentes del derecho.

NOTAS

1. Contribución al proyecto de investigación DER2016-74898-C2-2-R, financiado por el MINECO y el FEDER.

2. Dworkin expuso su filosofía jurídica madura en 1986 (Dworkin, 1991), y desde entonces fue perfilando su visión holista de la moral, la política y el derecho (destacadamente en Dworkin, 2011). Atienza (2006) propone una concepción argumentativa del derecho ya desde el propio título, la cual ha sido desarrollada también en varias obras, últimamente en Atienza (2017). Recientemente Lifante (2018) ha realizado otra importante contribución a la teoría de la interpretación jurídica desde un enfoque del derecho como argumentación.

3. Nótese que sostener que el derecho es lo que los jueces u otras autoridades creen que es no equivale a sostener que el derecho es lo que dichas autoridades deciden que sea. Hart fue muy combativo con esta segunda tesis, que atribuía al realismo jurídico, porque la consideraba infundada e incompatible con convicciones asentadas entre los juristas, como la posibilidad del error judicial.

4. Escribe Dworkin (1991: 413): «El derecho no se agota en ningún catálogo de reglas o de principios [...]. El imperio del derecho se define por actitud [...]. Es una actitud interpretativa, autoreflexiva, dirigida a la política en el más amplio sentido. Es una actitud protestante que hace responsable a cada ciudadano de imaginarse qué compromisos públicos de principio tiene su sociedad, y qué exigen esos compromisos en las nuevas circunstancias». Dworkin (2011: 402) hace un comentario autobiográfico respecto a esta evolución. Esta tesis de Dworkin tiene un precedente claro en Fuller (1969: 106): «el derecho es la empresa de someter la conducta humana al gobierno de normas. A diferencia de la mayoría de las teorías modernas del derecho, este enfoque trata el derecho como una actividad y considera que un sistema jurídico es el producto de un esfuerzo finalista continuado». En cualquier caso, la concepción del derecho como actividad y no como producto es todavía más clara en Dworkin.

5. Tal vez convenga aclarar que la tesis de Dworkin no tiene nada que ver con la que defienden los teóricos de la interpretación jurídica escépticos, según la cual el intérprete decide el contenido que tiene el derecho porque sus fuentes lo dejan indeterminado y susceptible de versiones equivalentes. Ambas tesis niegan que la interpretación jurídica sea o pueda ser una actividad valorativamente neutra, pero por lo demás son completamente distintas. Dworkin no es escéptico acerca de la interpretación jurídica, sino todo lo contrario: sostiene que el derecho prácticamente siempre da una única respuesta a los casos que regula (la mejor entre las admisibles), y que la tarea del intérprete es hallarla. Por tanto, sostiene que la actividad del intérprete es cognoscitiva, no decisoria. Lo que ocurre, según Dworkin, es que para conocer el derecho no basta con reconocer unos hechos y aplicar unas técnicas, sino que el intérprete ha de hacer juicios de valor acerca de los fines afectados en cada caso, los fines del derecho en general, y la integración de unos y otros. Según esto, el intérprete tiene una participación creativa en el proceso de decir el derecho porque ha de valorar qué fines merecen promoverse más y qué medios los promueven mejor; pero eso no implica que el intérprete decide o crea el derecho, sino solo que contribuye a fijarlo. Por supuesto, un escéptico objetaría en este punto que la tesis de Dworkin sobre lo que hace el intérprete es una mera ficción, porque en realidad este decide por su cuenta el contenido que quiere asignar al derecho entre varios posibles. Pero lo que nos interesa ahora no es si en la práctica (contexto de descubrimiento) el contenido del derecho es decidido por los intérpretes, sino si lo es incluso en la teoría, como ideal jurídico (contexto de justificación). El problema que asume Dworkin es mostrar cómo el intérprete puede averiguar la respuesta correcta y al mismo tiempo *construirla*.

6. En Rodríguez-Toubes (2000) me ocupo de la demarcación entre la teoría y la práctica jurídicas y del desafío planteado por Dworkin al respecto. Algunas ideas de esta sección están tomadas de ese trabajo.

7. Dworkin (2011: 162-3) contesta una objeción de circularidad distinta: frente al reto de tener que interpretar el concepto de un valor (como la justicia) justificando las prácticas que asociamos a él en otros valores distintos, para escapar de la circularidad, Dworkin responde que, al fin y al cabo, todos los valores forman una red, por lo que «la circularidad, si la hay, es global frente a todo el dominio del valor». Supongo que una respuesta de este tipo también pueden darla quienes defiendan la metodología criteriológica para identificar conceptos: los criterios forman una red y unos se modulan en función de los otros en un dominio global.

8. A su visión funcional positiva del derecho podría oponérsele una actitud desapegada, que no presupone que el derecho tenga una función justificativa y deja lugar para concebirlo con indiferencia o críticamente. Para verlo, por ejemplo, al modo marxista, como un efecto mecánico de la estructura de relaciones socioeconómicas y/o una herramienta de dominación fabricada por las élites.

9. Naturalmente, la palabra «derecho» no tolera *cualquier* concepción sobre el derecho, porque hay restricciones semánticas que impiden darle una acepción estrafalaria.

10. La justificación de dar preferencia teórica a la idea pública del derecho sobre la idea o idealización particular del jurista interpretativista (el juez Hércules imaginado por Dworkin, digamos) es metodológica, no normativa. Lo aclaro porque podría pensarse que la idea pública es preferible por razones de seguridad jurídica, en cuanto que el derecho será más previsible si lo entendemos como lo entiende el común de la gente y no como debería entenderse prestando más atención. Sin embargo, ese argumento no funciona bien, porque asumir la idea pública del derecho no asegura una fuente de respuestas jurídicas determinada y estable, de manera que no hay ninguna garantía de seguridad. Por otra parte, el razonamiento metodológico apuntado tampoco está exento de problemas. Quien aduciendo la «construcción social de la realidad» piense, como argumentó García Amado (1992: 197), que «el derecho es lo que se dice sobre el derecho», y que «la doctrina que habla de las fuentes del derecho [...] tiene que verse como fuente del derecho» o «metafuente», opondrá que tomar como objeto de la teoría jurídica el punto de vista público sobre el derecho es ya una opción teórica sobre este y, por tanto, también constitutiva del objeto. No obstante, no se me ocurre un punto de vista más neutral sobre el derecho, salvo el del observador extraterrestre.

11. Es paradójico, a mi modo de ver, que el teórico constructivista que concibe el derecho como interpretación, en cuanto actividad en marcha, sostenga a la vez —como hace Dworkin— que típicamente el derecho da una solución unívoca a lo que regula y el intérprete debe indagar y decir esa respuesta correcta. Pero si el derecho se construye al argumentar sobre sus fuentes y sus fines, sus soluciones no preexisten a la interpretación y el intérprete no puede averiguarlas, sino que ha de elaborarlas. Y si ya es inverosímil que las fuentes del derecho determinen respuestas unívocas, más lo es que los intérpretes puedan elaborarlas, como si fuese natural que todos coincidieran en cuál es la mejor versión constructiva de las fuentes. La tesis de la única respuesta correcta se defiende mejor, creo, con una concepción tradicional del derecho como producto, donde el intérprete debe buscar una respuesta ya prefijada allí. Y me temo que para superar esta dificultad no basta con eludir el problema, como hace Dworkin (1986: 225): «las pretensiones jurídicas son juicios interpretativos y por tanto combinan elementos retrospectivos y prospectivos; interpretan la práctica jurídica contemporánea vista como una narrativa política en marcha. De modo que [la concepción de] el derecho como integridad rechaza por poco útil la vieja pregunta de si los jueces descubren o inventan el derecho; solamente entendemos el razonamiento jurídico —sugiere— percibiendo el sentido en que hacen ambas cosas y a la vez ninguna». Lamentablemente, esta vieja pregunta no se resuelve quitándole importancia.

12. Incidentalmente, nótese que las condiciones que pone Ihering a la construcción jurídica se parecen a los pasos que Dworkin (1991) propone para interpretar (constructivamente) el derecho: dar encaje a los materiales jurídicos y garantizar su coherencia e integridad a la luz de los principios que los justifican, aspirando a la mejor respuesta dentro de lo posible. Pero, como advierte Somek (2002: 58), Ihering —en

sus primeros escritos— «rechaza la idea de que las instituciones jurídicas puedan ser definidas con respecto a su alegada finalidad».

13. Guastini (2012: 36) clasifica la interpretación creativa diferenciándola de la decisoria y de la cognitiva, y reitera que extraer normas implícitas de las expresas no es propiamente interpretación, sino una construcción de normas nuevas que «permite que los intérpretes actúen disimuladamente como legisladores».

14. Se me ocurre como ejemplo que, al interpretar el artículo 1738 del Código civil español [«Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe»], se sostenga que «ignorando» significa en el artículo «sin tener en cuenta» o «pasando por alto», en vez de «desconociendo».

15. Una distinción parecida a la de Solum la propone también Barnett (2011: 65): «La interpretación es la actividad de identificar el significado semántico de un uso concreto del lenguaje en un contexto. La construcción es la actividad de aplicar ese significado a circunstancias de hecho concretas».

16. Uno de los informes de la revisión anónima de este trabajo sugirió incorporar la distinción expuesta por Tarello (1980: 5 y ss.; y 2013: 35 y ss.) entre interpretación «del derecho» y «de la ley». Agradezco la observación, pero al referirme a las fuentes del derecho en sentido amplio como objeto de la interpretación jurídica quiero precisamente evitar esa distinción, que introduciría una complicación innecesaria en mi argumento. Además, el propio Tarello señala que estas expresiones históricamente diferenciadas llegan a significar lo mismo cuando «interpretación de la ley» se emplea modernamente en un sentido extenso como «el conjunto de todas las actividades y de todos los resultados de la aprehensión y del uso de un derecho vigente o histórico, en el sentido objetivo de la palabra “derecho”» (2013: 49). Actualmente no se concibe que se pueda interpretar la ley sin integrarla en el conjunto del ordenamiento, cuya identificación y determinación son, por tanto, parte inescindible del mismo empeño.

17. Marmor (2005: 16-17, *passim*) sostiene que «la interpretación concierne a aquellos aspectos de la comunicación que están infradeterminados por las reglas o convenciones semánticas»; porque si ellas *determinan* el significado, ya no hay nada que interpretar. La tesis de Marmor no es terminológica, sino conceptual: se basa en una sofisticada argumentación sobre la posibilidad de seguir reglas sin necesidad de hacer juicios de valor sobre su finalidad (*vid. supra* §3.3.2), y sobre la autoridad del derecho como razón para actuar que reemplaza algunas de las razones pertinentes (tesis de la prevalencia [*Preemption Thesis*] establecida por Raz, que Marmor asume parcialmente). El argumento, dirigido contra quienes niegan que pueda conocerse el derecho sin hacer valoraciones (Dworkin, Fuller, Moore...), sostiene que el derecho cumple su papel precisamente cuando sus normas se dan a conocer y pueden seguirse sin necesidad de reexaminar o interpretar las razones por las que se promulgaron. En particular, dice Marmor (2005: 93), «el derecho, como cualquier otra forma de comunicación, puede simplemente ser entendido y luego aplicado. La interpretación es el modo excepcional, no el normal, de entender el lenguaje».

18. Incluso Marmor (2001: 9) escribe que «a grandes rasgos, la interpretación puede definirse como una comprensión o explicación del significado de un objeto». Más adelante añade que «entender o explicar el significado de una expresión e interpretarla son dos cosas conceptualmente diferentes» (*Ibid.*: 17), pero esta contradicción —interpretar es comprender el significado y a la vez algo diferente— es disculpable porque «interpretar» tiene varios sentidos. También Endicott (2012) admite que la palabra «interpretación» es lo suficientemente flexible como para poder decir, si se quiere, que toda comprensión requiere interpretación.

19. La tesis del «significado literal» como límite de la interpretación la expone y defiende Klatt (2017) con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y en la filosofía del lenguaje de Brandom. Klatt (2017: 24-25, *passim*) diferencia entre la «interpretación», respetuosa del significado

literal, y la aplicación del derecho que rebasa el límite del significado literal, que llama «creación judicial del derecho» [*Rechtsforbildung*; «*judicial development of the law*» —desarrollo judicial del derecho— en la traducción inglesa del libro]. La «construcción» del derecho de la que trata el presente artículo viene a ser esta segunda técnica descrita por Klatt.

20. Según vimos, en algunas acepciones, «interpretar» es exclusivamente una actividad lingüística (así lo ve Solum); y en otras es fundamentalmente extralingüística (así lo ve Marmor). No obstante, ambas reducciones chocan con el uso más extendido del término entre los juristas. Ciertamente, podría decirse lo mismo de la distinción entre «interpretar» y «construir», porque es habitual llamar «interpretación jurídica» a ambas actividades; pero mi impresión es que es más fácil reconocer un sentido «estricto» de interpretación diferenciado de la construcción que otro diferenciado del reconocimiento del significado. En todo caso, admito que estas clasificaciones tienen mucho de estipulativo en cuanto a la terminología, pero no por ello pierden interés en cuanto al fondo.

21. Sentencia 74/1987, de 25 de mayo (FJ 3): «es evidente que el derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial [...]. Este derecho debe entenderse comprendido en el art. 24.1 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión».

22. Para atemperar la vaguedad de mi comentario, me atreveré a poner un ejemplo. Desde 2015, el artículo 80.2.3ª del Código Penal español incluye entre las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado»; y añade: «Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento». Creo que una lectura desprejuiciada de este párrafo lleva a entender que el juez ha de valorar si es razonable esperar que el penado cumpla en un plazo prudencial el compromiso que asume de satisfacer su responsabilidad civil. A un juez le pareció que esta cláusula discrimina inconstitucionalmente a los penados solventes e insolventes respecto de su oportunidad de obtener una suspensión de condena, y planteó una cuestión de inconstitucionalidad. Pero el Tribunal Constitucional, en su Auto 23/2018, de 23 de enero, inadmitió la cuestión por carecer de «un fundamento jurídico mínimamente sólido». Según este auto, que acoge la tesis del Ministerio Fiscal, «lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto». Entonces, según el Tribunal Constitucional, cuando el Código Penal requiere que «sea razonable esperar que» el penado cumplirá su compromiso de resarcir el daño en un plazo prudencial, lo que dice es que basta con que el penado se comprometa mínimamente a resarcir el daño si puede, aunque nada indique que podrá. A mi juicio esto no es decir el derecho, sino corregirlo. El Tribunal Constitucional tiene autoridad de hecho para corregir así el derecho, pero haría mejor, como otras veces, en no avalar una interpretación conforme a la Constitución que requiere «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (STC 138/ 2005, de 26 de mayo; y otras varias). Si lo que dice el artículo 80.2.3ª CP es inconstitucional, el TC debería declararlo así, en vez de declarar que el artículo no dice eso.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- (2018): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- BARNETT, Randy E. (2011): «Interpretation and Construction», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 34(1), 65-72.
- DWORKIN, Ronald (1991): *Law's Empire*, Londres: Fontana. Publ. orig. en Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986. Hay trad. esp. de C. Ferrari: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.
- (2011): *Justice for hedgehogs*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press. Hay trad. esp. de H. Pons: *Justicia para erizos*, México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ENDICOTT, Timothy A.O. (2012): «Legal Interpretation», en A. MARMOR (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York/London: Routledge, pp. 109-122.
- FINNIS, John (1992): *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press (reed.; 1ª ed. 1980). Hay trad. de C. Orrego: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- FULLER, Lon L. (1969): *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1969 (2ª ed.). De la 1ª ed. (1964) hay trad. de F. Navarro: *La moral del derecho*, México: Trillas, 1967.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1992): «Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico», *Doxa*, 11, 193-217.
- GUASTINI, Riccardo (2012): «El escepticismo ante las reglas replanteado», trad. de F.J. Arena (del orig. inglés de 2011), *Discusiones*, 11, 27-57.
- (2014): *Interpretar y argumentar*, trad. de S. Álvarez, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Orig.: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011.
- (2016): *La sintaxis del derecho*, trad. de A. Núñez Vaquero, Madrid: Marcial Pons. Orig. *La sintassi del diritto*, Torino: Giappichelli, 2011 (2ª ed. de 2014).
- GRICE, Paul (1989), *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- HART, H.L.A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961. Hay trad. esp. de G. Carrió: *El Concepto de derecho*, México: Editora Nacional, México, 1980.
- IHERING, Rudolf VON ([1857] 2013), «Nuestra tarea», trad. esp. y estudio preliminar de L. Lloredo Alix, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 234-275.
- ([1858] 1997): «Teoría de la técnica jurídica», capítulo de *El espíritu del Derecho romano*, tomo 2.2, trad. por S. Sanjosé, en P. CASANOVAS y J.J. MORESO (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona: Crítica, pp. 60-123.
- KLATT, Matthias (2017): *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*, trad. de F. J. Campos Zamora, Madrid: Marcial Pons. Orig. *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2018): *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MACCORMICK, Neil (2010): «Argumentación e interpretación en el Derecho» (trad. de J.L. Fabra y L.S. Guevara), *Doxa*, 33, 65-78.
- MARMOR, Andrei (2005): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 2ª ed. (1ª ed. 1992). Hay trad. esp. de M. Mendoza de la 1ª ed.: *Interpretación y Teoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín (2000): «La demarcación entre teoría y práctica jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17, 395-416.
- (2017): «La imprecisión del lenguaje legislativo, expuesta en el artículo 18 LRJSP», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 36, 169-194.
- (2018): «La interpretación a contrario de disposiciones jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 34, 423-454.

- SOLUM, Lawrence B. (2010): «The Interpretation-Construction Distinction», *Constitutional Commentary*, 27(1), 95-118.
- SOMEK, Alexander (2002): «Legal Formality and Freedom of Choice. A Moral Perspective on Jhering's Constructivism», *Ratio Juris*, 15(1), 52-62
- TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè. Se cita por la trad. esp. de D. Dei Vecchi: *La interpretación de la ley*, Lima: Palestra, 2013.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1969): «Legal Reasoning in Legal Interpretation», *Logique & Analyse*, 12(45), 3-31. Hay trad. esp. de J. Igartua *et al.* en J. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1989, pp. 129-148.

