

Convencionalismo semántico e interpretación jurídica*

Semantic Conventionism and Legal Interpretation

Luciano D. LAISE**

Resumen:

El presente artículo persigue tres objetivos específicos. En primer lugar, se reconstruirán las principales versiones del convencionalismo semántico aplicado a la interpretación jurídica que se discuten contemporaneamente en el ámbito anglohablante. Tal convencionalismo supone una identificación entre uso lingüístico compartido y el significado de los enunciados jurídicos. Sin embargo, esa identificación no opera de un modo homogéneo, y, por lo mismo, resulta conveniente distinguir entre diversos grados de conexión entre uso lingüístico compartido y significado de los enunciados jurídicos. En segundo término, se presentarán dos dificultades que caracterizan al convencionalismo semántico en el marco de la interpretación jurídica: a) la imposibilidad de evitar un regreso al infinito de interpretaciones; b) la inevitable confusión entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial. Finalmente, en la tercera sección de este trabajo se brindará una respuesta a las dificultades del convencionalismo semántico sobre la base de las “nuevas teorías de la referencia”, que en muy apretada síntesis proponen asignar una

* Artículo recibido el 2 de septiembre de 2015 y aceptado para su publicación el 14 de febrero de 2016.

Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación titulado “Causas y límites de la discrecionalidad judicial”, financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (PICT-2013-3199). También se recibió apoyo de un proyecto interno financiado por la Universidad Austral. El autor agradece a Pilar Zambrano y Juan B. Etcheverry, quienes han leído una versión previa de este artículo y han sugerido observaciones que procuré incorporar. También dejo constancia de mi agradecimiento a los árbitros de este trabajo, porque su evaluación ha contribuido de modo notable a incrementar la calidad y rigor metodológico de este escrito. Las deficiencias remanentes corren por cuenta del autor.

** Doctor en derecho (U. Austral, Argentina). Profesor adjunto de filosofía del derecho (U. Austral, Argentina). Jefe de trabajos prácticos de teoría general del derecho (U. de Buenos Aires). E-mail: llaise@ius.ustral.edu.ar. Dirección postal: Facultad de derecho, Universidad Austral, Mariano Acosta 161 (1629) Derqui, Pilar. Provincia de Buenos Aires.

prioridad a la referencia o extensión de los conceptos por sobre el significado socialmente construido.

Palabras clave:

Semántica, convencionalismo semántico, interpretación jurídica, arbitrariedad, discrecionalidad judicial, regreso al infinito, nuevas teorías de la referencia.

Abstract:

This article has three objectives. First, I will offer a reconstruction of the main versions of semantic conventionalism applied to legal interpretation according to the main discussions of contemporary analytical jurisprudence that assesses that conventionalism maintains an identification between shared linguistic usage and the meaning of legal statements. I argue that this identification does not operate in the same manner and consider convenient to distinguish between different levels of identification between common linguistic usage and meaning of legal statements. Second, I will describe the main difficulties for a theory of legal interpretation that relies on conventional semantics: a) the impossibility to escape from an infinite regress of interpretations; b) the unavoidable confusion between arbitrariness and judicial discretion. And, finally, I will offer a reply to the difficulties for semantic conventionalism grounded on “new theories of reference” that aim at attributing a priority to the reference of concepts over social construction of meaning.

Keywords:

Semantics, semantic conventionalism, legal interpretation, arbitrariness, judicial discretion, infinite regress, new theories of reference.

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Las versiones del convencionalismo semántico*. III. *Dos dificultades del convencionalismo semántico en la interpretación jurídica*. IV. *Bases para una superación de las dificultades del convencionalismo semántico*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO

El objetivo de este artículo es triple. En primer lugar, se expondrán los presupuestos semánticos sobre los cuales descansan las principales teorías contemporáneas de la interpretación jurídica. El motivo que justifica una atención prioritaria a los presupuestos semánticos de esas teorías apunta a iluminar las condiciones sobre las que descansa la inteligibilidad de los enunciados jurídicos —en general— y la de los enunciados constitucionales —en particular—. Más específicamente, este trabajo focalizará su interés en los debates contemporáneos del ámbito anglohablante. La razón que justifica tal decisión metodológica se explica en virtud de que los estudios sobre las bases lingüísticas de las teorías contemporáneas de la interpretación jurídica han adquirido un notable desarrollo en el mundo anglosajón. Con todo, se apelará a las contribuciones teóricas provenientes de la tradición continental en la medida en que éstas permitan echar luz sobre las discusiones anglohablantes.¹

La hipótesis que se corroborará a lo largo del primer epígrafe de este artículo es que las teorías de la interpretación jurídica que dominan el debate contemporáneo anglohablante, tal como sugiere

¹ Entre trabajos del mundo continental o de habla hispana que podrían echar luz sobre los temas de esta monografía merecen destacarse los siguientes: Pazos, María Inés, "Derrotabilidad sin indeterminación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 25, 2002, pp. 441-470. Para un estudio sistemático sobre las teorías causales de la referencia en el ámbito de la filosofía del derecho, Ramírez Ludeña, Lorena, "La teoría causal de la referencia directa y el positivismo jurídico", *Diritto e questioni pubbliche*, vol. 14, 2014, pp. 977-989. De la misma autora, *Diferencias y referencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2015, pp. 125-138.

Moore, descansarían en una teoría del significado que le asigna una prioridad al significado socialmente construido por sobre la referencia que los conceptos designan.² En efecto, la reconstrucción que ofreceré en el epígrafe siguiente no pretende argumentar que todas o la mayoría de las teorías de la interpretación jurídica se apoyan en presupuestos lingüísticos convencionales; aunque vale mencionar que la centralidad de las distintas versiones del convencionalismo semántico es tal que Michael S. Moore las denomina —siguiendo en este punto a Putnam³— “semánticas tradicionales”. El punto que quisiera mostrar son las implicancias que se siguen de aquellas teorías de la interpretación del derecho que están atravesadas por un mismo hilo conductor: una identificación entre convenciones semánticas y significado.⁴ De esta manera, las construcciones o convenciones sociales del significado serían las que determinan la extensión o referencia de los conceptos, y no al revés.⁵

Es importante aclarar que las teorías convencionalistas no excluyen el elemento referencial, sino que lo subordinan a convenciones o construcciones sociales de índole semántica. Vale aclarar que la identificación entre convenciones lingüísticas y significado no opera de un modo homogéneo, sino bajo distintas modalidades, que han dado lugar a diferentes versiones del convencionalismo semántico. Por ello, se presentarán las principales teorías semánticas de cuño convencionalista, distinguiendo el grado o modo en que éstas identifican el significado de los enunciados normativos con las convenciones lingüísticas. Concretamente, se examinarán las teorías del significado que defienden Carnap, Wittgenstein, Hart, Marmor y Raz. Es preciso

² Moore, Michael S., “Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation”, *Fordham Law Review*, vol. 69, 2001, p. 2091.

³ Putnam, Hilary, “Meaning and Reference”, *The Journal of Philosophy*, vol. 70, núm. 19, 1973, p. 711.

⁴ Cfr., entre otros, Moore, Michael S., “Justifying the Natural Law Theory...”, p. 2091.

⁵ Moore, Michael S., “Can Objectivity Be Grounded in Semantics?”, en Cáceres Nieto, E. (coord.) *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 739-763. Para una defensa de la idea de que las convenciones lingüísticas son las que fijan el sentido o referencia de las palabras, Austin, J. L., “How to Talk. Some Simple Ways”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 53, 1953, p. 229.

remarcar que en el caso de Carnap y Wittgenstein se pondrá el acento en reconstruir sus presupuestos semánticos que podrían resultar de interés para el desarrollo de la interpretación jurídica.

El segundo objetivo de este artículo consiste en presentar algunas de las principales dificultades que caracterizan a las distintas versiones del convencionalismo semántico en el marco de la interpretación jurídica. La perspectiva metodológica que se adoptará será eminentemente interna; esto es, se pretenderá poner de manifiesto las principales limitaciones o dificultades que supone una articulación de una teoría de la interpretación jurídica que descansa en presupuestos semánticos de cuño convencionalista. Así, en esta sección de la monografía se argumentará que una semántica convencionalista conlleva inevitablemente dos dificultades: 1) un regreso al infinito de interpretaciones; 2) la imposibilidad de distinguir entre una mera arbitrariedad y una discrecionalidad judicial entendida como decisión enmarcada bajo un control racional.

Finalmente, el tercer objetivo de este trabajo apunta a sentar las bases de una teoría alternativa que podría superar las dificultades detectadas en las secciones anteriores del presente artículo. En tal sentido, se analizarán los posibles rendimientos que podrían tener las llamadas “nuevas teorías de la referencia” en el plano de la interpretación jurídica, particularmente a partir de Michael S. Moore.⁶ De este modo, se explorarán algunos de los desafíos que implica trasladar la idea de los conceptos como “clases funcionales” en el campo del lenguaje por el el cual se expresan los enunciados jurídicos.

Más específicamente, en la última sección de este trabajo se analizarán dos cuestiones: i) en qué medida una semántica basada en una prioridad de la referencia podría evitar incurrir en un regreso al infinito de interpretaciones; ii) la posibilidad de distinguir entre discrecionalidad y arbitrariedad judicial. Es importante aclarar que esta sección presentará un carácter más bien programático, en la medida

⁶ Entre quienes han examinado la plausibilidad de las “nuevas teorías de la referencia” en el plano de la interpretación jurídica, aunque rechaza los rendimientos teóricos de la noción de clases funcionales en el campo del derecho, merece destacarse a Ramírez Ludeña, Lorena, “La teoría causal de la referencia directa...”, pp. 977-989. De la misma autora, *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2015, pp. 125-138.

en que pretende no sólo presentar una visión sintética y una interpretación de conjunto de algunos de los problemas fundamentales de las nuevas teorías del la referencia en el campo de la interpretación jurídica, sino también marcar senderos para indagaciones futuras.

II. LAS VERSIONES DEL CONVENCIONALISMO SEMÁNTICO

Las teorías que dominan del debate contemporáneo sobre interpretación jurídica suelen basarse, como afirma Moore, en una semántica convencionalista.⁷ En atención a la naturaleza de un trabajo de estas características, no se pretenderá brindar una descripción panorámica de las múltiples explicaciones teóricas que defienden alguna versión del “convencionalismo semántico” en el ámbito de la filosofía del lenguaje contemporánea. Antes bien, se pondrá particular atención en las principales explicaciones teóricas que desarrollan un análisis de las bases semánticas sobre las que descansa la interpretación del derecho.

El eje central de la presentación de las próximas páginas se estructurará a partir de la propuesta de Michael S. Moore,⁸ quien ha formulado una clasificación de las distintas teorías semánticas contemporáneas según el grado de identificación entre uso lingüístico compartido y significado de los enunciados jurídicos. Asimismo, cuando fuera necesario, se apelará a un estudio directo de las fuentes que Moore emplea para realizar su caracterización de las teorías convencionalistas del significado.

1. La semántica criterial

La semántica criterial —*criterial semantics*— es una teoría semántica de tipo definicional que sostiene que los usos lingüísticos

⁷ Moore, Michael S., “Can Objectivity...”, p. 746. En un sentido similar, se ha defendido una “concepción convencionalista” de la relación entre lenguaje y realidad. Esa concepción “...supone que la relación entre el lenguaje —que es un sistema de símbolos— y la realidad ha sido establecida arbitrariamente por los hombres”. Nino, Carlos S., *derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 32.

⁸ Moore, Michael S., “Can Objectivity...”, pp. 739-763.

construyen el significado de un concepto,⁹ determinando la *extensión* del significado de una palabra;¹⁰ esto es, la clase de cosas a las que se aplica un predicado. Así, el significado de un concepto, según autores como Carnap —de un modo similar a las tesis ya mantenidas en el siglo XVIII por John Locke—,¹¹ no refiere a una clase de cosas, sino a una definición compuesta por otras palabras.¹² En consecuencia, el significado de un concepto se reduciría a los criterios o conjunto de condiciones *necesarias y suficientes* que determinan su uso correcto.¹³ Así, el significado de “soltero”, por ejemplo, se reduciría a la siguiente frase equivalente: “hombre no casado”.¹⁴

⁹ Esta teoría semántica es asociada con la “teoría clásica de los conceptos”, la cual sostiene que la mayoría de los conceptos, especialmente los conceptos léxicos, tienen una estructura definicional. Esto implica que la mayoría de los conceptos contienen las condiciones necesarias y suficientes para su propia aplicación. Cfr. Margolis, Eric & Laurence, Stephen, “Concepts and Cognitive Science”, en Margolis, Eric & Laurence, Stephen (ed.), *Concepts. Core Readings*, Cambridge, MIT Press, 1999, pp. 8 y 9.

¹⁰ Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 28.

¹¹ Locke, John, *An Essay of Human Understanding*, chapter 32, § 21. [Se cita por la siguiente edición: *The Works of John Locke*, 9 vol., Londres, T. Longman et al., 1794].

¹² Carnap, Rudolf, “The Elimination of Metaphysics through Logical Analysis of Language”, en Sarkar, Sahotra (ed.), *Logical Empiricism at Its Peak: Schlik, Carnap and Neurath*, vol. 2, Nueva York, Garland Publishing Inc., 1996, pp. 62 y 63. Del mismo autor, “Testability and Meaning”, *Philosophy of Science*, vol. 3, núm. 4, 1936, p. 421; “Testability and Meaning-Continued”, *Philosophy of Science*, vol. 4, núm. 1, 1937, p. 2. Para un comentario sobre esta versión del convencionalismo semántico en el contexto de una teoría de la interpretación jurídica, Moore, Michael S., “Can Objectivity ...”, 747. Del mismo autor, “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, p. 296; “The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?”, *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989, p. 876.

¹³ Moore, Michael S., “The Semantics of Judging”, *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, pp. 173-174; Coleman, Jules L. & Simchen, Ori, “Law”, *Legal Theory*, vol. 9, núm. 1, 2003, p. 9. Ronald Dworkin atribuye esta posición al positivismo analítico, porque a su modo de ver esta tradición iusfilosófica asume que el significado de todos los conceptos, incluso el significado de “derecho”, depende *exclusivamente* de un conocimiento exhaustivo de sus criterios de uso; *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 31. Del mismo autor, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 9.

¹⁴ Moore, Michael S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, p. 296.

Pero también existe una variante *débil* de esta semántica criterial que se ha dado en llamar *semántica criteriológica*. Esta versión débil es frecuentemente asociada al “segundo Wittgenstein”; esto es, a los desarrollos teóricos contenidos principalmente en su célebre obra *Investigaciones filosóficas*.¹⁵ Esa teoría también defiende la existencia de una lista de propiedades que analíticamente están conectadas de modo significativo a una palabra. Sin embargo, la semántica criteriológica se caracteriza por introducir una diferencia que niega la variante *fuerte*; a saber: la aplicación correcta de una palabra no exige que concurran todas y cada una de las propiedades asociadas al significado de tal palabra; ni tampoco requiere una verificación perfectamente exhaustiva de un conjunto de propiedades.

En contraste, la semántica criteriológica, como sostiene Wittgenstein, propugna que existen una serie de propiedades entrecruzadas cuyo rol en la determinación de la extensión de los conceptos depende principalmente del contexto discursivo.¹⁶ Por lo mismo, en ciertas ocasiones, algunas de tales propiedades serían capaces de determinar la extensión del significado de los términos; mientras que otras propiedades podrían determinar la extensión del significado en otro elenco de situaciones particulares.¹⁷

Un ejemplo que serviría para ilustrar el modo en que se aplica la semántica criteriológica podría resultar de un análisis de la palabra “autos”.¹⁸ En tal sentido, esta teoría semántica propone fijar una serie de propiedades que debe satisfacer el uso correcto de “auto”; a saber: i) poseer algún mecanismo de autopropulsión; ii) ser un apa-

¹⁵ *Ibidem*, p. 292, nota 25. Del mismo autor, “Can Objectivity ...”, p. 747.

¹⁶ Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigations*, 3a. ed., trans. G. E. M. Anscombe, Oxford, Basil Blackwell, 1967, § 141 y 142.

¹⁷ Moore, Michael S., “Can Objectivity...”, pp. 747 y 748.

¹⁸ El presente ejemplo se inspira en los escritos de Michael S. Moore. Sin embargo, aquí se prefirió utilizar la palabra “auto” y no “vehículo”, a diferencia del recurso explicativo del que se sirve el citado profesor estadounidense. Esto se debe a que, a mi modo de ver, “auto” resulta un ejemplo más claro para explicar una semántica criterial y, además, evita confusiones con el clásico ejemplo de “vehículos en el parque”, que se examinará en el siguiente subepígrafe. Cfr. Moore, Michael S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, p. 296. Del mismo autor, “Semantics of Judging”, pp. 187 y 277; “Four Reflections on Law and Morality”, *William and Mary Law Review*, vol. 48, núm. 5, 2007, p. 1532.

rato móvil; iii) desplazarse sobre el suelo firme con ruedas. Lue-go, quien pretende designar a un *Cadillac* azul por medio de la palabra “auto” tratará de verificar cómo se aplica esa lista de propiedades a este ejemplo concreto.

Ahora bien, podría ocurrir que se tratara de un *Cadillac* que no tiene ningún tipo de motor porque ha sido trasladado a un museo histórico del automóvil. Con todo, por más que se pudiera verificar la ausencia de una de las propiedades que figuran en la mencionada lista, se podría usar correctamente la palabra “auto” para designar a tal *Cadillac*. Esto se debe a que la falta de motor no sería una propiedad imprescindible para usar correctamente la palabra “auto” en el contexto de un museo del automóvil. Evidentemente, lo contrario ocurriría en el contexto de un agencia que vende coches destinados a integrar una flota de taxis.

Con todo, a pesar de que la variante criteriológica supone una relativa flexibilización en la verificación de los criterios compartidos, con relación a una semántica criterial *fuerte*, todavía persiste la necesidad de apelar a la verificación de una serie de propiedades para determinar el uso correcto o, lo que es lo mismo, el significado de la palabra “auto”.¹⁹ En efecto, puede que no concurran todas y cada una de las propiedades que definen el uso correcto de la palabra “auto”, pero, al menos, deben verificarse algunas de ellas. Por consiguiente, ante el hipotético caso de un aparato que posea un armazón idéntico al de un *Cadillac Azul*, pero careciera de neumáticos, mecanismos de autopropulsión y fuera capaz de desplazarse sobre el agua mediante el uso de velas o remos, no podría usarse correctamente la palabra “auto”. Más aún, tal cosa de ningún modo sería un auto.

En definitiva, la semántica criterial *fuerte* afirma que el significado de los conceptos se reduce a un conjunto de criterios o condiciones necesarios y suficientes que determinan el uso correcto de una palabra. Ahora bien, estas condiciones no se abstraen de la referencia. En cambio, el significado de los conceptos remite a un conjunto de palabras, y, por lo mismo, se reduce a las combinaciones de palabras o conceptos.²⁰

¹⁹ Moore, Michael S., “Can Objectivity ...”, p. 748.

²⁰ Moore, Michael S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, p. 296. Del mismo autor, “Semantics of Judging”, p. 174; “The Interpretative Turn...”, p. 896, nota 96.

La variante *débil* o también llamada “criteriológica”, afirma que el significado de las palabras remite a un conjunto mínimo o suficiente de criterios que determinan la extensión de los conceptos. Por ello, para comprender el significado de un concepto resulta preciso comprender la suma de conceptos con los cuales fueron definidos. Con todo, la diferencia entre ambas variantes de la semántica criterial es doble: a) la semántica criteriológica o criterial *débil* no exige que concurran todos y cada uno de los criterios que definen el uso correcto de una palabra, como sí lo hace la variante fuerte; b) la semántica criterial fuerte se ubica eminentemente en un plano estático o, lo que es lo mismo, en una dimensión lexicográfica del lenguaje. En cambio, la semántica criteriológica se localiza en el plano discursivo del lenguaje; esto es, se trata de un complejo de enunciados que pueden tener diversos modos de significación, y, sobre todo, que pueden ser usados con diversos propósitos.²¹

2. La semántica de los casos paradigmáticos

Una tercera versión del convencionalismo semántico se puede advertir en los desarrollos teóricos de la “semántica de los casos paradigmáticos”. En el campo de la teoría jurídica, tal propuesta semántica pretende abandonar los métodos que buscaban definiciones del concepto de derecho, ya sea por medio de una enunciación de las condiciones necesarias y suficientes que determinan la esencia de *nuestro concepto* de “derecho”, o bien por medio de una referencia a alguna forma de esencia real del propio derecho, como afirma Hart.²² Frente a tales explicaciones de tipo definicional, autores

²¹ Esto no equivale a sostener que una semántica criterial fuerte se ubica pura y exclusivamente en un nivel lexicográfico, sino que ésta da mucho menor espacio al plano discursivo que la versión criteriológica o “débil”.

²² Hart, H. L. A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *idem, Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 21y 22. Del mismo autor, “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in Jurisprudence...*, p. 89. En un sentido similar, se ha afirmado que Hart ha procurado desarrollar una teoría del derecho descriptiva que versa sobre la estructura del derecho, y no un mero intento de desarrollar una semántica lexicográfica sobre la palabra “derecho”. Moore,

como Hart y Endicott sostienen que lo único que podemos afirmar sobre la extensión de los términos generales es que sus instancias de aplicación están conectadas a un “caso central” o “paradigma”.²³ Así, una semántica de los casos paradigmáticos afirma que es preciso que exista un acuerdo, no tanto en los criterios de aplicación de los conceptos, sino en la identificación y caracterización de un grupo paradigmático de casos a los que resulta aplicable cada concepto.²⁴

En el caso del concepto de “derecho”, los paradigmas lingüísticos compartidos suponen la habilidad de identificar ejemplos de “derecho”, a pesar de que existen diversos sistemas jurídicos en diferentes estados, tal como advierte Hart.²⁵ En efecto, resulta necesario un acuerdo general sobre los casos paradigmáticos a los que se aplica el concepto de derecho para que sea posible la comunicación humana en torno a tal concepto. Esto, por un lado, implica un núcleo claro de significado en el que no se discute su aplicación —*v. gr.*, nadie dudaría en llamar “derecho” a las normas jurídicas de carácter general que emite el Congreso Nacional— y, por el otro, supone la existencia de una “zona de penumbra”; esto es, casos en los que no se puede detectar con sencillez si cabe aplicar —o no— ese significado nuclear.

Michael S., “Hart’s Concluding Scientific Postscript”, en Moore, Michael S., *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 90. En contra, al menos parcialmente, se ha defendido la idea de que la teoría jurídica hartiana presupone una semántica que resulta ser una combinación entre una teoría de los casos paradigmáticos y una semántica criteriológica. Esto obedece a la necesidad de recurrir a criterios para determinar cuáles son los rasgos más significativos de los casos o ejemplos paradigmáticos. Bix, Brian, “H. L. A. Hart and the ‘Open Texture’ of Language”, en Bix, Brian, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 9.

²³ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 607; Endicott, Timothy A. O., “Hart and the Semantic Sting”, *Legal Theory*, vol. 4, núm. 3, 1998, p. 286. En la tradición iuspositivista continental, en un sentido muy similar, Wroblewski, Jerzy, “Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation”, *Lógiq et Analyse*, vol. 6, núm. 21-24, 1963, p. 407. Del mismo autor, “Legal Language and Legal Interpretation”, *Law and Philosophy*, vol. 4, 1985, pp. 246 y 247; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. A. Azurza, Madrid, Civitas, 1985, pp. 41y 42.

²⁴ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation....”, p. 607. En un sentido similar, Endicott, Timothy A. O., *The Vagueness of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2000, p. 32.

²⁵ Endicott, Timothy A. O., “Hart and the Semantic Sting”, p. 290.

Un ejemplo que ilustra lo dicho anteriormente podría ser el caso del derecho internacional. Así, de acuerdo con Hart, el derecho internacional presentaría cierta semejanza con el núcleo claro de significado o “caso central” del concepto de derecho, como el hecho de que tiene reglas primarias de obligaciones; pero, al mismo tiempo, se distingue de ese “caso central” por la carencia de una regla de reconocimiento unificadora que especifique cuáles son las fuentes del derecho y cuáles son las pautas generales para la identificación de las reglas jurídicas.²⁶

Situados en este contexto teórico, cabe preguntarse si la identificación de un ejemplo paradigmático supone la exclusión de posibles desacuerdos racionales para determinar si un ejemplo concreto se encuentra o no bajo la “zona de penumbra”. Desde la semántica de los casos paradigmáticos, se considera que no es posible evitar que surjan dificultades al momento de determinar si un caso o ejemplo concreto se ubica dentro de esa “penumbra”. En efecto, el concepto de “vehículo”, que tiene instancias de aplicación que no resultarían problemáticas, podría llegar a tornarse controvertido en algunos casos concretos. Por ejemplo, siempre desde la semántica de los ejemplos paradigmáticos, la prohibición de circular con vehículos en un parque —siguiendo el conocido ejemplo de Hart— implicaría la posibilidad de reconocer ejemplos particulares que no provocarían controversias significativas —v. gr., un auto deportivo de alta gama— pero su aplicación también podría tornarse discutible frente a los casos concretos que podría suscitar, por caso, el uso de bicicletas y patines en ese mismo parque.²⁷

No obstante, como señalan Hart y Endicott, los ejemplos que se ubican fuera del paradigma o caso focal serían tan sólo un fenómeno periférico que no incide de modo significativo en la descripción de los casos o ejemplos paradigmáticos.²⁸ De hecho, tales paradigmas

²⁶ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Series, 1994, p. 214. Del mismo autor, “Problems of the Philosophy of Law”, p. 89.

²⁷ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation...”, p. 607.

²⁸ *Idem*. Endicott, “Hart and the Semantic Sting”, p. 290. Para un análisis crítico de los presupuestos semánticos sobre los cuales descansa la “analytical jurisprudence” actual, Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, pp. 61 y ss.

no se verían afectados por el hecho de que su aplicación, en algún punto, pudiera resultar controvertida en algún caso particular y concreto. Así, siguiendo con el ejemplo de los vehículos en el parque, el caso focal “vehículo” no ingresaría en crisis, porque su aplicación pudiera dificultarse frente a los ejemplos de bicicletas, triciclos a pedales o patines. Por ello, nada podría afectar al hecho incontrovertible de que existen núcleos claros de significación —*v. gr.*, camiones y autos— a la luz de los cuales se puede asignar el significado que le corresponde a una palabra del lenguaje.

Ahora bien, cabe preguntarse de qué modo se delimita la frontera entre los ejemplos concretos que se ubica sencillamente en ese núcleo claro y aquellos que no lo están. Más en concreto, ¿cuáles son las razones por las que cabría afirmar que las bicicletas son —o no— un tipo de vehículos que no pueden circular en el parque? La respuesta que brinda Hart es que ha de aplicarse alguna combinación de circunstancias que están indeterminadas.²⁹ Frente a ellas, todo lo que el intérprete puede hacer es determinar si el caso que se trajo a su consideración guarda una semejanza que pueda ser calificada como “suficiente” en aspectos en los que se han de considerar “relevantes”.³⁰

La especificación concreta de los criterios que dan forma a la decisión judicial por la que, por caso, una bicicleta es o no considerada un “vehículo” sujeta a la prohibición del parque, según Hart, deja un amplio e inevitable espacio a la discrecionalidad judicial, que no ha de confundirse con una decisión irracional o arbitraria.³¹ Esto sugiere la necesidad de examinar si una semántica convencionalista aplicada a la interpretación del derecho es capaz de distinguir la discrecionalidad de la mera arbitrariedad judicial. Este punto será examinado en mayor nivel de detalle más adelante.³²

Recapitulando: la semántica de los casos paradigmáticos propone adoptar una teoría del significado centrada en explicar o describir los acuerdos generales sobre los casos paradigmáticos a los que se

²⁹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 127.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Infra*, epígrafe III. 2.

aplican los conceptos. Esto supone, por un lado, un núcleo claro de significado sobre el que no caben dudas acerca de la aplicación de un concepto a un rango determinado de casos particulares y, por el otro, que también existen casos difíciles de encajar en tales ejemplos paradigmáticos. Así, por ejemplo, nadie dudaría en llamar “derecho” a las normas emanadas por el Congreso Nacional en uso de sus atribuciones constitucionales. Pero, en cambio, no resulta sencillo el caso del derecho internacional porque, según Hart, éste carece de una regla de reconocimiento que posibilite tanto la especificación de las fuentes del derecho como las pautas generales de identificación de las reglas jurídicas.

3. El convencionalismo profundo: una forma de combinar una semántica criterial y una semántica de los casos paradigmáticos

El convencionalismo profundo que defienden autores como Marmor y Raz sostiene que existe un nivel *superficial* de convenciones constituido por la conexión que opera entre un término y aquello que es referido por medio de esa palabra.³³ Según Marmor, el nivel superficial resultaría evidente y no problemático para los usuarios de cualquier lenguaje.³⁴ En tal sentido, a partir de una mera aproximación a cualquier práctica lingüística se podría advertir que se utilizan distintos vocablos para designar una misma clase de cosas. Por ejemplo, los usuarios del idioma inglés utilizan el término “dog” para hacer referencia a lo que los usuarios de la lengua española designarían como “perro”, y los franceses, “chien”. Esos ejemplos per-

³³ Marmor, Andrei, “Deep Conventions”, en *idem, Social Conventions: From Language to Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 62; Raz, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, en Golding, Martin P. and Edmunson, William A. (ed.), *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2004, pp. 326 y 327. En un sentido similar, Putnam afirma que existe una “convencionalidad semántica trivial” —*Trivial Semantic Conventionality*— para el nivel de los términos o palabras, Putnam, Hilary, “The Refutation of Conventionalism”, *Noûs*, vol. 8, núm. 1, 1974, p. 32.

³⁴ Marmor, Andrei, “Deep Conventions”, p. 58.

miten apreciar que los términos que utilizamos para designar ciertas cosas del mundo resultan enteramente convencionales.

Pero tanto Marmor como Raz advierten que además del nivel superficial de convenciones lingüísticas también existe un nivel semántico más profundo en el que los aspectos convencionales del lenguaje ya no resultan tan evidentes para los propios usuarios de un lenguaje.³⁵ En ese sentido, por seguir con el ejemplo de “perro”, ya no sería tan sencillo explicitar las razones por las cuales correspondería llamar a una cierta clase de animales con el término “perro” y no con otra palabra. Así, se puede apreciar que entre el significado más profundo de un concepto y su manifestación más superficial—la voz o sonido por el cual se expresan los términos—, se ubicarían las convenciones profundas.³⁶

Situados en este contexto de ideas, cabría preguntarse cómo funciona esa vinculación entre el significado más profundo de un concepto con sus manifestaciones terminológicas más superficiales. La respuesta que brinda Marmor supone que las convenciones superficiales resultan ser instancias de aplicación de convenciones profundas.³⁷ Sin embargo, esto no implica sugerir que estas últimas causan aquéllas. Más aún, el citado profesor israelí niega abiertamente que exista una relación causal entre el nivel profundo y el superficial de las convenciones lingüísticas.³⁸ Esa negación sería comparable con ciertas relaciones que operan entre pensamiento y lenguaje. En efecto, según este modo de entender a los conceptos que propone Marmor, si bien ciertos pensamientos suponen una determinada competencia lingüística, de esto no se sigue que el dúctil manejo del lenguaje origine esos pensamientos. Con otras palabras, un pensamiento puede ser una instancia del dominio del lenguaje, pero no necesariamente su causa.³⁹

³⁵ *Ibidem*, p. 63; Raz, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, pp. 326 y 327.

³⁶ Marmor, Andrei “Deep Conventions”, p. 63.

³⁷ *Ibidem*, pp. 63 y 64. Bayón Mohín, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 78 y 79.

³⁸ Marmor, Andrei, “Deep Conventions”, p. 64.

³⁹ *Idem*.

Frente a estas cuestiones, Marmor se plantea el siguiente interrogante, ¿cómo opera la concreción —*instantiation*— de las convenciones profundas? La explicación que desarrolla el convencionalismo profundo de Marmor supone que un aspecto significativo de nuestro lenguaje y de la formación de los conceptos se encuentra gobernado por normas. La mayoría de las palabras de un lenguaje natural reflejan un saber-cómo —*know-how*— que se encuentra precisamente determinado por convenciones profundas.⁴⁰ Más específicamente, los conceptos que son utilizados en el lenguaje natural generalmente reflejan un uso práctico que resulta estar condicionado por un interés específico dirigido a categorizar los objetos de la realidad de una cierta manera.⁴¹

Por ello, como sugiere Marmor, las convenciones profundas no descansan sobre el objeto a conocer, sino en la voluntad de los sujetos cognoscentes por medio de la que se clasifican las distintas cosas del mundo.⁴² Así, por ejemplo, un tomate podrá ser categorizado como “fruta”, según los intereses científicos de los ingenieros agrónomos.⁴³ En cambio, para el uso diario o cotidiano de quien va a hacer las compras al supermercado, el tomate no sería una fruta porque no se sirve como postre, sino un vegetal con el que se preparan otra clase de platos tales como salsas o ensaladas,⁴⁴ sin perjuicio de que podrían detectarse otras prácticas gastronómicas en las que el tomate sí se utilizaría como sobremesa.

Ahora bien, si estas convenciones profundas sólo se manifiestan por medio de las convenciones superficiales, cabe preguntarse si acaso resulta necesario que todos los usuarios de un lenguaje conozcan acabadamente el contenido del nivel profundo de las convenciones lingüísticas. La respuesta que proporciona Bayón, otro defensor de esta versión del convencionalismo semántico, es negativa.⁴⁵ Esto se apoya en el hecho de que existen diversas capas o nive-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 69.

⁴¹ *Ibidem*, p. 72.

⁴² *Idem*.

⁴³ Marmor utiliza el ejemplo del tomate para ilustrar estas ideas, *cfr.* “Deep Conventions”, pp. 72 y 73.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁵ Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, pp. 79 y 80.

les de convenciones, que en último término descansan sobre un interés en virtud del cual se categorizan las cosas o acciones humanas de tal o cual modo.

La más superficial de tales capas o niveles es la terminológica, que no resulta problemática, porque los sonidos o palabras con las que se nombran los conceptos pueden variar según las prácticas de las diversas comunidades lingüísticas. La segunda de esas capas consiste en lo que aquí denominaremos “nivel intermedio” de convencionalidad. Este nivel exige el manejo de las “condiciones mínimas”, que permiten afirmar que una persona ha aprendido a utilizar correctamente un concepto.⁴⁶ De modo que el convencionalismo profundo sostiene que no hace falta un completo y acabado conocimiento del contenido de las convenciones profundas. Bastaría con una “mínima posesión de un concepto” para que éste sea aplicado de un modo correcto, como afirma Raz.⁴⁷

Ahora bien, ¿en qué consiste esa mínima posesión de un concepto? Esa “mínima posesión” ha sido particularmente explicada por Raz, quien sostiene que esa noción designa una serie de condiciones no esenciales que permiten determinar si estamos frente a un uso correcto de un concepto. Sin embargo, eso no significa que tal uso sea necesariamente correcto en todos y cada uno de los contextos discursivos posibles.⁴⁸ Lo cierto es que, tal como afirma Bayón, esa mínima posesión de un concepto termina remitiendo a una serie de criterios básicos que determinan el uso correcto de un concepto,⁴⁹ y, por lo mismo, acaba siendo una explicación de una semántica criteriológica, o bien una combinación entre ésta y una semántica de los casos paradigmáticos.

Por ejemplo, podría considerarse que el color dorado configura una propiedad esencial o decisiva para determinar si estamos ante un uso correcto del concepto de “oro”. No obstante, también existen metales de color dorado que no tienen la misma estructura química que

⁴⁶ Raz, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, p. 325. En un sentido similar, Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, p. 80.

⁴⁷ Raz, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, p. 326; Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, p. 80.

⁴⁸ Raz, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, pp. 326 y 327,

⁴⁹ Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, p. 80.

el oro. Así, ese color sería considerado como un criterio suficiente que permitiera identificar si se posee mínimamente el concepto de “oro”. Aunque todo lo anterior no significa que resulte necesariamente correcto que esos metales se caractericen por un color dorado en todas y cada una de las posibles concreciones —*instantiations*— de tal concepto.⁵⁰ De hecho, es sabido que existen joyas de oro que no se caracterizan por un color dorado, sino blanco, por caso.

En definitiva, el convencionalismo profundo tiene el mérito de remarcar que en el nivel terminológico no resulta problemática la identificación entre una convención lingüística y su significado. Esto se debe a que se podría distinguir entre un uso correcto de los conceptos y un exhaustivo dominio de los criterios que determinan tal uso correcto. Dicho de otra manera, sería posible utilizar correctamente los conceptos sin necesidad de conocer todos y cada uno de los criterios que definen el significado de los conceptos. Sin embargo, resultaría preciso conocer al menos algunos de esos criterios para tener la mentada “posesión mínima” de un concepto. Por ello, al momento de caracterizar tal posesión, Bayón sostiene que esa noción remite a una serie de criterios básicos que guían el uso correcto de un concepto. De esta manera, el convencionalismo profundo se terminaría confundiendo o fusionando con una semántica criterial *débil* o, lo que es lo mismo, criteriológica. En otras palabras, el convencionalismo profundo no sería más que una manera de presentar a la semántica criteriológica de un modo relativamente novedoso.

4. El fondo de la cuestión: una identificación entre significado y uso lingüístico bajo diversos niveles o capas de convencionalidad

Las distintas explicaciones del convencionalismo semántico que se han examinado *supra* no resultan mutuamente excluyentes, sino que configuran los distintos niveles o dimensiones de la convencio-

⁵⁰ Raz, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, pp. 326 y 327. Del mismo autor, “Two Views on the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, *Legal Theory*, vol. 4, núm. 3, 1998, pp. 256 y 257.

nalidad del lenguaje por el cual se expresa el derecho, aunque desde dos puntos de vista principales: i) la semántica criterial *fuerte* presenta mayores rendimientos teóricos en un plano estático, y ii) la semántica criterial *débil* o criteriológica, la de los casos paradigmáticos y el convencionalismo profundo, en cambio, rinden mayor fruto en la perspectiva dinámica del lenguaje; esto es, tiene mayor virtuальidades en el plano del contexto discursivo para determinar cuáles son los criterios que determinan el uso correcto de un concepto.⁵¹

La semántica de los casos paradigmáticos no es más que una puesta en correspondencia de unos ejemplos paradigmáticos con casos concretos y particulares. En la medida en que esos hechos concretos se correspondan sin dificultades con el caso central o paradigma, se trataría de un ejemplo o “caso fácil”; esto es, una aplicación del concepto en cuestión que no traería aparejadas ninguna clase de dudas o dificultades en lo que respecta a su adecuación con esos criterios mínimos. Ahora bien, como parece sugerir Bix, una semántica de los casos paradigmáticos se termina confundiendo con una semántica criteriológica.⁵² Esto se debe a que la extensión del paradigma o ejemplo paradigmático depende de una serie de criterios mínimos o básicos, a la luz de un particular contexto discursivo, que determinan el uso correcto de un concepto. Por ello, como advierte Hart, la caracterización del paradigma presupone dos operaciones: i) determinar cuáles son los criterios mínimos para definir la extensión de ese paradigma, y ii) especificar cuáles son las circunstancias que deben considerarse como “relevantes” para aplicar un caso concreto dentro de tal paradigma.⁵³

Finalmente, el convencionalismo profundo tiene el mérito no tanto de proponer una teoría semántica alternativa, sino de articular las diversas versiones del convencionalismo semántico. Aún más, se podría sugerir que esta versión de una semántica convencionalista parece proponer que tanto la semántica criterial —fuerte y débil— como la semántica de los casos paradigmáticos están lejos de contraponerse. Antes bien, ambas se implican y complementan re-

⁵¹ *Supra*, epígrafe II. 1.

⁵² Bix, Brian, “Hart and the Open Texture of Language...”, p. 9.

⁵³ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 127.

cíprocamente como distintos niveles o capas de convencionalidad del lenguaje jurídico. En concreto, esas teorías semánticas configurarían tres niveles o grados de convencionalidad lingüística

La primera capa de convencionalidad se integra por el *nivel terminológico*. Esta capa remite principalmente a una semántica criterial fuerte. Se trata, en efecto, de un nivel del lenguaje que refiere exclusivamente a los criterios necesarios y suficientes para el uso de los términos por los que se designan las diferentes clases de cosas o tipos de acciones humanas. Así, los distintos idiomas usan diferentes términos para designar la misma clase de cosas o tipo de acciones humanas —*v. gr.*, “dog” o “to lie”, en lengua inglesa; “perro” o “mentir”, en idioma castellano—.

La segunda capa consiste en un *nivel intermedio*, que se integra por la “posesión mínima de un concepto”, que posibilita que un usuario del lenguaje emplee correctamente los conceptos, a pesar de no conocer exhaustivamente todas y cada una de las condiciones necesarias para su uso correcto. Esa posesión mínima, como bien advierte Bayón, remite a criterios compartidos que se dilucidan a la luz del contexto discursivo. Por ello, la noción de “posesión mínima de los conceptos” remite necesariamente a una semántica criteriológica y, por lo mismo, se confunde con una semántica de los casos paradigmáticos. En efecto, como sostiene Bix, la caracterización abstracta de tales casos remite a una semántica criterial débil o criteriológica.⁵⁴

Por último, existe el *nivel profundo*, que se integra por los intereses específicos por los que las comunidades de usuarios del lenguaje categorizan las clases de cosas o tipos básicos de acciones humanas de un modo u otro. Aquí el punto central radica en la constitución o configuración de la referencia de los conceptos. En tal sentido, el convencionalismo profundo sostiene que no es la referencia a las clases de cosas o tipos de acción humana la que impone un modo de categorizar al mundo al sujeto cognosciente, sino al revés, como afirma Marmor.⁵⁵ Dicho de un modo positivo, el o los sujetos que conocen son quienes construyen los modos de categorizar la realidad

⁵⁴ Bix, Brian, “Hart and the Open Texture of Language...”, p. 9.

⁵⁵ Marmor, Andrei, “Deep Conventions”, pp. 72 y 73.

en función de los intereses que lo mueven a clasificar los tipos de acción humana o clases de cosas de un modo específico.

El punto más sugestivo del convencionalismo profundo es que el contenido de las convenciones lingüísticas no siempre es enteramente conocido por los usuarios del lenguaje. Por ello, la aplicación o uso concreto de las palabras se apoya en el “uso de los criterios mínimos”.

Esto conlleva a que el convencionalismo profundo desemboca en una semántica criteriológica. Con todo, la explicación que Bayón proporciona sobre la caracterización de tales criterios mínimos es aún más importante. A su entender, se trataría de la enunciación de una serie de condiciones para el uso correcto de las palabras que, en última instancia, descansan sobre un interés específico de la comunidad de usuarios del lenguaje en virtud de la que se categorizan los tipos de acciones o clases de cosas, de un modo u otro. De hecho, un presupuesto teórico que atraviesa a las distintas versiones del convencionalismo semántico, como parece sugerir Marmor, es que los sujetos que conocen son quienes construyen los modos de categorizar la realidad, no a partir de una referencia a las clases de cosas o tipos básicos de acción humana, sino en función de intereses. Con otras palabras, se trata de un lenguaje que no remite a la realidad, sino a los modos de categorizar, clasificar o describir el mundo; esto es, las clases de cosas materiales o inmateriales, o bien las tipologías básicas de acción humana.

5. Balance crítico: las convenciones lingüísticas determinan la extensión de los conceptos

El convencionalismo profundo ha permitido poner de relieve las implicancias de aquellas teorías contemporáneas de la interpretación jurídica del mundo anglosajón se caracterizan por distintas capas o niveles en que tiene lugar la identificación entre uso y significado de los conceptos del mundo jurídico. Esa identificación entre uso y significado no se presenta de un modo homogéneo, sino con variados matices y modalidades. Sin embargo, todos ellos comparten un mismo hilo conductor: las convenciones lingüísticas son las

que determinan la extensión de los conceptos. No se trata de que el convencionalismo semántico niegue el aspecto referencial del lenguaje, sino que éste se encuentra supeditado a criterios compartidos. Dicho de otro modo, el convencionalismo semántico no excluye la dimensión referencial del lenguaje, sino que lo subordina o supedita a la descripción de convenciones lingüísticas.

Con todo, vale destacar que el convencionalismo profundo tiene la valía de distinguir los distintos niveles o capas de convencionalidad de lenguaje jurídico, sugiriendo que tales capas se corresponden con las distintas versiones del convencionalismo semántico. Así, la capa o nivel superficial o terminológico se corresponde con una semántica criterial fuerte. El nivel intermedio especifica cuáles son los criterios compartidos que, a la luz del contexto discursivo, permiten alcanzar una mínima posesión de los conceptos.

Finalmente, todas esas capas anteriores presuponen que esa “posesión mínima” descansa sobre un nivel profundo. Esto implica que, en última instancia, todo el lenguaje se apoya en el interés del sujeto cognosciente por el que las cosas o acciones humanas son clasificadas de un determinado modo. En consecuencia, es el sujeto quien construye no sólo los términos del lenguaje, sino también la referencia que los conceptos designan. Con otras palabras, para el convencionalismo semántico todos los niveles del lenguaje —desde los términos hasta la referencia o extensión de los conceptos— son construidos por un interés específico que guía a los usuarios del lenguaje a categorizar a los objetos a lo que se dirige el conocimiento de tal o cual manera.

III. DOS DIFICULTADES DEL CONVENCIONALISMO SEMÁNTICO EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Las teorías de la interpretación jurídica que descansan en alguna versión del convencionalismo semántico suponen una serie de dificultades explicativas o limitaciones internas. En este trabajo se examinarán puntualmente las siguientes dificultades: i) la cadena infinita de usos lingüísticos a la que remite toda versión del conven-

cionalismo semántico; ii) la imposibilidad de mantener una distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial.

1. La dificultad de una cadena infinita de usos lingüísticos

Las diferentes versiones del convencionalismo semántico, como se ha visto más arriba, defienden algún grado de identificación entre significado y el uso lingüístico compartido. Así, la captación o aprehensión del significado de un enunciado jurídico equivaldría a conocer exhaustivamente aquello que es designado por medio de su respectivo uso lingüístico. Cabe entonces preguntarse si es realmente posible determinar el significado de un enunciado normativo por la sola referencia a la aplicación correcta de un uso lingüístico compartido.⁵⁶

La reducción de la comprensión del significado de los conceptos al uso corre el riesgo de incurrir en una cadena infinita de usos lingüísticos. Esta dificultad podría ser ejemplificada del siguiente modo: el significado del enunciado jurídico "X" refiere al uso lingüístico "b1". Entonces, alguien podría preguntar ¿qué significa "b1"? A este interrogante sólo se podría responder que el uso "b1" se explica por medio de una referencia al uso "b2". Luego, una operación similar ocurriría con el significado de "b2", ya que éste designaría al uso "b3". En breve, la pregunta por el significado de un uso remitiría a otro uso que, a su vez, remitiría a un uso subsiguiente, y así hasta el infinito.⁵⁷

Este encadenamiento infinito de usos supone un lenguaje que bloquearía todo acceso a una realidad que no dependa de convenciones lingüísticas. Se trataría de una concepción del lenguaje puramente autorreferencial; esto es, un lenguaje que no hace más que

⁵⁶ Para un planteamiento muy similar, desde una defensa de la tradición iuspositivista de matriz analítica, *cfr.* Perot, Pablo Martín y Rodríguez, Jorge Luis, "Desacuerdos acerca del derecho", *Isonomía*, vol. 32, 2010, pp. 136 y 137.

⁵⁷ Zambrano, Pilar, "What Do We Mean When We Speak of Rights? Fundamental Principles, Natural Law, and Semantics in The Age of Pluralism", *pro manuscrito*, Buenos Aires, 2012, pp. 11 y 12. En el marco de una defensa de la tradición iuspositivista de matriz analítica, *cfr.* Perot, Pablo Martín y Rodríguez, Jorge Luis, "Desacuerdos acerca del derecho", p. 137.

discurrir sobre sí mismo.⁵⁸ Además, tal carácter autorreferencial del lenguaje entrañaría la imposibilidad de que la determinación del significado de un enunciado jurídico resulte capaz de detenerse en una formulación específica y definitiva. En efecto, tal determinación del significado, desde la perspectiva convencionalista, constituiría un pensamiento iterativo; esto es, un pensamiento incapaz de alcanzar alguna dimensión aprehensible de la realidad. Por lo tanto, se trataría de un pensamiento que se confina a reflexionar *cómo* se piensa lo que se piensa. En definitiva, el pensamiento iterativo resulta ser una operación intelectual pura y exclusivamente remitente que se limita necesariamente a intentar describir una cadena infinita de usos lingüísticos.⁵⁹

Una comprensión de este tipo del carácter iterativo del lenguaje tiene directas consecuencias en la inteligibilidad de los enunciados jurídicos. Esto se podrá explicar mejor con un ejemplo que permita ilustrar las dificultades que entraña determinar el significado de un derecho en particular, teniendo sólo en cuenta el uso de los términos con los que se lo designa. Más en concreto, a partir de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, se examinará la determinación del significado del “derecho a la privacidad” en clave estrictamente convencionalista. A continuación se analizará de qué modo opera la dificultad de la cadena infinita de usos lingüísticos según cada una de las versiones del convencionalismo semántico.

A. El regreso al infinito en la semántica criterial

Utilizando el ejemplo que propone Zambrano, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en el caso “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey” (1992), ha determinado el significado del derecho a la privacidad como “...el derecho fundamental a definir el propio concepto de existencia, de sig-

⁵⁸ Llano, Alejandro, *Metafísica y lenguaje*, Pamplona, Eunsa, 1983, p. 73.

⁵⁹ Inciarte, Fernando, *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 56 y 57; Llano, Alejandro, “Filosofía del lenguaje y comunicación”, en *idem, Sueño y vigilia de la razón*, Pamplona, Eunsa, 1999, p. 89.

nificado, del universo, y sobre el misterio de la vida humana sobre el propio sentido de dignidad".⁶⁰ Desde las coordenadas teóricas de la semántica criterial, en su variante *fuerte*, esta definición asume que es completamente posible identificar los criterios o conjuntos de condiciones necesarias y suficientes que determinan el uso correcto de cada uno de los términos que componen el significado del derecho a la privacidad. Aún más, la definición del mencionado derecho implicaría la posibilidad de identificar frases o conjuntos de palabras que equivaldrían a cada uno de los términos que integran la definición de "derecho a la privacidad". Por tanto, la citada definición ha de presuponer que resultan analíticamente deducibles las definiciones de "existencia", "significado", "universo", "misterio", "vida humana" y "dignidad".

Sin embargo, la semántica criterial no resultaría capaz de superar exitosamente la dificultad de la remisión a una cadena infinita de usos lingüísticos. Porque la definición de los conceptos de un enunciado jurídico —*v. gr.*, "el derecho a la privacidad"— referiría a otro conjunto de palabras, tales como "existencia", "significado", "universo", "misterio", "vida humana" y "dignidad".⁶¹ Así, el significado de los conceptos que conforman un enunciado jurídico hace referencia a otro conjunto de palabras, cuyo significado a su vez depende de una significación convencionalmente construida, pues entonces no sería posible evitar el *regreso al infinito*. De hecho, en último término, el significado del concepto de "derecho a la privacidad" sólo podría resultar inteligible en la medida en que los términos que componen su significado no dependan pura y completamente de convenciones lingüísticas.⁶² Con todo, esta opción no sería admisible, porque la presente versión del convencionalismo semántico rechaza todo aspecto no convencional o rígido en lo que hace al significado de los conceptos.⁶³

⁶⁰ "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey" (1992) 505 U.S. 833, 852.

⁶¹ Putnam, Hilary, *Representation and Reality*, Cambridge, Mit Press, 1991, p. 62.

⁶² Zambrano, Pilar, "What Do We Mean...", p. 11.

⁶³ Este rechazo a cualquier clase de aspecto definitivo que no dependa de convenciones lingüísticas, según Llano, se articula con el giro epistemológico, el cual implica una dinámica que se radicaliza progresivamente. Ya que si el pensamiento

B. *El regreso al infinito en la semántica de los casos paradigmáticos*

La citada sentencia judicial que determina el significado del derecho a la privacidad también podría someterse a análisis desde las coordenadas teóricas de una semántica de los casos paradigmáticos. En tal sentido, cabría plantearse dos preguntas fundamentales: i) ¿cuál es “núcleo claro de significado” del derecho a la privacidad?; ii) ¿cómo identificar los rasgos centrales del caso paradigmático de derecho a la privacidad?

La semántica de los casos paradigmáticos afirmaría que existen instancias de aplicación del concepto de privacidad; es decir, habría un acuerdo convencional sobre un grupo paradigmático de ejemplos a los que se aplicaría ese concepto.⁶⁴ Por un lado, paragonando el concepto de “privacidad” con las analogías que traza Hart con relación al concepto de derecho,⁶⁵ nadie dudaría en llamar “privacidad” a ciertas acciones como la decisión de leer un libro de ciencia ficción de Ray Bradbury en la intimidad de la propia habitación. Por otra parte, existen una “zona de penumbra” sobre tal concepto; esto es, existen una variada serie de casos en los que no se puede advertir sencillamente si cabe o no aplicar tal núcleo claro de significado. En efecto, si alguien va leyendo un libro mientras camina por la calle, incluso si guardara cuidado de no llevarse a nadie por delante, se trataría de una instancia de aplicación del concepto de privacidad, que podría presentar dificultades. En otras palabras, se trataría de una aplicación del concepto de derecho a la privacidad que se encontraría bajo una “zona de penumbra”.

se dirige a pensar acerca de cómo se piensa esa realidad, sin adoptar una actitud de apertura a la realidad, esto deriva en un tipo de pensar iterativo que por su misma dinámica interna conduce a la propia radicalización. Porque si atiendo a cómo pienso la realidad, después tengo que atender a cómo pienso que la pienso, y esto es lo que se llama actitud crítica. La actitud crítica no es capaz de limitarse en una formulación determinada y definitiva, porque los presupuestos de la crítica siempre pueden, a su vez, ser sometidos a una nueva crítica. *Cfr.* Llano, Alejandro, “Filosofía del lenguaje y comunicación”, p. 89.

⁶⁴ *Supra*, epígrafe II.3.

⁶⁵ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, pp. 3 y 4.

Ahora bien, la determinación del significado del derecho a la privacidad, por ejemplo, supone una falta de precisión para determinar cuáles son las pautas que permiten evaluar si un caso particular se encuentra o no dentro de un núcleo claro de significado.⁶⁶ En tal sentido, desde la propia tradición del iuspositivismo de matriz analítica, se ha defendido la idea de que una semántica de los casos paradigmáticos ha de combinarse con una de tipo criteriológica para dar cuenta de las pautas que permiten evaluar si las similitudes con el caso paradigmático son suficientes para identificar una instancia de aplicación correcta de un cierto concepto.⁶⁷

Siguiendo con el ejemplo del derecho a la privacidad, la aplicación de tal concepto ha de presuponer una serie de criterios que permitan identificar si las similitudes del caso particular pueden calificarse como “suficientes” para constituir un uso correcto de ese concepto jurídico. Ahora bien, dado que la semántica de los casos paradigmáticos ha de apelar inevitablemente a criterios compartidos para definir sus ejemplos paradigmáticos, esa teoría semántica no puede evitar alguna de las dificultades que padecen las teorías semánticas de tipo criteriológico. Esto se debe a que ambas teorías presupondrían una noción de significado de un concepto o enunciado jurídico que no hace más que remitir a otro conjunto de palabras. En efecto, si el acceso epistémico al ejemplo paradigmático depende de criterios compartidos cuyo significado se enuncia por medio de términos que remiten a otras palabras; y si estos últimos, a su vez, dependen de una significación social o convencionalmente construida, entonces resulta inevitable el *regreso al infinito*.

Nuevamente, frente a estas dificultades, el significado del concepto de derecho a la privacidad sólo podría resultar inteligible en la medida en que los términos que componen su significado no dependan pura y exclusivamente de convenciones lingüísticas.⁶⁸ Sin em-

⁶⁶ Moore, Michael S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, p. 296.

⁶⁷ Bix, Brian, “H. L. A. Hart and the ‘Open Texture’...”, p. 9.

⁶⁸ Zambrano, Pilar, “What Do We Mean...”, p. 11. En un sentido similar, se ha sostenido que uno de los usos típicos del argumento del regreso al infinito consiste en mostrar que la solución bajo examen no logra resolver el problema que se analiza; ya sea porque ese problema no tiene solución alguna o bien porque existe una respuesta alternativa. Wieland, Jan Willem, “Infinite Regress Arguments”, *Acta*

bargo, este último camino resultaría inviable para una semántica de los casos paradigmáticos. Porque esta versión del convencionalismo semántico tampoco admite alguna clase de aspecto definitivo en lo referido o designado por las palabras o enunciados jurídicos.⁶⁹

C. Balance crítico: una cadena indetenible de remisiones a convenciones lingüísticas

La cadena infinita de usos lingüísticos que supone una semántica convencionalista tiene directas consecuencias en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En tal sentido, en cualquiera de las versiones del convencionalismo semántico, aunque por diversas razones, los enunciados que conforman los variados derechos fundamentales no serían más que un conjunto de palabras cuyo significado remite a un conjunto subsiguiente de palabras. Más aún, si esa remisión no se detiene, en algún momento, ante un aspecto de la realidad que no depende de convenciones o construcciones sociales del significado, entonces no resultaría posible aprehender aquello a lo que refieren o designan tales derechos.⁷⁰

Así, el regreso al infinito atraviesa a cualquier cuestión relativa a la interpretación constitucional. En efecto, si el significado de los conceptos que integran una disposición constitucional sólo remite a otras palabras, no sería posible determinar el significado de tales disposiciones. Concretamente, en el campo de los derechos fundamentales, esto redundaría en la imposibilidad de captar el significado de esos derechos, como afirma Zambrano. Por consiguiente, la interpretación de los derechos fundamentales caería en algunas de las siguientes aporías. O bien tales derechos son: i) *ininteligibles*; esto es, no se podría acceder epistémicamente a lo que es designado, en último término, a través de las palabras o frases por los cuales se enuncian esos derechos fundamentales, o bien ii) *vacíos*; es decir, no refieren ni designan nada más que regularidades de conducta

Analytica, vol. 28, 2013, p. 100.

⁶⁹ Llano, Alejandro, "Filosofía del lenguaje y comunicación", p. 89.

⁷⁰ Zambrano, Pilar, "What Do We Mean...", pp. 11 y 12.

aprehensibles, pero que serían carentes de sentido o racionalidad intrínseca.⁷¹

2. La distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad judicial

En este subepígrafe se examinará si una teoría de la interpretación jurídica anclada en presupuestos lingüísticos de tipo convencionalista es capaz de distinguir entre la arbitrariedad y la discrecionalidad judicial. Esto se realizará en tres niveles diferentes de análisis: a) un nivel *abstracto*, en el que se dilucida el significado de un enunciado normativo sin que medie una conexión con un caso particular o concreto; b) un nivel concreto o de *subsunción*, que tiene lugar cuando el significado de un concepto resulta de difícil encaje en el caso general o paradigmático, como propone Hart, y c) un nivel de imperio o resolución particular, en el cual tiene lugar la elección de uno entre los muchos modos posibles de implementar el tipo de acción con que se resuelven los casos en las sentencias judiciales.⁷²

A. La discrecionalidad judicial en el convencionalismo semántico

La dificultad de la discrecionalidad judicial, desde una semántica criterial *fuerte*, se reduciría a una actividad clarificadora de los criterios compartidos que resultan necesarios y suficientes para determinar si un enunciado jurídico se ha aplicado correctamente a la resolución de un caso particular. Así, una semántica criterial presupone que el derecho es o puede ser reconstruido como un sistema deductivo. Según Moore, esa estructura deductiva del sistema jurídico permitiría deducir las decisiones interpretativas a partir de las normas contenidas en tal sistema. En consecuencia, la tarea del juez consistiría en deducir cuál sería la norma que integraría cada una

⁷¹ *Idem.*

⁷² Zambrano, Pilar, “Interpretar es conocer: una defensa de la teoría referencialista de la interpretación”, *pro manuscrito*, Buenos Aires, 2015, pp. 7 y 8.

de las prácticas interpretativas en que éste ha de intervenir.⁷³ Dicho de otro modo, el derecho podría ser reconstruido como un sistema del cual se podrían extraer las normas que se aplicarán en cada caso particular.

Ahora bien, desde la perspectiva discursiva o dinámica del lenguaje por el cual se expresa el derecho, resulta conveniente diferenciar cómo opera tal deducción en la dimensión abstracta y en la concreta de toda práctica interpretativa. Así, siguiendo las distinciones que plantea Guastini, habría una dimensión abstracta de toda interpretación, que consiste en la dilucidación del significado de un enunciado normativo sin que tuviera lugar una conexión con un caso particular o concreto.⁷⁴ Pero, además, también habría una interpretación concreta que radica en la subsunción de un hecho concreto en el rango de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”.⁷⁵ En consecuencia, como Zambrano pone de relieve, si bien la interpretación jurídica —en su nivel concreto— arrastra las conclusiones a las que se arribó en el nivel abstracto, la primera se caracteriza por ciertos desafíos cognoscitivos específicos o propios.⁷⁶ En otras palabras, parafraseando al citado jurista genovés, si bien la interpretación en concreto presupone lógicamente la interpretación *in abstracto*, se trata de dos actividades intelectuales diferenciables.⁷⁷

⁷³ Moore, Michael S., “The Semantics of Judging”, p. 157.

⁷⁴ Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011, p. 15. Del mismo autor, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2008, p. 30.

⁷⁵ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación...*, p. 30. En un sentido parcialmente similar, incluso Kelsen ha reconocido que “Si hubiera que caracterizar no solo la interpretación de la ley, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad, en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 354.

⁷⁶ Zambrano, Pilar, “Interpretar es conocer...”, p. 2.

⁷⁷ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación...*, p. 30.

a. La discrecionalidad judicial en la dimensión abstracta

De entre los problemas específicos que caracteriza a la interpretación en abstracto valdría la pena destacar la cuestión relativa a los criterios que permiten identificar el uso correcto de una palabra. Más específicamente, esto supone justificar por qué tales criterios resultan suficientes para el uso correcto de un concepto y por qué no tales otros. La respuesta desde una semántica criterial *fuerte*, como la teoría del significado de Carnap,⁷⁸ supone un mero desafío cognoscitivo o epistémico. Esto se debe a que el significado de un concepto se reduciría al conocimiento de todos y cada uno de los criterios o condiciones necesarios y suficientes que caracterizan al uso correcto de una palabra.

Así, por ejemplo, el desafío interpretativo que supone interpretar abstractamente qué significa “el derecho del pueblo a poseer y portar armas”—reconocido por la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América— exigiría dilucidar todos y cada uno de los criterios que permitirían caracterizar un uso correcto de tal expresión. En tal orden de ideas, en rigor, no habría espacio alguno para la discrecionalidad, porque la dilucidación del significado de un enunciado normativo se reduciría a un puro acto de conocimiento de todas y cada una de las condiciones necesarias para identificar una aplicación correcta de aquello que designa la segunda enmienda.

En cambio, en la variante criteriológica o criterial débil, la interpretación abstracta no se reduciría invariablemente a un mero acto de conocimiento, porque exige determinar cuáles son aquellos criterios que resultan necesarios para un uso correcto de los conceptos, en el marco de un contexto discursivo. Esto supone que existe un cierto espacio para la voluntad del intérprete. Esto se debe a que, como sugiere Hart, es preciso que el intérprete especifique tanto el grado de semejanza entre el caso concreto y el ejemplo paradigmático como aquellos aspectos que han de considerarse como “relevantes”.⁷⁹ Por ello, resultaría inevitable la discrecionalidad judi-

⁷⁸ *Supra*, epígrafe II. 1.

⁷⁹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 127.

cial ante casos que no podrían subsumirse fácilmente en el ejemplo paradigmático o caso central. Con todo, vale reiterar que el citado profesor oxoniense insiste en que esto no debe confundirse con la arbitrariedad judicial.⁸⁰ Sin embargo, cabe preguntarse si acaso es posible distinguir la arbitrariedad de la discrecionalidad desde una semántica convencionalista.

La respuesta al último interrogante, en la dimensión abstracta de la interpretación jurídica, es que la decisión por la que se delimita la extensión que denotan los conceptos, desde una semántica convencionalista, resulta tan inevitable como arbitraria. Sería inevitable, porque los criterios definitorios que resultarían suficientes para determinar la extensión de un concepto, incluso en abstracto, presuponen la necesidad de llevar a cabo una elección entre varias alternativas posibles, porque de una concepción deductiva del sistema jurídico no se sigue que necesariamente se deduzca una única respuesta o solución interpretativa para todos los casos posibles. En consecuencia, resulta necesario que el juez tome una decisión que corte o interrumpa esa cadena de remisiones.

Ahora bien, ese corte es necesariamente arbitrario, porque se trataría de una elección que resultaría imposible de ser justificada sin incurrir en un regreso al infinito. Esto sería así, porque el significado de un concepto se dilucidaría por medio de una remisión a una convención lingüística, cuyo significado reenvía a otra convención, y así hasta el infinito. Por lo tanto, dado que no es posible brindar razones por las cuales se interrumpe esa cadena en tal o cual eslabón, la discrecionalidad judicial termina siendo tan inevitable como indistinguible de la arbitrariedad judicial. Dicho de otro modo, la arbitrariedad se confunde con la discrecionalidad porque una semántica convencionalista no puede dar razones por las que se escogieron tales o cuales criterios compartidos para determinar el significado de un concepto.

b. La discrecionalidad judicial en la dimensión concreta

⁸⁰ *Idem.*

Como se ha explicado más arriba, la interpretación jurídica también presenta una dimensión concreta que arrastra los resultados de la dimensión abstracta, pero a la vez se caracteriza por sus desafíos específicos. Aquí no sólo se busca determinar *in abstracto* el significado del concepto de “derecho a la privacidad”, sino, sobre todo, si un conjunto de hechos particulares y concretos acaecidos en el pasado se subsumen dentro del significado abstracto de tal derecho, por ejemplo. Es por ello que esta operación que suele llamarse subsunción, en rigor, exige la individuación de la norma en que se ha de subsumir un caso concreto.

Desde una semántica criterial fuerte, la aplicación del significado delimitado en abstracto de un enunciado jurídico a un caso concreto resultaría ser una consecuencia que se deduciría lógicamente —y, por lo mismo, de modo necesario— de todas y cada una de las condiciones necesarias y suficientes que determinan el uso correcto de los conceptos que recoge el lenguaje jurídico.⁸¹ No obstante, la semántica criterial *fuerte* se limita a enunciar o definir estáticamente cuáles son los criterios que deben concurrir necesariamente para poder identificar un uso correcto de un concepto.⁸² Así, la dimensión estática de una semántica criterial *fuerte* excluye la posibilidad de comprender las disposiciones normativas dentro de un contexto discursivo. Con otras palabras, la semántica criterial fuerte desemboca inevitablemente en un explicación lexicográfica del significado de las palabras.

Ahora bien, una semántica criterial *débil* o *criteriológica*, como hemos visto anteriormente, rechaza la idea de que resulta necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los criterios compartidos que se corresponden con el uso correcto de una palabra o frase.⁸³ En efecto, tal como se ha dicho *supra*,⁸⁴ la semántica criteriológica propugna una serie de propiedades entrecruzadas cuyo rol en la de-

⁸¹ Moore, Michael S., “The Semantics of Judging”, p. 157. Del mismo autor, “A Natural Law Theory of Interpretation”, p. 283.

⁸² Moore, Michael S., “Semantics of Judging”, p. 221.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Supra*, epígrafe II.2.

terminación de la extensión de las palabras depende del contexto discursivo.

Así, por ejemplo, frente al caso de estupefacientes, la semántica criteriológica ha de brindar una respuesta a interrogantes tales como: ¿cuáles son los criterios compartidos *mínimos* que resultan necesarios para determinar la extensión del concepto de "estupefacientes" en una práctica interpretativa judicial? ¿Bajo qué condiciones y en qué medida la extensión de "estupefacientes" depende del contexto discursivo particular y concreto? De algún modo, el esfuerzo teórico por dar respuesta a estos últimos interrogantes se encuentra en el trasfondo que dio impulso a la semántica de los casos paradigmáticos.

Sin embargo, lo cierto es que esa dualidad entre "núcleo claro de significado" y "zona de penumbra" sobre la que se apoya la *SCP* no puede eliminarse cuando los casos particulares se subsumen en casos particulares. En efecto, como señala Hart, no habría modo alguno de precisar el lenguaje por el cual se enuncian las normas jurídicas para que éstas resulten capaces de ser aplicadas sin dificultad alguna a todas las instancias de aplicación posibles.⁸⁵ Con otras palabras, el lenguaje general —y el lenguaje jurídico en particular— no podría alcanzar un grado de precisión capaz de anticiparse a todas las posibles aplicaciones de un concepto.⁸⁶ En consecuencia, como propone Hart, sólo se podrían redefinir y refinar nuestros conceptos para hacer frente a las nuevas situaciones que se van presentando en la práctica jurídica.⁸⁷

¿Esto significa que la discrecionalidad judicial es un acto irracional y no justificable en el cual se debe optar entre opciones «abiertas»?⁸⁸ ¿O acaso es posible que la discrecionalidad judicial pueda guiar a la labor del juez por medio de pautas racionales y objetivas al momento de individualizar la norma que se corresponde con un caso particular y concreto? Hart parece haber esbozado una pro-

⁸⁵ Hart, H. L. A., "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence...*, p. 274.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 275.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación derecho...*, p. 181.

puesta para caracterizar los criterios racionales que han de guiar al juez cuando debe resolver un “caso difícil”; esto es, un caso que no se subsume sencillamente en el ejemplo paradigmático. Al respecto, el citado autor inglés ha sostenido que el juez debe ejercer su actividad creadora del derecho sin incurrir en arbitrariedad; esto es, debe guiar su accionar por algunas “razones generales” que justifiquen su decisión y, al mismo tiempo, debe emitir sus decisiones conforme a “sus propias creencias y valores”.⁸⁹

En síntesis, la dimensión concreta supone un reto o un desafío específico: encajar o subsumir un hecho concreto acaecido en un tiempo pasado en el significado que ha sido dilucidado previamente en abstracto. Esto sería así porque, parafraseando a Spaemann, si los conceptos fueron determinados *in abstracto* de un modo arbitrario también serán arbitrarias sus aplicaciones a hechos concretos y particulares.⁹⁰ Con todo, resulta preciso analizar cómo es que esto impacta en lo que se ha venido diciendo sobre la imposibilidad de distinguir la arbitrariedad de la discrecionalidad judicial en la dimensión imperativa o particularmente resolutiva de una decisión judicial. Sobre este punto versará el próximo subepígrafe.

c. La discrecionalidad judicial en la dimensión imperativa o particularmente resolutiva

Como se ha expuesto más arriba, la dimensión abstracta proyecta sus resultados sobre la dimensión concreta de la interpretación jurídica. Sin embargo, sobre todo en el contexto de una práctica interpretativa judicial, no siempre basta con determinar si tal o cual hecho se subsume —o no— dentro de un significado previamente delimitado en abstracto. Todo lo anterior se ordena necesariamente a un plano de máxima operatividad, en donde se concretiza lo interpretado en abstracto y en concreto. O, lo que es lo mismo, sobre

⁸⁹ Hart, H. L. A., “Postscript”, en *The Concept of Law*, p. 273.

⁹⁰ Spaemann, Robert, *Límites: acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 54.

la base de todo aquello dilucidado o determinado en el plano cognoscitivo de la interpretación se impone un curso de acción de cara al futuro.⁹¹ Dicho de otra manera, la dimensión concreta presupone o implica los resultados de la abstracta, pero ambas se ordenan, en último término, hacia la especificación de un acto de imperio que proyecta sus efectos hacia el futuro.

Uno de los autores que más ha insistido en la dimensión imperativa o particularmente resolutiva de la discrecionalidad judicial ha sido Hans Kelsen,⁹² quien afirma que esa dimensión imperativa resulta inevitable. Según el citado jurista vienes, incluso las normas jurídicas más específicas pueden dejar abiertas una serie de posibilidades para su implementación. Así, el modo por el cual se implementa el significado de una norma puede corresponderse con una o más de las posibles de interpretaciones que admite esa norma. Por ejemplo, incluso la resolución del juez "X" que le ordena al oficial de policía "Z" que arreste al sujeto "Y", conlleva inevitablemente un margen de discrecionalidad para determinar cuándo, dónde y cómo se llevará a cabo tal arresto.⁹³ Por ello, Kelsen sostiene que la dimensión cognoscitiva de la interpretación sólo puede delimitar o acotar los resultados interpretativos que admite una norma, pero no los modos de implementarlos.⁹⁴

En esta dimensión imperativa, el intérprete cuenta con un margen mucho más amplio de discrecionalidad. Aquí ya no se trata de subsumir hechos o acciones pasadas en conceptos cuyo significado abstracto no ha sido delimitado de modo arbitrario. Se trata de un juicio que, como señala Zambrano, opera *ex post*; es decir, determina los modos de concretar una conducta, sobre la base de los resultados arribados en el momento abstracto y concreto de la interpretación jurídica, pero de cara al futuro.⁹⁵ Esta mirada hacia delante

⁹¹ Pieper, Joseph, *Las virtudes fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Rialp, 1980, pp. 43 y 44.

⁹² Kelsen, Hans, "On the Theory of Interpretation", trad. Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, *Legal Studies*, vol. 10, núm. 2, 1990, p. 128. Del mismo autor, *Teoría pura del derecho*, pp. 354 y ss.

⁹³ Kelsen, Hans, "On the Theory of Interpretation", p. 128.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁹⁵ Zambrano, Pilar, "Interpretar es conocer...", p. 13.

supone, como advierte Zambrano, que el intérprete precisa deliberar cuál es el modo más eficaz y eficiente para realizar la acción o conducta concreta que prescriben las normas jurídicas que se están interpretando.⁹⁶

Así, la dimensión imperativa conlleva en manos del juez una elección o, lo que es lo mismo, una valoración sobre los méritos y deméritos, conveniencia o inconveniencia, eficacia o ineficacia de las distintas alternativas disponibles. Por ejemplo, ya no se trata de determinar si un hecho particular configura —o no— una “pena cruel y desusada”, lo que estaría proscrito por la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Por ello, en este momento imperativo es en donde mayor margen o espacio tiene la decisión del intérprete judicial. De hecho, en la parte propiamente resolutiva de una sentencia judicial es en donde el juez cuenta con mayor espacio para su creatividad interpretativa. Aquí, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha ordenado al Primer Distrito Judicial de Apelación de Florida que dictara una nueva sentencia que brinde a los menores de edad, condenados a prisión perpetua por crímenes que no fueran homicidio, una posibilidad realista de obtener la libertad condicional.⁹⁷ De un modo semejante, también la Corte Suprema podría haber dictado ella misma una nueva sentencia; o bien podría haber precisado con mayor nivel de detalle el contenido de la decisión judicial que habría de tomar el juez de nivel inferior.

B. Balance crítico: la inevitable confusión entre la arbitrariedad y la discrecionalidad judicial

Una semántica convencionalista implica que la dilucidación *in abstracto* del significado de los enunciados jurídicos remite a convenciones lingüísticas, éstas a otras convenciones, y así hasta el infinito, como se ha visto *supra*.⁹⁸ Frente a ello, se podría apelar a un

⁹⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁷ “Graham v. Florida”, 560 U.S. 48, 130 (2010).

⁹⁸ *Supra*, epígrafe III, 1.

acto de decisión del juez que interrumpiría tal cadena de remisiones en algún eslabón determinado. No obstante, desde el convencionalismo semántico no podrían darse razones para justificar tal operación, porque los criterios mínimos —semántica criterial— o los criterios que definen los contornos del ejemplo o caso paradigmático no pueden ser delimitados en abstracto, sino de un modo arbitrario. Por tanto, no sería posible distinguir una decisión judicial arbitraria de una discrecional; esto es, un acto de decisión que supone una elección racional entre diversas alternativas. Dicho en otras palabras, si el significado de las normas jurídicas —en general— y de las de tipo constitucional —en particular— depende prioritariamente de convenciones lingüísticas, el único modo posible de escapar de un regreso al infinito es apelando a una decisión judicial voluntarista exenta de todo control racional que atribuye un determinado significado al enunciado normativo que se interpreta.

En lo que respecta a la “interpretación concreta”, una práctica interpretativa que descansa en una concepción convencionalista del significado arrastra sobre sí las mismas dificultades de la interpretación jurídica *in abstracto*, pero también agrega nuevos desafíos.⁹⁹ De hecho, es precisamente en este último punto en donde más se pone de relieve que una semántica convencionalista no es capaz de superar la confusión entre discrecionalidad y arbitrariedad judicial. Esto se debe a que una práctica interpretativa anclada sobre tales presupuestos semánticos no es capaz de dar cuenta de las razones por las que cabría subsumir un hecho concreto en el significado abstracto de una disposición constitucional.

Por ello, de un modo similar a lo que afirma Spaemann,¹⁰⁰ cabe sostener que si se parte de un concepto cuyo significado fue defi-

⁹⁹ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 204. Del mismo autor, *Interpretare e argomentare*, 15; *Teoría e ideología de la interpretación...*, p. 30; Etcheverry, *Objetividad y determinación...*, p. 170.

¹⁰⁰ Cabe aclarar que Spaemann se refiere específicamente a la relación una tipologización del concepto genérico de acción y sus aplicaciones concretas. Con todo, a mi modo de ver, esto se aplica de modo semejante a la estructura lógica del acto interpretativo jurídico. *Cfr.* Spaemann, Robert, *Límites...*, p. 54.

nido en abstracto de un modo arbitrario, no es posible evitar una individuación o subsunción arbitraria de un hecho particular en ese concepto.¹⁰¹ En resumen, en palabras de Zambrano:

...el paso desde el texto jurídico a los juicios generales en la interpretación abstracta, y de éstos a los juicios sintéticos de la interpretación concreta no puede constituir otra cosa sino un salto al vacío. La discrecionalidad de la interpretación judicial constituye un corolario ineludible, en otras palabras, de un escepticismo previo —no ya moral— sino conceptual o semántico.¹⁰²

Finalmente, en la dimensión imperativa se trata de imperar o resolver de qué modo, entre los resultados interpretativos que admite una norma, se concretará el significado de un enunciado jurídico de cara hacia el futuro. Por ello, los desafíos propios de este nivel son: a) la indeterminación del futuro; b) la indeterminación del lenguaje moral, y c) el amplio margen de libertad con que cuenta el juez para la decisión judicial.

En conclusión, si bien el nivel concreto de la interpretación jurídica arrastra los resultados del nivel abstracto, el significado de los conceptos termina siendo definido en abstracto de un modo arbitrario si éstos penden de una semántica convencionalista. Esto deriva en que la individualización de la norma en que se subsumen los hechos particulares y concretos no es sino también arbitraria. Por todo lo anterior, tampoco será posible imperar o resolver un curso de acción que no sea sino irrazonable o arbitrario. En otras palabras, cada nivel o dimensión de la interpretación jurídica agrega desafíos cognoscitivos propios, pero en ninguno de ellos será posible evitar la confusión entre discrecionalidad y arbitrariedad judicial. Esto se debe a que, en último término, el significado de los conceptos se apoya en una semántica que antepone el significado socialmente construido por sobre la referencia de los conceptos.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Zambrano, Pilar, “Interpretar es conocer...”, p. 11.

IV. BASES PARA UNA SUPERACIÓN DE LAS LIMITACIONES DEL CONVENCIONALISMO SEMÁNTICO

1. Una respuesta al problema del regreso al infinito: la prioridad de la referencia sobre el significado convencionalmente construido

En los epígrafes anteriores se ha argumentado que una práctica interpretativa que descansa en un convencionalismo semántico implicaría un regreso al infinito de interpretaciones. Porque si el significado de los enunciados constitucionales depende prioritariamente de convenciones lingüísticas, no sería posible escapar de una cadena de prácticas lingüísticas convencionales que remiten indefinidamente a otras convenciones, y así hasta el infinito. Frente a ello, en este epígrafe se examinará si es posible que la interpretación jurídica descance en un fundamento alternativo al convencionalismo semántico —que Putnam no duda en llamar “concepto tradicional del significado”¹⁰³—, que sea capaz de escapar del regreso al infinito de interpretaciones. Concretamente, en este apartado se afirmará la posibilidad de fundar una teoría de la interpretación jurídica en un realismo semántico que, como señala Zambrano, brindaría el piso o límite inferior de la creatividad de la interpretación jurídica.¹⁰⁴

Ahora bien, ¿de qué modo una semántica realista podría escapar al problema de que el significado de un concepto se dilucida a la luz de otros conceptos, y el significado de éstos, a su vez, remite a otros y, así, hasta el infinito? Pues esto sólo sería posible en la medida en que la semántica realista, como afirma Moore, se asiente sobre una prioridad de la referencia; esto es, si la referencia de las palabras o enunciados es lo que determina la extensión de su significado, y no al revés.¹⁰⁵ En tal sentido, como indica Zambrano, será posible escapar del regreso al infinito, en la medida en que la cadena de remi-

¹⁰³ Putnam, Hilary, “Meaning and Reference”, *The Journal of Philosophy*, vol. 70, núm. 19, 1973, p. 700.

¹⁰⁴ Zambrano, Pilar, “Interpretar es conocer...”, p. 10.

¹⁰⁵ Moore, Michael S., “Justifying the Natural Law Theory...”, p. 2091.

siones se apoye, en último término, en conceptos con inteligibilidad propia, que precisamente son inteligibles por sí mismos, porque *no* se construyen *exclusivamente* por medio de un uso o aplicación convencional.¹⁰⁶ Dicho de otra manera, sólo es posible evitar un regreso al infinito al momento de interpretar los conceptos si éstos no refieren meramente a prácticas lingüísticas convencionales.

A. La naturaleza práctica de la interpretación jurídica en todos sus niveles

Al momento de explicar en qué consiste la prioridad de la referencia sobre el significado, Moore advierte que

el sentido de una palabra como «agua» no es una lista de propiedades o un conjunto de ejemplos paradigmáticos asignados a la palabra por el orador o por la comunidad de oradores; más bien, el sentido de la palabra está determinado por la mejor teoría de la naturaleza del tipo, agua. Dicha teoría es descubierta, no establecida, por algún orador o por una comunidad de oradores.¹⁰⁷

El ejemplo de “agua” que es citado por Moore también es utilizado por Brink.¹⁰⁸ Ambos utilizan un ejemplo que se ubica en el plano del conocimiento teórico; es decir, un objeto cuyo acto de conocer se dirige hacia algo *dado* para el hombre; esto es, algo que sobre lo que no puede operar la acción humana.¹⁰⁹ Así, la pregunta fundamental de la dimensión o aspecto teórico del conocimiento se podría redu-

¹⁰⁶ Zambrano, Pilar, “Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *Dikaios*, vol. 23, 2014, p. 438.

¹⁰⁷ Moore, Michael S., “Interpretación constitucional y aspiración a una sociedad buena: una justificación de la teoría iusnaturalista de la interpretación constitucional”, trad. Pilar Zambrano, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 9, 2005, p. 554. [Versión en lengua inglesa: “Justifying the Natural Law Theory...”, p. 2091].

¹⁰⁸ Brink, David O., “Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, núm. 2, 1988, p. 117.

¹⁰⁹ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I, q. 14, a. 16.

cir, por caso, a la siguiente pregunta, “¿qué es el agua?”. Aquí lo que interesa es conocer lo que es el agua por mero deleite de cono-cer lo que son las cosas.

Sin embargo, téngase presente que desde Aristóteles se ha afirmado que el “alma racional” puede subdividirse en dos; por un lado, una potencia cognoscitiva de tipo teórico, científica y contemplativa, y una razón calculadora y práctica, por el otro.¹¹⁰ Ambas razones integran una única potencia intelectiva, que se distingue en virtud de las cosas sobre las que razona y en el modo en como piensa sus objetos.¹¹¹ Así, cuando nos preguntamos cuestiones tales como “¿qué es el agua?”, o “¿qué es el oro?”, no resulta involucrada ninguna decisión y acción humana que constituye el objeto a conocer, sino que frente a tales cuestiones solamente cabe un descubrimiento de su estructura interna y forma externa.¹¹² Dicho de otra manera, al cono-cer el agua o el oro no se configura el objeto, sino que se aprehende lo que éste es, sin más.

En contraste, en el pensamiento en su modalidad o dimensión práctica, el sujeto cognoscente opera sobre aquello que conoce y se ve implicado directamente en ello. En palabras de Finnis, el pensamiento práctico supone pensar en lo que uno mismo debiera hacer.¹¹³ La pregunta fundamental de la dimensión o aspecto práctico del co-nocimiento se podría sintetizar del siguiente modo: “¿qué es lo que debo o puedo hacer?”. Es por ello que se trata de un conocimiento que se dirige inmediatamente a la deliberación, las elecciones y la acción específicamente humana. O, como afirma Massini Correas, “aquellas realidades cuya existencia y modo de existir dependen constitutivamente de la operación humana, pueden ser consideradas en cuanto operables o realizables y, por lo tanto, como objeto de un conoci-miento directivo o regulativo, o bien estimativo o valorativo”.¹¹⁴ En

¹¹⁰ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, VI, 1, 1138b35 y 1139a17.

¹¹¹ *Ibidem*, 1139a5 y 20.

¹¹² Russell, Daniel C., *Practical Intelligence and Virtues*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 14.

¹¹³ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p.12; Russell, *Practical Intelligence and Virtues*, p. 15.

¹¹⁴ Massini Correas, Carlos I., “La interpretación jurídica como interpretación práctica”, *Persona y Derecho*, vol. 52, 2005, p. 422.

este orden de ideas, la interpretación jurídica, como sostiene el citado autor argentino, constituye un caso especial del conocimiento en su modalidad práctica, en tanto se orienta directamente hacia una realidad *operable*; esto es, realizable y, en alguna medida, construible por medio de una actividad humana.¹¹⁵

Situados en este contexto de ideas, es preciso distinguir entre el conocimiento teórico acerca de lo que es el agua, del conocimiento eminentemente práctico del significado de conceptos constitucionales tales como “libertad de prensa”, “violencia doméstica” o “penas crueles”. De hecho, aunque ambas dimensiones del conocimiento humano están íntimamente involucradas en toda práctica interpretativa, cabe remarcar que la interpretación de enunciados jurídicos es eminentemente práctica, en tanto versa sobre un objeto de conocimiento *operable*. Sin embargo, resulta conveniente advertir que lo “operable” también puede ser conocido en distintos niveles o dimensiones de conocimiento: a) abstracto, y b) concreto.

La interpretación de una norma en el nivel abstracto, normalmente está dirigida a esclarecer qué fue lo que un autor de un texto normativo ha dicho o pretendió significar. Sin embargo, ese momento teórico suele ordenarse a una dimensión o aspecto práctico; esto es, conlleva una interpretación dirigida a determinar cómo ha de comportarse o cuáles son las consecuencias de una determinada conducta, ya sea para enseñar, brindar consejos, para elaborar los dictámenes del ministerio público, para litigar en tanto abogado particular, o para ejercer la magistratura judicial, etcétera.¹¹⁶ Dicho en otras palabras, el momento o aspecto teórico de la dimensión abstracta de la interpretación culmina en la especificación de una norma particular que prescribe actuar en un determinado sentido.

En cambio, la dimensión o nivel concreto de la interpretación de la octava enmienda, por caso, conlleva la subsunción de un hecho particular en el significado delimitado *in abstracto* de las condiciones de aplicación de esa norma. Por ello, la dimensión concreta se suele asociar a la interpretación jurídica que se despliega paradigm

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Kalinowski, George, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, trad. de Carlos I. Massini Correas *et al.*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 110.

máticamente en sede judicial. Así, por ejemplo, el nivel concreto de la interpretación supone determinar si el caso particular del señor Graham —un menor que ha sido condenado a prisión perpetua, sin posibilidad de libertad condicional por haber cometido el delito de homicidio— se subsume dentro del concepto de “pena cruel” que recoge la octava enmienda de la Constitución estadounidense, tal como lo hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.¹¹⁷ Dicho de otro modo, el nivel concreto supone subsumir hechos a los conceptos que recoge el texto constitucional.

Con todo, es preciso volver a insistir en que no se trata de actividades radicalmente separadas, sino de momentos diferenciables que integran un mismo razonamiento interpretativo. Por consiguiente, la interpretación práctica se dirige, en última instancia, a la especificación de una acción a seguir a la luz del descubrimiento y comprensión de lo que significa un enunciado normativo.¹¹⁸ Lo anterior pone de relieve que resulta imperioso determinar en qué medida la teoría de la prioridad de la referencia puede trasladarse a la interpretación jurídica, particularmente a la interpretación de enunciados constitucionales. En este sentido, cabe preguntarse: ¿la prioridad de la referencia supone un acto cognoscitivo de mero descubrimiento o la referencia es puramente construida por el uso del lenguaje? ¿Acaso el conocimiento de la referencia es una operación que combina tanto elementos de descubrimiento como de convención o construcción social del significado?

B. Las clases funcionales de Moore, conocimiento práctico y realismo semántico

La respuesta de Moore, de algún modo, también pareciera hacer frente al problema de la dimensión práctica de la interpretación jurídica en tanto se dirige a especificar o determinar un operable. En concreto, cabe mencionar que Moore sugiere que los conceptos del mundo jurídico —o moral— se dilucidan a la luz de su función y no

¹¹⁷ “Terrance Jamar Graham v. Florida”, 560 U.S. 48 (2010).

¹¹⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, “La interpretación jurídica...”, pp. 441 y 442.

de su estructura;¹¹⁹ es decir, se trataría de “clases funcionales” —*functional kinds*—, y no de “clases naturales” —*natural kinds*—. Este recurso explicativo le permite a Moore evitar concebir las realidades a las que se dirige el conocimiento jurídico como un objeto de conocimiento que resulta completamente independiente de la acción humana, y a la vez excluye la posibilidad de caracterizar al objeto de una práctica interpretativa como si fuera meramente construido por las prácticas sociales de una comunidad de usuarios del lenguaje. Sin embargo, es preciso dejar en claro que la razón humana no se limita a descubrir lo que las clases funcionales designan, sino que en alguna medida, éstas resultan construidas por el uso lingüístico compartido. Con otras palabras, las clases funcionales poseen tanto una dimensión rígida como una convencional.

Por ello, la noción de clases funcionales que supone la prioridad de la referencia —en el campo del conocimiento práctico— no implica necesariamente rechazar todo aspecto convencional del lenguaje constitucional. Antes bien, tal prioridad supone que los objetos de conocimiento que designa el lenguaje resultan ser una combinación entre descubrimiento y creación social.¹²⁰ Por lo tanto, la prioridad de la referencia implica simplemente negar la prevalencia del aspecto convencional de una práctica lingüística. Con otras palabras, se trata de un problema de orden de prioridades, no de elementos mutuamente excluyentes. Ahora bien, ¿cuál es el espacio o margen no convencional en las “clases funcionales”? ¿Cuál es el margen para la convencionalidad o positividad? Sobre estas cuestiones versarán los próximos dos subepígrafes.

a. La dimensión rígida de las clases funcionales

¹¹⁹ Moore, Michael S., “Law as a Functional Kind”, en George, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 208. Del mismo autor, “Law as Justice”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 18, núm. 1, 2001, pp. 119 y 120.

¹²⁰ Zambrano, Pilar, “Principios fundamentales e inteligibilidad...”, p. 429. En un sentido similar, Putnam, Hilary, “Meaning and Reference”, p. 711. Del mismo autor, “Convention: a theme in Philosophy”, en *idem, Realism and Reason: Philosophical Papers*, vol. 3, Nueva York, Cambridge University Press, 1983, p. 178.

La noción misma de “clases funcionales” acarrea diversos desafíos explicativos. El primero de ellos consiste en precisar o especificar la extensión de su dimensión no convencional o rígida. En este punto puede resultar útil apelar al esquema explicativo de Cotta, quien sostiene que las actividades humanas se conocen a partir de sus fines y no por medio de una descripción de su estructura interna y su forma externa.¹²¹ Del mismo modo, una defensa de una “prioridad de la re-ferencia” requiere determinar o especificar aquellos fines a los que sirve el derecho considerado globalmente. Ahora bien, ¿cuáles son esos fines?

Michael S. Moore advierte que no existe ningún tipo de consenso generalizado sobre cuáles son los fines globales del derecho.¹²² En cualquier caso, para quien asuma la defensa de una prioridad de la referencia aplicada a clases funcionales en poco y nada incidiría el grado de consenso en el reconocimiento de tales fines, pues su referencia no depende de ello.¹²³ Así, en palabras del propio Moore, la referencia a la que aluden los conceptos o clases funcionales son *mind-independent*; esto es, son independientes de ser pensados por la mente de un individuo o de una comunidad de individuos.¹²⁴ Sin embargo, esto no supone negar todo aspecto convencional en la referencia de tales clases funcionales, sino simplemente su primacía para configurar el significado de los conceptos que recoge el conocimiento práctico —en general— y el conocimiento jurídico —en particular—.

Ahora bien, resulta conveniente precisar que la prioridad de la referencia, como sostienen Moore y Cotta —desde otra tradición filosófica—, supone que lo que es el derecho no depende de sus características estructurales, sino de su correspondencia con los fines últimos a los que sirve.¹²⁵ La referencia a Cotta se justifica en que este

¹²¹ Cotta, Sergio, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 9.

¹²² Moore, Michael S., “Law as a Functional Kind”, p. 218.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Moore, Michael S., “The Interpretative Turn...”, p. 878. Del mismo autor, “Can Objectivity...”, p. 761; “The Plain Truth about Legal Truth”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26, 2003, pp. 27 y 28.

¹²⁵ Moore, Michael S., “Law as a Functional Kind”, p. 218; Cotta, Sergio, *Il diritto*

autor entra en un mayor nivel de detalle que Moore al momento de determinar cuál es el fin inmediato del derecho. Así, el autor italiano sostiene que ese fin o función específica del derecho, en tanto orden prescriptivo-sancionador, radica en el establecimiento de un sistema de conductas que aseguran un ordenamiento regular de convivencia entre una pluralidad de individuos.¹²⁶

En un orden similar de ideas, Tomás de Aquino afirmaba que el fin global al que sirve la ley humana sólo proscribe las conductas más graves, aquellas de las que puede abstenerse la mayoría, y que, sobre todo, hacen daño a terceros, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir.¹²⁷ Dicho con otras palabras, el fin global al que sirve el ordenamiento jurídico se dirige a proscribir aquellas acciones que afectan seria o gravemente a la subsistencia misma de la vida humana en sociedad. A este primer nivel de la dimensión rígida de las clases funcionales lo denominaremos “nivel global”.

El concepto de clases funcionales, según Moore, también incluye un segundo nivel, que se desprende de los fines globales del derecho, y que conlleva un mayor nivel de especificación. En concreto, se trata de subconjuntos o sectores de normas generales que prescriben conductas que se ordenan a la realización de tales fines globales.¹²⁸ Así, por ejemplo, la norma que proscribe el incumplimiento contractual no justificado integra el ordenamiento jurídico-civil, porque contribuye a la realización de acciones humanas dirigidas a concretar las finalidades que procura el derecho civil, independientemente de si tal norma dimana de alguna fuente de derecho positivo de origen estatal, o del tipo de sanciones que se establecen para el caso de su incumplimiento.¹²⁹ Por tanto, la pertinencia de una norma jurídica al subsistema u ordenamiento jurídico particular depende de su capacidad para la realización —o, mejor dicho, actualización— de las finalidades del derecho. En otras palabras, las normas específicas del código civil, por caso, contribuyen a realizar

nell'esistenza..., p. 9.

¹²⁶ Cotta, Sergio, *Il diritto nell'esistenza...*, p. 10.

¹²⁷ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, q. 96, a. 2.

¹²⁸ Moore, Michael S., “Law as Justice”, pp. 119 y 120.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 120.

los fines particulares del derecho civil, y éstos, a su vez, concretan mediatamente los fines últimos o globales del derecho. A este segundo nivel, que se subordina al primero, se estipulará designarlo como “nivel sectorial”.

Tanto en el nivel sectorial como en el nivel global de las clases funcionales, los fines a los que sirve el derecho no se construyen, sino que se descubren por medio del conocimiento humano. Sin embargo, como señala Moore, la caracterización de tales clases no debe considerarse como enteramente definitiva o inmutable. Esto se debe a que, según el citado autor, cabría distinguir entre el plano ontológico y el plano epistémico o gnoseológico. Por ello, así como el conocimiento de las clases naturales está siempre sujeto a los avances en su comprensión, también las clases funcionales están permanentemente sujetas a un mejor conocimiento de lo que implican y conllevan.

Por lo mismo, pueden exigir su modificación parcial o incluso reemplazo por otras clases.¹³⁰ En cualquier caso, lo que es importante remarcar es que una semántica realista asume o presupone que existen fines que son intrínsecamente valiosos o dignos de ser perseguidos por el derecho. Y, sobre todo, que tal valía no depende constitutivamente de criterios compartidos o convencionales, pues tales fines han de ser intrínsecamente valiosos. Ahora bien, si la noción de clases funcionales supone tan sólo una prioridad de la dimensión rígida o no convencional de la referencia; entonces, ¿cuál es el espacio para la convencionalidad o positividad en este punto? ¿Qué agrega la dimensión convencional a la caracterización de las clases funcionales?

b. La dimensión convencional de las clases funcionales

El margen para la convencionalidad o positividad de las clases funcionales depende parcialmente de la dimensión rígida o no convencional. Así, como sostiene Zambrano, “la dimensión construida o convencional del lenguaje recibe su inteligibilidad de su referen-

¹³⁰ Moore, Michael S., “Law as a Functional Kind”, p. 220.

cia a conceptos que se abstraen de una realidad intrínsecamente inteligible".¹³¹ Esto, trasladado al plano de las clases funcionales, supone —parafraseando a Massini Correas— que las relaciones deónicas convencionales se construyen a partir de conceptos que son abstraídos de la realidad de las cosas humanas.¹³²

Es posible iluminar estas cuestiones a partir de la distinción entre clases de principios iusfundamentales que plantea John Finnis. Así como en el plano de los principios de derecho fundamental se pueden apreciar al menos dos clases de derechos fundamentales,¹³³ del mismo modo se pueden advertir dos niveles en los que operan de distinto modo los márgenes para la convencionalidad de las clases funcionales: a) el modo de describir acciones que afectan a derechos fundamentales de fuerza concluyente; b) la positivación de principios fundamentales con fuerza meramente directiva.

En el primer nivel de convencionalidad —que en este trabajo denominaremos como “convencionalidad débil”— se ubican las disposiciones que describen tipos de acción que invariable o necesariamente frustran la realización de los fines globales o sectoriales del derecho. Esto se debe a que existen diversos modos de describir una acción que se orienta directamente a la frustración o afectación de un fin sectorial que impacta significativamente sobre el fin último o global del derecho. Así, por ejemplo, existen diversas fórmulas que han adoptado los textos constitucionales o tratados internacionales al momento de proscribir la esclavitud.

De hecho, el artículo 4o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. En cambio, la decimotercera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que “Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto”. En ambas

¹³¹ Zambrano, Pilar, “Interpretar es conocer...”, p. 5.

¹³² Massini Correas, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México, Porrúa, 2008, p. 13.

¹³³ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, p. 212.

disposiciones se puede apreciar una proscripción de la esclavitud. Sin embargo, persistiría un margen de convencionalidad limitado a la forma o modo de reconocer un cierto tipo genérico de acciones que afectan decisivamente a un fin básico al que se orienta el derecho: el respeto a la dignidad inherente de toda persona.

En el segundo nivel de convencionalidad —que en este trabajo se denominará “convencionalidad fuerte”—, en cambio, habría un margen bastante más amplio para la convencionalidad o positividad. En efecto, se trata del nivel en que se ubica el reconocimiento o puesta en vigencia histórica de normas que garantizan un ámbito de libertad para actualizar tipos de acción esencialmente vinculados con la realización de los fines básicos del desarrollo humano. Más aún, se podría decir que el único límite a la creatividad en este plano consiste en que se trate de normas que pretenden orientar las acciones humanas hacia el desenvolvimiento de tales fines básicos. Esto sería así porque el nivel de convencionalidad fuerte versa sobre normas que proscriben, permiten o prescriben tipos de acción que son compatibles con los fines globales o sectoriales del derecho, pero que no se siguen de un modo estrictamente necesario de tales fines. Esto se enlaza con lo que Hervada entiende como la dimensión específica del derecho positivo, en tanto desglose, extensión o complemento no contenido necesariamente en el derecho natural.¹³⁴ Del mismo modo, este nivel de convencionalidad supone llevar a cabo una elección de lo conveniente o útil entre distintas posibilidades que brinda la dimensión rígida o no convencional de las clases funcionales.

Así, por ejemplo, la medida exacta de lo debido en concepto de salario suele determinarse a la luz de acuerdos o convenciones humanos; más específicamente, a partir de lo que prescribe el estatuto profesional, el convenio colectivo de trabajo y/o el contrato individual de trabajo. Sin embargo, el significado de tales normas positivas sólo es posible inteligirlo o comprenderlo a la luz de su referencia a un salario mínimamente justo. Es por ello que la dimensión convencional de las clases funcionales se comprende a partir de su referencia rígida.

¹³⁴ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1994, p. 111.

De hecho, retomando el esquema explicativo de Cotta, lo que es el salario no se explica únicamente por la estructura interna o forma externa de los acuerdos o convenios de trabajo —individuales o colectivos—, sino, ante todo, por su correspondencia con fines específicos a los que se dirige el salario —su para qué—; por ejemplo, asegurar las condiciones materiales mínimas para una vida humana digna. A su vez, todo lo anterior impacta en la finalidad global: mantener el orden que posibilita una convivencia social pacífica.¹³⁵ En otras palabras, la dimensión rígida o no convencional de las clases funcionales posibilita la comprensión o inteligibilidad de su dimensión convencional o positiva.

Recapitulando: las clases funcionales se apoyan en una prioridad de la referencia rígida de los conceptos a proposiciones que son intrínsecamente inteligibles. Esa prioridad supone que la remisión a los fines específicos y globales del derecho se antepone o prevalece sobre el significado social o convencionalmente construido. Esas proposiciones, siguiendo en este punto a la categorización que propone Zambrano, podrían subdividirse de acuerdo con tres grandes funciones: a) señalar los fines o bienes básicos que todo derecho se propone garantizar —dimensión rígida o no convencional de las clases funcionales—; b) distintas formas o maneras de proscribir —de modo inexcepctionable— tipos de acción que frustran necesariamente la realización de tales fines —nivel de convencionalidad débil—, y c) garantizar un ámbito de libertad en el que se pueden actualizar tipos de acción esencialmente vinculados con la realización de los fines humanos básicos —nivel de convencionalidad fuerte—.¹³⁶ Con todo, es preciso remarcar que la prioridad de la referencia no implica una exclusión de una dimensión convencional en las clases funcionales, sino que tal prioridad asegura la inteligibilidad tanto del nivel convencional como del rígido.

2. El realismo semántico como respuesta al problema

¹³⁵ Cotta, Sergio, *Il diritto nell'esistenza...*, p. 10; Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, 2a. ed., Madrid, Congreso de los Diputados, 2005, p. 22.

¹³⁶ Zambrano, Pilar, “Principios fundamentales...”, p. 438.

*de la confusión entre discrecionalidad
y arbitrariedad judicial*

Como se ha advertido anteriormente, si la interpretación constitucional se apoya en una semántica convencionalista, no habría argumento racional alguno para distinguir entre un margen de creatividad interpretativa o discrecionalidad y una decisión judicial arbitraria.¹³⁷ Esto se debe a que una semántica convencionalista no puede evitar determinar el significado abstracto de un modo arbitrario, y, por lo mismo, termina arrastrando tal arbitrariedad a los diferentes niveles de interpretación judicial. Por ello, también serán arbitrarias las subsunciones de conceptos a casos particulares y concretos que se basen en un significado delimitado en abstracto de un modo arbitrario. Por lo mismo, será inevitablemente arbitraria la dimensión imperativa o resolutiva en la que desemboca la interpretación concreta. Dicho de otra manera, una teoría semántica que prioriza el significado socialmente construido por sobre la referencia no permite distinguir la mera arbitrariedad de la discrecionalidad judicial como elección razonable entre alternativas abiertas. Frente a estas limitaciones, en este epígrafe se propondrá apelar a un realismo semántico con el objetivo de posibilitar la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial.

A. La distinción entre interpretación abstracta y concreta

El esfuerzo por sentar las bases de una semántica realista aplicada a la interpretación jurídica exige distinguir entre las siguientes fases de la discrecionalidad judicial: a) nivel abstracto; b) nivel concreto, y, a su vez, este último se podría subdividir en 1) subnivel propiamente concreto, y 2) subnivel de imperio. En cada uno de tales momentos opera de distinto modo la discrecionalidad judicial y, por lo mismo, conlleva diferentes desafíos para la práctica de la interpretación jurídica.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 437.

B. *El realismo semántico en la dimensión abstracta de una práctica interpretativa*

Un punto de central importancia para evitar la confusión entre una decisión interpretativa discrecional de un acto arbitrario en el nivel abstracto radica en conectar la práctica interpretativa con los fines y tipos básicos de acción intrínsecamente inteligibles que supone una “prioridad de la referencia” aplicada al significado de los enunciados jurídicos.¹³⁸ Esto no configura solamente una exigencia que le otorgaría mayor legitimidad o deseabilidad a una práctica interpretativa de carácter jurídico. Aún más, la inteligibilidad misma del significado de los enunciados jurídicos, si es que se quiere evitar la aporía del regreso al infinito propio de toda semántica convencionalista, exige revisar la conexión entre el significado socialmente construido en torno a los enunciados constitucionales y su referencia; esto es, los tipos básicos de acción y finalidades intrínsecamente inteligibles a los que serviría la práctica interpretativa del derecho.

Más específicamente, siguiendo en este punto a Zambrano, la dimensión abstracta efectúa al menos cuatro clases de juicios predicamentales: a) *juicios sobre lo que significa el tipo de acción*; por ejemplo, “el homicidio es el delito que consiste en la aniquilación injustificada de la vida de otro ser humano”; b) *juicios sobre la naturaleza de la acción voluntaria e involuntaria* o, mejor dicho, los criterios para atribuir un hecho a un sujeto en calidad de agente, como, por caso, “Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”; c) *las predicaciones sobre la calidad meritoria o demeritoria de los tipos de acción*, y, como remarca Zambrano, más específicamente sobre su permisión, tolerancia o prohibición, tales como “Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado...”, como establece la decimotercera enmienda de la Constitución, y d) *enunciación de las consecuencias jurídicas que se siguen de la realización del tipo de acción*. Así, por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución de la Nación Argentina establece que “...Todo contrato de com-

¹³⁸ Moore, Michael S., “Do We Have an Unwritten Constitution?”, *Southern California Law Review*, vol. 63, 1989, p. 135.

pra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice".¹³⁹

Si se traslada esta explicación al campo de la interpretación constitucional, la dimensión abstracta supondría interrogantes de amplitud genérica, tales como "¿la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América garantiza tipos de acción dirigidos a posibilitar que las personas porten armas en la vía pública?". Esto, en la medida en que una norma constitucional sea interpretada desde una semántica realista, exige conectar tal significado abstracto con alguno de los juicios predicamentales básicos o fundamentales mencionados anteriormente. Así, la segunda enmienda configura un tipo de acción que efectúa una predicación *sobre la calidad meritaria o demeritoria de los tipos de acción*; esto es, formula una predicación de tipo permisivo sobre la acción genérica de portar armas. Pero, además, esto debe articularse tanto con las funciones o finalidades particulares que procura el tipo de acción que describe la segunda enmienda como también con los fines globales de la Constitución, y, a su vez, éstos han de enlazarse necesariamente con los fines últimos del derecho.¹⁴⁰

C. El realismo semántico en la dimensión concreta de una práctica interpretativa

En lo que toca a la dimensión concreta de la interpretación jurídica, el realismo semántico permitiría evitar algunas de las limitaciones de una práctica interpretativa asentada sobre un convencionalismo semántico. De hecho, una semántica que descansa sobre una prioridad del significado socialmente construido no permite brindar razones para que un hecho concreto se subsuma o no dentro del significado delimitado en abstracto. En contraste, en la medida en que la dilucidación del significado de un enunciado normativo resulte ser un mero instrumento o medio para describir o explicar la referencia de los conceptos recogidos en el texto normativo, se

¹³⁹ Zambrano, Pilar, "Interpretar es conocer...", p. 7.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 9.

podrían brindar razones para determinar *in abstracto* el significado de un enunciado constitucional.

Así, se podría pasar al nivel concreto, y al mismo tiempo se brindarían razones para justificar una decisión judicial por la cual se incluye un hecho concreto dentro del rango de significado de un enunciado constitucional. Con todo, es preciso volver a insistir en que si bien la interpretación concreta arrastra los resultados de la abstracta, la primera tiene sus desafíos cognoscitivos.¹⁴¹

Zambrano, inspirándose en la doctrina de la imputación penal de Sánchez Ostiz, descompone a la interpretación concreta en cuatro subjuicios: (a) *el subjuicio de individuación en sentido estricto*, a través del cual se identifican los hechos del caso como una concreción de un tipo genérico de acción jurídica; por ejemplo, “el Sr. Heller peticionó que se le permitiera ejercer su derecho a poseer y portar armas dentro de su casa”; b) *el subjuicio de atribución*, mediante el cual los hechos se individualizan o identifican como acciones específicamente humanas y, por lo mismo, se atribuyen a un sujeto en calidad de agente: “Juan pagó y Pedro aceptó el pago con intención, discernimiento y libertad”; c) *el subjuicio de mérito o demérito*: “no cabe negar el derecho del Sr. Heller a poseer y portar un arma, según los términos de la segunda enmienda”. En cuarto y último término, d) *el subjuicio de responsabilidad*, por medio del que se formula una norma de acción singular: “De acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema, el Distrito de Columbia debe dictar un acto administrativo por el cual se autorizará al señor Heller a registrar el arma, en un plazo de cinco días hábiles”, por ejemplo.¹⁴² En cualquier caso, los cuatro subjuicios sólo serán posibles de inteligir en tanto y en cuanto la práctica interpretativa parte de un significado delimitado previamente en abstracto que anteponga la referencia sobre el significado socialmente construido en la época en que la Constitución fue adoptada.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴² *Ibidem*, p. 7. Para un mayor desarrollo de los subjuicios de la interpretación concreta, aunque en el contexto más amplio de la interpretación jurídica en general, *ibidem*, pp. 10 y ss.

Una práctica interpretativa asentada en una “prioridad de la referencia” brindaría al intérprete una serie de criterios que operan como una suerte de “piso semántico mínimo” o límite indisponible al momento de enfrentar cada uno de los subjuicios específicos del nivel concreto de la interpretación constitucional. Así, la semántica realista garantiza la exclusión de la arbitrariedad al momento de subsumir hechos particulares con conceptos generales y abstractos. Esto se debe a que los subjuicios en que se descompone el nivel concreto descansan en un piso mínimo que brinda una semántica realista, pero que no excluye la inevitable necesidad de desplegar decisiones o actos que combinan elementos de racionalidad y voluntad.

Lo último, sin embargo, no implica una negación para un margen de convencionalidad en el nivel concreto. De hecho, lo propio de la semántica realista no es prescindir de todo elemento convencional, sino garantizar que la determinación del significado de los enunciados constitucionales descansen en una combinación entre conocimiento y voluntad. Por lo tanto, sobre la base o piso semántico firme que ofrece el realismo semántico, el intérprete sería capaz de elaborar dos tipos de respuestas que no se encuentran completamente dadas en las clases funcionales que recogen los enunciados constitucionales, sino que exigen un esfuerzo constructivo: a) el subjuicio de individuación o, si se quiere, de subsunción, y b) el subjuicio de responsabilidad.

Como se ha dicho *supra*, el subjuicio de individuación consiste en la subsunción de hechos particulares —ya acaecidos en el pasado— en el significado abstracto de las disposiciones constitucionales. Esto presenta especiales dificultades en el plano de enunciados constitucionales que incorporan principios morales. Porque, como sugiere Zambrano, cuanto más abstracta es la definición de los tipos de acción o fines que recoge la Constitución, mayor variabilidad presenta en sus modos de concreción.¹⁴³ Esto se debe a que en la individuación de la acción resulta inevitable que el intérprete acabe determinando cuáles son las notas o características fundamentales del caso concreto que llevarían al juez a subsumirlo en una norma específica y/o en alguna de las interpretaciones que admite esa norma *in*

¹⁴³ *Ibidem*, p. 12.

*abstracto.*¹⁴⁴ Así, el subjuicio de individuación brinda un espacio de creatividad acotado que permite trazar objetivamente los contornos de la subsunción del caso concreto en el significado previamente delimitado en abstracto. Con todo, es necesario remarcar que el juez no puede salirse del “piso” semántico de los enunciados jurídicos que está llamado a interpretar concretamente.

En cambio, en el juicio de responsabilidad, el intérprete cuenta con un margen mucho más amplio para la creatividad y, por lo mismo, para la dimensión convencional del lenguaje constitucional. Aquí ya no se trata de subsumir acciones pasadas o un hecho particular en conceptos cuyo significado abstracto no ha sido delimitado de modo arbitrario. El juicio de responsabilidad, como señala Zambrano, opera *ex post*; es decir, determina los modos de concretar la acción típica de cara al futuro.¹⁴⁵

Volviendo al ejemplo de la segunda enmienda, ya no se trata de determinar si los hechos juzgados se subsumen dentro de la acción típica de carácter permisivo que reconoce el derecho constitucional a poseer y portar armas, sino de especificar de qué modo habrá de actuar un agente concreto —el gobierno del distrito de Columbia— para realizar el tipo de acción que está protegido por la citada enmienda, de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema. Por ello, en este subjuicio es en donde existe un amplio espacio para la discrecionalidad, y, por lo mismo, para un extenso margen de convencionalidad. En otras palabras, el subjuicio de responsabilidad conlleva determinar de qué modo se habrá de concretar el tipo de acción que se sigue de la interpretación de los enunciados constitucionales, tanto en su momento abstracto como en su momento concreto.

Recapitulando: en la medida en que una interpretación jurídica descansen en una semántica realista; esto es, en tanto se ordene la dilucidación del significado de las disposiciones normativas a las finalidades y tipos básicos de acción intrínsecamente inteligible, sería posible distinguir entre márgenes de decisión judicial de tipo discrecional del mero ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional. Sin embargo, es preciso distinguir cómo opera ese margen discrecional

¹⁴⁴ Moore, Michael S., “The Semantics of Judging”, p. 221.

¹⁴⁵ Zambrano, Pilar, “Interpretar es conocer...”, p. 13.

en el plano abstracto y en el concreto. En tal sentido, una interpretación jurídica posibilitaría brindar criterios racionales para distinguir entre la mera arbitrariedad y la discrecionalidad judicial.¹⁴⁶

Una semántica realista guiaría al juez en todos los momentos o fases de la discrecionalidad judicial; esto es, a) en el *momento abstracto*, porque permitiría brindar un “piso semántico” firme para determinar objetivamente el significado de los conceptos a través de una remisión a fines básicos intrínsecamente inteligibles y/o tipos básicos de acción que concretan tales fines; b) en el *momento concreto* posibilitaría que la subsunción de un caso concreto y particular a los conceptos recogidos en los enunciados constitucionales se apoye en una decisión de tipo discrecional, que podría distinguirse de una decisión meramente arbitraria. Esto permitiría que una semántica realista brinde al juez un “piso” o límite inferior a partir del cual sea capaz de construir una solución dentro de las distintas alternativas disponibles para subsumir hechos concretos en una norma determinada. Finalmente, c) en la dimensión *imperativa*, una semántica realista permitiría argumentar o brindar razones por las cuales el juez resuelve, de cara al futuro, de qué modo concretar el significado interpretado en un determinado sentido o dirección.

V. CONCLUSIONES

El primer objetivo de este trabajo ha sido presentar y reconstruir los presupuestos semánticos sobre los cuales se basan las principales teorías contemporáneas de la interpretación jurídica. A partir de tal reconstrucción se puede concluir lo siguiente:

1. Las teorías contemporáneas de la interpretación jurídica del mundo anglosajón se caracterizan por distintos niveles de identificación entre uso y significado de los conceptos o enunciados jurídicos. Esa identificación entre uso y significado no se presenta de un modo homogéneo, sino con variados matrizes y modalidades. Sin embargo, todos ellos comparten el

¹⁴⁶ Zambrano, Pilar, “Principios fundamentales e inteligibilidad...”, p. 437.

- mismo hilo conductor: las convenciones lingüísticas son las que determinan la extensión de los conceptos.
2. El convencionalismo profundo tiene la valía de distinguir los distintos niveles o capas de convencionalidad de lenguaje jurídico, sugiriendo que tales capas se corresponden con las distintas versiones del convencionalismo semántico. Así, la capa o nivel *superficial o terminológico* se podría corresponder con una semántica criterial fuerte. El *nivel intermedio* especifica cuáles son los criterios compartidos que a la luz del contexto discursivo permiten alcanzar una mínima posesión de los conceptos. Finalmente, todas esas capas anteriores presuponen que esa “posesión mínima” descansa sobre un nivel profundo. Éste implica que, en última instancia, todo el lenguaje se apoya en el interés del sujeto cognosciente por el que las cosas o acciones humanas son clasificadas de un determinado modo. En consecuencia, es el sujeto quien construye no sólo los términos del lenguaje, sino también la referencia que designan los conceptos. Dicho con otras palabras: para el convencionalismo semántico todos los niveles del lenguaje — desde los términos hasta la referencia de los conceptos — son construidos por un interés específico que guía a los usuarios del lenguaje.
3. A partir de la presentación de tales presupuestos semánticos, se han detectado dos dificultades o limitaciones explicativas que supone una semántica convencionalista en el campo de la interpretación jurídica.
- a. La primera de esas dificultades es el *regressio ad infinitum* o cadena infinita de usos lingüísticos. Esto supone que la semántica convencionalista tiene directas consecuencias en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Así, en cualquiera de las versiones del convencionalismo semántico, aunque por diversas razones, los enunciados constitucionales que reconocen derechos fundamentales no serían más que un conjunto de palabras cuyo significado remite a un conjunto subsiguiente de otras palabras. Y si esa remisión no se detiene, en algún momento, en un aspecto de la realidad que no dependa de

convenciones o construcciones sociales del significado, no resultaría posible aprehender aquello a lo que refieren o designan los enunciados constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Por ejemplo, se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de arribar a una definición del significado del “derecho a la privacidad”, sin incurrir en una remisión a prácticas lingüísticas convencionales que remiten a otras convenciones, y así hasta el infinito.

- b. La segunda dificultad que debe enfrentar el convencionalismo semántico es la confusión o imposibilidad de distinguir entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial. De hecho, una semántica convencionalista no puede evitar determinar *in abstracto* el significado de una norma sino de un modo arbitrario. Del mismo modo, serán arbitrarios todos los encajes o subsunciones de conceptos a casos particulares y concretos que se basen en un significado delimitado en abstracto de un modo arbitrario. Por ende, también será inevitablemente arbitraria la dimensión imperativa en la cual se resuelve cómo implementar los resultados a los que se arribó en el nivel abstracto y concreto de la interpretación jurídica. En definitiva, una teoría del significado que prioriza el significado socialmente construido por sobre la referencia no permite distinguir la mera arbitrariedad de la discrecionalidad judicial como elección razonable entre alternativas abiertas.
4. El artículo ha concluido con una sección, en la que se ofrecen las bases para superar las dos dificultades que han sido atribuidas al convencionalismo semántico.
- a. Con relación al problema del regreso al infinito de interpretaciones, se ha propuesto una defensa de la “prioridad de la referencia” por sobre el significado social o convencionalmente construido. Esa prioridad implica que la referencia es la que determina la extensión de los conceptos, pero no excluye una dimensión convencional. Sin embargo, tal dimensión no opera autónomamente, sino que remite, en último término, a bienes o fines básicos del derecho y/o a tipos básicos de acciones intrínsecamente inteligibles.

- b. Una semántica realista permitiría mantener la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial. De esta manera, el realismo semántico que aquí se propone permite guiar al juez en todos los momentos o fases de la decisión judicial: a) en el *momento abstracto* brinda un “piso semántico” firme para determinar objetivamente el significado de los conceptos a través de una remisión a fines básicos intrínsecamente inteligibles y/o tipos básicos de acción que actualizan tales fines; b) en el *momento concreto* posibilita que la subsunción de un caso particular a los conceptos recogidos en los enunciados constitucionales se apoye en una decisión de tipo discrecional que podría distinguirse de una mera decisión arbitraria. Esto permite que una semántica realista brinde al juez un “piso” o límite inferior a partir del cual sea capaz de construir una solución dentro de las distintas alternativas disponibles para subsumir hechos concretos en una norma determinada. Finalmente, c) en la *dimensión imperativa*, una semántica realista brinda razones por las cuales el juez es capaz de resolver, de cara al futuro, de qué modo implementar el significado interpretado en un determinado sentido o dirección.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y artículos

- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. T. Martínez Manzano, Madrid, Gredos, 2008.
- AUSTIN, J. L., “How to Talk. Some Simple Ways”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 53, 1953.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002.

- BIX, Brian, "H. L. A. Hart and the 'Open Texture' of Language", en Bix, Brian, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- BRINK, David O., "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, núm. 2, 1988.
- CARNAP, Rudolf, "The Elimination of Metaphysics through Logical Analysis of Language", en SARKAR, Sahotra (ed.), *Logical Empiricism at Its Peak: Schlik, Carnap and Neurath*, vol. 2, Nueva York, Garland Publishing Inc., 1996.
- _____, "Testability and Meaning", *Philosophy of Science*, vol. 3, núm. 4, 1936.
- _____, "Testability and Meaning-Continued", *Philosophy of Science*, vol. 4, núm. 1, 1937.
- CARRIÓN, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- COLEMAN, Jules L. y SIMCHEN, Ori, "Law", *Legal Theory*, vol. 9, núm. 1, 2003.
- COTTA, Sergio, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, Giuffrè, 1991.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- _____, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- _____, "Hart and the Semantic Sting", *Legal Theory*, vol. 4, núm. 3, 1998.
- ENDICOTT, Timothy A. O., *The Vagueness of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2000.
- ETCHEVERRY, Juan B., "Scope and Limits of General and Descriptive Theories of Law", *Rivista di filosofia del diritto*, vol. 3, núm. 1, 2014.
- _____, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011.

- _____, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- _____, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- HART, H. L. A., "Definition and Theory in Jurisprudence", en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- _____, "Problems of the Philosophy of Law", en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- _____, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958.
- _____, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Series, 1994.
- _____, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1994.
- INCIARTE, Fernando, *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974.
- KALINOWSKI, George, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, trad. Carlos I. Massini Correas et al., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., "¿Puede ser general la teoría general del derecho?", *Revista de Estudios Jurídicos*, vol. 12, segunda época, 2012.
- _____, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- _____, "On the Theory of Interpretation", trad. Bonnie Litschewski & Stanley L. Paulson, *Legal Studies*, vol. 10, núm. 2, 1990.

- LLANO, Alejandro, *Metafísica y lenguaje*, Pamplona, Eunsa, 1983.
- , “Filosofía del lenguaje y comunicación”, en LLANO, Alejandro, *Sueño y vigilia de la razón*, Pamplona, Eunsa, 1999.
- LOCKE, John, *An Essay of Human Understanding* [se cita por la siguiente edición: *The Works of John Locke*, 9 vol., London, T. Longman et al., 1794].
- MARGOLIS, Eric y LAURENCE, Stephen, “Concepts and Cognitive Science”, en MARGOLIS, Eric y LAURENCE, Stephen (ed.), *Concepts. Core Readings*, Cambridge, Mit Press, 1999.
- MARMOR, Andrei, “Deep Conventions”, en MARMOR, Andrei, *Social Conventions: from Language to Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2009.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., “La interpretación jurídica como interpretación práctica”, *Persona y Derecho*, vol. 52, 2005.
- , *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México, Porrúa, 2008.
- MOORE, Michael S., “Four Reflections on Law and Morality”, *William and Mary Law Review*, vol. 48, núm. 5, 2007.
- , “Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation”, *Fordham Law Review*, vol. 69, 2001.
- , “Can Objectivity Be Grounded in Semantics?”, en CÁCERES NIETO, E. et al. (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- , “Law as Justice”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 18, Issue núm. 1, 2001.
- , “Hart’s Concluding Scientific Postscript”, en MOORE, Michael S., *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- , “Law as a Functional Kind”, en ROBERT, P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- , “Do We Have an Unwritten Constitution?”, *Southern California Law Review*, Vol. 63, 1989.

- _____, "The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989.
- _____, "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985.
- _____, "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- OLLERO, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, 2a. ed., Madrid, Congreso de los Diputados, 2005.
- PAZOS, María Ines, "Derrotabilidad sin indeterminación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 25, 2002.
- PEROT, Pablo Martín y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, "Desacuerdos acerca del derecho", *Isonomía*, vol. 32, 2010.
- PIEPER, Joseph, *Las virtudes fundamentales*, 3ra. ed., Madrid, Rialp, 1980.
- PUTNAM, Hilary, *Representation and Reality*, Cambridge, Mit Press, 1991.
- _____, "The Refutation of Conventionality", *Noûs*, vol. 8, núm. 1, 1974.
- _____, "Meaning and Reference", *The Journal of Philosophy*, vol. 70, núm. 19, 1973.
- RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena, *Diferencias y referencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2015.
- _____, "La teoría causal de la referencia directa y el positivismo jurídico", *Diritto e questioni pubbliche*, vol. 14, 2014.
- RAZ, Joseph, "On the Nature of Law", en RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- _____, "Can There Be a Theory of Law?", en GOLDING, Martin P. y EDMUNSON, William A. (ed.), *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2004.

- , "Two Views on the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", *Legal Theory*, vol. 4, núm. 3, 1998.
- RUSSEL, Daniel C., *Practical Intelligence and Virtues*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- SPAEMANN, Robert, *Límites: acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, traducción y edición dirigida por los regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, BAC, 1998.
- WIELAND, Jan Willem, "Infinite Regress Arguments", *Acta Analytica*, vol. 28, 2013.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations*, 3a. ed., trans. G. E. M. Anscombe, Oxford, Basil Blackwell, 1967.
- WROBLEWSKI, Jerzy, "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation", *Lógiq et Analyse*, vol. 6, núm. 21-24, 1963.
- , "Legal Language and Legal Interpretation", *Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 2, 1985.
- , *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. A. Azurza, Madrid, Civitas, 1985.
- ZAMBRANO, Pilar, "Interpretar es conocer: una defensa de la teoría referencialista de la interpretación", *pro manuscrito*, Buenos Aires, 2015.
- , "Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción", *Dikaios*, vol. 23, 2014.
- , "What do We Mean When We Speak of Rights? Fundamental Principles, Natural Law, and Semantics in The Age of Pluralism", *pro manuscrito*, Buenos Aires, 2012.
- , *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- , "Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia", *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009.

2. Jurisprudencia

“Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey” (1992)
505 U.S. 833 (1992).

“Graham v. Florida”, 560 U.S. 48 (2010).