

MAURO BARBERIS

Interpretar, aplicar, ponderar.

Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mia

ABSTRACT:

The paper, discussing the Genoa School's interpretive scepticism, aims to clarify three mayor concepts of legal interpretation's contemporay theory: interpretation itself, i. e. ascription of a meaning (a norm) to a legal sentence (a disposition); application (of rules), i. e. deduction of concrete case's solution from the abstract rules produced by interpretation; ponderation (of principles), i. e. the special argumentation could reveal itself necessary to application of principles.

El trabajo, marcando diferencias con el escepticismo interpretativo genovés, aporta algunos matices a tres conceptos de la teoría de la interpretación contemporanea: *interpretación*, como atribución de un sentido (una norma) a un enunciado jurídico (una disposición); *aplicación* (de reglas), como deducción de la solución del caso concreto desde la misma regla abstracta producida por la interpretación; el concepto de *ponderación* (de principios), como argumentación que puede ser necessaria para aplicar los principios.

KEYWORDS:

interpretation, application, balancing

MAURO BARBERIS

*Interpretar, aplicar, ponderar.
Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa
y la mia**

1. Interpretar – 1.1. Primera diferencia – 1.2. Segunda diferencia –
1.3. Tercera diferencia – 2. Aplicación – 2.1. Cuarta diferencia –
2.2. Quinta diferencia – 2.3. Sexta diferencia – 3. Ponderación –
3.1. Séptima diferencia – 3.2. Octava diferencia – 3.3. Novena
diferencia.

En los tres apartados de esta intervención quisiera aportar algunos matices a tres conceptos cruciales de la teoría de la interpretación contemporánea: el mismo concepto de *interpretación*, como atribución de un sentido (una norma) a un enunciado jurídico (una disposición); el concepto de *aplicación* (de reglas), como deducción de la solución del caso desde la misma regla abstracta producida por la interpretación; el concepto de *ponderación* (de principios), como argumentación que puede ser necesaria para aplicar

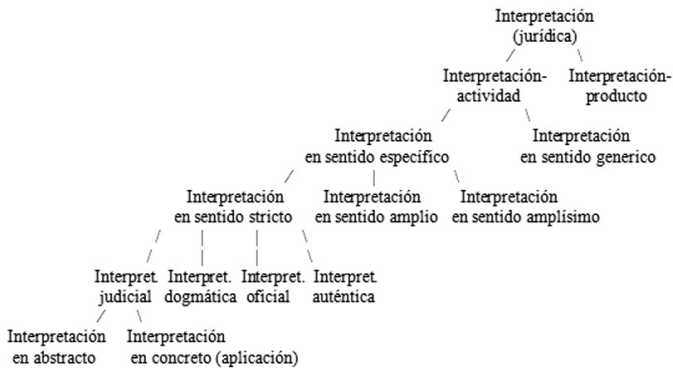
* Ponencia tenida en el *Master* en argumentación jurídica de la Universidad de Alicante, el 6 de junio 2011. Agradezco Manolo Atienza, Juan Ruiz Manero, Isabel Lifante, Nicola Muffato y Giorgio Pino por las críticas, Victoria Roca e Rocío López por las ayudas con el castellano.

los principios. Todos estos matices – presentados en mayor detalle en el capítulo quinto de mi nuevo *Manuale di filosofia del diritto* (2011) – forman una teoría de la interpretación que marca al menos nueve pequeñas diferencias – tres para cada uno de los tres conceptos – frente el escepticismo interpretativo “genovés” de mi maestro y amigo Riccardo Guastini: que fue, por supuesto, mi punto de partida¹.

1. Interpretar

‘Interpretación’ tiene muchos sentidos. Los principales se encuentran distintos y conectados en una sección del capítulo quinto de mi *Manuale* (§ 5.2, *Una quintuplici ambiguità*), y pueden ser representados mediante el siguiente diagrama arbóreo:

¹ Desde M. BARBERIS *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici* à la génoise, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 1-36, muchos amigos genoveses me consideran, en contra de mis declaraciones explícitas, un partidario de la teoría mixta de Hart; y, incluso como consecuencia de esto, en la literatura en castellano nunca me se cita como partidario de la conocida teoría de la interpretación genovesa: sobre la cual puede ahora verse al menos J. FERRER BELTRÁN, G.B. RATTI (comps.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011. En efecto, mi reciente *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, § 5.2, adopta, como yo no lo había hecho antes, una postura intermedia entre teoría mixta y escepticismo interpretativo; el presente trabajo, además, aún posterior al *Manuale*, hace explícitas otras diferencias entre la teoría genovesa y la mía. Por supuesto, entre las nueve críticas del 2000 y las nuevas diferencias de hoy en común hay sólo el número nueve.



No puedo detenerme aquí sobre los detalles de este esquema; volveré después, en particular, sobre la segunda distinción, entre interpretación en sentido genérico y en sentido específico, y la quinta, entre interpretación (en abstracto) y aplicación (en concreto). En esta sección quisiera explicitar tres diferencias hasta ahora implícitas entre la teoría genovesa y la mía: no sin confesar todas mis deudas, además evidentes, hacia Guastini y nuestro maestro común, Giovanni Tarello. Siempre, para nosotros, el significado central de la palabra ‘interpretación’ ha sido el sentido jurídicamente moderno de atribución de significado a textos jurídicos: es decir, la interpretación de la ley, opuesta por Tarello a la antigua *interpretatio iuris*, la solución del caso concreto. Aquí, sin embargo, acaban las semejanzas y empiezan las diferencias: que imponen incluso cierta recuperación de la noción de *interpretatio iuris*.

1.1. *Primera diferencia.* Por supuesto, y al menos para todos los positivistas, partidarios de la Tesis de las fuentes sociales, el derecho está hecho por los hombres. Sin embargo,

hay al menos dos maneras de concebir esta producción: el *constructivismo* (en el sentido no metaético, de John Rawls, sino metodológico, de Friedrich Hayek), que la concibe como producción *sólo* intencional; el *evolucionismo*, que la concibe como producción *también* no intencional². Para los genoveses, como para la mayoría de los positivistas, el derecho está producido *sólo* intencionalmente por seres humanos, y en particular por el legislador, por los jueces y por los juristas: aunque la voluntad de los jueces resulte de hecho sobresaliente, porque ellos tienen la última palabra. Para Tarello y quizás para el primer Guastini³, precisamente como para el realista estadounidense John Gray, el derecho está producido así: el legislador proporciona los enunciados (las disposiciones), y los jueces los sentidos (las normas).

Para mí, como para una minoría de positivistas desde Friedrich Savigny a Niklas Luhmann, por el contrario, el derecho no es sólo producido intencionalmente, sino también no intencionalmente; en particular – se podría decir, atribuyendo a los evolucionistas las distinciones genovesas – la normas son los efectos no intencionales, producidos por la interpretación en sentido genérico, de las disposiciones, producidas por actos humanos intencionales. Las normas no son otra cosa que el producto no intencional de

² Aquí me refiero sobre todo a F. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, London, 1982, cap. 1: pero con los matices aportados en M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, tercera parte, y por último en ID., *Knowledge, Evaluation and Interpretation in an Evolutionary Theory of Law*, en «Analisi e diritto», 2010, pp. 257-269.

³ Hablaré tal vez, como en *Lo scetticismo immaginario*, cit., de un primer Guastini, más próximo a Tarello y al escepticismo interpretativo radical, y de un segundo Guastini, más próximo de Kelsen y del escepticismo interpretativo moderado, de lo cual toma la teoría del marco de significado (al. *Rahmenlehre*).

todos los actos de habla de los participantes al juego jurídico; de la misma manera en que el mercado es el producto de actos de agentes económicos en concurrencia entre sí, así el derecho es el resultado de interpretaciones llevadas a cabo por todos los agentes jurídicos: actos que todos concurren a producir, de maneras diferentes, aquel artefacto histórico que es el derecho.

La teoría genovesa hace discursos cognoscitivos y *wertfrei* sobre la interpretación, y no expresa preferencias normativas para un método interpretativo u otro: siquiera para los llamados métodos subjetivo y objetivo. Desde este enfoque descriptivo común, sin embargo, creo que el constructivismo genovés tiene dos defectos. Antes, ignorar los efectos no intencionales tiene consecuencias subjectivistas y reduccionistas: el derecho se reduce al producto de actos de voluntad legislativos – constituyentes, legislativos *stricto sensu*, judiciales... – básicamente iguales, aunque llevados a cabo por diferentes actores y conflictivos entre sí. Pues, estos actos pueden estar relacionados casi sólo dinámicamente, por delegación, como para el último Hans Kelsen⁴; todos los operadores crean todo el derecho, para así decirlo, *uti singuli*: cada uno posee el poder legislativo total, y lo ejerce en conflicto con los demás.

Desde el enfoque constructivista, reduccionista y particularista genovés, por ende, las disposiciones pueden tener todos los sentidos que de hecho le atribuyen sus autores; la única diferencia conceptual entre ellos – para el segundo Guastini, y siempre *à la* Kelsen – consiste en el hecho que el sentido sea dentro o fuera del marco de significado del

⁴ Cf., por ejemplo, G.B. RATTI, *sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, y R. GUASTINI, *Contribución a la teoría del ordinamento jurídico*, en J. FERRER BELTRÁN, G.B. RATTI (comps.), *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 81-115.

enunciado: en el primer caso lo se llama interpretación, en el segundo creación de derecho. Desde un enfoque evolucionista, no reduccionista y holista⁵, por el contrario, no hay tantas normas como los legisladores ni tantos sistemas jurídicos como los interpretes; hay sólo *una* norma sobre la responsabilidad contractual, por ejemplo, y sólo *un* sistema jurídico español: ambos producidos, intencionalmente y no intencionalmente, por muchos actos de habla de constituyente, legislador, jueces y dogmática jurídica. Todos los operadores crean todo el derecho, *uti universi*, sin poder controlar, *uti singuli*, los efectos de sus actos de habla; ninguno de ellos tiene la última palabra, sino como máximo la penúltima: porque siempre sus actos tendrán efectos intencionales ulteriores.

1.2. *Segunda diferencia.* Como consecuencia de la primera diferencia, para la teoría genovesa no hay *un* sentido del derecho (de las disposiciones), sino la lucha de los diferentes actos de interpretación al fin de atribuyérle sentidos diferentes: el juego de la interpretación es básicamente *conflictual*, no *cooperativo*⁶. También para los evolucionistas el

⁵ Desde las obras clásicas de Savigny hasta N. LUHMANN, *Soziologie des Rechts*, Rohwolt, Reinbeck bei Hamburg, 1972, e ID., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pasando para las obras casi jurídicas, sobre el *common law*, del propio Hayek: que, por supuesto, no siempre expresan una teoría de la interpretación jurídica, y *a fortiori* no expresan la teoría que le atribuyo en el texto.

⁶ En la Escuela de Genova, una teoría de los juegos interpretativos ha sido esbozada, pero nunca plenamente desarrollada, por P. CHIASSONI, *Interpretative Games. Statutory Construction through Gricean Eyes*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 79-99. Si la hubiese desarrollada, creo que la dimensión más o menos conflictual, más o

acto individual de interpretación puede ser conflictivo con otros actos de interpretación de la misma disposición; pero el juego interpretativo tiene incluso una dimensión cooperativa: los interpretes, en concurrencia entre sí, contribuyen a la emergencia de sentidos (normas) comunes. Como lo dice hoy Paco Laporta, la interpretación puede sí ser la atribución de diversos sentidos al derecho: pero siempre de los sentidos *suyos*. Dicho de otra manera, se trata de sentidos que las disposiciones jurídicas ya tienen antes del acto de interpretación individual: el marco de significado es el efecto de todas las interpretaciones anteriores⁷.

Dicho de otra manera aún, no son relevantes, aquí, la psicología y las intenciones de los singulos jueces: psicología e intenciones que pueden ser más conflictivas o más cooperativas. Lo único relevante es el hecho institucional de

menos cooperativa de los diferentes juegos interpretativos habría inevitablemente emergido: como ha ocurrido, por ejemplo, en el análisis del diálogo entre tribunales nacionales y de la UE llevado a cabo por otro genovés, Giulio Itzcovich, en *Teoria e ideologia nel diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁷ Cf. F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2010, cap. 8. Tengo al menos tres perplejidades sobre este óptimo libro. Primero, tampoco Laporta, como Eugenio Bulygin y Guastini, me cita como partidario del escepticismo genovés. Segundo, desde un enfoque descriptivo y *wertfrei*, diferente del normativo de Laporta, creo que la función de la ley pueda ser, de hecho, sólo la de contribuir a (y no de monopolizar) la producción del derecho: en el mismo Estado legislativo, después de todo, el poder de producir el derecho acabe con pasar de los legisladores a los jueces. Al final, y desde el mismo enfoque normativo de Laporta, el imperio no puede ser de la *ley*, porqué en este caso no sería otra cosa que el poder del mismo legislador: esto es, imperio de los hombres y no de las leyes. El imperio puede ser sólo del *derecho*, producido, entre otros, por el legislador: sólo este puede ser un imperio de las leyes (*rule of law*) y no de los hombres.

que legisladores, y jueces, y juristas todos contribuyen a esta actividad común que es el derecho: aportan contribuciones individuales, diferentes y también opuestas, a esta misma empresa colectiva. En el juego de la interpretación judicial, en particular, cada juez siempre contribuye con el constituyente, el legislador, los otros jueces y la propia dogmática jurídica a la producción del derecho⁸; incluso su acto de interpretación más idiosincrático es siempre el acto de un órgano jurídico, de un participante al juego del derecho: derecho que será el producto y el sentido incluso de este acto de interpretación, junto con todos los otros.

1.3. *Tercera diferencia.* Se trata de una diferencia en apariencia sólo terminológica: pero puede ser importante para introducir y subrayar las relaciones entre interpretación y aplicación, objeto del apartado 2. Hoy en día es común, entre los teóricos del derecho, distinguir entre el conjunto de actividades bastante eterogéneas todas llamadas por los juristas ‘interpretación’, y la actividad de atribución de sentido: las primeras son llamadas interpretación en sentido amplio, la segunda interpretación en sentido estricto. Por razones sistemáticas – es decir, por las conexiones conceptuales instituidas por la misma representación perspicua (al. *Übersichtliche Darstellung*, à la Ludwig Wittgenstein) que mira a ser mi diagrama arbóreo⁹ – en lugar de estas

⁸ Aquí cabría distinguir, como lo hace R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 427-438, entre simple producción o interpretación (de normas *explícitas*, sentido de una disposición jurídica) y construcción (de normas *implícitas* desde disposiciones qui tienen ya otros sentidos).

⁹ En particular: para no confundir esta distinción con la entre interpretaciones *stricto sensu* e *lato sensu* de Jerzy Wróblewski, y para reservar las calificaciones ‘en sentido estricto’ y ‘en sentido

expresiones el subscrito emplea ‘interpretación en sentido *genérico*’ y ‘interpretación en sentido *específico*’: y esto sería todo, si no tuviese al menos una consecuencia ulterior.

La interpretación en sentido específico, en mi esquema, no incluye sólo las interpretaciones judicial, doctrinal, oficial y auténtica, sino también, cuanto a la interpretación judicial, tan la interpretación en abstracto, es decir la producción de la regla abstracta, como la interpretación en concreto, esto es la deducción de la regla concreta a partir de la regla abstracta. La aplicación, en mi diagrama, no cabe en la interpretación en sentido genérico, sino en la interpretación en sentido específico¹⁰: de la cual es una parte importante y, al menos en el caso de la interpretación judicial, decisiva. Como veremos en mayor detalle en el próximo apartado, en efecto, el hecho de que la interpretación en sentido específico incluye la aplicación – y no la excluye, como parece decir Guastini – liga más estrictamente interpretación y aplicación, y marca quizás la más importante diferencia con la teoría genovesa.

En suma, mi teoría de la interpretación, como la teoría genovesa, es una teoría de corte positivista, conforme a las Tesis de las fuentes sociales: pero es específicamente evolucionista. La propia interpretación, es decir la atribución de sentidos a textos (o, en el caso de la costumbre, a acciones humanas), es la más importante de todas las consecuencias no intencionales de la acción humana

amplio’ a las distinciones de Kelsen y de Guastini entre interpretación fuera y dentro del marco de significado de la norma.

¹⁰ Esto no era tan claro, y creo que al menos una vez fue negado, en las tres ediciones de mi *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003; 2005), Torino, Giappichelli, 2008: libro más guastiniano del *Manuale di filosofia del diritto* que hoy lo substituye.

intencional. Esto es muchas veces equivocado, como si diríamos que sólo hay efectos no intencionales; por el contrario, los efectos no intencionales siguen siendo efectos *de actos intencionales*: el evolucionismo permite ver más, no menos, del constructivismo, en particular no sólo la dimensión intencional sino también la no intencional de la acción humana (intencional). Por ejemplo: el legislador hace una ley persiguiendo ciertas tareas sociales y políticas; pero los intérpretes siempre atribuyen a esta ley sentidos diferentes: así contribuyendo a la emergencia de un sentido común, aunque cambiante. Y aquí se podría decir, como en el *Talmud* judío: «Dos cosas Dios ha dicho, tres yo he oído, esta es la potencia de Dios».

2. Aplicación

La interpretación en concreto, es decir la aplicación, es hoy quizás la parte más interesante de la teoría de la interpretación¹¹. En la teoría genovesa, la aplicación está netamente distinguida de la interpretación; los genoveses proporcionan una representación lineal del proceso interpretativo, diferente de la circular proporcionada por la herméutica. Para ellos, a la atribución al enunciado de un significado, que es una regla abstracta, sigue y no puede que seguir, en la interpretación judicial, la aplicación de la regla al caso concreto: aplicación que a su vez no es nada más que una deducción. Esta es (la representación genovesa de) la

¹¹ Cf. P. COMANDUCCI, *Alcuni problemi concettuali relativi all'applicazione del diritto*, en «Diritto e questioni pubbliche», 10, 2010, y sobre todo G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, ponencia discutida al XVI Seminario ispano-italiano-francés de teoría del derecho, Barcelona, 2010.

aplicación en sentido stricto, o de *reglas*; hay también una aplicación en sentido amplio, o de *principios*, no deductiva sino argumentativa: como veremos al final de este apartado y en el próximo¹². Aquí también la teoría genovesa ha sido el punto de partida de la mía; hoy en día, sin embargo, hay al menos tres diferencias entre las dos.

2.1. *Cuarta diferencia.* En la teoría de Guastini hay quizás esta diferencia entre interpretación y aplicación (cf. 1.3): la aplicación es interpretación sólo en *sentido genérico*, no *específico*, e no tiene con la interpretación mayor relación que la argumentación y las otras actividades eventualmente conectadas con ella; en particular, después de la interpretación – la elección de una regla abstracta entre el marco de sentidos de la disposición – no dejaría que deducir de la regla las consecuencias lógicas para el caso. En esta representación lineal del proceso interpretativo, dicho de otra manera, no hay lugar para otras relaciones entre interpretación y aplicación, y tampoco para una reacción de la aplicación sobre la interpretación: reacción de la cual se podría hablar, según los genoveses, sólo en una teoría psicológica de la interpretación, cual sería, siempre según los genoveses, la teoría circular proporcionada por la hermeneutica jurídica. Sólo dentro de

¹² Para mí, y quizás para el propio Guastini, entre reglas y principios – bajo un criterio de distinción débil, no dicotómico, pero bastante fuerte para ser relevante teóricamente – no hay diferencia estructural sino funcional. Cuando una norma es aplicada en sentido estricto, es decir usada para deducirne una regla concreta, la llamamos *regla*; mientras cuando es aplicada en sentido amplio, es decir usada para especificarne una regla abstracta de la que se deducirá la regla concreta, la llamamos *principio*. Reglas y principios no son normas que se aplican de manera diferente: es la diversa aplicación que determina si estamos frente a una regla o a un principio.

una representación psico-hérmeneutica del proceso interpretativo se podría decir que el juez aventura diferentes interpretaciones y diversas aplicaciones hasta que encuentra las dos más coherentes entre sí y más adecuadas para la solución del caso particular.

Aquí creo que Guastini dramatice la distinción entre interpretación y aplicación, acabando por borrar toda relación dialéctica, de ajuste recíproco entre ellas. La aplicación sería una actividad sólo eventual y auxiliar de la interpretación: que por ende seguiría siendo el único momento de todo el proceso donde se elige la solución del caso. Esta teoría, creo, puede parecer plausible para la interpretación dogmática, donde no hay aplicación: pero no para la interpretación judicial, finalizada a la solución del caso concreto. La interpretación judicial empieza con la calificación de este caso bajo la norma abstracta y acaba con la solución: de la manera circular, y no lineal, típica de la representación hermenéutica. Desde un enfoque evolucionista, en particular, aquí hay un proceso *by trial and error*: proceso no psicológico sino argumentativo, de ajuste recíproco entre interpretación y aplicación.

De hecho, como lo muestra la conocida teoría mixta de Hart –expresión, entre otro, del papel decisivo que juega la aplicación judicial (ingl. *adjudication*) en el mundo de *common law* – la interpretación judicial empieza de los casos concretos y termina con ellos: la interpretación en abstracto es sólo una paréntesis dentro del proceso de aplicación. El juez no interpreta *in vacuo*; su interpretación considera sólo los diferentes y también conflictivos sentidos de la disposición que pueden servir para solucionar el caso: y entre estos elige el que le parece el más adecuado. Si el sentido elegido tiene consecuencias deductivas tales que lo vuelven no adecuado, entonces sencillamente lo cambia: hecho no psicológico sino lógico, al menos en cuanto tiene que ver con la propia definición de interpretación judicial. Siempre

en términos de mi diagrama arbóreo: para Guastini la aplicación es interpretación sólo en sentido genérico, para mi es interpretación en sentido específico.

2.2. *Quinta diferencia.* Como consecuencia del papel más importante que juega la aplicación, mi distinción entre interpretación e aplicación es sólo conceptual, y no también empírica; las dos son ambas interpretaciones en sentido específico, empíricamente distintas solo con referencia a la interpretación dogmática, donde no hay aplicación, pero empíricamente conectadas y solo conceptualmente distintas en la interpretación judicial, finalizada a la aplicación. Entre interpretación y aplicación, además, hay una relación aun más estricta porque ambas actividades tienen que ver con el marco de los conceptos y de las normas jurídicos: conforme a la propia concepción neokelseniana adoptada por el segundo Guastini. Por medio de la interpretación en abstracto se elige en el marco de la disposición una regla abstracta que parece adecuada a solucionar el caso concreto: pero esto supone ya considerar el caso mismo, calificarlo bajo la norma, y incluso la posibilidad del cambio de calificación e de interpretación en abstracto si esta se revela no adecuada a la interpretación en concreto.

Todo esto podría ser dicho, en la jerga de la filosofía del derecho hermenéutica¹³, de la siguiente manera. *Antes* de la interpretación en abstracto no hay *tabula rasa*, donde surga el *fiat* creativo del interprete, sino una *precomprensión* del

¹³ Sobre la cual puede verse, sintéticamente, M. ATIENZA, *Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho*, en I. LIFANTE (comp.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, Lima, 2010, pp. 67-91, y más detenidamente F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

caso concreto: una calificación o pre-aplicación, se podría decir. *Después* de la interpretación en abstracto hay todavía una aplicación en concreto, pero que puede reaccionar sobre la interpretación en abstracto: de manera tal que la relación entre interpretación y aplicación no sea lineal sino circular. Se trata aquí del conocido círculo hermeneutico: o, como yo mismo lo decía hace muchos años, de un círculo pragmático entre actos de habla, como interpretar y aplicar, funcionalmente conectados entre sí¹⁴. Se piensa normalmente que el papel mayor jugado por la aplicación en una teoría de la interpretación produzca una teoría más escéptica: pero no es necesariamente así.

Por ejemplo, la teoría de la interpretación de Hart – que es más una teoría de la aplicación (en concreto) que de la interpretación (en abstracto) – reconoce que hay casos de aplicación claros; Guastini, por el contrario, que elabora más una teoría de la interpretación (en abstracto) que de la aplicación (en concreto), hace abstracción de los casos como si la suya fuera una teoría de la sólo interpretación dogmática. Paradojicamente, pero quizás no demasiado, una teoría de la *aplicación* judicial como la de Hart deja mayor lugar a la certeza en la representación de la interpretación jurídica, mientras que una teoría de la *interpretación* sin más como la de Guastini le deja menor; el precio es de parecer plausible sólo para la interpretación dogmática de *civil law*: que no tiene que adecuarse a los casos de la vida, y **es más** libre de proponer las interpretaciones más aventuradas.

2.3. *Sexta diferencia.* Como consecuencia del papel mayor jugado por la aplicación, hoy mi teoría es casi perfectamente intermedia entre la teoría mixta de Hart y el escepticismo de

¹⁴ Cf. ya M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 245-254.

Guastini¹⁵. En particular, mi teoría sigue siendo esceptica en materia de interpretación: sigue amitiendo que siempre hay muchas, al menos dos, y nunca sólo una, interpretaciones posibles de la misma disposición. Pero mi teoría reconoce la superioridad de la teoría mixta en materia de aplicación: hay casos claros de aplicación, como hoy el mismo Guastini francamente admite: y con referencia a estos casos la interpretación, que potencialmente y en abstracto siempre podría ser discutible, actualmente y en concreto puede no ser discutida. Como comprendéis perfectamente, esto equivale a decir que la misma discusión entre teoría mixta y escepticismo está básicamente equivocada: ambos tienen razón, desde su perspectiva.

Si se considera *sólo* la interpretación en abstracto – como la interpretación dogmática de *civil law*, donde no hay aplicación – el escepticismo tiene razón: en abstracto, siempre se puede interpretar de manera diferente, haciendo referencia al lenguaje ordinario o al jurídico, a diferentes argumentos interpretativos, o a la coherencia con diversas partes del sistema. Desde este enfoque se podría incluso decir que el mismo Hart se equivoca: al menos si se admite que él habla – no sólo de aplicación, sino – también de la interpretación de disposiciones como «prohibida la entrada de vehículos en el parque». Esta disposición, en abstracto, tiene en efecto sentidos diferentes según los diversos métodos interpretativos: como «prohibida la entrada sólo a los coches», «prohibida la entrada a los coches y también a las

¹⁵ Aquí mi postura es parecida a la de P. COMANDUCCI, *La interpretación jurídica*, en J. FERRER BELTRÁN, G.B. RATTI (comps.), *El realismo jurídico genovés*, cit., p. 59, y quizás a la del último Guastini: quien, diversamente de Chiassoni, reconoce la existencia de casos claros, pero considerandola poco relevante.

bicicletas», «prohibida la entrada a los coches, a las bicicletas y a los patines», etc.

Sin embargo, si se considera *sólo* la interpretación en concreto – como la *adjudication* del *common law* e la misma interpretación judicial del *civil law* – entonces es la teoría mixta a tener razón: hay casos claros de aplicación, como la entrada en el parque de un coche en el conocido ejemplo de Hart. Con referencia a este caso, en efecto, se podría hasta decir – como lo dicen el mismo Hart y, en un sentido diferente, el propio Guastini¹⁶ – que la disposición tiene un único sentido *común*, como «prohibida la entrada a los coches», y muchos sentidos discutidos, como «prohibida la entrada a los coches y a las bicicletas», «prohibida la entrada a los coches y a la bicicletas y a los patines» etc. Este sentido común, sin embargo, deja *derrotable*: nadie prohibiría la entrada en el parque a un coche de la policía o a una ambulancia, a pesar del sentido literal de la disposición¹⁷.

Hasta aquí, se ha hablado sólo de aplicación en sentido estricto, no en sentido amplio. Las dos tienen al menos tres diferencias. Antes, la aplicación en sentido estricto atañe a reglas, es decir saca de la regla concreta la regla abstracta: mientras la aplicación en sentido estricto atañe a principios, es decir saca de principios genéricos las mismas reglas abstractas desde las cuales se deducira. Pues, la aplicación

¹⁶ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 400, admite que, a este nivel del proceso interpretativo, la regla posee un núcleo de sentido común: siempre la entrada en el parque está prohibida a los coches.

¹⁷ Sobre la derrotabilidad como problema de *aplicación*, cf. M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., § 3.5, como problema de interpretación, R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, pp. 97-118.

en sentido stricto es deductiva, dada una regla permite deducirne una y sólo una conclusión (regla), mientras la aplicación en sentido amplio es argumentativa, dado uno principio permite argumentarne (especificarne) muchas conclusiones (reglas) diferentes. Al final, la aplicación en sentido stricto pertenece a la justificación *interna*, de la conclusión, mientras la aplicación en sentido amplio a la justificación *externa*, de las premisas, del silogismo judicial. La parte más discutida de la aplicación en sentido amplio, por otra parte, està hoy la ponderación.

3. Ponderación

El balance o ponderación – quizás la manera de argumentar más común en ética¹⁸ – en el siglo XX se ha difundido también en la interpretación jurídica: especialmente en la llamada interpretación constitucional, en el sentido genérico de ‘interpretación’ como argumentación. La ponderación, en particular, se hizo un *topos* de aquella teoría del derecho llamada tal vez, equivocadamente, “constitucionalismo”, y más correctamente, “neoconstitucionalismo”¹⁹. Aquí tam-

¹⁸ Cf. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975, p. 36.

¹⁹ No puedo detenerme aquí sobre este debate, aunque se trate del verdadero trasfondo de esta discusión sobre la interpretación: para una defensa del neoconstitucionalismo frente a las críticas de Guastini, cf. al menos M. BARBERIS, *Esiste il neocostituzionalismo?*, en «Analisi e diritto», 2011, y ID., *El neoconstitucionalismo*, third theory of law, qui va a parecer en un *reading* curado, al Perú, por Susanna Pozzolo; para entre neoconstitucionalistas alicantinos y positivistas genoveses, en cambio, cf. *Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar, con un comentario*, en «Analisi e diritto», 2010, con textos de Chiassoni, Atienza y Alvaro Núñez Vaquero.

bién los genoveses y yo compartimos muchas ideas: una actitud avalorativa hacia la teoría de la interpretación, la conexión entre ponderación y aplicación en sentido amplio, y incluso la idea de que un principio no se puede aplicar sin especificarlo, es decir sin sacarle reglas que impliquen deductivamente la solución del caso. Pero – no sé si lo creéis... – su teoría y la mía tienen también aquí al menos tres diferencias.

3.1. *Septima diferencia.* Sobre la ponderación, los genoveses han hasta ahora compartido la actitud crítica de muchos filósofos – como Jürgen Habermas y los positivistas éticos o normativos – quienes sospechan que el balance sea sólo una argumentación formalista, finalizada a ocultar la discrecionalidad judicial. Pero, como muestran importantes trabajos recientes, esto es un error, aunque difundido; tan el *Abwägung* alemán como el *balancing* norteamericano son técnicas argumentativas básicamente finalizadas a explicitar, no a ocultar, las pautas éticas, políticas y económicas que la interpretación constitucional necesariamente conlleva²⁰. En los Estados Unidos, en particular, el origen del balance se encuentra ya en las decisiones de la propia Corte Suprema, pero sobre todo en las teorías realistas como las de Oliver W. Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo: que todos

²⁰ Cf. en particular A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, en «Columbia Journal of Transnational Law», 47, 2008, pp. 73-165; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*, en «I•CoN», 8, 2010, pp. 263-286; IDD., *Proportionality and the Culture of Justification*, en «American Journal of Comparative Law», 58, 2010; J. MATHEWS, A. STONE SWEET, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, en «Emory Law Journal», 60, 2011, pp. 101-180.

criticaron decisiones como *Lochner*(1905) por ser fruto no de una verdadera ponderación, sino de una deducción del sólo principio de la libertad contractual²¹.

El realista Guastini, por el contrario – en consecuencia de una actitud crítica que podría sorprender sólo a quien aún cree que los realistas sean amigos de los jueces – trata la ponderación como una herramienta para despejar los principios constitucionales indeseables para los jueces. Sin embargo, si los jueces quisieran sencillamente hacer esto, sería más fácil para ellos no ponderar en absoluto, sino deducir la solución del caso de un sólo principio: como todavía hacen los jueces textualistas y originalistas. Guastini concibe la ponderación como creación de una jerarquía móvil entre los principios, y efectivamente en un caso constitucional el juez puede elegir uno de dos principios, y en otro caso otro. Pero esta elección nunca deja totalmente de lado el principio no elegido: lo que volvería la ponderación en una valoración 1) básicamente irracional; 2) *ad hoc*, particularista, o válida solo para el caso concreto; 3) absolutista, en el sentido que nunca habría un compromiso entre principios.

Esta triple concepción me parece errónea bajo todos los tres aspectos. 1) Es verdad, la ponderación no se puede reducir a un procedimiento racional, *à la* Robert Alexy, pero sigue siendo mucho más razonable que la ocultación del conflicto y la pretendida deducción de la solución de un sólo principio²². 2)

²¹ Es verdad, como me ha hecho notar Manolo Atienza en la discusión seguida a mi lectura, que el balance entre Poder regulativo de lo Estado y libertad contractual era mucho más explícito en la decisión de la mayoría de *Lochner* que en la conocida *dissenting opinion* del juez Holmes.

²² Aquí, como me ocurre casi siempre, soy totalmente de acuerdo con L. PRIETO, *El constitucionalismo de los derechos*, en M.

Los casos constitucionales, al menos en muchos sistemas de *civil law* como el italiano, no dejan de ser casos abstractos; por supuesto se trata de decisiones particulares, como todas las decisiones, pero sobre la legitimidad constitucional de una ley abstracta: en terminos norteamericanos, el balance es aquí *definitional*, no *ad hoc*²³. 3) El pretendido caracter absoluto del balance – dejar totalmente de lado el principio no elegido – sería en contradicción con el *point* de la ponderación: ¿porqué ponderar *dos* principios, después de todo, y no deducir sólo de uno, sino para sacar *de ambos* las reglas abstractas aplicables a los casos concretos²⁴?

3.2. *Octava diferencia.* Las teorías genovesas son todas avalorativas, para nosotros, no se puede valorar nada si antes no se lo conoce; pero aquí empiezan las diferencias. De hecho, el enfoque de Guastini a la llamada interpretación constitucional es todavía el mismo de Tarello y de Holmes, una mezcla de caza a las ideologías y de emotivismo ético;

CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid-México, Trotta-Unam, 2007, pp. 213-235.

²³ Por otra parte, para una relativización de esta distinción, quizás tomada demasiado enserio por Guastini, cf. ya P.W. KAHN, *The Court, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell*, en «Yale Law Journal», 97, 1987, esp. p. 12.

²⁴ Es verdad, como me hace notar Muffato, que no hay *una* regla del conflicto entre principios, como siempre la se llama, sino muchas, y cada una especificada desde uno de los principios, no de ambos. En mi ejemplo del aborto, la ponderación entre el principio de la vida del feto y el de la salud de la mujer produce dos reglas: la especificada desde el principio de la salud de la mujer (esta puede abortar *antes* el término de tres meses desde la concepción), y la especificada desde el principio de la salud del feto (la mujer no puede abortar *después* del término de tre meses desde la concepción). Pero la regulación *total* del aborto sigue siendo especificada desde *ambos* los principios, y no desde uno.

para todos ellos, la argumentación constitucional, y en particular las técnicas de ponderación, son sólo herramientas retóricas para ocultar un ejercicio básicamente irracional de la decisión por parte de los jueces. Mi enfoque ha siempre sido diferente, quizás opuesto: una combinación de pluralismo de los valores (el *Polytheismus des Werte* de Max Weber, el *value pluralism* de Isaiah Berlin y Joseph Raz²⁵) e de caridad interpretativa (la *interpretive charity* de Willard Quine y Donald Davidson²⁶).

Si queremos tomar en serio la argumentación constitucional y la ponderación, creo, debemos concebir los principios constitucionales como formulaciones jurídicas de valores éticos: como hice en todos mis tres libros traducidos al castellano²⁷. Según el pluralismo de los valores, los principios éticos y constitucionales – que para mí no son otra cosa sino juicios de valor muy abstractos²⁸ – son plúrimos, genéricos y siempre potencialmente conflictivos: lo que hace claro al

²⁵ Cf. I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* (1958), después en ID., *Four Essays on Liberty*, Oxford. U.P., Oxford, 1969, y J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, pp. 369 ss..

²⁶ Cf. ya W.V.O. QUINE, *Word and Object*. MIT Press, Cambridge (Mass.), 1960, y sobre todo D. DAVIDSON, *Inquiries int Truth and Interpretation*, Oxford U.P, Oxford, 1984.

²⁷ M. BARBERIS, *Libertà*, il Mulino, Bologna, 1999 (trad. cast. *Libertad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2002); ID., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, Fontamara, México, 2006; ID., *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006 (trad. cast. *Ética para juristas*, Trotta, Madrid, 2008). Para la misma idea, cfr. ahora I. Porat, *The Plural Implications of Value*, en «San Diego Law Review», 46, 2009, pp. 909-924.

²⁸ Sobre los valores comparto muchas intuiciones de G.H. VON WRIGHT, *Valuations – or How to Say the Unsayable*, en «Ratio Juris», 13, 2000, pp. 347-357 y de C.S. NINO, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 109-123.

menos porque los jueces que aplican en sentido amplio los principios constitucionales recurran al balance. Desde un punto de vista descriptivo, lo jueces no pueden hacer otra cosa, si quieren aplicar la constitución, toda la constitución, nada otro que la constitución; desde el propio punto de vista normativo – porque para mi la *Wertfreiheit* no prohíbe valorar, solo impone hacerlo explícitamente²⁹ – esta es la manera más correcta de razonar.

Para mi, como quizás para Cass Sunstein³⁰, todos los autores del derecho – el constituyente, el legislador y incluso los jueces – ponderan valores, no pueden no hacerlo, y, si es así, mejor que lo hagan explícitamente. Si los jueces constitucionales quieren aplicar (toda) la constitución, entonces no pueden dejar de lado ningún de los principios relevantes: ellos deben tomarlos en cuenta todos, resolver sus conflictos y especificar las reglas abstractas que puedan ser aplicadas en sentido estricto. Aquí, no me lo escondo, surge el problema de la normatividad de los principios: es verdad, como lo ha reprochado Luigi Ferrajoli al (neo)constitucionalismo (principalista), que los principios constitucionales, bajo esta concepción (neo)constitucionalista, acaban siendo menos normativos que las reglas³¹. Pero precisamente esta es la función de la justicia constitucional: remediar a la menor normatividad de los principios, anulando las reglas contrarias a uno o más de ellos³².

²⁹ Sobre este punto también, véase mi *Manuale di filosofia del diritto*, cit., § 1.5.

³⁰ Me refiero aquí a la conocida teoría de los *incompletely theorized agreements*: cf. C. SUNSTEIN, *Designing Democracy. What constitutions Do*, Oxford, Oxford U. P., 2001, pp. 49-93.

³¹ Cf. L. FERRAJOLI, Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista, que va aparecer en «Doxa», 2011.

³² Cf. S. BARTOLE, *I principi costituzionali*, en A. VIGNUDELLI

3.3. *Novena diferencia.* Siempre se ha dicho que la justicia constitucional en general, y la ponderación en particular, no son instituciones ni argumentos democráticos, es decir favorables a la voluntad de la mayoría; que, por el contrario, son instituciones y argumentos típicamente anti-mayoritarios, más favorables a los derechos de las minorías. Incluso por esta razón, los positivistas éticos o normativos como Jeremy Waldron están en contra de la justicia constitucional³³; el propio Guastini – desde su enfoque *wertfrei* a la cuestión, y a pesar de ser políticamente favorable a ella – constata que la justicia constitucional es básicamente anti-democrática³⁴. En mi opinión también liberalismo y constitucionalismo por un lado, y democracia por el otro, son valores diferentes, quizás potencialmente opuestos: pero creo que, como para todos los valores, hay posibles compromisos entre ellos.

El compromiso más conocido se llama *democracia constitucional*: es decir, la forma de gobierno en que ningún órgano del Estado es soberano, sino todos, Parlamento incluido, aplican la constitución, en conflicto o en diálogo entre sí. Ahora, si para aplicar la constitución necesita siempre especificar y muchas veces ponderar principios constitucionales genéricos y potencialmente conflictivos, entonces la ponderación en sí no es antidemocrática: lo sería

(ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, Mucchi, 2011, pp. 122-138.

³³ Cf. su última formulación del ataque a la justicia constitucional, J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, en «Yale Law Journal», 115, 2006, pp. 1346-1406. Para una crítica, cf. mi *Ética para juristas*, cit., pp. 81-87; para un buen análisis empírico de los diferentes sistemas de justicia constitucional, cfr. en cambio F. Laporta, *El imperio de la ley*, cit., cap. 10.

³⁴ Cf. además R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 358-359.

sólo si fuese llevada a cabo por jueces soberanos en un estado aristocrático. Por cierto, no puede ser antidemocrática una ponderación realizada en positivo por el Parlamento, cuando aplica los principios constitucionales, y tampoco puede serlo una ponderación llevada a cabo en negativo por los jueces constitucionales, cuando anulan la leyes contrarias a constitución o incluso cuando las interpretan conforme a la constitución.

Desde este enfoque, es más, la normatividad débil de los principios constitucionales se vuelve de defecto en virtud³⁵. La genericidad y el conflicto entre principios constitucionales tienen al menos la virtud de dejar al legislador democrático la discrecionalidad para aplicar e llevar a cabo los principios de la Constitución: texto que, en las sociedades abiertas contemporaneas, no puede ser sino un compromiso entre diferentes pautas éticas y políticas³⁶. Para usar la terminología de Kelsen, y proporcionando una teoría neokelseniana de la democracia constitucional³⁷, dentro del

³⁵ Desde un enfoque no *wertfrei* a la teorías de la normas, como los de Ferrajoli y de los neoconstitucionalistas, esta normatividad débil es un defecto: y un defecto tan grave que el primero llega a negar la propia distinción reglas/principios. Pero es precisamente este defecto a permitir lo que Guastini (*La sintassi del diritto*, cit. pp. 195-223) llama “constitucionalización” de los principios: esto es, la difusión de los valores constitucionales en todo el “cuerpo” del derecho.

³⁶ Cf. las conocidas tesis de C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford U.P., Oxford, 2001, cap. II, sobre *incompletely theorized agreements*.

³⁷ Notoriamente, Kelsen era hostil a textos constitucionales “por principios”, que dejen demasiado poder a los jueces constitucionales: pero – a pesar de esto, y de que el relativismo ético sea remplazado por el pluralismo de los valores – esta teoría neokelseniana conserva muchos ingredientes de la teoría kelseniana: la

marco de los principios constitucionales, cuyos límites son trazados por la misma justicia constitucional, el Parlamento puede especificar a partir de los principios constitucionales las reglas legislativas que su mayoría prefiere: o, aún mejor, buscar otro compromiso, esta vez no constitucional sino legislativo, entre mayoría y minoría política.

Como es claro, mi teoría de la interpretación se rige sobre un delicado equilibrio entre al menos cuatro ingredientes. En primer lugar, una combinación entre teoría esceptica de la interpretación y teoría mixta de la aplicación. En segundo lugar, una distinción más fuerte que la de Guastini, pero menos que la de los neoconstitucionalistas, entre principios y reglas. En tercer lugar, una metaética pluralista, donde valores plúrimos, genéricos y conflictivos requieren siempre aplicación en sentido amplio, es decir siempre especificación y muchas veces ponderación. Al final, una teoría neo-kelseniana de la democracia constitucional, donde el elemento democrático del compromiso es asegurado por la propia debilidad normativa de los principios. Equilibrio delicado, como se vee, amenazado por cualquier cambio en los ingredientes: como el equilibrio mismo sobre el que se rigen nuestras democracias.

centralidad del parlamento, la concepción nomodinámica de la aplicación de la Constitución por parte del legislador, el papel de legislador negativo del tribunal constitucional y sobre todo la misma teoría de la interpretación moderadamente éseptica retomada por Guastini.