

SOBRE LOS ERRORES INTERPRETATIVOS EN LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO APLICABLE

Natalia SCAVUZZO*

*También podemos equivocarnos respecto a «Aquí hay una mano».
Únicamente en determinadas circunstancias no podemos equivocarnos.
—«incluso en un cálculo nos podemos equivocar»—
solo en ciertas circunstancias deja de ser posible».*

Ludwig WITTGENSTEIN, § 25 *Sobre la certeza*

1. INTRODUCCIÓN

Es parte común, tanto en el ejercicio de la abogacía como en la judicatura, que podemos encontrar interpretaciones «divergentes» de los mismos textos legales¹. Si bien en ocasiones parece intuitivamente razonable sostener que

* Universidad Autónoma de Madrid. E-mail: natalia.scavuzzo@uam.es. ORCID 0000-0002-8009-7468. Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho» 2021-2024 (PID2020-114765GB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad del Reino de España.

¹ La posibilidad de interpretaciones divergentes es un tema central para los teóricos del derecho «realistas», principalmente para las tradiciones del realismo (norte)americano y el realismo jurídico genovés. Cfr. eg. TARELLO, 1962; SCHAUER, 2018; FERRER BELTRÁN y RATTI, 2011. Así mismo es un aspecto central de la profusa literatura sobre los desacuerdos en el derecho. Sobre esta, RAPETTI, 2019; LUQUE SÁNCHEZ y RATTI, 2012.

estas interpretaciones son igualmente admisibles (o a lo sumo tolerables) y en las facultades de derecho, al estudiar posiciones divergentes de los dogmáticos, solemos referirnos a estas como «otras bibliotecas», no es poco frecuente encontrarnos con la pretensión de que la interpretación contraria a la que sostenemos no debe aceptarse por cuanto constituyen un error. Por tanto, es también parte común de la práctica del derecho que nos referimos a muchas interpretaciones como interpretaciones *erróneas*. En este sentido, sostener que existen interpretaciones erróneas parece ser entonces parte de nuestra real práctica interpretativa. Pero, no es claro en qué consiste la atribución de error que realizan los operadores jurídicos, si siempre se trata del mismo tipo de reproche y si el error puede presentarse en todo tipo de interpretaciones en los procesos judiciales. Este trabajo se ocupa precisamente de esto, del análisis de los errores en la interpretación de las fuentes del derecho como parte de la toma de decisiones judiciales.

Si bien en periodos de estabilidad política la justificación de las premisas normativas de las sentencias en su mayor parte se presenta como auto evidente y no es objeto de problematización, el fenómeno de los cambios en las interpretaciones judiciales vigentes, aun en casos que no parecían controvertidos, no es extraño a los juristas. Precisamente, el carácter dinámico del derecho y los cambios en los criterios jurisprudenciales, ponen de manifiesto interrogantes centrales sobre los límites de la actividad interpretativa, la posibilidad de su control y la responsabilidad de los intérpretes. Por esto, en esta ocasión me interesa volver sobre la justificación de la premisa normativa de las decisiones judiciales e indagar en qué sentido sostenemos que ciertas interpretaciones son erróneas, si efectivamente podemos encontrar errores específicamente en la interpretación de las fuentes del derecho y en cómo la determinación del error depende, en general, de la ideología de la decisión judicial presente en la cultura jurídica de referencia y, en particular, de la ideología de la interpretación jurídica aceptada por quien formula un juicio de error interpretativo.

El error en la premisa normativa de las sentencias es un tema que ha sido tratado, debatido y mientras, por un lado, diversas tipologías de errores han sido presentadas², por otro, han existido discusiones sobre la posibilidad misma de error en la interpretación, principalmente comparando las teorías cognitivistas y escépticas (en sus diversos matices) sobre la interpretación³. Ahora bien, es conocido que «interpretación» adolece de una serie de ambigüedades⁴, cuya consideración es central para analizar los errores en la interpretación. En el presente trabajo presento y confronto cómo se entiende el

² Véase MALEM, 2009; CARBONELL, 2021: 315-316; CARBONELL, 2023: 72-73.

³ Cfr. FERRER BELTRÁN, 2012; PINO, 2021.

⁴ Al respecto, siguiendo a Guastini podemos distinguir entre interpretación como proceso o como producto; entre la interpretación en abstracto y la interpretación en concreto; entre la interpretación como cognición y la interpretación-decisión; y, finalmente entre interpretación (en sentido estricto) y construcción jurídica. Cfr. GUASTINI, 2014.

error en la interpretación considerando distintas acepciones de interpretación y diversas teorías de la interpretación para indicar que las teorías tradicionales sobre la interpretación jurídica no se encuentran en la mejor posición para explicar la posibilidad y la función de las atribuciones de error interpretativo.

Para esto, en un primer momento se presenta la centralidad de las discusiones sobre la interpretación y el error interpretativo en los sistemas jurídicos que sostienen una ideología de la decisión judicial legal y racional (sección 2). Seguidamente se analiza la noción de interpretación y de error en la interpretación, especificando diversas formas en que la interpretación puede entenderse, para poder distinguir principalmente entre el error en la actividad interpretativa y el error en la interpretación producto (sección 3). Luego se compara cómo diferentes teorías de la interpretación afrontan la posibilidad de error en la interpretación del derecho (sección 4); y como estas parecen aceptar o presuponer la distinción entre errores epistémicos y errores valorativos asumiendo una distinción que debemos superar en la actividad interpretativa entre cognición y decisión (sección 5). Resuelta esta aparente dicotomía, se advierte sobre la dependencia entre los errores y la ideología de la interpretación (sección 6); e introduciendo la distinción entre *errores en la práctica* y *errores de la práctica*, se excluyen algunas consecuencias indeseables que estas conclusiones parecen implicar para el principio de legalidad (sección 7).

2. LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN EN LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Las decisiones judiciales constituyen un acto central para la práctica jurídica. Estas representan la aplicación del derecho por parte de los tribunales a los casos particulares que llegan a su conocimiento. De esta forma, son centrales para la vigencia del derecho.

Para facilitar el análisis de la justificación de la decisión judicial suele recurrirse al modelo del silogismo judicial. De esta forma se realiza un análisis lógico-semiótico de las decisiones y se distingue entre la justificación interna y la justificación externa de la decisión judicial. La justificación interna consiste específicamente en la derivación lógica de las premisas a la conclusión de la sentencia que es el fundamento de la decisión, en tanto que la justificación externa refiere a la justificación de las premisas de la decisión⁵. Mientras que la justificación interna es una justificación *lógica* que, utilizando instrumentos lógico-formales busca que las conclusiones sean correctamente inferidas de las premisas, la justificación externa refiere a la bondad de premisas parte del razonamiento judicial, es decir, que esta es una justificación del contenido

⁵ WRÓBLEWSKI, 2001.

de las premisas, sea la premisa normativa, sea la premisa fáctica. La premisa normativa del razonamiento judicial representa la norma o las normas que se aplicarán al caso. Para la justificación externa requerimos argumentos no formales que impliquen para el decisor la toma de decisiones y la realización de valoraciones.

Para el análisis de los errores interpretativos no me interesa cómo las valoraciones dirigen la toma de decisiones, sino que es central considerar particularmente la pregunta: ¿cómo debe decidir el juez a la hora de aplicar el derecho? La respuesta depende de la ideología de la aplicación judicial del derecho vigente en la cultura jurídica de referencia. En este sentido, «La ideología de la aplicación judicial del derecho es [...] el conjunto de postulados y valoraciones que determinan cómo debe tomar el juez sus decisiones» (WRÓBLEWSKI, 2001: 73).

Esta ideología, que puede ser más o menos amplia —i.e. más o menos completa—, depende de distintos factores que la definen, entre ellos la opinión de la doctrina, las decisiones de los tribunales, los aportes de la teoría y filosofía del derecho y de las propias normas jurídicas. Como explica Wróblewski, podemos intentar reconstruir esta ideología por diversos motivos según el tipo de investigación que estemos interesados en hacer y esto hace que consideremos, por ejemplo, cómo según la ideología debe decidirse considerando las decisiones judiciales en general, o solo las decisiones que se toman en el fuero penal, o solo en el fuero civil; o aún más, cómo funciona esta ideología en estados liberales o en estados de corte soberanista-populista o en un mismo estado en diversos períodos históricos. Así, «El objeto de la investigación teórica determina el nivel de abstracción y la necesidad de la esquematización de la ideología» (WRÓBLEWSKI, 2001: 74)

Wróblewski propone tres modelos de ideología de la aplicación judicial del derecho: la ideología de la libre decisión judicial, la ideología de la decisión vinculada y el modelo de la ideología de la decisión legal y racional. En su propuesta estos modelos tienen fines explicativos, los modelos presentan la reconstrucción de cómo estas ideologías son usadas para guiar y justificar la toma de decisiones. Podríamos agregar que también tienen fines directivos y justificativos, es decir que la ideología de la decisión judicial determinará la corrección o error de la decisión.

En la actualidad, el modelo principalmente adoptado es aquel de la decisión legal y racional⁶. Conforme a la ideología de este modelo se debe dis-

⁶ Esta forma de entender la justificación de las decisiones judiciales se encuentra difundida entre los teóricos del derecho y la argumentación jurídica, como así también vemos que es recogida por las exigencias normativas de los diversos ordenamientos jurídicos. Véase, ALEXY, 1989; GUASTINI, 2016: 375. Solo a modo de ejemplo el art. 326 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la provincia de Córdoba, Argentina, reza «Toda decisión definitiva deberá tener *fundamentación lógica y legal*, bajo pena de nulidad».

tinguir entre la creación y la aplicación del derecho, y se asume como valor central el principio de legalidad. Explica Wróblewski que

La ideología de la decisión legal y racional es un compromiso entre la ideología de la decisión vinculada y la de la libre decisión [...] respecto a los valores que deben dirigir la actividad judicial, esta ideología subraya el papel de la legalidad y de la racionalidad de la decisión y, oponiéndose a la ideología de la libre decisión y sobre todo a sus tipos radicales, no elimina la diferencia entre la creación y la aplicación del derecho. Al poner en primer plano el valor de la legalidad, esta ideología asume que es función del legislador elaborar el derecho, y que el juez debe mantenerse en principio dentro de los límites de elección que le proporciona la ley en vigor (WRÓBLEWSKI, 2001: 82).

Que las decisiones y valoraciones a la hora de aplicar el derecho estén guiadas por una ideología es relevante para el análisis de los errores por cuanto esta ideología será la que determine los errores en la toma de decisiones. De esta forma, podemos advertir la centralidad de la exigencia de respeto al principio de legalidad⁷. Este implica para los tribunales el deber de aplicar las leyes, que presupone claramente la distinción entre creación y aplicación del derecho, y para el cual reviste un rol central la identificación de las normas presentes en las fuentes del derecho producto de la actividad de los órganos legitimados para producir normas generales y abstractas⁸. Este requisito es esencial y podemos ver cómo el respeto al principio de legalidad hace que los tribunales estén sujetos a un control estricto mediante la posibilidad de interponer recursos contra sus decisiones ante tribunales de mayor jerarquía.

Ahora bien, el derecho que deben aplicar los tribunales, como hemos visto, es aquel que se encuentra en las fuentes del derecho, y esto nos lleva necesariamente a considerar cómo se identifican las normas que lo conforman. Es decir, esto nos lleva al necesario análisis de la interpretación y, por consiguiente, de los errores que pueden presentarse en la interpretación en la toma de decisiones judiciales. Lejos de ser una cuestión unitaria, al analizar las decisiones judiciales⁹ podemos descomponer la decisión en diversas decisiones que se toman para llegar a la decisión o parte dispositiva de la sentencia:

⁷ Wróblewski sostiene que «La ideología de la decisión legal y racional no tiene ninguna filiación política salvo el régimen de la legalidad» (2001:82).

⁸ Esta aplicación del derecho por parte de los tribunales es central para garantizar la preciada división de poderes del estado, que en su máxima expresión presupone un poder judicial políticamente neutro donde su rol técnico es la aplicación casi mecánica del derecho. Amén de ello, en distintas culturas jurídicas pueden apreciarse flexibilizaciones de esta ideología y advertirse otras funciones ya no tan políticamente neutrales que los tribunales llevan a cabo con sus decisiones como, por ejemplo, la producción de normas generales en los sistemas jurídicos en los que los precedentes constituyen a su vez fuente del derecho o el control político de las decisiones legislativas por medio del «control de constitucionalidad».

⁹ Me refiero a las decisiones finales de un caso que encontramos en el acto procesal de la sentencia, nuevamente, aunque muchas de las consideraciones aquí presentadas podrían aplicarse a las decisiones intermedias del proceso.

1. Determinación de la norma válida aplicable al caso.
2. Decisión sobre los hechos del caso.
3. Subsunción de los hechos del caso.
4. Determinación de las consecuencias jurídicas¹⁰.

Por lo tanto, la decisión judicial constituye (o podemos analizarla como) el resultado de un proceso en el que se debe resolver, antes de la decisión final, una serie de cuestiones, las cuales revisten ciertas especificidades. En este trabajo me interesa particularmente analizar la primera cuestión, es decir, la identificación del derecho aplicable a un caso para indagar el sentido de los errores en la interpretación.

3. ERROR EN LA INTERPRETACIÓN, PERO... ¿QUÉ INTERPRETACIÓN?

Ahora bien, es importante realizar algunas aclaraciones terminológicas a la hora de abordar los errores en la interpretación. Es decir, que para abordar los errores en la interpretación debemos especificar a qué interpretación nos estamos refiriendo.

En primer lugar, debemos preguntarnos de quién son las interpretaciones que nos interesan, *i.e.* el sujeto de la interpretación ¿quién interpreta? En el ámbito jurídico son variados los sujetos que interpretan las fuentes del derecho, los propios productores o creadores de las fuentes del derecho, los destinatarios de las normas, las partes en un proceso, la dogmática, quienes resuelven controversias jurídicas. Me interesa para este trabajo concentrarme en la denominada interpretación judicial u operativa. Es decir, aquella que realizan las juezas para justificar sus decisiones judiciales. Este tipo de decisiones tiene especial relevancia porque produce efectos, es decir, tienen efectividad y no cualquier sujeto puede llegar a producir este tipo de interpretación «autoritativa», solo quienes cumplan con los requisitos específicos determinados por el derecho y, generalmente, representan sectores particulares de la sociedad¹¹. Como vimos en la sección precedente una característica central de estas interpretaciones es que se encuentran sujetas a un fuerte control institucional. Es decir que los sistemas jurídicos, respetando ciertos requisitos, prevén la posibilidad de revisión de las decisiones por tribunales de mayor autoridad.

En segundo lugar, cuál es el objeto de la interpretación, es decir, ¿qué es lo que se interpreta? El objeto de la interpretación al que me referiré aquí serán los textos presentes en las fuentes del derecho. En virtud de que en este trabajo el interés radica en la interpretación judicial, se analizará la interpretación jurídica entendida como la interpretación de las fuentes del derecho guiada

¹⁰ WRÓBLEWSKI, 2001.

¹¹ TARELLO, 1974: 475 ss.

por el principio de legalidad. Más específicamente, objeto de la interpretación son las disposiciones normativas que se encuentran en las fuentes del derecho.

Además de aclarar de quién es la interpretación que analizaremos y cuál es el objeto de la interpretación, es importante considerar que a la locución «interpretación jurídica» se atribuyen diversos significados. Con relación a la interpretación de las fuentes del derecho Wróblewski distingue entre un sentido amplio y un sentido restringido de interpretación (WRÓBLEWSKI, 2001). En sentido amplio, la interpretación es cualquier adscripción de significado a una formulación normativa: «[...] cualquier uso del lenguaje implica interpretación, concebida esta como una “derivación” de algún significado a partir de una formulación lingüística» (WRÓBLEWSKI, 2001: 135). En sentido restringido, la interpretación adviene solo en caso de dudas respecto del significado de un texto. En estos casos el significado *prima facie* se «clarifica» mediante la interpretación (WRÓBLEWSKI, 2001: 152)¹². Ambos sentidos son relevantes, para analizar los errores en la interpretación, por lo tanto, en lo que sigue utilizaremos el sentido amplio que incluye también los casos de la interpretación en sentido restringido.

Como he indicado en la introducción, existen otras ambigüedades que podemos advertir al tratar la interpretación jurídica. Por un lado, es de utilidad distinguir entre la llamada interpretación en abstracto y la llamada interpretación en concreto. Aquí podríamos distinguir entre errores que consisten en la identificación incorrecta del derecho existente y errores en la aplicación incorrecta del derecho correctamente identificado, por el otro. Esta distinción puede apreciarse de la tipología de errores propuesta por Malem que distingue entre los errores en la determinación del significado de la disposición jurídica y los errores en la aplicación del derecho, *i.e.* calificación jurídica de los hechos¹³, lo que sería justamente la interpretación en concreto.

¹² Wróblewski también reconoce que en otro sentido, podría decirse aun más amplio, «interpretación» es sinónimo de «comprensión». Este es el sentido usado en ciencias sociales según el paradigma anti-positivista. «Para conocer es necesario “interpretar” o “comprender” el “substrato” material del objeto, es decir es necesario descubrir su “sentido” o “significado”. Por lo tanto, “conocer” el objeto cultural es “interpretarlo”. Todo objeto cultural, desde la era paleolítica hasta la máquina electrónica, debe ser interpretado» (WRÓBLEWSKI, 2001: 151, 152).

¹³ Sobre los errores en la determinación del significado de las disposiciones Malem solo admite que los errores en la interpretación pueden darse en lo que es el núcleo de significado claro y no en la zona de penumbra. Sobre estos explica que pueden ser: «[...] que el juez aplique un criterio interpretativo prohibido por el derecho [...] En segundo lugar, habría un error de interpretación si el juez decide utilizar cualquier criterio interpretativo cualquiera sea el contexto en el que se encuentre el texto a interpretar [...] En tercer lugar, otro error de interpretación consiste no ya en elegir equivocadamente el criterio interpretativo, sino en hacerlo operar de un modo incorrecto, violentando sus límites o las reglas de su propio funcionamiento [...] En cuarto lugar, el juez puede interpretar equivocadamente el derecho porque opera mal con las distintas piezas del derecho, por carecer de la información suficiente para hacerlo correctamente o por cualquier otra causa [...] Otra fuente de error judicial en la interpretación del derecho ocurre como consecuencia de la equivocada actuación del juez al operar con los principios [...] Al operar con principios, el juez puede cometer dos tipos diferentes, aunque vinculados, de errores. El primero está relacionado con la determinación de las propiedades del caso genérico que regula el

Además, debemos considerar si con interpretación nos referimos solo a la interpretación de los textos presentes en las fuentes del derecho o si, por el contrario, estamos también abarcando a una serie más amplia de actividades, como puede ser la resolución de antinomias o contradicciones entre normas, la creación de normas inexpressas para colmar lagunas, la ponderación de principios, es decir, lo que Guastini ha llamado construcción jurídica¹⁴. En este último caso podríamos afirmar que estamos ante errores en la sistematización del derecho. Como ha sido indicado precedentemente en este trabajo me refiero solo a la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en las fuentes del derecho, dejando por el momento de lado las actividades de construcción jurídica. Sin embargo, las conclusiones que se avanzarán respecto del error interpretativo pueden extenderse a estas otras actividades tendientes a la justificación de la premisa normativa del silogismo judicial.

Finalmente, podemos preguntarnos si los errores se predicen de la actividad interpretativa o del resultado de esta interpretación, y de qué tipo de actividad (y por lo tanto de resultado estamos hablando). La distinción entre la actividad interpretativa y el producto o resultado de la interpretación es central para analizar los errores en la interpretación. En este sentido podemos distinguir entre errores en la forma en que se toma la decisión interpretativa y errores en el producto o resultado de la interpretación. ¿Pensamos en los errores por la actividad interpretativa o por el resultado de la actividad interpretativa? ¿Qué es lo que exige la ideología de la decisión judicial racional y legal?

Para responder a esto necesitamos indagar en la distinción en cuestión entre actividad y resultado. Por un lado, podemos pensar en la interpretación como actividad es un proceso mental, son los procesos psico-fisiológicos que se desarrollan cuando realizamos una interpretación. De qué tipo de proceso mental se trata, si de un proceso mental de cognición o de decisión, en qué se asemejan estos procesos o en qué difieren es una cuestión psicológica. Sin embargo, diversas cuestiones normativas pueden surgir sobre cómo debe llevarse a cabo la actividad interpretativa sea entendida como cognición que como decisión. Por ejemplo, la ausencia de *biases*, o prejuicios a la hora de interpretar, la correcta aplicación de los argumentos interpretativos, etcétera. Por otro lado, hablamos de la interpretación para referirnos al resultado o producto de esa actividad, nos referimos a un enunciado o conjunto de enunciados interpretativos. En el contexto del derecho el resultado o producto de la interpretación es un enunciado o un conjunto de enunciados interpretativos que expresan el significado de los textos de las fuentes del derecho, *i.e.* de las disposiciones normativas. En este punto nos preguntamos si el enunciado

principio; esto es, cuando transforma el principio en reglas. El segundo es con la asignación del peso a un principio en un determinado litigio» (MALEM, 2009: 26-29).

¹⁴ GUASTINI, 2014: 49-50.

interpretativo que se produce es correcto o, en cambio, si estamos frente a un caso de error. Esto depende claramente de la existencia de un resultado o de algunos resultados que sean correctos.

Cómo entendamos la forma lógica de estos enunciados interpretativos resultado de la interpretación, y si cuentan o no con valores de verdad, es una cuestión que está estrechamente relacionada con la forma en que consideramos a la actividad interpretativa.

4. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN Y ERROR

Es comúnmente admitido que el derecho puede identificarse, y este es un presupuesto de muchas de nuestras prácticas como la enseñanza del derecho y la aplicación del derecho¹⁵. ¿Qué es lo que se identifica? Lo que se busca identificar no son los textos presentes en las fuentes del derecho, lo que también podría dar lugar a errores, sino lo que el derecho permite, obliga o prohíbe hacer, es decir, queremos identificar lo que establecen las normas jurídicas. Para esto es necesario afrontar una cuestión importante: en qué consiste la actividad que nos lleva de los textos a ver cuál es la norma que estos expresan, es decir la naturaleza la actividad interpretativa.

Existen múltiples teorías que buscan explicar la interpretación jurídica. En la teoría del derecho contemporánea es usual distinguir entre teorías cognitivas, teorías escépticas y teorías mixtas o intermedias. Cada una de estas teorías representan diversamente a la actividad interpretativa y, por ende, los enunciados interpretativos que son el resultado de la interpretación también asumen características diversas según cuál sea la teoría de la interpretación que se considere¹⁶, y cada una de estas se posiciona de diferente forma a la hora de dar cuenta de los errores en la interpretación del derecho.

Según las teorías cognitivas de la interpretación jurídica, las palabras o frases presentes en las fuentes del derecho tienen un significado que el intérprete debe descubrir. En este sentido, el significado se considera fijo y la interpretación se entiende como una tarea cognitiva, como una actividad intelectual y no de voluntad¹⁷. Para estas teorías, los enunciados interpretativos pueden ser verdaderos o falsos y, por lo tanto, el error en la interpretación se presenta cuando se producen enunciados interpretativos falsos.

¹⁵ COMANDUCCI, 2010a.

¹⁶ GUASTINI, 2014: 356-357.

¹⁷ Es posible asociar esta visión con la escuela de exégesis y la escuela histórica del derecho del siglo XIX. Cfr. TARELLO, 1974: 477-482; CHIASSONI, 2009. Explica Tarello que estas escuelas si bien privilegiaban argumentos que buscan la continuidad del ordenamiento eran de diverso «signo» político.

Frente a esta posición se ha sostenido que «No se avanza mucho en la vida jurídica sin aprender que no existe una única manera correcta y precisa de interpretar un caso, o de interpretar un conjunto de casos» (LLEWELLYN 1950: 395)¹⁸. Esta frase representa la posición de una teoría escéptica de la interpretación jurídica, que si bien hace referencia a un conjunto de casos podemos extenderla a un conjunto de textos. Según esta visión, a diferencia de la teoría cognitivista, cada texto no tiene un significado, sino que el intérprete decide el significado de un texto jurídico. Las palabras o frases presentes en las fuentes del derecho no tienen un significado determinado y fijo; el intérprete decide en cada ocasión cuál es su significado¹⁹. Esto no quiere decir que el intérprete atribuya cualquier significado, sino que identifica aquellos significados posibles que serían aceptados por la comunidad en cuestión, aquellos que conforman el marco de interpretaciones posibles²⁰. Sin embargo, la interpretación no se agota en la identificación de estos significados posibles, sino que requiere de la atribución por parte del intérprete de uno de estos al texto de las fuentes. Vemos que, en esta posición, el error puede darse solo al identificar los significados que conforman el marco de interpretaciones posibles, pero no en la elección de aquel que se atribuirá al texto.

Por último, encontramos la teoría ecléctica o mixta de la interpretación, según la cual en la tarea interpretativa podemos encontrar casos de cognición y casos de decisión. Siguiendo esta idea para quien acepta la teoría ecléctica, en los casos en que la actividad interpretativa sea de cognición el resultado de la interpretación será un enunciado interpretativo que puede ser verdadero o falso, mientras que en los casos en que la actividad interpretativa implique la toma de una decisión los enunciados interpretativos carecerán de valor de verdad. Por esto, mientras que en los casos claros podríamos hablar de error en la interpretación, esto no sería posible en los difíciles donde el intérprete debe decir.

En este punto, son importantes algunas consideraciones sobre la teoría ecléctica. El intento de Hart de encontrar un punto intermedio entre el formalismo (o conceptualismo) y el escepticismo en la interpretación jurídica es un ejemplo paradigmático de una teoría ecléctica²¹. Si bien Hart no presenta

¹⁸ La traducción me pertenece.

¹⁹ Aquí podemos reconocer la posición del realismo genovés, que siguiendo los pasos de TARELLO, 1974, asume una posición escéptica sobre la interpretación. Debe hacerse la salvedad de que, si bien las posiciones de los teóricos del derecho genoveses no son totalmente coincidentes, si comparten estas características centrales indicadas en el texto. Véase, por ejemplo, COMANDUCCI, 2010b; GUASTINI, 2017; CHIASSONI, 2019. Una versión de un escepticismo más radical podemos encontrarla en la posición de TROPER, 2006. El realismo explica Tarello que nace como un movimiento cultural a finales del siglo XIX, refiriéndose explícitamente al norteamericano, como una forma de reacción frente a la crisis de las escuelas de la exégesis y la escuela histórica, concentrándose en la metodología de la actividad interpretativa (TARELLO, 1974: 482-484).

²⁰ GUASTINI, 2014: 74-75.

²¹ HART, 2011.

explícitamente una teoría de la interpretación jurídica, distingue entre casos fáciles y difíciles a la hora de aplicar reglas; en los primeros casos, las reglas se aplican automáticamente, mientras que, en los casos difíciles, el intérprete debe decidir si la regla se aplica o no. Sin embargo, Guastini advierte que esta posición no distingue entre la aplicación de reglas, interpretación en concreto, y la identificación de la actividad de extraer las reglas de los textos que se encuentran en las fuentes del derecho, interpretación en abstracto²². Es por esto por lo que, según Guastini, esta teoría parece presuponer que efectivamente existe un significado cierto que el intérprete debe descubrir y respecto de la interpretación en abstracto parecería asumir una posición cognoscitivista. De todas formas, la posición intermedia puede reconstruirse como asumiendo que existen textos o disposiciones que expresan un significado claro y textos o disposiciones oscuras donde en el intérprete debe decir cuál es el significado que expresan. Así reconstruida, la teoría ecléctica admitiría el error interpretativo en los textos claros, pero no en aquellos difíciles.

Hemos visto como estas tres teorías de la interpretación se encuentran en posiciones diferentes a la hora de explicar el error en la interpretación. Es claro que para una posición cognitivista que acepta la existencia de interpretaciones correctas o verdaderas, es sencillo explicar el error interpretativo, por cuanto este surge cuando el intérprete provee una interpretación diversa a la interpretación correcta. Si aplicamos este razonamiento en forma lineal, las teorías escépticas sobre la interpretación que enfatizan que la actividad interpretativa es decisoria y no asumen la existencia de interpretaciones correctas no podrían explicar el error interpretativo. Una posición ecléctica podría explicar el error en la interpretación de textos fáciles o claros, pero no en la de aquellos textos oscuros.

Es claro que la posibilidad de identificación del derecho presupone que podemos errar al identificarlo, es decir que presupone la posibilidad de error. La atribución de error respecto a una interpretación se refiere a la atribución a un texto de un significado diverso del significado propio del texto de las fuentes del derecho. Por esto, una teoría que no pueda dar cuenta de este tipo de errores estaría en dificultad para aceptar que el derecho puede identificarse y dar sentido a las prácticas que lo presuponen. En esta línea, la mayoría de los teóricos que asumen posiciones eclécticas y aún escépticas sobre la interpretación aceptan que pueden existir estos errores. La estrategia es reducir el dominio sobre el cual puede predicarse error. Es decir, que al menos en aquellos casos fáciles o claros habría interpretaciones correctas y, por lo tanto,

²² GUASTINI, 2014: 355-356. Una crítica a esta posición puede encontrarse en RAMÍREZ LUDUEÑA, 2012.

errores en la interpretación, u otra alterativa sería que solo habría errores en la determinación del marco de interpretaciones posibles²³.

Al respecto, por ejemplo, desde una posición intermedia Pino explica que, si la interpretación es una actividad guiada por reglas, obviamente puede haber interpretaciones incorrectas. Estas para él se darían en los casos fáciles (PINO, 2021: 336). Los criterios para determinar la corrección son dos, por un lado, la cercanía del significado del enunciado interpretativo al significado del enunciado objeto de la interpretación, es decir, cercanía al significado más obvio y, por el otro lado, que esta se encuentre correctamente argumentada²⁴.

Ferrer Beltrán defiende que también el realismo jurídico que sostiene una posición escéptica sobre la interpretación puede aceptar la posibilidad de error²⁵. Explica que para sostener que existe error es necesario contar con un patrón de corrección que sea independiente de la propia interpretación y que esto no se daría si, como parecen hacerlo las teorías realistas, se acepta que el derecho es lo que los jueces dicen que es. Para Ferrer Beltrán se trata de un falso dilema, y explica

En mi opinión, una vez se advierte la ambigüedad «el derecho es lo que dicen los jueces que es», el argumento en cuestión adquiere un aire de falso dilema: o bien hay respuesta correcta respecto de lo que exigen las reglas y esa respuesta es independiente de lo que piensen, digan o hagan los jueces, en cuyo caso los desacuerdos respecto de lo que estas exigen son genuinos desacuerdos, o bien qué exija el derecho depende únicamente de lo que diga cada juez en el caso concreto, de forma que los desacuerdos sobre lo que exige el derecho no tienen sentido antes de que el juez se pronuncie: de ellos deberemos, pues, dar cuenta mediante la *error theory* o bien sosteniendo que los participantes en la discusión son conscientes de que no hay respuesta previa y sus argumentos son hipócritas, ideología disfrazada (FERRER, 2012: 264-265).

Ferrer Beltrán explica que no es el caso que los realistas admiten que el contenido significativo de una norma depende de la decisión de cada juez. Para él, una posición realista podría sostener una visión convencionalista del significado y aceptar que lo que una norma expresa depende de las convergencias o de la práctica de interpretación de los jueces como grupo social en un momento y lugar determinados.

²³ RODRÍGUEZ, 2021: 593-599.

²⁴ PINO, 2021: 333. Sin embargo, Pino reconoce que estos criterios son comúnmente discutidos. Pino recuerda que suele utilizarse la noción de «marco» para indicar las interpretaciones aceptables de aquellas que no lo son, pero considera que este no es un buen recurso en virtud de las discusiones respecto qué es o no admisible y a la ausencia de criterios objetivos para determinar la corrección de las argumentaciones (PINO, 2021: 334).

²⁵ Expresamente sostiene que «la posibilidad del error judicial no es incompatible, como pudiera parecer a primera vista, con una forma moderada de iusrealismo» (FERRER, 2012: 259).

5. ERROR EPISTÉMICO Y ERROR ÉTICO-NORMATIVO

De esta forma, las diversas teorías de la interpretación darían cuenta del error interpretativo, pero diferenciándose por cuanto las teorías escépticas y eclécticas reducirían las interpretaciones a las cuales podríamos juzgar de erradas respecto a las teorías cognitivas. Para estas teorías solo los casos de interpretaciones estables o de textos claros, o la determinación del marco de interpretaciones posibles, serían casos en los que se admitiría la posibilidad de error. Sin embargo, es posible pensar en una alternativa.

Evidentemente para que exista un error debemos contar con un criterio de corrección. En el análisis de los errores judiciales, Carbonell explica que la corrección es una relación de ajuste de una cosa con otra. Explica:

cuando el ajuste se produce, o el contraste arroja conformidad, se dice que la cosa objeto de comparación es correcta; en caso contrario, se dice que es «incorrecta». Así, funciona como un designador flexible de una relación de ajuste de cualquier contenido epistémico o axiológico —esto es, de una relación que se da entre diversas cosas y diversos parámetros— que se valora positivamente por quien emite el juicio (CARBONELL, 2015: 13).

Ahora bien, según el criterio de corrección que tengamos que respetar, cambiará el tipo de errores que podemos cometer. En esta línea, Carbonell ha propuesto distinguir entre lo que serían errores epistémicos y errores axiológicos. Ella distingue entre dos tipos de corrección: epistémica y corrección ético-normativa (CARBONELL, 2015)²⁶. De esta forma, podemos pensar en errores epistémicos cuando nuestros enunciados formulados en función descriptiva o cognoscitiva no se corresponden con la realidad, con *el ser*, y podemos pensar en errores éticos-normativos cuando nuestros enunciados formulados en función prescriptiva o normativa no se corresponden con la realidad axiológica, es decir, con *el deber ser*.

Podemos tomar esta distinción entre errores epistémicos y axiológicos y analizar los errores en la interpretación según la interpretación se entienda como una actividad cognoscitiva o como una actividad decisoria. Así, si la interpretación consiste en una actividad de cognición, como sostienen las teorías cognitivistas, el error interpretativo sería un error epistémico. Este también sería el tipo de error presente a la identificación del marco de interpretaciones posibles que admite la teoría escéptica y el error interpretativo en los textos claros para la teoría ecléctica. De la misma forma, en aquellos casos en los que

²⁶ Explica Carbonell que «A esta gran clasificación entre corrección epistémica y corrección axiológica es posible agregar la “corrección lógica”, que califica el cumplimiento de las reglas lógicas del silogismo en el paso de las premisas a la conclusión y que es el resultado de una operación de sub-sunción» (CARBONELL, 2015: 13). De esta forma podríamos hablar de tres tipos de errores, epistémicos, axiológicos y lógicos.

la interpretación constituya actos decisorios el error será, no ya epistémico, sino axiológico. Podríamos pensar, por ejemplo, en errores en aquellos casos que la teoría del derecho entiende como casos de sobreinclusión y subinclusión²⁷, de lagunas axiológicas²⁸ o de derrotabilidad²⁹.

De esta forma, considerando ambos tipos de errores, nuestra evaluación de las decisiones interpretativas se amplía, pero distinguiendo el tipo de corrección que estamos buscando y el tipo de error que podemos advertir. Como advierte Carbonell, esto presupone que aceptemos la distinción entre derecho y moral, es decir entre identificar el derecho y hacer juicios sobre su valor, y la existencia de espacios de discrecionalidad interpretativa³⁰.

Explicar la atribución de errores en las interpretaciones judiciales recurriendo al error epistémico y al error axiológico, asumiendo los presupuestos indicados es atractivo, pero creo que oscurece en parte la complejidad de la actividad interpretativa y la existencia de decisiones y valoraciones que tienen lugar en la interpretación judicial de los casos claros. Para justificar esto es necesario disolver el dilema cognición/decisión al que las teorías tradicionales de la interpretación jurídica nos habían sujetado.

A estos fines, podría ser de utilidad otra distinción interesante, aquella que Gianformaggio presenta, entre interpretación-actividad noética, interpretación-acto lingüístico e interpretación-actividad dianoética³¹.

La interpretación como actividad noética es la comprensión del significado, esta se identifica con un proceso mental. Si consideramos a la interpretación de esta forma, el producto de la interpretación será el significado que hemos comprendido. Ahora bien, si bien la interpretación noética podría determinar en muchas ocasiones la forma en que nos comportamos, como decidimos y, además, podemos pensar sin dificultad en casos de error en la comprensión, esta interpretación no es aquella que nos interesa en este trabajo. Esta interpretación no se expresa mediante el lenguaje y, por ende, no la encontramos en la motivación de las decisiones judiciales sujetas a control.

²⁷ SCHAUER, 2013: 42-44.

²⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1987.

²⁹ GARCÍA YZAGUIRRE, 2022.

³⁰ CARBONELL, 2023: 81. Podíamos agregar que presupone además otra idea, que es la distinción entre *el ser* y el *deber ser*, entre dos formas de realidad diversa. Distinción que en este trabajo se acepta como dos formas diferentes y opuestas de uso del lenguaje.

³¹ Cfr. GIANFORMAGGIO, 2018: 112-113. Algunas teorías sobre la interpretación que ponen precisamente el acento en el carácter argumentativo de la práctica interpretativa, distanciándose en parte de la tradicional distinción entre teorías cognitivas o decisorias. Estas son las llamadas teorías interpretativas o constructivistas de la interpretación. Para esta posición, si bien la interpretación no es solo un acto de conocimiento, si asumen que existe un enunciado interpretativo correcto al que debe llegarse como resultado de la interpretación. Cfr., LIFANTE VIDAL, 2019.

La interpretación como acto lingüístico es, precisamente, la producción de un acto lingüístico. Aquí entra en juego nuestra agencia discursiva y, como hemos visto, aquí no solo se requiere que contemos con comprensión sino además que efectuemos un acto de habla, un enunciado interpretativo, que será el producto de esta acción interpretativa.

La interpretación como actividad dianoética consiste en la argumentación que se produce para justificar un enunciado interpretativo. En este caso, el producto de la interpretación es, precisamente, una argumentación interpretativa³².

Esta distinción nos permite representar con mayor facilidad el rol de conocimiento o la comprensión en la actividad interpretativa, y la importancia de nuestra agencia discursiva en la producción de actos lingüísticos de interpretación y en las argumentaciones interpretativas. En ambos casos, error de la interpretación-acto lingüístico o error en la interpretación como actividad dianoética, podemos ver que entra en juego nuestra agencia discursiva. Es decir, que en ambos casos el análisis de la interpretación no se limita a la comprensión de los textos, sino que se evidencia la acción del sujeto que interpreta. Retomando el punto central, el dilema cognición/decisión puede disolverse si prestamos atención a nuestra agencia discursiva. Es importante considerar que cuando realizamos interpretaciones no solo estamos conociendo el significado de los textos que se nos presentan, sino que también formulamos actos lingüísticos, como la producción de enunciados interpretativos o la construcción de argumentaciones. Esto implica que estamos ejercitando nuestra agencia y en cuanto a agentes que realizan actos voluntarios existe la posibilidad de decisión. Esto nos lleva a que en la interpretación no siempre hay solo conocimiento o solo decisión, o casos de conocimiento y casos de decisión, encontramos siempre ambas cosas al mismo tiempo³³.

En efecto, siempre hay conocimiento en virtud de que para producir enunciados interpretativos hemos sido previamente entrenados en la práctica de interpretar las fuentes del derecho, hemos aprendido a distinguir entre interpretaciones que forman parte de la normalidad y aquellas que serían interpretaciones excéntricas de ciertas disposiciones. Hemos adquirido un *know-how* que nos permite interpretar las fuentes del derecho y no ser constantemente criticados por los demás intérpretes. Sin embargo, las interpretaciones son actos que implican decisión, como cualquier acto de habla. Es nuestra agencia discursiva la que decide realizar estos actos y decide si producir interpretacio-

³² Considero que el producto de la interpretación dianoética es una argumentación a diferencia de Giangromaggio que sugiere que el producto de la interpretación como actividad dianoética sería la conclusión del argumento interpretativo.

³³ No es el momento de extenderme aquí en esta visión de la interpretación. Intento en este punto aplicar algunas de las tesis de MEDINA, 2006, basadas en Wittgenstein y Dewey a la interpretación jurídica. Otras propuestas teóricas sobre la interpretación jurídica se orientan en la misma dirección, véase, por ejemplo, VILLA, 2012.

nes normales o realizar interpretaciones excéntricas. Como ha sugerido Chiassoni, el intérprete puede adoptar una actitud práctica de conformidad³⁴ (y, en ese caso, su interpretación cae dentro de un uso «normal»), o bien adoptar una actitud de desconformidad (y, en ese caso, su interpretación cae dentro de un uso excéntrico)³⁵.

Ahora bien, si retomamos la distinción ente error epistémico y error valorativo o axiológico, esta se presenta apropiada para la distinción de los errores en las teorías tradicionales. En cambio, si aceptamos que el dilema cognición /decisión es un falso dilema y que siempre hay cognición y decisión, entonces no podríamos distinguir con tanta claridad casos susceptibles de error epistémico y casos en donde el error es valorativo. El problema aquí es que la actividad interpretativa exige siempre que nuestra agencia adopte una actitud práctica que puede ser valorada y tachada de errónea y no podemos determinar en qué punto esta es solo una cuestión epistémica. Esto es así aun cuando interpretamos textos claros y producimos interpretaciones normales, en virtud de que estas implican una actitud práctica de conformidad y esto en sí puede ser un error desde el punto de vista valorativo. De esta forma, lo que pretendo poner en cuestión es que la actividad interpretativa si bien en muchos casos es aparentemente intuitiva o no reflexiva, implica valoraciones, si más no sea al optar por dar conformidad y mantener en el tiempo interpretaciones normales.

La ventaja de este enfoque es que nos permite ver con facilidad el aspecto dinámico, cambiante que pueden revestir los casos claros. Es decir, que lo que se entiende como claro, y que escapa a la justificación puede variar. Esto es, que lo que se considera un error de identificación (por no atribuir el significado claro), puede dejar de serlo y convertirse en el uso o interpretación correcta. Es decir, que siempre existe la posibilidad de variaciones. Esto es así en virtud de que aun en los casos claros, hay decisiones interpretativas. Siempre hay decisión y siempre hay cognición. Ahora claramente que ciertas interpretaciones que en un momento son entendidas erróneas puedan luego no ser consideradas como tales depende claramente de quién es el sujeto que las enuncia: cuál es la jerarquía, el poder del tribunal que la produce y las demás condiciones materiales del contexto, es decir, los aspectos verbales y no verbales presentes en la cultura jurídica en cuestión, por ejemplo, las circunstancias socio-políticas vigentes.

³⁴ CHIASSONI, 2019.

³⁵ No pretendo sugerir que las interpretaciones excéntricas de cualquier intérprete tengan el mismo valor al interior de la práctica, es decir sean aceptadas de igual forma. En los sistemas jurídicos, tenemos instituciones específicas para controlar la normalidad de las interpretaciones; en particular las interpretaciones judiciales están sujetas al control estricto de otros jueces y de los tribunales supremos. Sin embargo, es interesante reparar en que distintos intérpretes se encuentran en diferentes posiciones que facilitan la producción de interpretaciones excéntricas y permiten a su vez que estas con el tiempo puedan convertirse en normales.

6. ERROR EN LA INTERPRETACIÓN E IDEOLOGÍA

Hemos visto cómo según las teorías tradicionales de la interpretación la actividad interpretativa y, por consiguiente, el producto de la interpretación podría concebirse de diversa forma. Sin embargo, disolviendo el dilema entre cognición/decisión podemos ver que siempre encontramos ambos aspectos en la interpretación. Pero, cuando advertimos que la dicotomía tradicional entre cognición/decisión no se presenta como tal en la interpretación judicial: ¿cómo se realiza entonces el control de las decisiones interpretativas erradas?

Aquí los errores surgen del incorrecto uso de los argumentos interpretativos o de la elección de los argumentos incorrectos que deben usarse. ¿Cuáles son los argumentos interpretativos que deben utilizarse? Esto depende de las directivas, los cánones interpretativos o códigos hermenéuticos que deben ser utilizados por los intérpretes para justificar sus decisiones interpretativas. Nuevamente aquí estamos frente a la pregunta por cuál es la ideología, pero no de la decisión judicial, sino particularmente de la interpretación. Es decir, el conjunto de directivas o cánones interpretativos presentes en las fuentes del derecho, seguidos por los tribunales en sus decisiones y por la opinión de la dogmática constituyen la ideología de la interpretación, es decir, un conjunto de postulados sobre cómo debe interpretarse y justificarse la interpretación.

En este sentido, no es de extrañar que existan diversas ideologías de la interpretación en competición en una práctica jurídica concreta. Estas pueden privilegiar interpretaciones que favorezcan la estabilidad de las interpretaciones o, por el contrario, el cambio de estas. Es decir, favorecer argumentos más conservadores como el argumento a contrario o la intención del legislador, o, argumentos más innovativos, como podrían ser el argumento *a simili* o el recurso a la equidad³⁶.

Explica Wróblewski que

las directivas de la interpretación jurídica se agrupan en teorías normativas e ideologías de interpretación jurídicas. Un vistazo superficial a todas ellas muestra claramente que existen muchas incompatibilidades entre ellas y que, por ellos, una norma dada tiene sentidos diferentes según sea interpretada mediante las directivas interpretativas que pertenezcan a una ideología o teoría normativa o a otra (WRÓBLEWSKI, 2001: 127).

A este punto, volvemos a enfrentarnos con las decisiones y valoraciones que deben realizar los decisores, pero, ahora específicamente al momento de interpretar y de justificar las interpretaciones de las fuentes del derecho. Esto implica que, según la ideología de la interpretación, cambiará el tipo de argu-

³⁶ GIANFORMAGGIO, 2018: cap. III.

mento interpretativo que debería usarse para interpretar las fuentes del derecho o que justifica una decisión interpretativa como correcta, lo que implica que, a la inversa, según la ideología de la interpretación que consideramos cambiará los que se consideren errores en la interpretación.

Vemos así la relevancia de la ideología de la interpretación, no solo a la hora de la argumentación interpretativa, sino particularmente a la hora de analizar la crítica de la decisión interpretativa³⁷. Esta función crítica consiste en el control de las interpretaciones judiciales que se lleva a cabo precisamente mediante la atribución de errores por parte, como vimos previamente de tribunales de mayor jerarquía, pero también un control democrático de la sociedad que se garantiza a través de la publicidad de las decisiones³⁸.

De esta forma, el camino recorrido puede llevarnos a algunas conclusiones importantes sobre los errores en la interpretación que forma parte de la justificación de las decisiones judiciales y su doble función de crítica y de control de la actividad jurisdiccional.

Después de estas consideraciones, surge la pregunta: ¿es posible cometer errores en la interpretación? La respuesta es afirmativa «*Únicamente en determinadas circunstancias no podemos equivocarnos*»³⁹. Claramente, para que exista un error debe haber un criterio de corrección. Ahora bien, lo que sugerí en este trabajo es que según el criterio de corrección que adoptemos, cambiarán los errores que podemos identificar. De este modo, la ideología de la interpretación y de la decisión judicial que adoptemos determinarán aquellos errores que podemos identificar. Lo que podemos advertir aquí es que el error o, mejor dicho, la atribución de un error interpretativo dependen siempre de la adopción de una particular ideología de la interpretación.

7. ERROR, IDEOLOGÍA Y LEGALIDAD

Que el error interpretativo dependa de la ideología de la interpretación que se acepte se presenta como particularmente problemático. Esto, al contrario de lo que generalmente se considera asumiendo posiciones cognitivistas sobre la

³⁷ WRÓBLEWSKI, 2001: 170.

³⁸ Gianformaggio explica que el interés por la filosofía del derecho puede explicarse por un sentido «político», que ella advierte de dos formas, por la obligación de los jueces de motivar sus decisiones y por el control al que estos están sujetos. Explica que este control no solo es aquel jerárquico por parte de los tribunales de alzada, sino también el control democrático. Ella aclara que «No se trata de dos aspectos diversos de una misma situación: tanto es cierto que es claramente admisible un control, bien genéricamente social bien específicamente técnico-jurídico, sobre el trabajo de un órgano no obligado a motivar las propias elecciones. No se trata tampoco de una coexistencia accidental: la sujeción de órgano a la obligación de motivar ha sido siempre requerida en función de la facilitación del control sobre el trabajo de dicho órgano. Es a la vez un problema de equilibrios, de balance entre los poderes, y un problema de garantías» (GIANFORMAGGIO, 2018: 92). La traducción me pertenece.

³⁹ WITTGENSTEIN, § 25 *Sobre la certeza*.

interpretación jurídica, negaría que la determinación de un error interpretativo sea una actividad cognoscitiva o epistémica. Por el contrario, al igual que la actividad interpretativa la determinación del error interpretativo exige valoraciones y, dado su carácter práctico es parte de un tipo de acto que no puede escindirse de su contexto y de los efectos que produce, como el mantenimiento de ciertas interpretaciones o su cambio. No podría, de esta forma, pensarse en una atribución de error no comprometida ideológicamente. Si bien la conclusión parece trivial, a primera vista parece incómoda de aceptar por algunas de sus temidas implicaciones.

Es importante, sin embargo, no alarmarnos con esta conclusión y extraer de ella más consecuencias de las necesarias. ¿La dependencia de la corrección y de la crítica de la ideología pone en discusión el principio de la posible identificación del derecho, es decir, que el derecho puede conocerse, elemento central del estado de derecho, y que una cosa es conocer el derecho y otra valorarlo? Considero que la respuesta es negativa, y la explicación se encuentra en la naturaleza híbrida de nuestras prácticas sociales.

Conocer y aplicar el derecho es una práctica social en la que participamos y cómo tal en la que somos entrenados a reconocer actos significativos y errores, es decir, a conformarnos y justificar nuestras acciones con la práctica y a criticar a quienes no se adecuan a la práctica. La práctica social del derecho incluye también la ideología de la toma de decisiones conforme al derecho y la ideología de la interpretación. Como tal, para que esta práctica exista es necesario que los participantes hayan aprendido a seguirla y con ella a hacer ciertas valoraciones y a tomar ciertas decisiones que se consideran correctas, y esto requiere de cierta estabilidad de la propia práctica. A la vez, estas prácticas existen por la acción de los individuos que participan en ella, lo que implica que no podemos garantizar totalmente esta estabilidad. Las prácticas sociales son cambiantes y son precisamente un producto de estabilidad y de cambio constante. Desde ya, esto no implica que el cambio se dé permanentemente y en toda la práctica, ya que esto provocaría el fin de la práctica como tal. Es la agencia de los participantes, sus acciones, sus actos lingüísticos y no lingüísticos los que mantienen y modifican estas prácticas.

El error, la atribución de error, tiene una doble función en estas prácticas ya que es un instrumento para asegurar la estabilidad, es decir, para controlar la normalidad y los usos estables, es decir, para desacreditar usos excéntricos: podríamos referirnos a estos como «error en la práctica». Vemos que no se trata de un error simplemente epistémico, ya que se predica del resultado de una actividad que implica a su vez decisiones y valoraciones.

Esto no excluye la posibilidad de que esta práctica sea a su vez valorada y criticada desde puntos de vista diversos (lo que presupone su conocimiento). En este sentido, la atribución de error puede funcionar como instrumento

de cambio y crítica: podríamos referirnos a este tipo de error como «error de la práctica». La dificultad es identificar cuándo la atribución de error es un caso de control de la normalidad o de crítica a esta, y la respuesta tentativa que podemos dar es que cuando el error se atribuye a un uso normal su función es crítica y, por lo tanto, podemos entenderlo como un caso de *error de la práctica*.

En el contexto de las decisiones judiciales, podemos conectar los tipos de errores con la posibilidad de realizar interpretaciones excéntricas. No todos los intérpretes tienen el mismo poder a la hora de influir en la estabilidad y el cambio de las prácticas interpretativas. Esto es relevante precisamente cuando el intérprete presenta interpretaciones divergentes, es decir excéntricas. La carga de probar su adecuación a la práctica⁴⁰ y la posibilidad de imponerla como interpretación correcta dependerá en gran medida de la posición que el intérprete ocupa. De la misma forma, la función crítica del error como *error de la práctica* tendrá mayor potencialidad transformadora según quien lo determine, en efecto, la agencia de ciertos sujetos de la práctica tiene más potencialidad transformadora que la de otros sujetos.

Cuando aprendemos a identificar el derecho aprendemos no solo cuáles son las fuentes, sino también cuáles son los argumentos interpretativos que podemos utilizar y cuándo debemos criticar su uso. Es decir, que la propia identificación del derecho que nos enseñan es producto de la aplicación de una ideología sobre la identificación del derecho. La propia práctica de identificar «objetivamente» el derecho es producto de una ideología que hemos aprendido y que sabemos utilizar y que, además, podríamos criticar desde un punto de vista moral y por lo tanto hacer interpretaciones excéntricas.

En efecto, podemos advertir con facilidad cómo uno de los aspectos más cambiantes de la práctica social del derecho es precisamente la ideología de la interpretación. Los cambios históricos y políticos provocan grandes cambios en los cánones interpretativos aceptados. Siguiendo a Tarello podemos decir que la especificidad de la interpretación jurídica no debe hacernos perder de vista el contexto general en el que las ideologías de la interpretación se encuentran (TARELLO, 1974: 494).

Un ejemplo de esto puede advertirse con facilidad si consideramos la ideología de la decisión judicial legal y racional. Vimos la importancia para esta ideología del principio de legalidad ligado fuertemente al texto de la ley y cómo esto se refleja en ideologías de la interpretación que privilegian una interpretación literal y subsidiariamente, en caso de contradicciones, argumentos que reconducen a los trabajos preparatorios y de deliberación legislativa⁴¹. En el mismo sentido, otras ideologías de la interpretación incluyen a su vez

⁴⁰ MEDINA, 2006: 42.

⁴¹ TARELLO, 1974: 477.

elementos de la dogmática, privilegiando además argumentos que refieren a la sistematicidad del derecho, como la completitud o la coherencia. En esta línea de análisis, un cambio importante en relación con la justificación de las decisiones judiciales en un Estado de derecho puede advertirse en la paulatina relevancia que adquieren las cartas constitucionales (en los estados que cuentan con esta fuente del derecho) y los derechos humanos a la hora de justificar las decisiones judiciales. Considerando esto, la identificación del derecho ya no es más aquella que deviene de estricto respeto al principio de legalidad, entendido como respeto al texto de la ley, sino a la constitución (no a las normas que regulan la organización del estado, sino principalmente los derechos y garantías en ellas reconocidos) y a los derechos humanos entendidos como aquellos derechos que los seres humanos tienen en cuanto a tales y son solo reconocidos en esta. Pueden pensarse en este sentido argumentos que refieren a la naturaleza de las cosas o los fines hipotéticos del legislador. Pensemos que estos argumentos no son aplicados solamente por los tribunales constitucionales en la interpretación del texto constitucional, sino por todos los tribunales a la hora de dar interpretaciones de las disposiciones infraconstitucionales evitando incurrir en contradicciones con la constitución. Pensando en la ideología de la decisión judicial, parece que la práctica del derecho promueve que la decisión judicial no debe ser ya legal (en sentido estricto) y racional, sino que podríamos llamarla constitucional y racional⁴².

8. CONCLUSIONES

Volviendo al error, hemos intentado mostrar cómo el error interpretativo depende de la ideología desde la cual se evalúa la corrección. Hemos visto que la ideología de la interpretación forma parte de la propia práctica del derecho, pero que no necesariamente es uno de sus aspectos de mayor estabilidad, y que esto en efecto muchas veces dificulta distinguir los «errores en la práctica» de los «errores de la práctica». Asumiendo que esta distinción es posible, la ventaja de adoptar una explicación de la actividad interpretativa comprensiva tanto de sus aspectos cognitivos como de los decisorios para todos los casos, claros o no, es que siempre podemos advertir el compromiso ideológico del intérprete (sea de conformidad o de cambio con la práctica vigente). De esta forma, podemos avanzar y analizar la responsabilidad de los intérpretes al

⁴² Aquí la constitución no es entendida como una fuente del derecho más, si así fuera no existiría un cambio real de ideología respecto a la decisión legal. Aquí la constitución es la expresión de la moral crítica y, por lo tanto, es esta la que justifica la interpretación del derecho aun en contra de la voluntad del legislador, modificando así el rol político de la judicatura que de un neutro aplicador de decisiones se erige como órgano de control de la discrecionalidad política de la legislación (sea esta producida por el poder legislativo o ejecutivo como sucede en diversos estados cada vez con mayor frecuencia). Cfr. GUASTINI, 2016: 192.

mantener o modificar los significados de los textos presentes en las fuentes del derecho.

Desde la teoría del derecho podemos contribuir y resaltar la importancia y responsabilidad de la actitud de crítica ante todas las interpretaciones, lo que implica revisar constantemente estos compromisos valorativos muchas veces ocultos no solo en las decisiones judiciales interpretativas, sino también en la dogmática jurídica y en la propia teoría y que salen a luz muchas veces en los juicios de error.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., BULYGIN, E., 1987: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.
- ALEX, R., 1989 (1978), Adler R., MacCormick N. (trad.), *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Oxford University Press.
- CARBONELL BELLOLIO, F., 2015: «Sobre la idea de decisión judicial correcta», *Analisi e diritto*, 2015: 11-46.
- CARBONELL BELLOLIO, F., 2021: «El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales», *Fundamentos filosóficos del Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch: 293-323.
- , 2023: «Los errores del juez. Presupuestos y tipologías», en GARCÍA AMADO J. A. (dir.): *El error judicial. Problemas y regulaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch: 57- 86.
- CHIASSONI, P., 2009: *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. Da Bentham a Kelsen*, Turín: Giappichelli Editore.
- , 2019: *Interpretation without Truth. A realistic Enquiry*, Berlín: Springer.
- COMANDUCCI, P., 2010a: «Epistemología jurídica», *Hacia una teoría analítica del Derecho*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales: 175-185.
- , 2010b: «La interpretación jurídica», *Hacia una teoría analítica del Derecho*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales: 93-113.
- , 2018: *La disputa entre positivismo y neo-constitucionalismo*, Ciudad de México: Fontamara.
- FERRER BELTRÁN, J., 2012: «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», en P. LUQUE SÁNCHEZ y G. B. RATTI (eds.): *Acordes y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons: 259- 274.
- FERRER BELTRÁN, J., RATTI, G.B., (eds.) 2011: *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA YZAGUIRRE, V., 2022: *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*, Lima: Palestra.
- GIANFORMAGGIO, L., 2018: *Filosofía del diritto e ragionamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, R., 2014: *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- , 2016: *La sintaxis del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

- HART, H. L. A., 2011: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LIFANTE VIDAL, I., 2019: «En defensa de una concepción constructivista de la interpretación jurídica», *Revus*, 39/2019, 63-84.
- LLEWELLYN, K.N., 1950: «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Constructed», *Vanderbilt Law Review*, 3: 395-406.
- LUQUE SÁNCHEZ, P., RATTI, G.B., (eds.) 2012: *Acordes y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons.
- MALEM SEÑA, J. F., 2009: «El error judicial» en J.F. MALEM SEÑA, F.J. EZQUIAGA GANUZAS, y P.A. IBÁÑEZ: *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo: 11-42.
- MEDINA, J., 2006: *Speaking from Elsewhere*, Albany: State University of New York Press.
- PINO, G., 2021: *L'interpretazione nel diritto*, Torino: Giappichelli.
- RAMÍREZ LUDUEÑA, L., 2012: «El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”», *Discusiones*, 11: 87-116.
- RAPETTI, P.A., 2019: *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, J., 2021: *Teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- SCHAUER, F., 2013 (2009): *Pensar como abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- , 2018: «American Legal Realism», en M. Sellers, S. Kirste (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer Science and Business Media B.V.
- TARELLO, G., 1962: *Il realismo giuridico Americano*, Milán: Giuffrè.
- , 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metatoria del diritto*, Bolonia: Il Mulino.
- TROPER, M., 2006: «Une théorie réaliste de l'interprétation», *Revista Opinião Jurídica*, 8: 301 – 318.
- VILLA, V., 2012: *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Turín: G. Giappichelli.
- WITTGENSTEIN, L., 2002 (1969): *Sobre la certeza*, Barcelona: Gedisa.
- WRÓBLEWSKI, J., 2001: *Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara.

