

La actividad creativa en la interpretación en el derecho

Comentario a *L'interpretazione nel diritto*, de Giorgio Pino

Creative activity in interpretation in law

Comments on Giorgio Pino's book *L'interpretazione nel diritto*

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA

Assistant lecturer, Department de dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

E-mail: lorena.ramirez@upf.edu

ABSTRACT

El texto introduce cinco consideraciones críticas al excelente libro de Giorgio Pino *L'interpretazione nel diritto*. En primer lugar, se analiza si puede entenderse que la aplicación como actividad en concreto es una actividad no interpretativa (como Pino sostiene), y cómo ello incide en distinciones relevantes como la que existe entre la ambigüedad y la vaguedad. A continuación, el texto apunta al modo en que Pino plantea la distinción entre las concepciones de la interpretación jurídica, en particular a su forma de presentar la posición del escepticismo moderado y a cómo deberíamos entender el propio posicionamiento de Pino. En tercer lugar, se exponen algunas dudas acerca de la concepción semántica que subyace a los planteamientos del autor. Y se aborda, en cuarto lugar, la cuestión de la ideología subyacente a la interpretación, poniendo de manifiesto los compromisos asumidos por Pino en este ámbito. Finalmente, se analiza críticamente lo que el autor plantea acerca de la creatividad pragmática y el rol de los intérpretes en la conformación del derecho positivo. Estos comentarios marginales me permitirán adentrarme en *L'interpretazione nel diritto* explorando en cada ámbito la difícil cuestión de la determinación de la actividad creativa que se ve involucrada en la actividad interpretativa.

The text presents five critical reflections on Giorgio Pino's excellent book *L'interpretazione nel diritto*. First, I analyze whether *in concreto* application can be understood to be a non-interpretative activity (as Pino claims) and how this affects relevant distinctions such as that between ambiguity and vagueness. Next, the text addresses the way in which Pino presents the distinction among conceptions of legal interpretation, in particular the way in which he presents the position of moderate skepticism and how we should understand Pino's own position. Third, some doubts are raised about the semantic conception underlying the author's approaches. Fourthly, the question of the ideology underlying the interpretation is addressed, emphasizing the commitments made by Pino in this area. Finally, it critically analyses what the author proposes about pragmatic creativity and the role of interpreters in shaping positive law. These marginal notes will allow me to delve deeper into *L'interpretazione nel diritto* by examining, in each area, the difficult question of determining the creative activity involved in interpretive activity.

KEYWORDS

interpretación, aplicación, creación, concepciones de la interpretación jurídica, semántica, ideología

interpretation, application, creation, conceptions over legal interpretation, semantics, ideology

La actividad creativa en la interpretación en el derecho

Comentario a *L'interpretazione nel diritto*, de Giorgio Pino

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA

1. *Introducción* – 2. *Interpretación y aplicación* – 3. *Las concepciones de la interpretación jurídica* – 4. *¿Qué concepción semántica adopta Pino?* – 4.1. *Las nuevas teorías de la referencia* – 4.2. *La flexibilidad semántica* – 5. *La ideología jurídica* – 6. *La creatividad pragmática*.

1. *Introducción*

Estoy muy contenta de poder participar en esta discusión del excelente libro *L'interpretazione nel diritto* de Giorgio Pino¹, quien es sin duda todo un referente a la hora de abordar las cuestiones relativas a la interpretación en el derecho. El libro constituye un material ineludible para formarse y profundizar en la temática, pues analiza con inteligencia y exhaustividad cuestiones de capital importancia, como el propio concepto de interpretación, las teorías de la interpretación, el rol de la ideología o su relación y delimitación con la actividad creativa.

Son muchas las cuestiones que comparto del trabajo de Pino, y muy numerosas las que podría destacar aquí ensalzando cuán clarificadoras resultan. No obstante, en este breve comentario crítico me limitaré a plantear sucintamente algunas dudas menores, con el propósito de profundizar en algunos aspectos planteados en el libro, lo que pone de manifiesto lo enriquecedora y sugerente que resulta la lectura del trabajo que nos ocupa. En primer lugar, me referiré a si puede entenderse que la aplicación como actividad en concreto es una actividad no interpretativa como Pino sostiene, y cómo ello incide en distinciones relevantes como la que existe entre la ambigüedad y la vaguedad. A continuación, me referiré al modo en que plantea la distinción entre las concepciones de la interpretación jurídica, en particular a su forma de presentar la posición del escepticismo moderado y a cómo deberíamos entender el propio posicionamiento de Pino. En tercer lugar, expondré algunas dudas acerca de la concepción semántica que subyace a los planteamientos del autor. Entonces abordaré, en cuarto lugar, la cuestión de la ideología subyacente a la interpretación, poniendo de manifiesto los compromisos asumidos por Pino en este ámbito. Finalmente, analizaré críticamente lo que el autor plantea acerca de la creatividad pragmática y el rol de los intérpretes en la conformación del derecho positivo. Estos comentarios marginales me permitirán adentrarme en *L'interpretazione nel diritto*, explorando en cada ámbito la difícil cuestión de la determinación de la actividad creativa que se ve involucrada en la actividad interpretativa.

2. *Interpretación y aplicación*

De acuerdo con lo que sostiene explícitamente en el capítulo II de su libro, Pino entiende la actividad interpretativa como orientada a la determinación de la norma expresada por la disposición. Esa norma está conformada por un supuesto de hecho (un caso genérico) y una determinada consecuencia jurídica. De acuerdo con el autor, aunque estén relacionadas, la interpretación debe ser distinguida de la aplicación (apartado 4, cap. II), que consiste en usar una

* Agradezco a Alba Lojo y Jose Juan Moreso sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

¹ PINO 2021.

norma para decidir un caso. Si nos centramos en esta última, la aplicación como actividad es un razonamiento cuyo primer paso consiste en una subsunción, vinculando un caso al supuesto de hecho de una norma y cuyo segundo paso consiste en asociar las consecuencias jurídicas previstas. Respecto del primer paso (subsunción), la aplicación como actividad puede llevarse a cabo en abstracto o en concreto. La aplicación en abstracto incluye una subsunción genérica que reconduce un supuesto de hecho abstracto a otro más amplio. En cambio, la aplicación en concreto involucra una subsunción individual y, señala Pino, no conlleva una interpretación. Esto es así en la medida en que, según el autor, ya ha concluido el proceso de abstracción que involucra casos genéricos y porque, en caso de aceptarse que la aplicación en concreto supone una interpretación, habría que admitir entonces que se estaría cambiando el significado al resolver casos concretos. En contraste, de acuerdo con Pino la subsunción genérica sí forma parte del proceso interpretativo.

Creo que lo anterior puede cuestionarse si se atiende a lo que ocurre cuando nos enfrentamos a problemas de vaguedad, en que sí diríamos que hay interpretación y cuya resolución muchas veces involucra casos concretos y jueces. Por ejemplo, lo anterior se produce cuando, a raíz de un caso concreto, un juez determina que la disposición “Está prohibido el ingreso con perros al restaurante” significa que no se puede ingresar al restaurante incluso con perros lazarillos². En este ámbito, nos enfrentamos a casos, reales o imaginarios, y se moldea la interpretación en abstracto, lo que pone de manifiesto que resulta contraintuitivo establecer una diferencia tajante entre la aplicación en abstracto, que sí supondría interpretar, y la aplicación en concreto. Parece más adecuado, en cambio, asumir que *la resolución de casos específicos cuando se resuelven problemas de vaguedad conlleva una lectura, explícita o no, de la normativa*, configurándose de un determinado modo el caso genérico y por tanto la norma expresada por la disposición³. Esto además parece ser más congruente con el rol que Pino confiere (por ejemplo, a lo largo del cap. X) a las interpretaciones de los jueces, que causan estado y tienen un efecto integrador si persisten.

No obstante, aceptar que la aplicación en concreto conlleva un compromiso con una determinada lectura de la disposición tiene implicaciones respecto a distinciones que Pino quiere trazar, como la existente entre los problemas de *ambigüedad* y *vaguedad*, y que traza explícitamente en el capítulo V. De acuerdo con el autor, en los casos de ambigüedad se ven involucrados casos genéricos y se escoge entre diversas normas, presentándose las interpretaciones como alternativas (ap. 2, cap. V). No obstante, ya hemos visto que la vaguedad parece implicar también casos genéricos, pudiendo ser reconducidas las dudas acerca de casos específicos a dudas acerca de qué norma (caso genérico) expresa la disposición, con lo que no sería distinguible de los problemas de ambigüedad. Pino enfatiza a efectos de la diferenciación que, en los casos de vaguedad, las diversas interpretaciones no se presentan como alternativas entre sí (ap. 2.4, cap. V). Pero este no parece ser un elemento concluyente. De hecho, al hablar de ambigüedad semántica Pino introduce el ejemplo de “fruit” y los tomates, en que se plantean dudas acerca de si es el significado ordinario o el técnico-científico el relevante a efectos de dirimir una disputa acerca del pago de impuestos de los tomates. En este caso, no se aprecia que se trate de alternativas claramente diferenciadas, ya que los dos usos de “fruit” coinciden en su tratamiento de un buen número de supuestos, aunque haya casos como el de los tomates en que hay discrepancias. Entonces, la idea de que lo fundamental en los casos de ambigüedad es que se trata de alternativas diferentes no parece ser determinante, por lo que seguiría sin estar claro cómo delimitar el fenómeno de la ambigüedad del de la vaguedad⁴.

De este modo, entender que la aplicación en concreto supone también interpretar conduce a cuestionar la posible delimitación entre problemas de vaguedad y ambigüedad, puesto que en

² Acerca de este ejemplo, véase RODRÍGUEZ 2021, 591.

³ Una idea similar puede ya encontrarse en FINE 1975.

⁴ Sobre los problemas para delimitar ambigüedad y vaguedad, véase RAMÍREZ-LUDEÑA 2018.

ambos casos se estaría delimitando el caso genérico expresado por la disposición, existiendo dos posibilidades alternativas. Y, lo que parece más importante, parecería entonces que *no contaríamos nunca con una norma preexistente*, un caso genérico bien delimitado, que los jueces estarían aplicando al resolver los casos, pues las diferentes aplicaciones en concreto supondrían una determinada concreción de la norma relevante, una determinada configuración del caso genérico expresado por la disposición. Esto se relaciona con mi segundo comentario, sobre las concepciones de la interpretación jurídica, que abordaré a continuación.

3. *Las concepciones de la interpretación jurídica*

En el capítulo III, Pino distingue las concepciones de la interpretación jurídica en virtud de si entienden o no, y en qué casos, que hay respuestas correctas para los problemas interpretativos, lo que constituye una cuestión teórica y no empírica (ap. 2, cap. III). De este modo, frente a otras caracterizaciones más problemáticas, como la que se centra en el carácter formalista o no de la interpretación, o en su dimensión cognoscitiva, Pino diferencia las concepciones en virtud de la cuestión de la corrección, distinguiendo el objetivismo radical (siempre hay una respuesta a los problemas interpretativos), del objetivismo moderado (a veces hay una respuesta a los problemas interpretativos, a veces no, en función de si el caso es fácil o no), el escepticismo radical (para cada problema interpretativo cabe cualquier respuesta) y del escepticismo moderado (cada problema interpretativo admite respuestas múltiples).

Pino presenta a Guastini como un escéptico moderado, pero critica que esta sea en realidad una posición plausible, ya que el marco al que apunta el escéptico moderado no tendría precisión ni objetividad. No tendría precisión por ser sus límites inciertos y elásticos, y no tendría objetividad porque el mismo marco depende a su vez de la interpretación por lo que, siguiendo la propia lógica del escepticismo moderado, habría una pluralidad de marcos posibles (ap. 3.3., cap. III).

En cambio, sí considera plausible la posición del objetivismo moderado que, señala Pino, se sostiene en la distinción entre casos fáciles y difíciles (ap. 3.4., cap. III). Para el objetivismo moderado, los casos fáciles vienen dados por: a) acuerdos no completamente teorizados, en que las técnicas interpretativas conducen a la misma interpretación-producto; b) la consolidación de determinadas interpretaciones; c) casos paradigmáticos y convergencias interpretativas parciales. Creo que cabría plantearse entonces qué es lo que distingue el escepticismo moderado del objetivismo moderado, si, conforme al propio Pino (ap. 3.4.2., cap. III) el escepticismo también reconocería que hay acuerdos interpretativos no completamente teorizados, interpretaciones consolidadas y convergencias interpretativas parciales. Y creo que, al plantearnos lo anterior, podemos advertir un dilema a efectos de entender la posición del escepticismo moderado que, en cualquiera de sus dos cuernos, supondría problemas para Pino. Si entendemos, por un lado, que el escepticismo moderado no habla genuinamente de corrección, sino solo de lo que se denomina interpretación conforme a la práctica interpretativa en cuestión, Pino *no podría situar a esta posición como una concepción interpretativa en pugna* frente a las otras. Esto es así en la medida en que no se trataría de una actividad regida por criterios y por tanto no sería una genuina concepción acerca de la interpretación, tal y como el autor exige para que se dé interpretación⁵. Y, si entendemos que sí, que el escepticismo moderado asume el discurso acerca de la corrección, entonces la diferencia entre objetivismo y escepticismo moderado parecería ser meramente de énfasis, y estaría básicamente relacionada con la cuestión *empírica* de cuántos casos fáciles se dan en la práctica⁶.

⁵ Pino señala que la interpretación es una actividad regida por criterios en el apartado 2 del capítulo I.

⁶ Sobre la plausibilidad del escepticismo moderado, véase RAMÍREZ-LUDEÑA 2012.

Convendría, en todo caso, delimitar cómo entiende Pino la noción de *problema interpretativo*. Si, por un lado, asumimos que se da un problema interpretativo cuando se trata de un caso difícil y, por tanto, defiende un concepto restringido de *interpretación*, entonces parecería que, con respecto a los problemas interpretativos, su posición no distaría mucho de la del escepticismo moderado. De hecho, en el capítulo 2, apartado 4, al enfatizar que aplicar no conlleva siempre interpretar, señala que en algunos casos una norma puede ser aplicada sin que su identificación requiera de una actividad interpretativa consciente y deliberada, ni una interpretación de otras interpretaciones; serían casos en que la regla misma es tratada como un dato y no es problematizada en modo alguno a nivel interpretativo, porque aunque las dudas interpretativas puedan presentarse siempre, esto no implica que se presenten siempre. Entonces, si cuando las dudas se presentan es cuando hay interpretación y no hay respuestas unívocamente correctas, cabría plantearse qué distingue su posición del escepticismo, que sostiene precisamente esto. Si, en cambio, entendemos que hay un problema interpretativo cada vez que hay una *actividad* interpretativa, no se termina de entender por qué, de acuerdo con Pino, cuando no se plantean dudas interpretativas no estaríamos interpretando, si en todo caso se habría producido el tránsito de la disposición a la norma. De todos modos, esta segunda alternativa (que se referiría a la actividad interpretativa y no a los problemas interpretativos) permite presentar con claridad las diferencias entre las cuatro concepciones sobre la interpretación jurídica, frente a los problemas que conlleva la terminología de *problema interpretativo* para plantear la cuestión.

Una crítica adicional acerca de su exposición sobre las concepciones de la interpretación es que el propio Pino parece suscribir un escepticismo más radical que el del escepticismo moderado de autores como Guastini o Leiter. Pino reconoce (cap. VI) que hay interpretación creativa (ap. 2.2.3.), que puede darse una brecha máxima respecto del significado *prima facie* y la interpretación conclusiva (ap. 2.3.), y que la integración de lagunas y otras formas de lo que denomina “interpretación metatextual” difícilmente pueden distinguirse de la interpretación (cap. VII, ap. 3). De hecho, sostiene también en los capítulos IX y X que en ocasiones se producen interpretaciones extrañas, pero que si están justificadas suficientemente constituyen genuinas interpretaciones de las disposiciones y, de hecho, si se consolidan pueden suponer un cambio en el derecho. En este sentido, Pino argumenta que, dada la dimensión institucional del derecho, las interpretaciones judiciales causan estado, y no solo para el caso (por ejemplo, en cap. II, ap. 5, o en cap. IV, ap. 2). Según el autor, en el ámbito jurídico las disputas se cierran en un momento dado, por lo que una interpretación inicialmente incorrecta puede convertirse en posible si la adoptan otros órganos e incluso llegar a ser la única posible, si la siguen en general. Esto parece situar a Pino entre los escépticos más radicales, si entiende que la adopción en general de una interpretación incorrecta la convierte en correcta. Volveré sobre este punto en el apartado 6 de este trabajo.

4. ¿Qué concepción semántica adopta Pino?

Pino señala en el capítulo IV (ap. 3) la relevancia del lenguaje ordinario en el derecho, no solo con base en consideraciones ético-políticas (evitar un derecho opresivo que tome desprevenidos a sus destinatarios), sino también conceptuales (si los preceptos fueran radicalmente incomprensibles ni siquiera tendríamos un sistema jurídico). En ese capítulo, al abordar las particularidades de la actividad interpretativa en el derecho, el autor reconoce un rol central al significado *prima facie* o literal; también lo hace al abordar el argumento interpretativo de la interpretación literal en los capítulos VIII (ap. 3.1) y IX (ap. 3). En todo caso, enfatiza también que el derecho es un lenguaje administrado, que nace del significado ordinario pero que es un lenguaje tecnificado, desviándose del lenguaje ordinario cuando lo deciden las autoridades de producción o aplicación del derecho.

Dada la incidencia del lenguaje ordinario, cabe entonces preguntarse qué concepción semántica suscribe Pino. En el capítulo II, apartado 2.2., señala que en el supuesto de hecho de

una norma se indican las propiedades o características que designan un determinado estado de cosas, en una línea similar a lo que expone al hacer referencia a la vaguedad (ap. 1, cap. V); además, en el capítulo V (ap. 5), enfatiza que el significado de los términos descriptivos se identifica sobre la base de criterios fácticos que recogen ciertas propiedades. De lo anterior se desprende que Pino parece suscribir una forma de *descriptivismo internalista* acerca del significado, y parece entender que *los significados están fijados de una vez y para siempre*. No obstante, estas asunciones pueden ser cuestionadas teniendo en cuenta las aportaciones realizadas por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia y por quienes han destacado la flexibilidad de muchos de nuestros términos.

4.1. Las nuevas teorías de la referencia

Pese a que enfatizan cuestiones diversas, los partidarios de las nuevas teorías comparten una tesis negativa según la cual los sujetos no necesitan asociar los términos con un conjunto de descripciones para poder referir a los objetos⁷. Los individuos y la comunidad en su conjunto cuentan a menudo con descripciones equivocadas y/o muy pobres pero, no obstante, son capaces de referir. Pensemos en lo que ocurre en el caso de nombres propios como “Aristóteles”. Referimos a “Aristóteles” aunque contemos con descripciones que no nos permiten seleccionar a un único individuo, o que nos conducirían a seleccionar a un individuo diferente. De este modo, aunque difícilmente podemos negar que asociamos determinadas descripciones, connotaciones positivas y negativas, y otros elementos con los términos, los partidarios de las nuevas teorías de la referencia enfatizan que estos no explican cómo y a qué referimos.

¿Cómo explican los partidarios de las nuevas teorías de la referencia que seamos capaces de referir a objetos frecuentemente distantes en el tiempo y en el espacio, si no es mediante descripciones? En un primer momento se produce un acto de ostensión en el que se establece que vamos a llamar con un determinado nombre a un determinado objeto. A partir de ese momento, los sujetos aprenden a usar los términos porque forman parte de una cadena de comunicación, en que toman prestado el término de otros sujetos, y estos de otros, hasta llegar a determinados sujetos que estuvieron presentes en el acto de ostensión inicial. Aunque las descripciones puedan desempeñar un importante rol en la fijación inicial de la referencia, resultan inoperativas en los usos subsiguientes del término ya que no son necesarias ni suficientes para referir al objeto. Así, los sujetos refieren por su posición objetiva en la cadena de comunicación, y aquello que determina la referencia de un cierto término puede no serle transparente al hablante⁸.

En el caso de los términos generales, estos son en ocasiones introducidos por medio de una descripción cuyo rol es simplemente establecer el dominio de aplicación, pero normalmente la conexión entre el término y los objetos se introduce por ostensión. Imaginemos⁹ que el término “agua” fue introducido señalando determinados ejemplares de la sustancia en un lago; aquellos ejemplares iniciales cuentan como instancias paradigmáticas y a partir de entonces otros ejemplares son clasificados por su similitud con los casos paradigmáticos. Según los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, qué determina la correcta aplicación del término “agua”, puede no ser accesible a los sujetos. De hecho, tener la estructura molecular H₂O es lo que, de acuerdo con nuestro uso del término, determina que algo sea o no agua, y por tanto el dominio de aplicación del término “agua”. Pero el descubrimiento de la naturaleza del agua ocurrió después de que se consolidara el uso del término y, no obstante, los individuos eran capaces de referir y eran considerados competentes pese a no contar con esa información¹⁰.

⁷ Véase DONNELLAN 1970, PUTNAM 1975 y KRIPKE 1980.

⁸ Sobre las cadenas de comunicación, véase ALMOG 1984.

⁹ PUTNAM 1975.

¹⁰ Con frecuencia, se asume que la concepción que se acaba de exponer se compromete con el esencialismo, al

Esta posición es compatible con que puedan surgir diferentes cadenas de comunicación con relación al mismo término. O que, por el uso que hagan de los términos los hablantes, una cadena de comunicación que estaba anclada en determinados objetos varíe, cambiando así también la referencia. Esto puede suponer que haya determinados periodos de tiempo en los cuales la referencia esté indeterminada, lo que, más que ir en contra de la caracterización aquí ofrecida, parece constatar que la reconstrucción aquí esbozada es plausible¹¹.

4.2. *La flexibilidad semántica*

Tiende a asumirse de manera generalizada que el significado de un término determina su dominio de aplicación, lo que resulta muy plausible, ya que parece poco discutible que lo que un término significa determina a qué debe o no aplicarse. Pero lo anterior ha sido interpretado durante mucho tiempo de una manera muy robusta, entendiéndose que conlleva que, cuando se introduce un término en el vocabulario de una lengua y adquiere un significado, su dominio de aplicación se determina de una vez y para siempre. Es decir, que está determinado, para cualquier objeto pasado, presente o futuro, si es o no miembro de la extensión del término. En todo caso, lo anterior no obsta a que pueda haber cambios en los significados. Siguiendo esta lógica, respecto de los casos de indeterminación sobre el dominio de aplicación, se entiende que la decisión respecto de la inclusión o exclusión de casos dudosos conlleva un cambio en el significado.

La interpretación robusta fue durante mucho tiempo la posición asumida por muchos filósofos del lenguaje. De hecho, Mark Wilson entendió que esa era la interpretación dominante cuando la criticó en su artículo de 1982 *Predicate Meets Property*¹². Siguiendo lo planteado por Wilson, supongamos que Olympia es miembro de una comunidad que vive aislada, habitando una isla en la que la clase de las aves y la clase de las cosas voladoras coinciden. En esa comunidad usan el término “ave” para referirse a cosas de esa clase, y tienen creencias como “solo las aves pueden volar” y “las aves son seres vivos”, que son ciertas para las aves de la isla. Cuando Olympia ve por primera vez aviones en el cielo, los clasifica sin problemas como aves; cuando más tarde ve un avión aterrizando, se forma la creencia de que no todas las aves son seres vivos. Asumamos que entonces la práctica de aplicar “ave” a los aviones se instaure en esa comunidad. Pese a la falta de claridad inicial derivada del hecho de que la comunidad tenía diferentes creencias asociadas al término, consideran que con “ave” siempre se han referido a cosas que vuelan, reconociendo que algunas de las creencias que anteriormente tenían sobre las aves (que todas eran seres vivos) eran falsas.

Imaginemos, en cambio, que inicialmente Olympia hubiese visto aviones en tierra, sin advertir que podían volar. Podría haberlos clasificado, también sin problemas, como no-aves. Y,

postular la existencia de naturalezas subyacentes compartidas, que no son inmediatamente accesibles u observables, y que pueden ser descubiertas solo a partir de la investigación científica. Sin embargo, creo que el compromiso con el esencialismo no es constitutivo de esta posición. Ciertos ejemplares son tratados como paradigmas, y otras instancias se clasifican como miembros de la misma clase en virtud de su similitud con los paradigmas; pero la similitud puede ser superficial o centrarse en la función. Eso sí, el modelo deja abierta la puerta a que ese criterio esté relacionado con las esencias, que son externas a las mentes de los hablantes y pueden trascender a toda la comunidad. En todo caso, es importante advertir que al clasificar el mundo natural tendemos a asumir una imagen esencialista, esperando que nuestras clasificaciones y nuestro uso de los términos se ajusten a la naturaleza de las cosas, y confiamos en la ciencia para descubrir los elementos últimos de la realidad que son responsables del comportamiento superficial de los objetos, de las apariencias externas y de las interacciones causales. Así, dadas nuestras experiencias, nos parece razonable confiar en que las clasificaciones científicas dan cuenta de las distinciones relevantes del mundo, y entendemos que ello nos ayuda a predecir y explicar mejor que las clasificaciones se basan en aspectos superficiales. Enfatizando este punto, que sigue la metáfora de Platón «Carving nature at its joints», véase MARTÍ, RAMÍREZ LUDEÑA 2016.

¹¹ MARTÍ, RAMÍREZ LUDEÑA 2016.

¹² WILSON 1982.

si después los hubiese visto despegar, habría llegado a la conclusión de que no todas las cosas que vuelan son aves. Si esa práctica se extendiera en la comunidad, también habrían pensado que con “ave” siempre se habían referido a las aves, reconociendo que algunas de sus creencias previas (solo las aves pueden volar) eran falsas.

En ninguno de los dos escenarios los miembros de la comunidad se ven como habiendo cambiado el significado de “ave”, sino que entienden que su uso actual se deriva *naturalmente* de su uso anterior. Ello nos lleva a pensar que no parece estar fijado desde el comienzo si los aviones están o no bajo la extensión de “ave”, y que hay hechos accidentales sobre el modo en que se encontraron con los aviones por primera vez que tuvieron una influencia decisiva en el ajuste de creencias. En todo caso, no está claro por qué tendríamos que hablar de un cambio en el significado, ya que ambas opciones (incluir o excluir los aviones) parecen consistentes con el modo en que se usaba el término por la comunidad. En lo que aquí interesa, puede considerarse que la semántica de algunos términos es *flexible* en el sentido de que, en un momento dado, cuando surge la cuestión de si clasificar un objeto bajo la extensión del término, puede haber más de un curso de acción abierto que parece compatible con el significado del término, más de un curso de acción que es una continuación del uso anterior.

La flexibilidad semántica ha sido reconocida de diferentes modos y con diferentes consecuencias por distintos autores. Por ejemplo, Henry Jackman¹³ argumenta que en cualquier punto dado en la historia del uso de un término hay posibilidades alternativas con respecto a la extensión del dominio de aplicación, *equilibrios alternativos*, que son consistentes con la práctica pasada. Jackman no ve las posibles historias alternativas del uso de un término como refinamientos de un significado que estaba indeterminado, sino como situaciones en que se preserva el significado. Propone así una forma de “externismo temporal”, en que las aplicaciones pasadas de un término flexible como “ave” a los aviones son incorrectas si la historia posterior del uso del término no incluye los aviones bajo la extensión de “ave”. Se adopte o no esta controvertida forma de externismo, lo señalado por Jackman es útil para explicar nuestra tendencia a juzgar como incorrectas ciertas aplicaciones de los términos por nuestros predecesores, sobre la base de su desarrollo futuro. Así, aunque el uso de algunos términos sea flexible, una vez que se consolida una posible historia de uso, esa forma de uso se vuelve *expansiva* hacia el pasado, en el sentido de que tendemos a mirar atrás como si esa forma de aplicación del término siempre hubiera sido la única correcta¹⁴.

En este punto, hay dos cuestiones que me parecen particularmente interesantes en relación con el posicionamiento de Pino: a) determinar con mayor precisión qué posición semántica suscribe o asume Pino; y b) qué le parecen los desafíos y críticas contra el descriptivismo internalista y la inflexibilidad semántica. De hecho, muchas de las cosas que sostiene en su trabajo parecen compatibles con las nuevas teorías de la referencia y la admisión de la flexibilidad semántica, por ejemplo, cuando reconoce de manera recurrente la relevancia de los casos paradigmáticos. Además, reconocer la incidencia de las nuevas teorías de la referencia y de la flexibilidad semántica tendría la ventaja de poder proporcionar una reconstrucción adecuada de lo que ocurre en casos de desacuerdos interpretativos y de nuestras intuiciones acerca de que ciertos usos pasados estaban equivocados. Así, con respecto a términos como “igualdad” o “dignidad”, no es solo que hayan cambiado las interpretaciones relevantes por ejemplo en relación con las mujeres, sino que consideramos que los usos actuales son y siempre han sido los correctos. En cambio, poner el énfasis, como hace Pino, en las convenciones interpretativas imperantes en cada momento, no permite dar cuenta de ese aspecto de la práctica en conexión con ese tipo de términos. En otras palabras, conforme a nuestras prácticas

¹³ JACKMAN 1999.

¹⁴ En MARTÍ, RAMÍREZ-LUDEÑA 2021, señalamos que el carácter más o menos flexible de un término puede variar con el tiempo. Y que la flexibilidad es gradual, ya que hay términos extremadamente flexibles, pero otros que no lo son tanto, y algunos son inflexibles.

interpretativas respecto de ciertos términos, nos resistimos a que la convergencia pasada la convirtiera, por muy extendida que estuviera, en la interpretación correcta, algo que parece entrar en conflicto con la propuesta de Pino.

5. *La ideología jurídica*

Pino se refiere en el capítulo IX a los argumentos ético-políticos en la interpretación, en relación con la ideología jurídica o sistema de creencias y valores que se utiliza para fundamentar la legitimidad del poder. El autor señala que la alternativa entre ideologías formalistas y sustancialistas remite no solo a diversas concepciones de la interpretación y del rol del jurista, sino también a distintos modos de concebir el derecho. Por tanto, también a diferentes puntos de vista sobre lo que está dentro y fuera del derecho. Esto pone de manifiesto, de acuerdo con Pino, que la distinción entre derecho y no derecho no puede ser trazada de modo objetivo: es una distinción que está influenciada por asunciones ideológicas y, por tanto, de política del derecho (ap. 2.3., cap. X).

Creo que lo anterior puede ser cuestionado con base en una serie de consideraciones. Por un lado, Pino niega la relevancia de la problemática de la demarcación entre derecho/no derecho que, de acuerdo con lo señalado arriba, no podría ser trazada objetivamente. Pero esto sería controvertido por autores como Hart quien, asumiendo un determinado posicionamiento metodológico (de tipo conceptual), sí apunta a las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos y cuya teorización sí permite ofrecer una respuesta, pretendidamente neutral, a la cuestión de qué cuenta como derecho. En esta medida, la ideología del teórico y de los participantes en la práctica parece ser irrelevante en la explicación *hartiana*, pese a ofrecer una respuesta a la distinción entre derecho y no derecho. De hecho, Hart confiere, a partir del análisis (neutral) del concepto de derecho, una incidencia fundamental a la actitud crítico-reflexiva de los participantes de la práctica jurídica, que puede responder a motivaciones muy diversas. Estas motivaciones, en todo caso, no serían relevantes para las reflexiones en torno a las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos¹⁵. En cambio, Pino parece asumir (sin fundamentarlo suficientemente) que los jueces son en alguna medida *dworkinianos*, cuanto menos en el sentido de que entienden que hay siempre una respuesta correcta que depende de cierta articulación de los valores relevantes (más o menos formalistas, más o menos sustancialistas), que en ocasiones explicitan pero que en todo caso asumen¹⁶.

6. *La creatividad pragmática*

Pino distingue la creatividad semántica, que depende de cuán alejada está la interpretación del significado del texto, de la creatividad pragmática, en virtud de si la interpretación modifica el sistema jurídico (ap. 2.1., cap. X). De acuerdo con el autor, en presencia de interpretaciones consolidadas el derecho positivo se conforma con lo que dicen los intérpretes. Y esto es así con respecto a cualquier interpretación, aunque en sistemas como el italiano no exista la obligación de aplicar esas interpretaciones y los jueces puedan apartarse de ellas si lo justifican suficientemente.

En este punto, me parece importante *distinguir entre la actividad creativa en sede interpretativa, el carácter vinculante de las interpretaciones y su carácter o no de fuente de derecho*. Creo que en muchos sistemas jurídicos, especialmente en el caso de los que forman parte de la tradición del *civil law*, las

¹⁵ HART 1994. Véase también SHAPIRO 2011, 295 s.

¹⁶ DWORKIN 1986.

interpretaciones de los altos tribunales conllevan una actividad creativa, fruto de la complejidad en la determinación de las normas expresadas por las disposiciones, pero que puede diferenciarse de la genuina creación de derecho. Y esas interpretaciones son fuente de derecho, en la medida en que resultan de utilidad para determinar la norma o normas expresadas por las disposiciones jurídicas, pero lo son si proveen una interpretación plausible de la fuente subyacente, conforme a los cánones interpretativos admitidos en la comunidad jurídica en cuestión. En otras palabras, conforme a la regla de reconocimiento de estos sistemas, las decisiones interpretativas son fuentes de derecho en la medida en que se trate de una interpretación plausible de acuerdo con las convenciones interpretativas imperantes. En todo caso, que los jueces inferiores las adopten, o incluso que pueda decirse que tienen la obligación de hacerlo, no implica que una determinada interpretación, una presunta fuente-token, sea una genuina fuente del sistema. Del mismo modo ocurre con la legislación, ámbito en que puede haber una ley inconstitucional y que por lo tanto no sea una fuente-token, pese a que la ley con carácter general sea fuente-type. Y ello con independencia de que los jueces tengan el deber de aplicar esa legislación mientras no sea invalidada, e incluso si nunca llega a serlo. En definitiva, las normas pueden tener un carácter vinculante sin que cambie el derecho si no se provee de una interpretación que se adecúe a los instrumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica en cuestión¹⁷.

Creo que diferenciar las tres cuestiones anteriores (actividad creativa, carácter de fuente y vinculatoriedad) permite entender de un mejor modo cómo operan nuestras prácticas jurídicas, en lugar de admitir que los errores se consolidan y modifican el derecho. En todo caso, creo que hay una ulterior distinción que es relevante y que permite dar cabida a la lectura de Pino en algunos casos. Así, hemos visto que Pino entiende que los jueces se equivocan si escogen opciones que se alejan de la interpretación producto que se deriva de los acuerdos incompletamente teorizados, si no escogen la interpretación consolidada o si se desvían en la solución prevista para un caso paradigmático. Pues bien, parecería que, en el caso de las interpretaciones consolidadas, en que se consolida una pese a que las otras se entendían como admisibles conforme a las prácticas interpretativas, puede darse el caso en que se modifique cuál es la interpretación consolidada en un determinado sistema jurídico. Así, puede ocurrir que la interpretación 1, consolidada en el momento T₁, sea obviada por un tribunal, sosteniendo la interpretación 2; y que, si después se adopta de manera sistemática esa interpretación 2, en el momento T₂ esa pase a ser la interpretación consolidada. Pero adviértase que, si queremos seguir hablando de criterios en la interpretación, y de posibles errores, tenemos que reconocer que el primer juez que no adopta la interpretación consolidada se equivoca, algo que no queda claro de la lectura del texto de Pino. En cambio, por lo señalado en el párrafo anterior, es mucho más cuestionable que las interpretaciones que se alejan de los casos en que convergen las diferentes posiciones o que erran con respecto a los casos paradigmáticos puedan suponer una modificación en el derecho, incluso aunque esas decisiones interpretativas no sean impugnadas.

De este modo, una cosa es que la interpretación consolidada dentro del marco de interpretaciones admisibles varíe en función de cómo se desarrollen contingentemente las prácticas interpretativas, y otra cosa bien distinta es que los errores respecto de casos paradigmáticos o en que las diversas concepciones sobre la interpretación jurídica coinciden lleven a un cambio en el sistema, sin que se reconozca además la posibilidad de error judicial si esas nuevas interpretaciones son adoptadas con carácter general. Esta segunda alternativa parecería comprometer a Pino con el escepticismo radical.

Teniendo en cuenta lo señalado en los dos últimos apartados de este trabajo, pese a la central contribución del libro para el tema de la interpretación jurídica, el posicionamiento de Pino parece conducirnos a una curiosa imagen del derecho en que los participantes de la práctica jurídica son *dworkinianos*, pero habitan un mundo radicalmente escéptico.

¹⁷ Sobre la triple distinción, véase RAMÍREZ-LUDEÑA 2023.

Referencias bibliograficas

- ALMOG J. 1984. *Semantic anthropology*, in «Midwest Studies in Philosophy», 1984, 9, 479 ss.
- DONNELLAN K. 1970. *Proper names and identifying descriptions*, in «Synthese», 1970, 21, 335 ss.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Hart Publishing.
- FINE K. 1975. *Vagueness, Truth and Logic*, in «Synthese», 1975, 30, 265 ss.
- HART H.L.A. 1994. *El concepto de derecho*, 2ª ed., Abeledo-Perrot.
- JACKMAN H. 1999. *We live forwards but understand backwards: Linguistic practices and future behavior*, in «Pacific Philosophical Quarterly», 1999, 80, 157 ss.
- KRIPKE S. 1980. *Naming and necessity*, Harvard University Press.
- MARTÍ G., RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2016. *Legal Disagreements and Theories of Reference*, en CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, Springer, 121 ss.
- MARTÍ G., RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2021. *Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms*, in «Synthese», 198, 2973 ss.
- PUTNAM H. 1975. *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, Vol. 2, Cambridge University Press.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2023. *Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition*, en ENDICOTT T., KRISTJANSON H., LEWIS S. (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, 418 ss.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2018. *The meaning of "literal meaning"*, in «Analisi e Diritto», 2018, 18, 83 ss.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2012. *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a "El escepticismo ante las reglas replanteado"*, in «Discusiones», 2012, 11, 87 ss.
- RODRÍGUEZ J. 2021. *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, The Belknap Press.
- WILSON M. 1982. *Predicate Meets Property*, in «The Philosophical Review», 1982, 91, 4, 549 ss.