

MÓDULO INSTRUCCIONAL

INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

AUTOR:
DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

GUÍAS DE ESTUDIO ELABORADAS POR:
LIC. SAMUEL ALIVEN LIZAMA

PLENO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA DE EL SALVADOR

Presidenta
Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios
Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez
Dra. María Hortensia Cruz de López
Dr. René Mauricio Castillo Panameño
Dr. Jaime Benjamin Trabanino Llobell
Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez
Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Escuela de Capacitación Judicial
Dr. José Ernesto Criollo - Director
Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos.
AECI - CNJ

Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España
Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación
Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ
Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño
Diseño: Licda. Patricia Martínez
Diagramación: Erika Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura
Final Calle Los Abetos No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador
Tels. 245-2449, 245-2450 y 245-2451.

INDICE

PRESENTACIÓN

1. ERNEST FUCHS Y LA DOCTRINA DEL DERECHO LIBRE	1
2. RETÓRICA, ARGUMENTACIÓN Y DERECHO	31
3. HABERMAS Y EL DERECHO	55
4. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LOGROS Y CARENCIAS	101
5. RAZÓN PRÁCTICA Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN	125
6. ESQUEMA DE RELACIONES INTERPRETACIÓN / SUBSUNCIÓN... ..	145
7. ¿INTERPRETACIÓN JUDICIAL CON PROPÓSITO DE ENMIENDA (DEL LEGISLADOR)? ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 133 DEL CÓDIGO CIVIL	155
8. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO, ENTRE MÉTODO Y ARGUMENTACIÓN. HACIA UNA TEORÍA NORMATIVA	189
9. EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO: LAS CONSECUENCIAS Y LOS PRINCIPIOS.	257
10. SOBRE EL ARGUMENTO A CONTRARIO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO	275
11. SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	309

P R E S E N T A C I Ó N.

El presente libro fue utilizado como texto de apoyo para las lecciones que se impartieron en el curso de Interpretación y Argumentación Jurídica, dirigido a los integrantes de la segunda promoción del Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador (2004-2005). El curso se desarrolló desde el día 19 hasta el día 23 de abril del 2004. En vista del valioso aporte académico que constituye para la comunidad jurídica el contenido de aquellas lecciones, se ha decidido ponerlo a disposición de un mayor número de operadores jurídicos. Es así que, el Consejo Nacional de la Judicatura, con la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional ofrece en esta oportunidad la presente obra.

La interpretación y argumentación jurídica ha tomado importancia en la actualidad, con su antecedente en la década de 1950, por el surgimiento de las teorías de la argumentación de Chaïm Perelman, Theodor Viehweg y Luis Recaséns Siches. Sin embargo, la exposición más fecunda de las teorías de la argumentación jurídica se encuentra en la denominada “teoría estándar” de la argumentación jurídica, entre las que se encuentran los planteamientos de los iusfilósofos Robert Alexy y MacCormick.

Los diversos trabajos aquí presentados, del profesor Juan Antonio García Amado, se insertan en el reciente debate sobre las teorías de la interpretación y argumentación jurídica. En los ensayos del profesor García Amado late la preocupación por una vía “intermedia” entre las posturas irracionalistas y una teoría material de los valores. Las primeras sostienen que el Derecho, como todo juicio de valor, carece de cualquier posible contenido de verdad, es mera opinión, pura subjetividad, simple manifestación de la personalidad o los intereses del que lo emite. Frente a ellas, la teoría material de los valores sostiene que sí es posible el acceso a la verdad o la justicia en materia decisoria y que existen referencias fiables para que el juez pueda conocer cual decisión es la correcta para cada caso.

La propuesta del profesor García Amado, sin renunciar a su concepto de racionalidad, pretende dar paso a una “teoría de los argumentos”; aquí es donde la presente obra adquiere gran virtualidad analítica y conceptual, en la que el autor presenta rasgos de la evolución histórica de los paradigmas de interpretación del Derecho (Formalismo Jurídico, Escuela del Derecho Libre) y, principalmente, en la construcción de los diversos argumentos interpretativos admisibles en una argumentación racional.

En este último aporte, la propuesta del autor se desarrolla en la construcción de una teoría normativa en la interpretación del Derecho, entendiendo por ésta una teoría de los métodos jurídicos que dé pautas suficientes para poder diferenciar entre una decisión metódicamente correcta y una incorrecta. Para ello, elabora un análisis de los diferentes argumentos interpretativos que la cultura jurídica actual utiliza y los requisitos de su uso adecuado. Los argumentos de tipo literal, teleológico, argumento a contrario, apagógico o de reducción al absurdo, y sus variantes, son expuestos con meticulosidad y rigor analítico, que, sin lugar a dudas, representan un valioso aporte como instrumental teórico para la labor aplicativa del Derecho por parte de la comunidad jurídica salvadoreña.

Sin embargo, la utilidad de la presente obra no queda atrapada en las redes de la interpretación de la ley, sino que representa una propuesta de interpretación de la propia Constitución, de tanta importancia en la actual configuración del Estado como un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En este aspecto, la presente obra discurre en la exposición de las diversas concepciones de la interpretación (teoría lingüística, teoría intencionalista y teoría axiológica o material) y la forma en que éstas permean el proceso interpretativo constitucional.

Por otra parte, la utilidad de los materiales que ahora se presentan, además de su proyección a los aplicadores del Derecho, también se orienta a la construcción de un mínimo de racionalidad en el ámbito de creación del Derecho. El modelo propuesto es el del legislador “operativamente racional”. Este modelo de racionalidad mínima para el legislador se plasmaría en tres tipos de exigencias: condiciones del legislador, condiciones del ejercicio de la actividad legislativa y condiciones del resultado o producto legislativo. En una sociedad como la nuestra, distanciada de la idea de racionalidad legislativa, en la que la idea imperante es la de “voluntad política” incontrolada, el material que se presenta abre la brecha para la reflexión de la racionalidad en los procesos de creación del Derecho.

Con la publicación de este libro el Consejo Nacional de la Judicatura pretende dotar a la comunidad jurídica de un instrumental teórico que coadyuve a los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho, y a incidir en el fortalecimiento de una cultura jurídica con calidad argumentativa, mediante el conocimiento de la construcción técnica de los argumentos racionales que la posibiliten. Además, debe señalarse que la presente obra ha sido complementada con una serie de guías de lectura y ejemplos extraídos de la praxis judicial salvadoreña, que permiten el mayor aprovechamiento de la lectura de los textos. Estas guías fueron redactadas por el Licenciado

Samuel Aliven Lizama, quien además participó como capacitador auxiliar en el curso impartido por el profesor García Amado.

Debe resaltarse especialmente que el texto de apoyo aquí publicado será muy útil, no sólo en la formación de las futuras promociones del Programa de Formación Inicial para Jueces, sino a la comunidad jurídica en general, contribuyendo a destacar la importancia que en la actualidad tienen los procesos argumentativos en la construcción de una decisión racional.

El Consejo Nacional de la Judicatura tiene el agrado de ofrecer, a los destinatarios de sus servicios, esta nueva obra que, con toda seguridad, servirá para incentivar el análisis, discusión y orientación de la práctica jurídica hacia la temática de la interpretación y aplicación del Derecho y a incidir, mediatamente, en la prestación de un servicio de justicia de mayor calidad humana y argumental para la sociedad salvadoreña.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
Diciembre, 2004.

1. ERNEST FUCHS Y LA DOCTRINA DEL DERECHO¹.

Juan Antonio García Amado

*Die Erneuerung unseres Rechtslebens muss mit den
Hochschullehrern beginnen (Fuchs 1912a: 63)
Nur die schreiben gute Bücher, die eigentlich keine Zeit
dazu haben (Fuchs 1912a: 65)*

Las últimas décadas del siglo XIX y, especialmente, las primeras del XX suponen en el debate europeo en torno a la metodología jurídica una auténtica revolución. Las doctrinas hasta entonces dominantes, la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania y la Escuela de la Exégesis en Francia, sufrirán un radical cuestionamiento en el marco de lo que Lombardi Vallauri ha denominado una epidemia de sinceridad (Lombardi 1967: 369). En efecto, un buen número de autores, de los que los más citados serían Geny, Ehrlich, Isay o Kantorowicz, amén del importante impulso inicial del segundo Jhering, concentrarán sus críticas en el carácter irreal y engañoso de la teoría de la subsunción, de la concepción del sistema jurídico positivo como completo y coherente, del ontologismo conceptualista. Se insistirá en que el derecho es un fenómeno social e histórico, en el que no cabe desconectar la normatividad jurídica y su interpretación de las realidades, necesidades y vivencias sociales, y en el que las lagunas no son la excepción, sino la regla, y se afirmará el carácter ineludiblemente creativo de la labor judicial.

En ese marco, las más rotundas críticas al patrón metodológico hasta entonces dominante en la teoría y la práctica, provendrán del llamado movimiento o doctrina del derecho libre². Y serán también los autores adscritos a ese movimiento los que recibirán los mayores reproches. Una y otra vez se les acusará de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de pretender acabar con el principio de seguridad jurídica. La gran cuestión está en determinar qué papel juega la ley en la decisión judicial. Oscilan entre el radicalismo más extremo, justificando abiertamente la decisión contra legem cuando la norma legal vulnera el sentimiento de justicia o los requerimientos de las necesidades sociales, y posturas más prudentes, que se limitan a reivindicar una amplia libertad decisoria dentro de los márgenes del tenor literal de la ley. Ya en 1911

1. LIBRE Este trabajo se realizó en el marco del proyecto de investigación PS94-0150 de la DGICYT, que lleva por título: La metodología moderna de interpretación y aplicación del derecho.

2. Entre la reciente bibliografía en castellano sobre el tema merece ser citado el trabajo de Manuel Segura (Segura Ortega 1993), que ofrece una magnífica panorámica sobre este movimiento. Una muy rica antología de textos de la época en los que se puede examinar la gran polémica metodológica, así como una muy completa bibliografía, puede verse en Gängel/Möllnau 1992.

Kantorowicz publicó un decisivo trabajo, *Die Contra-legend Fabel*, en el que tilda de fábula a la acusación de que pretendían acabar con el principio de vinculación del juez a la ley. De todos modos, tales imputaciones seguirán proliferando y los autores del movimiento en cuestión continuarán moviéndose en un difícil equilibrio entre respeto a la legalidad y defensa de la libertad decisoria.

En este trabajo nos limitaremos al análisis de la obra de Ernest Fuchs, posiblemente el más radical y temperamental (Larenz 1994: 83) de estos autores, y uno de los menos conocidos en nuestros días. En Fuchs³ veremos plenamente expresadas las posturas, e incluso las contradicciones y ambigüedades de esta doctrina, pero comprobaremos también como en él se insinúan y anticipan muchas de las tesis que en nuestros días cobran pleno vigor.

1. Lagunas, casos, lógica.

Fuchs, en coincidencia con todos los autores del movimiento⁴, pone especial énfasis en demostrar que la ley no puede dar respuesta expresa a todos los casos posibles y que es quimérica toda invocación de la capacidad del sistema legal para autointegrarse. Y ataca especialmente la idea de que los conceptos jurídicos posean una especie de capacidad generativa que los haga capaces de producir por sí mismos nuevas soluciones para nuevos casos.

Como también dijo Kantorowicz, hay tantas lagunas como palabras (Kantorowicz 1906: 18). En palabras de Fuchs, la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha, y más de siete octavos de las decisiones del Tribunal del Reich son colmados de lagunas (Fuchs 1909: 220). Esto no puede ser de otro modo, ya que la ley se expresa en palabras y las palabras nunca pueden abarcar plenamente la realidad⁵. Es cierto que derecho y lenguaje se dan juntos (Fuchs 1926-27a: 26), pero dada esa insuficiencia del lenguaje para aprehender la compleja realidad, el arte del Derecho no puede ser una pura cuestión de palabras. Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, entonces sí que podría verse como pura álgebra conceptual y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados (Fuchs 1912a: 24). Si

3. Sobre la biografía de Fuchs puede consultarse Foulkes 1965: 225ss. La lista completa de sus obras está recogida en Fuchs 1965: 261ss.

4. Ehrlich, en su obra de 1903, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, se proclama a sí mismo como el primero que hizo ver con claridad, en sus escritos de 1888 (*Über Lücken im Rechte*) y de 1893 (*Die stillschweigende Willenserklärung*), que las lagunas son la vía por la que el juez actualiza el derecho, echando mano de conceptos vagos como buena fe, naturaleza de la cosa, etc. (Ehrlich 1903: III-V).

5. Ya Ehrlich había dicho también que la palabra es una muy imperfecta herramienta del pensamiento, y nadie ha conseguido dominar las cosas por medio de las palabras (Ehrlich 1903: 27). Véase Fuchs 1920a: 497 y Fuchs 1920b: 150, resaltando lo que hoy llamaríamos la equivocidad del lenguaje ordinario.

la ley es siempre insuficiente y equívoca, no tendrá sentido propugnar la vinculación a la ley como fidelidad a la letra de la ley⁶.

Así pues, por la propia naturaleza del lenguaje legal, sumada a la dinámica social que hace aparecer continuamente nuevas realidades y problemas, las lagunas no son la excepción sino la regla en el Derecho, y todo caso práctico verdaderamente polémico muestra lagunas (Fuchs 1909: 220). ¿Qué es lo que hace aparecer una laguna?. La respuesta de Fuchs sería ésta: la especialidad del caso. Toda regla jurídica está pensada para un caso normal, pero circunstancias especiales del caso pueden siempre demandar una respuesta especial, y la esencia del arte jurídico estriba precisamente en reconocer esas circunstancias especiales (Fuchs 1912c: 466). La ley no puede abarcar la inagotable riqueza de la vida, y cuando la ley o la costumbre no fueron pensadas para un caso resulta injusto forzar la introducción de ese caso en dicha norma (Fuchs 1912a: 52).

De todos modos lo relevante a la hora de convertir un caso en especial, a la hora de atribuir una especial consideración a las circunstancias del caso, de modo que éste se sustraiga al criterio abstracto de la ley, es un elemento valorativo, un cierto sentimiento de justicia o equidad que lleva a ver como injusta la aplicación de la ley al caso que se tiene entre manos. Lo diferente de las circunstancias del nuevo caso se pondera a la luz de la justicia o equidad de atribuirle a ese caso la solución genérica de la ley. Para Fuchs, lo que determina cuándo existe una laguna no es la dicción literal, la palabra que la ley emplea, sino el que con arreglo a un cierto sentido común o experiencia se muestre que la ley no puede aplicarse al caso que se enjuicia. Aunque los términos de la ley estén claros, hay laguna, y no procede por tanto su aplicación, sino la decisión libre, cuando el caso no se inserte con equidad y justicia bajo ella, no bajo sus términos. Habría laguna cuando el encaje de un caso bajo la ley resulta contraituitivo, inadecuado o injusto⁷. Todo esto lo sintetiza Fuchs en la idea que para todo código y toda ley rige como primer artículo tácito lo siguiente: esta ley, como toda ley, tiene lagunas. Cada uno de sus párrafos tiene su límite allí donde su aplicación literal resulte inadecuada o irrazonable (Fuchs 1920b: 150).

Con esa pauta valorativa está dado también el criterio para la decisión en todos esos casos de laguna: las lagunas han de colmarse meramente con arreglo a la libre consideración de la equidad y la justicia, sobre la base de una completa investigación y ponderación, no de toda clase de expresiones de los escritos, sino de los intereses reales (Fuchs 1908: 86). Es el mismo procedimiento que se sigue

6. Véase Fuchs 1912b: 193.

7. Véase Fuchs 1909: 168-169; 219 y Fuchs 1929a: 295.

cuando la ley remite la decisión a la consideración de la buena fe, de la interdicción del abuso, de las buenas costumbres, etc.

Volveremos más adelante sobre los criterios decisorios que con carácter general propone Fuchs. Lo que aquí resulta interesante resaltar es el modo como Fuchs diferencia constantemente entre lo que, en terminología actual, llamaríamos casos fáciles y casos difíciles. Insiste Fuchs en que la doctrina del Derecho Libre es de aplicación sólo en los casos de lagunas (Fuchs 1912a: VI), con lo que pretende sustraerse a la acusación de que propugna la decisión contra legem, si bien, obviamente, con ello no decae la importancia del método propuesto, dado ese carácter omnipresente de las lagunas⁸. Dicho de otro modo, la libre decisión se impondría en los casos difíciles, mientras que en los fáciles, aquellos que exactamente y sin distorsión encajan en la letra de la ley, procedería la mera solución legal.

Para referirse a lo que hoy llamaríamos casos difíciles, Fuchs suele hablar de auténticos procesos (*echte Prozesse*) o casos límites, si bien puntualiza que éstos son los más (Fuchs 1925-26c: 251). Un proceso auténtico es aquél cuya solución no es inequívoca (Fuchs 1914: 273). Ahora bien, sabemos ya que las palabras de la ley son por definición equívocas, y el propio Fuchs resalta que de los términos aparentemente claros de una ley puede sacarse cualquier cosa, por lo que la llamada interpretación literal es puro subterfugio encubridor (Fuchs 1912a: 34; Fuchs 1922: 7). Y también sabemos que la clave del arte jurídico está precisamente en acertar a mostrar qué es lo que convierte un caso en especial. La pregunta capital, entonces, es dónde está el límite de ese poder del juez para poder convertir un caso en especial y sustraerlo a la dicción genérica de la ley, de modo que su actuación no pueda tenerse por arbitraria o prevaricadora. A esta pregunta contesta Fuchs en los siguientes términos: imperativo de la justicia, sentimiento jurídico general, exigencias del desarrollo jurídico, necesidades jurídicas emergentes, necesidades del tráfico, *exceptio doli generalis*; todas estas fórmulas no significan sino ponderación sociológica de intereses y justicia del resultado en casos especiales, en lugar de culto a la letra y álgebra conceptual (Fuchs 1914: 271). En suma, el juez valora el concreto caso que enjuicia a fin de ver si sus perfiles permiten aplicarle o no la solución legal de modo que el resultado sea justo. Cuando la conclusión sea negativa, esa exigencia de justicia llevará a subrayar lo que de especial hay en el caso y que determina la injusticia de aplicarle sin más la ley; de ese modo esas peculiaridades del caso lo sustraen del supuesto legal abstracto y se genera así una laguna, laguna que el juez deberá decidir ya no propiamente

8. El jurista nato, mediante su sentimiento jurídico (sensibilidad jurídica, sentido jurídico, conciencia jurídica) descubre siempre una laguna en el derecho positivo allí donde la inclusión bajo una norma no se aviene con el sentimiento de justicia o de equidad (Fuchs 1929b: 15).

contra legem, sino praeter legem, guiándose por los criterios decisorios que Fuchs propone y que luego examinaremos.

Ya vemos que la consideración del caso y de la justicia de su resultado prevalece sobre cualquier intento de hacer de la decisión jurídica un menester puramente lógico. Para Fuchs, la búsqueda del resultado justo impera sobre el sistema y la lógica⁹ (Fuchs 1928-29: 153) y el verdadero Derecho no tiene nada específico que ver con la lógica formal. Con la mera lógica nada puede probarse, y menos aún cabe completar el Derecho mediante la deducción a partir de conceptos¹⁰, de igual manera que tampoco la ponderación de intereses que el legislador realiza está guiada por las reglas de la lógica (Fuchs 1912a: 34). ¿Significan esas afirmaciones una apología del irracionalismo en el Derecho, un abandono de las reglas de la lógica en el razonamiento jurídico?, no. Lo que Fuchs cuestiona es la existencia de una específica lógica jurídica con capacidad para producir por sí misma las soluciones, cosa que en nuestros días resultará obvia, pero que responde al confucionismo de la terminología pseudológica manejada por la Jurisprudencia de Conceptos. Para Fuchs nada hay más objetivamente ilógico que una específica lógica jurídica (Fuchs 1909: 274). La lógica que está presente en el razonamiento jurídico es la lógica general, ese armazón intelectual que es atributo de todo ser humano en su sano juicio. Para los juristas cualquier otra lógica que no sea la lógica general no sólo es innecesaria, sino nociva (Fuchs 1909: 336). Contundentemente afirma que sin lógica no se puede ni construir una casa ni fabricar una máquina, y de la misma manera no cabe, sin lógica, hallar la verdad y el Derecho. La lógica está ahí presente de la misma forma que está presente la gramática en el lenguaje o la teoría de la armonía en una sinfonía; pero la lógica no hace al jurista, al igual que la gramática no hace al escritor o el conocimiento de las notas musicales al músico (Fuchs 1912a: 34). Lo que sucede es que la lógica en el Derecho no ocupará el lugar principal, sino un puesto subordinado. Más relevante ahí que la lógica formal será la lógica material¹¹ (Sachlogik). En el Derecho la prioridad lógica pertenece a los hechos (1909: 266). Es cierto que desde un punto de vista lógico toda sentencia es una conclusión a partir de una premisa mayor extraída del Derecho y una premisa menor consistente en un hecho efectivo. Pero para llegar ahí

9. En los procesos auténticos, o en los casos difíciles como diríamos hoy, no decide la lógica, sino el resultado práctico. En todo auténtico proceso ambas opciones pueden ser igualmente defendidas desde un punto de vista lógico (Fuchs 1912b: 194). Las cuestiones jurídicas que en dichos procesos se debaten se despliegan en la movедiza frontera de los conceptos (Fuchs 1929a: 293).

10. Puntualiza Fuchs que no se pretende atacar al pensamiento sistemático, pero lo que sí se ha de abandonar es el realismo conceptual, la deducción de verdades jurídicas a partir de conceptos y sin atender al resultado (Fuchs 1920c: 8). Creer que con la mera reflexión se pueden alcanzar verdades es una errónea sobrevaloración de la actividad intelectual pura (intelectualismo o racionalismo), (Fuchs 1918-19: 13). Obviamente, con todo esto Fuchs está atacando la raíz de la Jurisprudencia de Conceptos.

11. Cada ciencia tiene, además de las leyes generales del pensamiento, su especial y específica lógica material (Fuchs 1920c: 8).

es preciso, previamente, averiguar la verdad de los hechos e interpretar el Derecho (Fuchs 1908: 94).

Desde una perspectiva actual, poco aportarán, quizá, estas últimas consideraciones de Fuchs. Pero importan por lo que significan de origen¹² de tesis que hoy son lugar común en la doctrina. Sus críticas al logicismo y conceptualismo y su insistencia en la relevancia central del caso dejan poco lugar a la originalidad de doctrinas posteriores, que hicieron de tales asertos el eje de sus tesis.

2. La decisión jurídica y la interpretación.

En el movimiento del Derecho Libre el componente crítico supera en peso a la propuesta constructiva¹³. Se ensañan sus autores, y especialmente Fuchs, con la doctrina metodológica anterior; pero al tiempo de elaborar unas pautas metodológicas alternativas, sus tesis son más vagas y se mueven en cierta ambigüedad. Quizá por eso fue mayor la efectividad de su crítica que el éxito de sus propuestas. De todos modos, es posible decantar en algunos hitos centrales la propuesta de Fuchs a este respecto, y nuevamente veremos cómo aparecen, poco más que como intuiciones escasamente desarrolladas, tesis que en nuestros días forman el núcleo de las doctrinas que se tienen por más innovadoras y que concentran casi en exclusiva la atención de los estudiosos del tema.

Hay un cuestionamiento rotundo del modelo de juez y de decisión judicial que sostenía la doctrina anterior y se subraya el componente ineludiblemente creativo de la actividad judicial. El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería, para Fuchs, como el criado al que en invierno se le ordena que encienda diariamente la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado (Fuchs 1909: 195). Al proceder de tal manera se desconoce que el Derecho no se puede desvincular de las circunstancias y necesidades sociales, ni de las peculiaridades de cada caso. Se pierde de vista así que los jueces no son como cocineros que tengan que cocinar siguiendo recetas acabadas, sino que son ellos los que dan su orientación determinante a los casos difíciles (Fuchs 1912a: 129). Frente al modelo de juez máquina, la verdadera justicia judicial tendría en su núcleo más íntimo algo de artístico (Fuchs 1907: 133). Fuchs compara continuamente la labor jurídica, especialmente la judicial, con la práctica de la medicina o con el trabajo artístico.

12. No hay que perder de vista que en el origen de esas tesis están también otros autores ya mencionados, como Ehrlich o Kantorowicz. Kantorowicz decía también que sería ridículo que el nuevo movimiento rechazara la lógica por inútil, pero lo que no se puede admitir es que se haga pasar por resultado de la lógica lo que es producto de la voluntad. ¡Qué cosas se hacen pasar por hijas de la señora lógica!, concluía Kantorowicz (1906: 23).

13. Esto ya lo resaltó Max Rumpf en 1910, refiriéndose a Fuchs (Rumpf 1910, p. 148).

Veamos un nuevo ejemplo de esto último: Una buena sentencia -dícese diferencia de la labor de una máquina en dos cosas. Por un lado, no es mera obra de una técnica de disección de conceptos (Winscheid), sino que es como una obra arquitectónica que se adapta bien a las peculiares condiciones espaciales y, al mismo tiempo, es sobre todo una obra de arte inspirada por un sentimiento jurídico. Y, simultáneamente, en todos los casos límite -que son los más- es una obra guiada por convicciones (Fuchs 1925-26c: 251).

Como ya sabemos, la clave decisoria la proporciona el caso. El adecuado proceso de decisión no es deductivo, sino inductivo (Fuchs 1909: 187-188). El juez selecciona la norma a partir del propósito central de hacer justicia para el caso. Ahora bien, con esto cabe entender que la decisión jurídica es mera decisión en conciencia, guiada simplemente por la opinión o el sentimiento del juez. Más adelante veremos qué papel le toca al llamado sentimiento jurídico. Pero en este momento conviene precisar el modo en que Fuchs hace de la decisión jurídica una decisión con un fundamento social y no una mera opción personal y gratuita¹⁴. Lo que el juez ha de realizar es una ponderación de intereses, tratando de dar satisfacción al interés social, a un cierto interés general. El método que se propone, y que según Fuchs trata de reemplazar la ideología por la razón natural práctica (Fuchs 1909 16), tiene su clave en una ponderación de intereses que trata de determinar qué interés es el de más peso y el más social desde el punto de vista de la generalidad (Fuchs 1909: 19). Puesto que todas las cuestiones jurídicas tienen un trasfondo sociológico (Fuchs 1909 39), la perspectiva social es la determinante. El juez debe comenzar por conocer los intereses reales que se enfrentan en el litigio que ha de decidir y sopesarlos a la luz de la justicia, es decir, ha de proceder como lo haría el legislador si él tuviera que decidir la cuestión (Fuchs 1908: 72). En suma, el juez primeramente considera las circunstancias del caso para ver si encaja de modo justo bajo la norma legal, y si la respuesta es negativa y estamos ante una laguna, el juez decide el caso ponderando intereses a la luz del interés general y sobre la base de un adecuado conocimiento de su sociedad, como lo haría el legislador.

Lo anterior nos hace ver que la justicia que se invoca no es un sentimiento puramente subjetivo y arbitrario. Fuchs insiste en que la equidad que preside la labor del juez no es la pura equidad del sentimiento, no es pura subjetividad, sino que está presidida por la atención a las necesidades sociales y del tráfico, por la conveniencia general¹⁵. El juez es representante de la cultura y los conocimientos

14. Arthur Kaufmann, parafraseando la expresión criptosociologismo que Fuchs utiliza, acusa al movimiento de Derecho Libre de criptonormativismo, pues estos autores presupondrían ciertos parámetros o criterios valorativos de la decisión que no fundamentan científicamente (Kaufmann 1965: 13). En lo que sigue veremos que en Fuchs sí se contiene un cierto desarrollo doctrinal a ese respecto.

15. Véase Fuchs 1920a: 499 y Fuchs 1926-27a: 29.

de su tiempo, por lo que sus juicios deben coincidir, y generalmente coincidirán, con lo que en cada tiempo resulte más razonable y adecuado (Fuchs 1909: 82). Llegamos así a una serie de afirmaciones de Fuchs que parecen anticipar algunos de los postulados centrales de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Dice por ejemplo que una sentencia es correcta cuando es aprobada por los ciudadanos legos del correspondiente círculo vital que sean justos, informados y razonables, y es errónea en la medida en que sea rechazada por dichos ciudadanos (Fuchs 1909: 73). Y otro texto muy relevante a este respecto es el siguiente: el juez debe buscar la sentencia que sea correcta con arreglo al sentimiento jurídico de aquellos conciudadanos que sean honestos, razonables, informados en el asunto, imparciales y justos a la hora de ponderar los intereses en pugna¹⁶ (Fuchs 1912a: 138). Y repárese igualmente en las resonancias de la siguiente afirmación: una disputa sociológica¹⁷ puede terminar cuando yo convengo a mi rival de que de la opinión que defendiendo resulta la regulación más justa y más adecuada en la práctica (Fuchs 1909 39).

El empleo de ese criterio decisorio de base consensual acarrearía, además, varias ventajas que resolverían otros tantos defectos de la jurisprudencia al uso: acabaría con la *Weltfremdheit* de los juristas y de la jurisprudencia, aseguraría la *Volkstümlichkeit* de las resoluciones judiciales y aumentaría el carácter democrático del Derecho.

Weltfremdheit y *Volkstümlichkeit* son dos tópicos que se repiten continuamente en la literatura metodológica de la época. Con el primero de esos términos se alude a la ajenidad o alienación, al alejamiento del mundo real a que ha conducido una teoría del Derecho y una metodología más preocupados por el preciosismo conceptual y por la coherencia del sistema de conceptos que por las necesidades y la evolución real de la sociedad. Y por esa misma razón se afirma que las resoluciones judiciales no son *volkstümlich*, es decir, adecuadas al sentir y las inquietudes de los ciudadanos. Pues bien, para Fuchs la *Weltfremdheit* significa la defectuosa familiaridad con la vida real y su acontecer social y económico. Cada vez es más profunda -añade- la cesura entre la jurisprudencia y el sano sentimiento jurídico, entre Derecho de juristas y Derecho del pueblo (Fuchs 1907: 6). Esa desconexión del juez frente a la realidad que le circunda obedece tanto

16. Importa poner de relieve que este párrafo se sitúa en el contexto de la refutación de Fuchs a la idea de espíritu del pueblo de Savigny. Para Fuchs la decisión judicial ha de conectar con el sentimiento popular, pero niega que pueda existir la mítica unidad del pueblo de que habla Savigny. Por otro lado, un texto similar al anterior, remitiéndose al consenso mayoritario y bien informado como criterio de corrección, puede verse en Fuchs 1909: 236. Y puntualiza también que el juez no debe seguir una opinión pública desviada, pero en la mayoría de las ocasiones la opinión común del hombre se corresponde con el sentimiento jurídico general y con el gesunde Menschenverstand (Fuchs 1908: 71-72).

17. Cuando habla de disputa sociológica se refiere Fuchs al modo de enfocar la resolución del litigio jurídico por el propuesto, esto es, atendiendo a las circunstancias y necesidades sociales y no a la pura disquisición conceptual y pseudológica.

a su escasa preparación en materias sociales y económicas como a las carencias del método conceptualista¹⁸. Acabar con ese distanciamiento de la jurisprudencia será tanto como convertir sus resoluciones en acordes con el sentir y las inquietudes de los ciudadanos¹⁹, será hacerla volkstümlich. Y una jurisprudencia así popular deberá expresarse en sentencias comprensibles, eliminando de ellas toda vacía erudición y todo carácter libresco²⁰. Y también el estricto legalismo se opone a la volkstümlichkeit²¹. Concluye Fuchs que ese acercamiento de la jurisprudencia al sentir social, en detrimento de un intemporal conceptualismo y de una lógica que se pretende pura técnica, significa un mayor carácter democrático de la actividad judicial. De esta forma, el método que el movimiento del Derecho Libre propugna se correspondería –dice Fuchs en 1925- con el régimen democrático que en Alemania se ha instaurado, mientras que la Jurisprudencia de Conceptos cuadraría con el anterior absolutismo estatalista (Fuchs 1925-26c: 252).

Dentro de este apartado aún podemos señalar otra importante precisión con la que Fuchs se anticipa a la doctrina posterior. Tiene claro que toda interpretación del Derecho y toda decisión jurídica tienen carácter valorativo²². Y por mucho que se propongan, en los términos que acabamos de ver, los criterios que han de guiar esas valoraciones, no nos movemos en un marco de segura objetividad y soluciones indiscutibles. De ahí que Fuchs insista en que es fundamental para el nuevo método que se prescinda de todo intento de enmascarar las valoraciones bajo el manto de una técnica objetiva y que las valoraciones que el juez realice se hagan explícitas y se sometan a la discusión abierta. El Derecho Libre exige que los verdaderos fundamentos de la decisión se sometan a la abierta contraposición de opiniones²³ (Fuchs 1918c: 20). Sólo cuando conocemos los verdaderos fundamentos de la decisión podemos debatir honestamente (Fuchs 1909: 84).

No es extraño que, con todo lo anterior, Fuchs profese una profunda admiración al famoso artículo 1 del Código Civil suizo, admiración que era compartida por todos los autores de la época que eran críticos con el logicismo y conceptualismo. Es bien sabido que dicho artículo establece que en defecto de ley o costumbre el juez decidirá según la regla que él mismo establecería como legislador. Con ello se estaría reconociendo abiertamente el carácter creativo de la jurisprudencia, máxime si se da a la presencia de las lagunas el alcance tan amplio que Fuchs les asigna y que antes hemos visto.

18. Véase Fuchs 1912a: V, 22.

19. Véase Fuchs 1918b: 382.

20. Véase Fuchs 1909: 36-37.

21. Para la verdadera ciencia jurídica popular (...) la ley no es más que un límite elástico (Fuchs 1909: 101).

22. Véase por ejemplo Fuchs 1912c: 467.

23. Véase también Fuchs 1912b: 195; Fuchs 1912a: 128; Fuchs 1909: 3.

Sostiene nuestro autor que un párrafo similar debería introducirse en el BGB, y para el mismo propone la siguiente redacción, en la que se sintetizan sus postulados metodológicos: Las leyes y los negocios jurídicos han de interpretarse atendiendo a su fin, del modo como lo exigen la equidad y la justicia y buscando la mejor correspondencia con las necesidades del presente. Si de la ley o el negocio jurídico no puede extraerse un precepto o si su aplicación conduce, dadas las especiales circunstancias del caso, a un resultado que con arreglo a la opinión general y al sentimiento jurídico de los ciudadanos sea irrazonable o injusto, el juez decidirá según el Derecho consuetudinario y los usos. Donde también falten el Derecho consuetudinario o los usos, especialmente allí donde se den nuevas realidades vitales, el juez decidirá según la regla que según la opinión general y el sentimiento jurídico de los ciudadanos²⁴ se muestre como más adecuada y justa²⁵ (Fuchs 1912a: 6). Y nuevamente destaca aquí Fuchs que el artículo 1 del Código suizo -o el artículo que como alternativa él propone- no faculta al juez para decidir según su sentir puramente subjetivo; al contrario, el juez debe colmar las llamadas lagunas como si fuera un legislador, debe (...) establecer una regla, una norma para todos los casos iguales, regla que se inserte armónicamente en los principios básicos del ordenamiento y que los complemente armónicamente (Fuchs 1912a: 127-128).

Ese núcleo de su doctrina metodológica lo ilustra Fuchs aún de una forma más. Dice que exigencias como la de la buena fe, presente en el párrafo 242 del BGB son de aplicación también a la labor judicial y forman el núcleo evidente del Derecho judicial (Fuchs 1929a: 292); gobiernan también la interpretación y aplicación de la ley, aunque no fuera esa la intención del legislador; son el punto arquimédico que rompe con el viejo modelo jurídico y da paso al nuevo método (Fuchs 1925-26d: 349). Habría pues, una serie de principios plasmados en la ley y que constituirían una especie de suprallegalidad capaz de condicionar y matizar la aplicación del resto de las normas legales. ¿No es cierto que también esto tenga resonancias muy actuales?²⁶. Tal parece que el Derecho Libre estuviera en nuestros días renaciendo bajo otros

24. Es muy importante la puntualización que Fuchs introduce a este propósito: después de explicar que si el juez siguiera su sentir en lugar del de la generalidad, el juez se estaría poniendo por encima de la ley, añade que no se trata de que el juez haga una especie de encuesta para cada concreto caso, sino que ahí lo determinante será el saber y la personalidad del juez (Fuchs 1912a: 128). Con ello tocamos un tema que veremos más adelante. Merece destacarse que en 1929 toma Fuchs cierta distancia de las entonces frecuentes y políticamente sesgadas apelaciones a la conciencia de la comunidad como clave de la validez del derecho, y dice que el contenido de esa conciencia sólo puede establecerse por vía constitucional (Fuchs 1929b: 39).

25. Consideraciones similares pueden verse en Fuchs 1908: 72.

26. Veamos algún texto más que permite abundar en esta idea. Dice Fuchs que lo que de salvable y más importante hay en el BGB son algunas normas generales y principios que forman el ámbito del ordenamiento jurídico superior, y se refiere en concreto a justicia y equidad, buena fe, buenas costumbres, necesidades dinámicas de la vida y el tráfico, los fines económicos de la ley y los contratos. Ése -añade- es el campo del llamado Derecho libre, del Derecho judicial, el cual interpreta creativamente, completa y desarrolla normas jurídicas y negocios jurídicos, ése es el campo del futuro derecho y del arte jurídico del porvenir (Fuchs 1926-27b: 441).

nombres y con menor sinceridad.

En este marco podemos contemplar también las observaciones de Fuchs sobre la interpretación jurídica. Por supuesto, critica al formalismo y mantiene que la interpretación debe estar guiada por la atención a la justicia del resultado (Fuchs 1912a: 25). No cree, como ya hemos dicho, que quepa una interpretación puramente literal y cuestiona por ficticia toda interpretación histórica y toda búsqueda del espíritu de la ley²⁷. Tampoco cree que quepa trazar fronteras entre interpretación extensiva y analogía, ni poner límites a la interpretación restrictiva. Y aunque expresamente afirma que quien busca en la ley un fin determinado acabará siempre por encontrarlo (Fuchs 1920a: 497), convierte el fin en el criterio fundamental de interpretación²⁸, si bien dicho fin no es el de la concreta norma legal, sino el fin del Derecho, entendido como búsqueda de la mayor justicia y la mejor adecuación a la situación social. De ahí que dicho parámetro de interpretación case perfectamente con la tesis de que el juez ha de proceder como si fuera el legislador y tuviera que velar por el mejor servicio de la norma a la sociedad. Al interpretar, el juez habrá de ponderar los intereses tal como el legislador lo haría, y a partir de esa ponderación dará a la norma el sentido que mejor corresponda a las necesidades sociales o, incluso, optará por entender que hay una laguna y decidirá en justicia²⁹, tal como hemos visto.

3. El sentimiento jurídico.

La idea que siempre se asocia a la doctrina del Derecho Libre es la exaltación del papel decisivo del sentimiento jurídico, con claras connotaciones irracionalistas. Que el posible irracionalismo ha de matizarse, ya ha quedado claro en lo expuesto. De todos modos, la noción de sentimiento jurídico³⁰ está muy presente en Fuchs. El sentimiento jurídico significa la propensión del juez a buscar en la ley solamente el Derecho justo, lo cual ocurrirá siempre que esa tendencia o instinto no se halle alterado por una defectuosa formación o por erróneos prejuicios metodológicos (Fuchs 1909: 46). Hablar de sentimiento jurídico es tanto como decir capacidad para juzgar con el corazón en lugar de embarcarse en sutilezas dialécticas (Fuchs 1907

27. Véase Fuchs 1912a: 31ss, donde se refiere críticamente al culto a los materiales, y donde señala que el espíritu de la ley es siempre el espíritu de su intérprete.

28. Toda interpretación legal ha de ocuparse del fin de la ley, de su significado económico y de la evolución de las relaciones sociales (Fuchs 1922: 7). Lo que ha de determinar la interpretación es la consideración de cómo se puede conseguir del mejor modo la finalidad económica de la ley (Fuchs 1912c: 468).

29. La interpretación según el sentido y el fin no se detiene ni siquiera ante los términos más claros (Fuchs 1922: 8). Similarmente, Fuchs 1918a: 298.

30. Su terminología fluctúa. Habla de sentimiento jurídico, pero también de instinto jurídico (Fuchs 1909: 20), sensibilidad jurídica (Fuchs 1909: 2), conciencia jurídica (Fuchs 1928-29: 135), sentido jurídico (Fuchs 1925-26a: 29). También llega a mantener que sentimiento jurídico equivale a naturaleza de las cosas (Fuchs 1918c: 19).

118); significa dejar actuar a la razón natural (Fuchs 1909: 16). El buen juez no formalista sólo aparentemente juzga con arreglo a la ley, pues cualquier ley puede justificar cualquier cosa cuando se echa mano de artificios retóricos. Lo decisivo para el juez es la voz interior de la justicia, su sentimiento jurídico (Fuchs 1912c: 469). Hay un componente intuitivo³¹, instintivo: el correcto conocer y juzgar no proviene en absoluto de un juego de conceptos, sino de una muy sutil propensión (instinto) que es capaz de sacar a la luz las diferencias escondidas en las cosas o de mostrar sus ocultas similitudes. En el campo de la obtención del Derecho este instinto se llama sentimiento de justicia o sentimiento jurídico (Fuchs 1912a: 37). Ese elemento intuitivo es básico en toda disciplina, incluso en la matemática predominaría sobre el puro pensar lógico-formal, como habría mostrado Poincaré (ibid.).

En ese instinto o sentimiento habría dos componentes: una aptitud innata y una depuración mediante la experiencia. Para ser un buen juez o jurista se requiere una especial aptitud, exactamente igual que se requiere para ser un buen artista³², y en ambos casos su carencia no puede ser suplida mediante el esfuerzo memorístico (Fuchs 1928-29: 135). La capacidad para decidir correctamente no es pura aplicación de reglas lógicas o de otro tipo, al igual que no lo es la capacidad oratoria o artística. Y, al igual que también ocurre con el artista, el buen juez tiene una especial aptitud creadora y conformadora, un importante componente de imaginación o fantasía (Einbildungskraft³³). Determinante es también a estos efectos la personalidad del juez. Ya Ehrlich había sentado, y Fuchs lo repite, que en la decisión jurídica no hay más garantía que la personalidad del juez y que la jurisprudencia presupone una talla espiritual y moral que no está al alcance del habitual tipo medio de persona (Ehrlich 1903: 21). Para Fuchs, dada la central relevancia de las valoraciones del juez, su personalidad y su carácter son esenciales si hemos de poder confiar en sus decisiones³⁴. Por eso resulta de vital importancia la formación que el jurista reciba y que en ella se atienda convenientemente a la formación ética³⁵.

Pero el adecuado sentimiento jurídico ha de sumar a esa innata aptitud una adecuada experiencia vital y social: El sentimiento jurídico o sensibilidad jurídica (...) y los juicios de valor que de él

31. En estas cuestiones está Fuchs influenciado por la idea de *évolution créatrice* de Bergson, opuesta al conceptualismo abstracto. Véase Fuchs 1914: 273 y Fuchs 1912a: 143s.

32. Quien no posee de modo innato el sentido jurídico, quien no siente aquella profunda alegría al producir el Derecho justo, está tan imposibilitado para el juicio jurídico como lo está para el juicio estético aquel al que le falte el profundo disfrute de lo bello (Fuchs 1909: 147-148).

33. Esa capacidad se manifiesta por cuanto que en todo caso el juez tiene que reconstruir correctamente un trozo del mundo. Pero la imaginación o fantasía que para ello se requiere tiene que ver con el arte de la percepción y con la simpatía o aptitud para identificarse con el cuadro que se diseña, no es un puro fantasear (Fuchs 1926-27a: 39-40).

34. Véase, por ejemplo, Fuchs 1923-24: 109, Fuchs 1925-26a: 29.

35. Véase Fuchs 1925-26a: 29.

emanan, se enraízan además en la personalidad moral e intelectual del juez -en su conciencia-, ante todo en su saber general (privado), en su experiencia vital, en su conocimiento y penetración en el mundo de los hechos jurídicos (Fuchs 1920c: 6-7). También aquí, por tanto, son decisivas, como veremos, la adecuada formación y los adecuados procedimientos de selección de los jueces, haciendo prevalecer la experiencia sobre cualquier virtud memorística. El buen juez es el que conoce bien la vida, el tráfico y las personas, lo cual le permite juzgar como un lego, y lo único que puede elevarlo por encima del lego es la formación psicológica y sociológica (Fuchs 1909: 2-3). A la sensibilidad innata se une una capacidad de observación que es fruto de la experiencia, y con esos dos ingredientes se forma el adecuado sentimiento jurídico.

El sentimiento jurídico es un indicador central para valorar la corrección de las decisiones. Según Fuchs, cuando una decisión se aleja demasiado del sentimiento jurídico general, algo falla en su fundamento (Fuchs 1929a: 291). Y sabemos ya que el buen juez es el que sintoniza su sentimiento con el sentimiento general.

¿Significa esa exaltación del papel del sentimiento una apología de la arbitrariedad o el subjetivismo?. Fuchs no respondería, ni mucho menos, afirmativamente. Una primera garantía es esa correspondencia que se pretende entre conciencia del juez y conciencia general. En segundo lugar, la mencionada experiencia y formación que del juez se requiere, es también una barrera frente al divorcio de sus decisiones respecto del interés general. A esto se suma que el sentimiento jurídico está guiado por ciertos principios y no se desarrolla en el aislamiento de la conciencia individual: si analizamos nuestro sentimiento jurídico (...) nos encontramos con que en nuestros juicios no procedemos arbitrariamente, sino que aplicamos principios muy determinados, de la misma manera que el análisis del sentimiento estético nos descubre tales principios. Nuestro sentimiento jurídico está determinado de forma muy similar a como lo está nuestra voluntad. Tampoco nuestra voluntad libre es voluntad arbitraria (Fuchs 1909: 229). El sentimiento jurídico es diverso, pues, dice Fuchs, los cerebros no funcionan como máquinas todas iguales (Fuchs 1909: 23). Pero el funcionamiento no arbitrario viene servido por la experiencia³⁶ vital y la inserción social y cultural del juez. Lo que se requiere es que esa presencia del sentimiento no se camufle bajo una apariencia pseudotécnica. La verdadera justicia del sentimiento, que es un fenómeno frecuente y a desterrar, sería precisamente aquella cuyas decisiones se guían por la emotividad pero cuyos reales motivos se disfrazan de exégesis legal y deducción a partir de conceptos³⁷. Ahí el sentimiento opera como

36. El sentimiento jurídico que determina la intuición se enraíza siempre en una experiencia generalizada (Fuchs 1912a: 41).

37. Véase Fuchs 1912a: 38ss.

puro prejuicio.

4. Sobre la vinculación del juez a la ley.

Ya hemos comentado que éste es el campo de batalla principal en torno al movimiento de Derecho Libre. Resulta a menudo curioso constatar que quienes atacan esta doctrina por disolvente del principio de legalidad e inductora de incerteza, acaban por propugnar una jurisprudencia que atienda prevalentemente a principios, naturalezas de la cosa, consensos o valores superiores cuyo grado de definición o certidumbre no es mucho mayor que la de los criterios que autores como Fuchs invocan. Y, para aumentar la perplejidad, veremos a continuación que Fuchs no echa mano de criterios muy distintos de estos que propugnan los partidarios de una jurisprudencia de valores.

Fuchs se esfuerza en demostrar que ha sido malinterpretado y que sus tesis sobre el Derecho Libre no pretenden justificar sin más la libertad frente a la ley, la completa desvinculación del juez. Según Fuchs, lo que se propugna es la libertad para integrar la ley y su interpretación en el sistema de los fines que el derecho positivo persigue, y la libertad frente a la esclavitud de los conceptos y frente a una exégesis legal que tal parece la del Talmud (Fuchs 1912a: 2), frente al escolasticismo legal, la pandectología y el sinsentido de una ley completa y omniabarcadora (Fuchs 1923-24: 101). La libertad que se reclama ha de ser una libertad dentro de la ley, compatible con ella, una libertad que es inevitable dada la naturaleza de la ley y su lenguaje³⁸. Dice que el método del Derecho Libre es todo lo contrario de una negación del Derecho legal. Significa más bien la profunda captación del espíritu de la ley y una extensión o restricción del alcance de sus palabras según su fin (...) Non ex regula ius, sed ex iure, quod est, regula (Fuchs 1918a: 299). Cuando la ley incluye un caso y claramente lo decide, nadie discutirá que el juez está sometido a esa ley. Pero esos no son los casos habituales, sino que la jurisprudencia se suele ocupar de casos en los que la ley es oscura o calla, o en los que no abarca alguno de los múltiples aspectos de la vida práctica (Fuchs 1908: 70). Por eso, por esa gran porosidad de la ley y por la relevancia de las circunstancias, puede Fuchs afirmar que la ley nunca deja al buen juez en la estacada (Fuchs 1926-27a: 29).

Otra forma de expresar lo anterior es diciendo, como hace Fuchs, que la ley no agota el Derecho³⁹. Tendríamos que el juez, aun en los múltiples y muy frecuentes casos en que la ley no contempla

38. Véase Fuchs 1907: 111.

39. Véase Fuchs 1922: 7. Alf Ross resaltó muy agudamente el carácter político de este postulado del movimiento de Derecho Libre, carácter que se disfraza cuando ese otro Derecho se pretende presentar en el seno de una teoría de las fuentes (Ross 1929: 189). No está de más que hoy sigamos recordando esa observación de Ross.

el caso o su adecuada solución, sigue ligado al derecho. ¿De qué manera?, a través de los fines que dan sentido a las normas y al ordenamiento en su conjunto. Ésta es la vía por la que Fuchs trata de salir de la aparente contradicción de afirmar simultáneamente la vinculación legal del juez y la posibilidad de decisiones justificadas contrarias al tenor literal de las normas legales. La decisión contraria al tenor literal de la ley no sería en realidad, siempre que no sea arbitraria y puramente subjetiva, decisión contra legem; o, más claramente, no sería decisión contraria a Derecho⁴⁰. Afirma Fuchs que incluso el totalmente claro tenor literal de una norma legal o contractual no impide interpretarla con arreglo a su verdadero sentido, espíritu y finalidad, apartándose de su literalidad, y desarrollarla a tenor de las necesidades del tráfico. En toda norma vive un impulso hacia su desarrollo, un movimiento hacia la justicia⁴¹ y hacia una equidad que tome en cuenta los intereses enfrentados (Fuchs 1929a: 292). Así pues, el Derecho libre eleva el fin de las leyes por encima de su tenor literal y hace justicia, incluso en aquello que el legislador no ha pensado, a las cambiantes condiciones de la vida y del Derecho, mediante una fundamentación abierta y transparente, tal como corresponde a la verdadera voluntad de toda legislación (Fuchs 1929a: 292). Tenemos, en consecuencia, que el Derecho no se agota en la ley, pero no porque exista nada similar a un Derecho natural en su sentido más propio⁴², sino porque al juez compete actualizar la ley en concordancia con la realidad social, el sentir general y las nuevas necesidades. El juez no es servidor de la palabra, sino del espíritu de la ley y desarrolla creativamente el Derecho⁴³ con arreglo a las necesidades que nacen del incesante fluir del tráfico y según las peculiares circunstancias fácticas del caso (Fuchs 1925-26a: 23).

Podríamos sintetizar el pensamiento de Fuchs sobre estas cuestiones, con sus contradicciones u oscuridades, de la siguiente manera: aunque se insiste en que el Derecho libre no aprobaría la vulneración por el juez de la letra clarísima de un precepto legal,

40. Según Fuchs, la vinculación del juez a la ley, constitucionalmente establecida, no significa sumisión a la letra muerta, sino que la ley ha de aplicarse según su sentido, según la idea jurídica más profunda que en ella se expresa, según su fin y su espíritu (Fuchs 1929b: 38).

41. Para Fuchs, la ley, por definición, no puede querer nada injusto o disparatado (Fuchs 1912c: 464), las normas buscan siempre algo bueno y razonable (Fuchs 1912a: 61).

42. Dice Fuchs que el Derecho libre, no escrito, no positivizado, puede entenderse como Derecho natural, pero entendiendo por tal el Derecho que no es escrito ni consuetudinario, no el Derecho natural abstracto e inmutable, al que considera un espejismo (Fuchs 1929b: 16). Sobre la posible relación entre Derecho libre y Derecho natural puede verse Hernández Marín 1986: 232-233.

43. Como ejemplo del modo como la jurisprudencia actualiza y adapta el Derecho, cita Fuchs, entre otros muchos, el de la culpa in contrahendo, de la que el BGB no hablaba, pero que los tribunales introdujeron. Tal jurisprudencia sería todo lo contrario a una jurisprudencia contraria a la ley, sería colmado de lagunas (Fuchs 1912a: VIII). Más ejemplos de sentencias en las que el tribunal se aparta adecuadamente de la literalidad de la ley pueden verse en Fuchs 1914: 270ss. Para Fuchs, una buena muestra de cómo ha de proceder la jurisprudencia viene dado con las sentencias alemanas que ponen fin a la aplicación del principio legal marco igual a marco (véase Fuchs 1929b: 17-20).

siempre que las circunstancias del caso exijan un tratamiento más justo o socialmente apropiado que el que la ley propone, se puede considerar que existe una laguna y que el juez está llamado a desarrollar el Derecho, para lo cual el Derecho Libre, esto es, la libre ponderación de los intereses con arreglo a las necesidades y la opinión social, sería el método adecuado. Con ello el Derecho no se estaría violando, sino que se realizaría de modo acorde con sus verdaderos fines, los fines de toda ley, que no pueden ser otros que la justa y equitativa resolución de cada conflicto. El sistema operante no será ya un puro sistema lógico de conceptos o de puros mandatos literales, sino un sistema de fines. Pongamos en lugar de la mera mención de fines una referencia a valores superiores o valores inspiradores de la Constitución, y tendremos la imagen de un Derecho dúctil muy del gusto de nuestros días.

5. Hacia la verdadera ciencia jurídica.

El rechazo de Fuchs a la doctrina y el método jurídico en su tiempo imperantes, se traduce también en una muy innovadora propuesta para la constitución de una verdadera ciencia jurídica. La acusación a la ciencia jurídica convencional sería la de un profundo y lamentable alejamiento de la vida, la de un conceptualismo estéril y alienante. La auténtica ciencia jurídica⁴⁴ debe alejarse del modelo de la teología⁴⁵. La que para Fuchs es verdadera ciencia jurídica es una ciencia de la experiencia (Fuchs 1909: 212), es una ciencia basada en la observación y de carácter real-inductivo⁴⁶ (Fuchs 1912a: 75), es parte de la ciencia natural en sentido amplio (Fuchs 1912a: 87), no es ciencia de normas⁴⁷, sino ciencia de los hechos y los valores (Fuchs 1912a: 8), como corresponde a su doble objeto: adecuada averiguación de la verdad y correcta valoración y ponderación de intereses (Fuchs 1912a: 53). La observación ha de anteponerse a los conceptos (Fuchs

44. Hace Fuchs algunas precisiones terminológicas. A la doctrina tradicional, que sigue el método filológico-dialéctico la denomina *Jurisprudenz*. Esta tiene dos variantes: la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), también caracterizada como jurisprudencia constructiva o pandectología, y la jurisprudencia puramente emotiva o del sentimiento como prejuicio camuflado (*Gefühlsjurisprudenz*), también llamada por él criptosociología o Derecho libre oculto. El nombre de ciencia jurídica queda reservado para la disciplina experimental y práctica sobre los hombres, la economía y el tráfico (Fuchs 1912a: 1).

45. Véase Fuchs 1907: 62, 64. Ya Kantorowicz (1906: 30ss) había mostrado los paralelismos entre jurisprudencia dogmática y teología ortodoxa: Dios vs. legislador como esencias inasibles para la experiencia; sus intenciones son inalcanzables para el profano o accesibles sólo a una casta privilegiada de teólogos o juristas a través de la revelación; juristas y teólogos hacen pasar su voluntad como voluntad de Dios o el legislador; unos y otros califican cualquier acción como jurídica o antijurídica vs. querida o prohibida por Dios; a uno le basta la mirada a la ley y al otro a los Diez Mandamientos, y ambos fundamentan cualquier decisión, valiéndose de técnicas hermenéuticas: tanto la ley como El Libro carecen de lagunas y contradicciones. Pero tanto una como otro están sometidos a distintas lecturas históricas, que se salvan respectivamente remitiéndose al espíritu de la ley o realizando concordancias.

46. Esta pretensión de un método inductivo es tajantemente rebatida por Hernández Marín (1986: 235-236).

47. Lo mismo sostenía Kantorowicz, argumentando que el *Sollen* es un *Sein* (Kantorowicz 1906: 30).

1912a: X). No cuestiona Fuchs la utilidad de la formación de conceptos en la ciencia jurídica, en la que desempeñarán el mismo papel que en cualquier otra ciencia: el de indicadores (*Richtlinien*) que se modificarán en cada momento según el progreso del conocer (Fuchs 1923-24: 101). Pero tales conceptos se establecerán a posteriori, a partir del conocimiento y la experiencia, no estarán preconstituídos como condicionantes pseudoobjetivos⁴⁸. La ciencia del Derecho es, al igual que por ejemplo la medicina, una ciencia orientada a la acción, no una ciencia de la escritura y la oratoria (Fuchs 1912a: 63), es ciencia aplicada; y lo que la distingue frente a las demás ciencias del mismo carácter es el mayor peso que en ella cobra lo ético y lo intelectual (Fuchs 1909: 146). Y al igual también que en la medicina, en la ciencia jurídica teoría y praxis se dan inseparablemente unidas (Fuchs 1912a: V).

Lo anterior se comprende con mayor claridad cuando se comprueban cuáles son, para Fuchs, los objetivos y los componentes de esa ciencia jurídica. Sostiene que una verdadera ciencia jurídica moderna tiene dos hemisferios. El primero es el ámbito de lo psicológico (*Seelensleben*) (investigación de la verdad) y el segundo es el ámbito del tráfico social (investigación del Derecho), (Fuchs 1908: 120). Con esos dos campos se corresponden las dos disciplinas principales que integran la ciencia jurídica: la psicología jurídica y la sociología jurídica. Es curioso el modo como Fuchs diseña el cometido de estas dos disciplinas. Considera que en todo proceso judicial hay dos partes decisivas: el adecuado conocimiento de las partes y la acertada valoración de la prueba testifical, por un lado, y la correcta incardinación del conflicto en las circunstancias y necesidades sociales. Para lo primero serviría la psicología y para lo segundo la sociología; y juez capacitado será sólo el que posea los necesarios conocimientos de ambas.

Machaconamente recalca Fuchs que el conocimiento de la verdad de los hechos que en el proceso se dirimen pasa por la competente valoración de los testimonios. La toma de declaración de un testigo y su correcta apreciación constituyen el más interesante de los problemas jurídicos (Fuchs 1912c: 457). Aquí la búsqueda de la verdad sólo podrá correr de cuenta de un juez que posea un buen conocimiento de los seres humanos y una rica experiencia, y que actúe llevado por su sentimiento de la verdad (Fuchs 1912c: 459). Todo encorsetamiento procesal debe ceder en esto en favor de la libre apreciación de la prueba, pero sólo cuando se den garantías de que

48. La inducción, la observación metódica, no excluye sino que exige la síntesis sistematizadora, la clasificación y división de las observaciones y con ello (por tanto a posteriori) la creación de conceptos, principios y leyes (...). La mera observación, sin un espíritu penetrante y sistematizador, no conduce a un saber orgánico (Fuchs 1916: 176).

el juez reúne esos requisitos⁴⁹. El conocimiento de la psicología de los testigos⁵⁰ sería para el jurista tan importante como lo es para el tratamiento técnico del hierro el conocimiento de sus propiedades físicas y químicas (Fuchs 1908: 105).

La segunda de esas disciplinas conformadoras de la formación científica del jurista sería la sociología jurídica. El jurista que siga el método que Fuchs propone, y al que califica también como método sociológico, persigue ante todo el resultado justo de la decisión y para él la ley es sólo un límite o, cuando es dispositiva, un indicador (Fuchs 1912c: 464). Esa búsqueda central del resultado justo solamente se podrá realizar desde un conocimiento de la realidad social que permita ponderar acertadamente los intereses en cada caso en juego. La necesaria sociología jurídica que para este fin ha de desarrollarse se ocupa de conocer la realidad del tráfico y las funciones económicas de todos nuestros institutos civiles (Fuchs 1912c: 469). La ponderación de intereses que el juez ejecuta tiene carácter sociológico y su objeto es el hallazgo de la proposición jurídica correcta, sobre la base de saber, a partir de los mencionados datos sobre la realidad social, qué parte y por qué tiene de su lado la equidad y la justicia. Agrega Fuchs, induciendo cierto equívoco, que a esta sociología jurídica en sentido restringido pertenece también la interpretación de los negocios jurídicos y de la ley (Fuchs 1912c: 463). Entre los conocimientos que tal disciplina ha de manejar se hallarían asimismo los de la economía política (Fuchs 1912c: 469).

Bajo esta terminología sociológica lo que Fuchs está mostrando es su postulado de que el jurista no se ha de guiar por un espíritu legalista, sino que la pauta de su decisión ha de darla la ponderación de las reales circunstancias del caso y del contexto social, lo cual no podrá acontecer sin una correcta formación y experiencia⁵¹.

49. Sólo un juez bien formado, tanto teórica como prácticamente, en la psicología del testimonio y el arte de su apreciación, puede llevar a cabo correctamente la libre valoración de la prueba. Cuando tal formación no se da, las viejas reglas probatorias (...) aseguran más eficazmente una sentencia correcta (...) No hay nada más peligroso que la libre apreciación de la prueba en manos de quienes no son psicólogos con buen conocimiento de la vida (Fuchs 1908: 118). Ya los contemporáneos de Fuchs destacaron su ingenuidad al pensar que con esa formación científica se ponía el juez en condiciones de conocer con garantías la verdad objetiva en el maremagnum de las declaraciones y pretensiones de un proceso (Véase, por ejemplo, David 1910: 423ss).

50. Aunque este es el aspecto que Fuchs más destaca, indica que también existiría una psicología de las partes y sus acciones, de los peritos, de los jueces y de los jurados (Fuchs 1912c: 458).

51. Acierta Radbruch cuando mantiene que para Fuchs la sociología no era una particular disciplina teórica, sino que la mencionaba como fórmula imperfecta para referirse a una intuición de la vida social valorativamente orientada (Radbruch 1928-29: 403). Una certera crítica la expresó Oertmann en 1911: lo único nuevo del método sociológico de Fuchs sería el nombre, pero en los hechos no propondría nada nuevo ni distinto a lo que se venía llamando punto de vista teleológico, nada distinto de la recomendación de interpretar la ley según su sentido más razonable y con arreglo a su fin, recomendación que ya estaba en Dernburg o Widscheid (Oertmann 1911: 203). La terminología y la sistemática de Fuchs son confusas. Siguiendo a Comte define la sociología como la ciencia total del hombre como género (Fuchs 1912c: 457). Una parte de esa sociología sería la ciencia jurídica sociológica, que se compone de dos partes: la psicología jurídica, que es la ciencia que se ocupa de las cuestiones de hecho que

6. Propuestas de reforma: enseñanza del Derecho y proceso.

Terminaremos esta exposición con una breve referencia de algunas de las más sonoras propuestas de reforma que Fuchs planteó, reformas que o bien serían necesarias para que sea viable ese nuevo tipo de práctica jurídica, o bien son condición de su más plena operatividad. Tal sería el caso, respectivamente, de la reforma en la enseñanza del Derecho y de las reformas relativas a la regulación de la actividad jurisdiccional.

Fuchs se ocupa de la enseñanza desde el estadio preuniversitario⁵², pero sus mayores esfuerzos se orientan a una radical transformación de las facultades de Derecho. Para él, el único antídoto contra una parcialidad judicial determinada por la ideología o los condicionamientos sociales es una adecuada educación jurídica (Fuchs 1925-26b: 245). La enseñanza del Derecho ha de ser fundamentalmente práctica, la formación como jurista debe empezar con la práctica, no con la teoría, y lo ideal sería que el estudiante de Derecho comenzara como alumno de un abogado o en una institución judicial, al menos durante un año (Fuchs 1907: 55-56). Así se sentaría la base de un aprendizaje basado en la experiencia, contrariamente al planteamiento que se suele seguir y que procede al revés, comenzando con las reglas abstractas y la historia. Dice Fuchs que las leyes son algo así como la gramática del Derecho (...). De las reglas gramaticales cabe tratar cuando se ha aprendido a hablar una lengua o, como máximo, al mismo tiempo que se aprende. Empezar por aprender las reglas de memoria es poner el mundo al revés (Fuchs 1907: 32). Ese predominio del aprendizaje práctico se tiene que traducir también en que el aprendizaje memorístico ha de dejar su sitio a la educación de la capacidad de observación y de actividad autónoma (Fuchs 1907: 55); los profesores de Derecho deben ser auténticos prácticos, igual que los profesores de medicina (Fuchs 1909: 177) y conviene que dediquen a la actividad práctica al menos la mitad de su tiempo, para que no caigan en el divorcio entre teoría y praxis (Fuchs 1909: 175); las clases teóricas deben enlazar continuamente con ejercicios clínicos, como ocurre en el estudio de la medicina (Fuchs 1907: 57). Piensa que toda facultad de Derecho ha de estar unida a una especie de clínica jurídica, donde continuamente el estudiante vea y analice casos reales bajo la orientación del profesor⁵³.

entre las partes se discuten, y la sociología jurídica en sentido estricto, que trata de la decisión, conforme a una ponderación real de intereses, de cuestiones de Derecho debatidas entre las partes (Fuchs 1912c: 457). El propio Fuchs aclara, sin embargo, que cabe hablar también de una sociología jurídica propiamente dicha, que se ocuparía de investigar el modo en que los jueces deciden aquellos casos, la mayoría, que el Derecho formal no abarca (Fuchs 1912a: 88).

52. Aboga por una enseñanza aconfesional, que forme en la búsqueda de la verdad y en la tolerancia y que no pretenda inculcar dogmas de ningún tipo (Fuchs 1907: 48ss).

53. El lema sería: laboratorios en lugar de auditorios (Fuchs 1929b: 47). Sobre las características y

En cuanto a las disciplinas jurídicas que se enseñan, dice por ejemplo de la historia del Derecho que bastan unas breves nociones y que ha de cursarse al final de la carrera, cuando el estudiante ya ha aprendido de la práctica y puede situar adecuadamente los datos históricos (Fuchs 1920a: 72). Pero la auténtica fobia de Fuchs se manifiesta contra el Derecho romano⁵⁴. Su enseñanza es la de un cadáver embalsamado. Con el cultivo de las Pandectas (interpretación, sistematización, armonización, etc.) se hace lo contrario de lo que hacían los juristas romanos de la época clásica, que eran creativos y no se dejaban aprisionar por la letra (Fuchs 1907: 65-66). Carece de sentido pretender que las instituciones romanas tengan aplicación en la época actual, como si las sociedades no hubieran cambiado en nada o como si el Derecho pudiera ser un saber intemporal. Además, opina Fuchs que la presencia del Derecho romano en Alemania supone la colonización del verdadero espíritu jurídico germánico por una cultura jurídica extraña. No sólo sería un Derecho muerto, sino también un Derecho ajeno⁵⁵(Fuchs 1907: 70; Fuchs 1929b: 10-12).

En lo que se refiere a las reformas en el proceso y la organización judicial, basten aquí unas breves indicaciones como ilustración. Fuchs se muestra favorable al jurado de escabinados. Opina que la participación directa del pueblo en la impartición de justicia es irrenunciable tanto para el pueblo como para el Derecho (Fuchs 1912c: 165), pero un sistema de jurado puro supone poner bienes fundamentales de los ciudadanos a merced de puros legos que tal vez carecen de referencias suficientes o pueden caer fácilmente en el formalismo o el culto a la letra de la ley (Fuchs 1907: 123). Ese jurado mixto estaría presidido por un juez, salido de la elite de la abogacía⁵⁶ y elegido popularmente dentro del correspondiente territorio, por períodos

funcionamiento de tales clínicas véase Fuchs 1912a: 74-76. Ya en 1907 Düringer replicaba a Fuchs que comparar la actividad del jurista con la del médico es confundir la realidad, pues los médicos trabajan y enseñan con objetos visibles, los pacientes, mientras que el caso jurídico es invisible y ha de ser intelectualmente reconstruido (Düringer 1907: 1030).

54. Téngase en cuenta la relevancia que el Derecho romano mantenía, con la pandectística, en la época de la cultura jurídica alemana que Fuchs quiere desterrar.

55. Idealiza Fuchs las virtudes del derecho germánico y del pueblo alemán y piensa que éste acabará rebelándose contra el romanismo e imponiendo reformas acordes con su ser, con lo que sobrevivirá el indestructiblemente sano organismo germano (Fuchs 1909: 204). En un trabajo publicado en 1918 liga el movimiento jurídico por él propuesto con el necesario renacimiento que habrá de llevar a la victoria en la guerra mundial (Fuchs 1918c: 17). Frente a las resonancias que esto pudiera tener a la luz de las tesis posteriores del nazismo (y algún autor ha tratado de responsabilizar al derecho libre de buena parte de la teoría jurídica nazi), conviene añadir que Fuchs une ese cierto espíritu nacionalista a la defensa explícita de la Constitución de Weimar (véase Fuchs 1925-26b: 237-238, 239, 253-254). En lo ideológico, se proclama simpatizante del ala izquierda de la corriente liberal-democrática (Fuchs 1925-26c: 249).

56. Nadie debería ser juez sin una acreditada experiencia profesional que enseñe la realidad social. No sólo de entre los abogados se puede reclutar los jueces; también se podrían buscar entre juristas con experiencia en el comercio o la industria, en la administración pública o, incluso, en el periodismo, oficio este último especialmente apto para conocer los pormenores de las relaciones sociales (Fuchs 1909: 193).

renovables, igual que se elige a un alcalde. Con tal sistema de elección de jueces se asegura que éstos estén compenetrados con los usos y costumbres de sus conciudadanos, insertos en el tráfico social y en permanente contacto con la conciencia y el sentimiento jurídico general. Se garantizaría, en suma la pretendida *Volkstümlichkeit* de las resoluciones judiciales (Fuchs 1907: 126). En todo caso, para juez no se estudia, igual que no tendría sentido estudiar para alcalde o ministro (Fuchs 1909: 193). Esos supremos jueces podrían nombrar ayudantes para asuntos menores o de mero trámite. En cuanto a los miembros no jueces del jurado, lo ideal es que sean elegidos por su experiencia en la temática sobre la que el caso verse⁵⁷; se nombrarían por el juez, a ser posible con el acuerdo de las partes. Los peritos se integrarían en el tribunal como jurados (Fuchs 1907: 124ss). También es preferible que los propios jueces sean especialistas y que se acabe con la uniformidad en la organización judicial (Fuchs 1909: 152ss). En cualquier caso, los jueces deben ser pocos y muy bien pagados (Fuchs 1907: 125; Fuchs 1918c: 18). El objetivo sería conseguir que los juristas mejor dotados, que hoy son directores de banco y similares, fueran jueces (Fuchs 1908: 125).

En cuanto a las reglas procesales⁵⁸, se pronuncia Fuchs contra una reglamentación muy minuciosa y en favor de un mayor margen de movimientos y de apreciación para las partes y para el juez (Fuchs 1907: 103). De la ciencia procesalista, dice que nada muestra mejor el descarrío alienante de nuestra doctrina jurídica que nuestra erudita ciencia procesalista (...) En los estudios, la ciencia y la praxis las reglamentaciones procesales no tienen por qué jugar un papel mayor que el que en la medicina tiene la reglamentación hospitalaria (Fuchs 1912a: 77).

Fuchs pretende que verdaderamente se respeten y se realicen los principios procesales de publicidad, inmediatez, oralidad y libre apreciación de la prueba, todos los cuales estarían siendo pervertidos e ignorados por una práctica judicial más preocupada por los conceptos y las argucias retóricas encubridoras del decisionismo que por la averiguación de la verdad y la impartición de auténtica justicia⁵⁹. El proceso no debe funcionar como una guerra entre bandidos, sino como un duelo en el que las partes proceden lealmente y en el que la búsqueda de la justicia impera sobre el simple deseo de victoria (Fuchs 1909: 206ss). Para ello la colaboración de los abogados⁶⁰ será

57. Dice Fuchs que, por ejemplo, cuando se juzga un accidente de caza un tribunal integrado por cazadores entenderá, interrogará y resolverá mejor (Fuchs 1925-26a: 27).

58. Una minuciosa crítica del ordenamiento procesal alemán de su tiempo en Fuchs 1909: 131ss.

59. Sobre dichos principios y su necesaria operatividad véase Fuchs 1909: 237ss y Fuchs 1908: 88ss.

60. Le preocupa sobremanera a Fuchs la proletarización de los abogados que se produce cuando su número es excesivo y tienen que luchar por los casos para sobrevivir, dejando de lado toda consideración moral y

imprescindible: no puede haber una verdad sin veracidad, al igual que no cabe un Derecho correcto sin justicia. Un abogado que defiende un caso de un modo indiferente, sin estar convencido de que la verdad y el Derecho están de su parte, es como un sacerdote que a cambio de un pago en dinero pronuncia una estereotipada oración nupcial o fúnebre para alguien, sin importarle que se trate de una buena o una mala persona (Fuchs 1909: 243). Estemos o no de acuerdo con las tesis del Derecho Libre, tendremos que reconocer cuánto sabía Fuchs de la realidad, y no sólo de la de los abogados.

abandonando lo que, según la idealista visión de Fuchs, son los atributos de la abogacía: servicio a la justicia, idealismo, entusiasmo, nobleza... (Fuchs 1907: 57ss).

REFERENCIAS⁶¹.

DAVID, A. 1910. Zu den Ausführungen von Fuchs über Freirechtleri und soziologische Rechtslehre, Deutsche Richterzeitung, II, pp. 423-431.

DÜRINGER, A. 1907. Schreibjustiz und Richterkönigtum, Das Recht, XI, p`p. 1027-1035.

EHRlich, E. 1903. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig. Reimpreso en Aalen, Scientia, 1987, por donde se cita.

FOULKES, A.S. 1965. Ernst Fuchs und die Freirechtslehre. Ein Lebensbild, en Fuchs 1965, pp. 225-259.

FUCHS, E. 1907. Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform, Leipzig, Teutonia, 115pp. Incluido en Fuchs 1970, pp. 29-141.

- . 1908. Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, Berlin, C. Heumanns Verlag, 243pp. Incluido en Fuchs 1965, pp. 65-165, por donde se cita.

- . 1909. Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe, G. Braunschen, 311 pp. Incluido en Fuchs 1970, pp. 143-455.

- . 1912a. Juristischer Kulturkampf, Karlsruhe, G. Braunsche, 228 pp. Incluido en Fuchs 1973, pp. 13-196.

- . 1912b.- Klassische Einwendungen gegen die soziologische Rechtslehre, publicado como anexo a Fuchs 1912a. Incluido en Fuchs 1970, pp. 495-509.

- . 1912c. "Freirechtleri und soziologische Rechtslehre", publicado como anexo a Fuchs 1912a, pp. 151-166. Incluido en Fuchs 1970, pp. 457-472.

- . 1914. Die moderne Rechtsfindung, Juristische Wochenschrift, 43, pp. 270-274. Incluido en Fuchs 1973, pp. 197-211.

61. Las obras se citan en el texto por las páginas de sus ediciones originales, salvo cuando expresamente se hace constar otra cosa en estas referencias.

- .- 1916. Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft, Recht und Wirtschaft, pp. 137ss. Incluido en Fuchs 1965, por donde se cita.

- .- 1918a. Die Sache im sinn des BGB und anderer Gesetze, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 12, pp. 297-302. Incluido en Fuchs 1973, pp. 273-275.

- .- 1918b. Zur Umschaffung des BGB, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, 9, pp. 372-383. Incluido en Fuchs 1973, pp. 291-302.

- .- 1918c. Freirechsschule und Wortstreitgeist, Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 27, pp. 17-23. Incluido en Fuchs 1973, pp. 359-368.

- .- 1918-19. Jhering und die Freirechtsbewegung, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 12, pp. 10-23. Incluido en Fuchs 1965, pp. 181-192.

- .- 1920a. Soziologie und Konstruktion, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 12, pp. 497-506. Incluido en Fuchs 1973, pp. 277-281.

- .- 1920b. Zur Entfesselung des Richters, Deutsche Richterzeitung, 12, pp. 148-151. Incluido en Fuchs 1975, pp. 133-138.

- .- 1920c. Gerechtigkeitswissenschaft, Juristische Wochenschrift, 49, pp. 6-10. Incluido en Fuchs 1973, pp. 247-258.

- .- 1921. Formalismus und Zivilprozess, Juristische Wochenschrift, 50, pp. 697-700 y 1216-1217. Incluido en Fuchs 1973, pp. 303-319.

- .- 1922. Fortschritte und Hemmungen der freirechtlichen (soziologischen) Bewegung, Juristische Wochenschrift, 51, pp. 7-11. Incluido en Fuchs 1973, pp. 259-272.

- .- 1923-24. ?Von scholastischer Jurisprudenz zu erfahrungswissenschaftlicher Rechtskunst, Die Tat, 15, pp. 98-114. Incluido en Fuchs 1975, pp. 139-155.

- .- 1925-26a. Richterkönigtum, Reichsgericht und Juristenbildung?, Die Justiz, 1, pp. 22-33. Incluido en Fuchs 1975, pp. 13-24.
- .- 1925-26b. Der oberster Reichrichter und die Wende der deutschen Rechtspflege, Die Justiz, 2, pp. 237-254. Incluido en Fuchs 1975, pp. 25-42.
- .- 1925-26c. Die Deutsche Richterzeitung und die Justiz, Die Justiz, 1, pp. 248-252. Incluido en Fuchs 1975, pp. 43-47.
- .- 1925-26d. Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsdenken, Die Justiz, 1, pp. 349-363. Incluido en Fuchs 1975, pp. 204-218.
- .- 1926-27a. Juristendenken und Juristensprache?, Die Justiz, 2, pp. 23-42. Incluido en Fuchs 1973, pp. 369-388.
- .- 1926-27b. Der neue Rechtsgeist und die kommende Rechtskunst, Die Justiz, 2, pp. 441-461. Incluido en Fuchs 1973, pp. 389-409.
- .- Gesunder Menschenverstand, Neu-Wiener Begriffsnetz und französische neue Schule ?, Die Justiz, 4, pp. 129-163. Incluido en Fuchs 1975, pp. 70-104.
- .- 1929a. Rechtsfortbildung trotz klaren Wortlaut, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 23, pp. 289-306. Incluido en Fuchs 1975, pp. 168-176.
- .- 1929b. Was will die Freirechtsschule?, Rudolfstadt, Greifenverlag, 1929, 55 pp. Recogido en Fuchs 1965, pp. 21-63.
- .- 1965. Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, editado por A.S. Foulkes y A. Kaufmann, Karlsruhe, C.F.Müller, 270 pp.
- .- 1970. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, vol. 1, editado por A.S. Foulkes, Aalen, Scientia, 516 pp.

.- 1973. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, vol. 2, editado por A.S. Foulkes, Aalen, Scientia, 409 pp.

.- 1975. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, vol. 3, editado por A.S. Foulkes, Aalen, Scientia, 448 pp.

GÄNGEL, A./MOLLNAU, K.A., eds. 1992. Gesetzesbindung und Richterfreiheit: Texte zur Methodendebatte 1900-1914, Berlin, Haufe, 447 pp.

HERNANDEZ MARIN, R. 1986. Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea, Madrid, Tecnos, 357 pp.

KANTOROWICZ, H. (Con el seudónimo Gnaeus Flavius) 1906. Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg, Winter, 52 pp.

KAUFMANN, A. 1965. Einleitung, en Fuchs 1965, pp. 1-19.

LARENZ, K. 1994. Metodología de la ciencia del Derecho, Madrid, Tecnos, trad. de M. Rodríguez Molinero, 536 pp.

LOMBARDI VALLAURI, L. 1967. Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milán, Giuffrè (reimpr.).

OERMANN, P. 1911. Soziologische Rechtsfindung, recogido en Gängel/Mollnau 1992, pp. 200-227.

RADBRUCH, G. 1928-29. Ernst Fuchs, Die Justiz, 4, pp. 403-404. Incluido en Fuchs 1975, pp. 281-282.

ROSS, A. 1929. Theorie der Rechtsquellen. Reimpresión en Aalen, Scientia, 1989, 458 pp.

RUMPF, M. 1910. In Sachen Düringer wider Gmelin, recogido en Gängel/Mollnau 1992, pp. 146-174.

SEGURA ORTEGA, M., 1993. El movimiento del Derecho libre, Anuario de Filosofía del Derecho, X, pp. 423-455.

GUIA DE LECTURA No. 1.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Ernest Fuchs y la Doctrina del Derecho Libre.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- Exponer las doctrinas que respecto a la metodología jurídica y el sistema jurídico se han desarrollado en la historia del pensamiento jurídico y algunas manifestaciones de ellas en la actualidad.
- Diferenciar entre el paradigma del Formalismo jurídico y la Escuela del Derecho Libre respecto al Derecho y su aplicación.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuál es la concepción dominante en Europa en las últimas décadas del siglo XIX respecto a la metodología jurídica y al sistema jurídico?.
2. ¿Cuáles fueron las críticas que recibió la concepción metodológica dominante?. ¿Quiénes las formularon?.
3. ¿Qué críticas recibieron los representantes de la Escuela del Derecho Libre?.
4. ¿Qué significado tiene la noción de “capacidad generativa” de los conceptos jurídicos criticada por Fuchs?.
5. Señale el significado que tienen para Fuchs los siguientes conceptos y, en su caso, la crítica que recibió:

CONCEPTO	SIGNIFICADO ATRIBUIDO POR FUCHS	CRÍTICA
Lagunas		
Caso fácil		
Caso difícil		
Lógica		

6. ¿Qué diferencia encuentra entre el mecanismo de colmar lagunas sugerido por Fuchs y el previsto en los Arts. 9 CF y 7 letra “f” LPrF?
7. ¿Qué explicación le merece la ausencia en el Código Civil de una mención expresa a las lagunas y a los mecanismos para colmarlas?
8. ¿Dónde está, según Fuchs, el límite del poder del juez para convertir un caso en especial y sustraerlo a la dicción genérica de la ley de modo que su actuación no se torne arbitraria?
9. A partir de las ideas del texto complete el cuadro siguiente:

	Modelo de juez que propugna	Concepción sobre el proceso de interpretación jurídica	Forma de entender la decisión jurídica	Concepción del sistema jurídico
Formalismo jurídico				
Escuela del Derecho Libre (Fuchs)				
Estado Constitucional				

10. ¿Por qué sostiene Fuchs que la equidad del juez no es la “equidad del sentimiento”? ¿Cuándo una sentencia es correcta?

11. ¿Cuáles serían las ventajas de utilizar en el proceso decisorio un criterio de base consensual?.
12. ¿Cómo cree usted que podría medirse en la sociedad moderna el criterio de corrección de la decisión jurídica propuesto por Fuchs?.
13. ¿Qué criterios propondría usted para medir la corrección de una decisión jurídica?.
14. Explique el significado que para Fuchs tienen los siguientes conceptos y, en los casos en que proceda, la crítica de la que fue objeto:

CONCEPTO	SIGNIFICADO ATRIBUIDO POR FUCHS	CRÍTICA
Sentimiento jurídico		
Buen juez		
Formación del jurista		
Vinculación del juez a la ley		
Verdadera ciencia jurídica		

15. ¿Cuál es la propuesta de Fuchs frente a la enseñanza del Derecho y de la actividad jurisdiccional?.
16. ¿Qué quiere decir Fuchs cuando dice: “empezar por aprender las reglas de memoria es poner el mundo al revés”?.

2. RETÓRICA, ARGUMENTACIÓN Y DERECHO.

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León, España

Introducción.

Para comprender el papel que en la actual teoría jurídica juega o puede jugar la retórica y para situar el origen de las llamadas teorías de la argumentación jurídica, conviene comenzar con unas breves consideraciones sobre la situación anterior de la teoría del Derecho y de su interpretación y aplicación.

Es de sobra conocido que la importancia que a la retórica y la tópica se otorgaba entre los juristas medievales, tanto en el modo “polémico” de concebir la búsqueda de las soluciones para los litigios como en el método de enseñanza del derecho, entra en crisis con el racionalismo de la época moderna y el cambio en el modelo ideal de racionalidad. El viejo arte de la prudencia es reemplazado por la pretensión de dotar al razonamiento jurídico (y al moral) de un grado de certeza y coherencia parangonable al de la matemática o las ciencias naturales. Baste pensar en el rotundo ataque de Kant a la retórica. El iusnaturalismo racionalista pretende construir sistemas completos de derecho natural, cuyos preceptos se ordenan jerárquicamente según su grado de generalidad y entre los cuales se da una relación deductiva. Se confía en la capacidad de la razón para captar evidencias ínsitas en la propia naturaleza humana y para traducirlas a normas. Ese Derecho natural moderno supone, pues, postular un Derecho de la razón capaz de ofrecer respuestas indubitadas, y al legislador y a la ley positiva se deja sólo la misión de concretar y adecuar a las particulares circunstancias sociales esos supremos mandatos racionales. La certeza en el conocimiento y el modo de concebir el razonamiento práctico como sustancialmente tasado y predeterminado en su desarrollo dejan poco sitio a la discusión de lo meramente opinable. El conocer sustituye al decidir y la ciencia a la retórica o a la prudencia.

Como tantas veces se ha dicho, el movimiento codificador que se extiende desde fines del siglo XVIII supone la traslación de esos esquemas y pretensiones al ámbito del Derecho positivo, del Derecho legislado. Opera el llamado mito del legislador racional y en los códigos legales se ve la plasmación, ahora bajo la forma de ley positiva, escrita, de una omnisciencia del legislador que le permite conocer las necesidades sociales y su mejor solución, y de una omnipotencia que le posibilita imponer ese conocimiento verdadero como mandato incuestionable. Y nuevamente quedan sin sitio la discusión, el artificio retórico y el

debate en torno a lo dudoso. El sistema jurídico, ahora puramente positivo, se entiende como coherente, es decir, carente de antinomias, y completo, esto es, carente de lagunas. El juez encuentra en la ley perfectamente prefijada y predeterminada la respuesta a cualquier litigio que tenga que resolver, su papel se limita al de ser “boca que pronuncia las palabras de la ley”, según la tan manida fórmula de Montesquieu. El razonamiento jurídico, el razonamiento del aplicador del Derecho, se explica como un puro silogismo, en el que la ley forma la premisa mayor, los hechos que se juzgan la premisa menor y la sentencia se sigue con necesitada lógica como pura conclusión. Se suele denominar esta visión como teoría de la subsunción, resaltando que el juez se limita a subsumir el hecho concreto bajo el supuesto de hecho abstracto de la norma, aplicándole la consecuencia en ésta prevista cuando tal encaje de lo concreto bajo lo abstracto acontezca.

El problema del lenguaje no podía dejar de estar presente, de todas formas. En los primeros códigos europeos, a fines del XVIII, se contenían normas prohibitivas de la interpretación, en la confianza de que las palabras de legislador eran plenamente claras y precisas, y desconfiando fuertemente de la manipulación de la norma que el juez pudiera llevar a cabo por vía interpretativa. No obstante, éste que podríamos denominar mito de la claridad de la ley pronto se mostró inviable. Sin embargo, la teoría del Derecho disponía de medios para solventar el problema de la interpretación sin pérdida de la seguridad, al menos aparentemente. La clave aquí estará en los llamados cánones de la interpretación, que en su forma “canónica” expone Savigny en las primeras décadas del XIX. Cuatro eran para Savigny dichos cánones: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Savigny pensaba que la utilización conjunta de estos cuatro criterios permitiría en todo caso al intérprete hallar la idea inmanente a la ley, averiguar el pensamiento que en ella plasmó el legislador. La interpretación de los términos de la ley es necesaria, sí, pero existe ese “método” que permite que el juez pueda interpretar con plena objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales y para la arbitrariedad. Existe un cauce para convertir el significado dudoso en significado cierto.

Curiosamente, esa visión del Derecho y del razonamiento jurídico se impone en dos ámbitos cuya situación jurídica era bien diversa, en Alemania y en Francia. En Francia se promulga en 1804 el Código Civil, el famoso Código de Napoleón, y a partir de él se impondrá a lo largo de todo el siglo XIX la llamada Escuela de la Exégesis. En el Código estarían todas las respuestas, y la actividad del juez y del profesor de Derecho deberá ser puramente exegética, fiel a la letra, plenamente respetuosa del sentido, casi siempre claro, de los preceptos. Y en caso de duda y de que se plantee un problema interpretativo, se da total prevalencia a la averiguación de la voluntad

auténtica del legislador. Por detrás de la letra de la ley hay una voluntad que la ilumina sin margen para la incertidumbre. Ese positivismo estatista y logicista se tiñe en Alemania de ontologismo. En los Estados alemanes no existe un código civil (El BGB, Código Civil Alemán entra en vigor en 1900), sino que el Derecho es el Derecho romano de la recepción, el Derecho de Pandectas, hibridado con elementos de Derecho común y con una fuerte impronta de reelaboración doctrinal. El lugar que en el razonamiento jurídico ocupa la pura ley positiva en el caso francés, lo ocupan en Alemania los conceptos jurídicos. La doctrina plenamente dominante se llamará allí Jurisprudencia de Conceptos. Por detrás de las normas jurídicas existiría todo un entramado sistemático de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal, que habría tenido su mejor plasmación y reflejo en el Derecho romano. Nociones como negocio jurídico, testamento, contrato, compraventa, préstamo, etc., no serían puros nombres de coyunturales invenciones de un legislador, sino realidades ontológicas poco menos que intemporales, con su legalidad inmanente y con capacidad para combinarse y reproducirse dando solución a cualquier conflicto. La subsunción aquí es inmediatamente subsunción bajo la norma, pero mediatamente y en última instancia subsunción bajo los conceptos. Esos conceptos forman un perfecto sistema que tiene su cúspide en la idea de autonomía de la voluntad. El manejo de los conceptos, así entendidos, no es análisis de categorías lingüísticas, sino averiguación de esencias. La interpretación jurídica, por tanto, se mueve entre la dogmática y una filosofía que se pretende positiva a partir de un apriorismo ontológico que ve realidades plenas en esencias ideales.

Todo ese planteamiento entra en crisis con el cambio de siglo. En Alemania, Jhering, primeramente defensor radical de la Jurisprudencia de Conceptos, insistirá ya algunas décadas antes en que el Derecho no es un puro sistema de conceptos, sino vida social e historia y que sólo desde las necesidades sociales puede entenderse y aplicarse, de modo que lo que importa si se quiere interpretar y aplicar correctamente la norma es el fin al que ésta sirve. En Francia, Geny distinguirá entre lo dado y lo construido en el Derecho, resaltando que la norma legal no agota el Derecho ni predetermina plenamente la sentencia, con lo que queda siempre un amplio espacio para la valoración. No podemos aquí pararnos demasiado en estas cuestiones. Importa resaltar solamente que en las primeras décadas del siglo XX se asiste ya a un auténtico cambio de paradigma en la teoría y metodología jurídicas. Pasan a ser lugar común afirmaciones que hoy en día se tienen por indiscutibles pero que en su origen suponen una verdadera ruptura con el pensamiento anterior: el ordenamiento jurídico positivo posee antinomias y, sobre todo, está lleno de lagunas. El legislador no pudo preverlo y regularlo todo, a lo que se suma que las sociedades cambian y surgen nuevas necesidades y situaciones que

piden nuevas respuestas que en el código no se encuentran, o resulta injusto e inadecuado aplicar en todas las circunstancias la solución legal al pie de la letra. Más relevante aún para nuestro tema resulta la siguiente constatación, que desde esta época se impone: los cánones de la interpretación, en su pluralidad y diversidad (la doctrina había añadido a los cuatro de Savigny el canon o criterio teleológico) no conducen a una interpretación única, sirven para justificar interpretaciones y, consiguientemente, decisiones distintas y contrapuestas. Bajo este prisma, interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cuanto valorar y decidir. El referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación, sino que se busca, cuando se cree que es posible hallar alguno, en criterios sociológicos o de justicia.

Tal vez es curioso que en esa situación no se hablara de retórica, aun cuando el componente retórico del razonamiento jurídico y de los criterios de interpretación comienza a quedar bien de relieve. Si los criterios usuales de interpretación no son más que instrumentos de que el jurista puede valerse para presentar o motivar, bajo una apariencia de objetividad y tecnicismo, lo que no son más que opciones subjetivas guiadas por intereses o valores, parece claro que conviene abordar el discurso jurídico atendiendo a los medios argumentativos de que se vale y resaltando su dimensión más “lingüística” que puramente técnica o específicamente “jurídica”. Este paso, sin embargo, no se dará, como veremos, hasta la segunda mitad de siglo. En la época a la que nos estamos refiriendo, la doctrina se preocupará más bien de buscar claves decisorias materiales más allá de la ley o complementarias de ésta, apelando a la consideración de la justicia del caso, de las necesidades e intereses sociales, del sentir popular, etc. O se refugiará, en otros casos, en un escepticismo y relativismo que trate de salvar una ciencia jurídica sociológica, psicológica o puramente normativa, pero ya no apta para imponer a la praxis jurídica ningún género de racionalidad. Tracemos un muy elemental esquema, aunque sólo sea a efectos de comprender el contexto y las razones de la posterior emergencia de los enfoques retóricos.

Podríamos, muy elementalmente, clasificar las doctrinas de las primeras décadas del siglo sobre estos temas en racionalistas e irracionalistas. Irracionalistas serían aquellas que no creen que ningún método o procedimiento pueda dotar de garantías de racionalidad a la decisión jurídica, que sería antes que nada una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. Podríamos encajar en este apartado, sin muchos matices, al movimiento de Derecho Libre, al realismo jurídico o a Kelsen. El movimiento de Derecho Libre, con autores como Kantorowicz, Fuchs o Ehrlich, sitúa como clave de la decisión lo que llama el “sentimiento jurídico” (*Rechtsgefühl*) del juez, sentimiento en última instancia incontrolable, pero en alguna medida

educable. Recomiendan abandonar la hipocresía de una teoría que trata de presentar al juez como puro autómatas perfectamente objetivo, acrecentando con ello la irresponsabilidad por decisiones que tienen un altísimo componente personal, y proporcionar al juez una amplia formación económica, sociológica y ética, que le permita comprender la auténtica entidad de los conflictos que dirime y poner sus valoraciones en sintonía con lo que la sociedad demanda. Propugnan un lenguaje jurídico que huya de tecnicismos y de especulaciones conceptualistas y que permita una cabal comprensión de las normas y su sentido, dejando el menor espacio posible para subterfugios interpretativos que encubren un puro decisionismo.

El realismo jurídico parte de un positivismo empirista que conduce a ver en el Derecho meros fenómenos sociológicos y psicológicos y a descreer de cualquier posibilidad de que puedan existir patrones de racionalidad para las valoraciones subjetivas a que toda interpretación y decisión en Derecho se remiten. Esto lleva a autores como Alf Ross a rechazar por inútil cualquier metodología jurídica normativa o prescriptiva y a insistir en la única utilidad de una metodología jurídica descriptiva. Ésta analizaría los modos en que los jueces deciden los casos, los criterios interpretativos que suelen usar, la ideología que se trasluce de sus decisiones, el modo en que motivan sus sentencias, etc., y todo ello con la única finalidad de hacer previsible, hasta donde sea posible, sus decisiones en casos futuros. Para el realismo no hay más Derecho que el Derecho judicial y la ley sólo cuenta en la medida en que el juez crea que debe aplicarla y en que condicione de hecho sus sentencias. Los realistas recalcaron especialmente la idea que el juez primero decide y luego motiva, con lo que la motivación expresa de la sentencia no es más que el revestimiento con el que la pura decisión se disfraza de objetividad. Curiosamente, se abría nuevamente por ahí un análisis en clave retórica que los realistas no hicieron.

En cuanto a Hans Kelsen, seguramente el más influyente jurista de este siglo, comparte con el realismo ese escepticismo en cuanto a la racionalidad de las decisiones, pero trata de salvar la posibilidad de una ciencia jurídica, que ya no sería, como en el realismo, una ciencia empírica, sino una ciencia normativa. Kelsen arranca del postulado de la separación entre ser y deber, Sein y Sollen, y mantiene que si una norma es jurídica, es porque tiene en su ser algo que la especifica frente al puro mandato, frente al acto de voluntad que la genera o el sentimiento psicológico que en sus destinatarios suscita. Ese algo más es un particular “sentido”, una impronta que se traduce en lo que se denomina “validez”. La validez de una norma jurídica proviene siempre, según Kelsen, no de un hecho, sino de otra norma, concretamente de que cada norma válida lo sea porque ha sido creada

con arreglo a una habilitación y un procedimiento establecidos en una norma superior del mismo sistema. En Kelsen es fundamental la distinción entre norma jurídica (Rechtsnorm) y proposición jurídica (Rechtssatz). Las normas jurídicas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, pero las proposiciones jurídicas sí pueden calificarse en términos de verdad o falsedad. La ciencia jurídica realiza afirmaciones acerca de normas y de sus interpretaciones posibles, es puramente descriptiva y sólo se mantiene como ciencia en la medida en que describa sin valorar. Cuando el científico del Derecho interpreta una norma se limita a poner de manifiesto sus posibles significados, pero no optará por ninguno de ellos como el mejor o más conveniente. En cambio, el juez sí ha de dar ese paso, puesto que ha de decidir en todo caso, y esa valoración que determina la opción por una interpretación y la sentencia es lo que hace que el trabajo jurídico práctico no pueda tener carácter científico.

Con estos últimos datos nos hemos alejado del hilo central de nuestra argumentación, que debe llevarnos a la retórica. Pero esa lejanía no es total, pues tiene que ver con cuestiones que sí conectan con cuestiones relacionadas con la teoría del lenguaje y con el surgimiento de la retórica jurídica como doctrina. Piénsese en lo mucho que el asunto tiene que ver con la posibilidad de elaborar o no una lógica jurídica, en su doble dimensión de lógica de las normas y de lógica del razonamiento jurídico. El ver las normas como enunciados o como mandatos, el entender que pueden o no ser aplicables a ellas las categorías de verdadero o falso, enlaza con la posibilidad de construir o no una lógica jurídica y que sea aplicable la lógica proposicional o tenga que diseñarse una específica lógica deóntica. E igualmente podemos ver todo esto desde el punto de vista de una posible clasificación de las concepciones de la norma según que hagan mayor hincapié en la dimensión sintáctica, semántica o pragmática del lenguaje o discurso jurídico. Por poner un ejemplo en el que no podemos pararnos más, piénsese en las distintas implicaciones de las dos visiones de las normas que como alternativas plantean Alchourron y Bulygin: la concepción hilética, según la cual las normas serían el significado de enunciados normativos; y la expresiva, para la que serían el resultado del uso prescriptivo del lenguaje.

En la metodología jurídica de este siglo, el punto de vista que podríamos llamar “ortodoxo”, lo mantienen las corrientes racionalistas, que, asumiendo el componente de libertad decisoria de la praxis jurídica, piensan que es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan que su interpretación de los términos legales sea la correcta y objetiva. La línea evolutiva ahí pasa por la jurisprudencia teleológica, la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de valoraciones. La primera da prioridad a la consideración del fin en la interpretación y

aplicación del Derecho. La segunda destaca que el fin de toda norma jurídica es solventar un conflicto de intereses y que el intérprete ha de tener presente la índole de ese conflicto y de tales intereses para calar en el significado de la norma y aplicarla adecuadamente, concretando ante cada caso la opción de fondo que el legislador tomó en ese conflicto. La jurisprudencia de valoraciones pone de manifiesto que esa opción del legislador obedece a un sistema de valores que en el ordenamiento jurídico se plasma y en el que el juez ha de insertarse para que su decisión refleje los parámetros de fondo del ordenamiento y no sus personales opciones. La lectura de la ley vuelve ahí a ser una lectura “guiada” por pautas hermenéuticas que se pretenden claras. Nuevamente queda poco sitio para retóricas.

Se puede afirmar que el renacer del interés por la retórica entre los juristas responde a un planteamiento realista (irracionalista) y al intento de superarlo por nuevas vías, muy distintas de las de las posturas racionalistas que acabamos de presentar. Hay ahí una curiosa evolución hasta llegar a las actuales teorías de la argumentación jurídica, que, al menos en sus planteamientos más representativos e influyentes, se proponen un análisis del discurso jurídico que permita extraer reglas de su racionalidad que son reglas del argumentar, criterios retóricos que, al mismo tiempo, liberen a la retórica de su pura instrumentalidad y conviertan una actividad jurídica, entendida como básicamente argumentativa, en actividad que pueda tildarse de racional. Trataremos de mostrar esto con algún detenimiento. Pero, aunque sea como anécdota significativa, merece resaltarse que algunos de los más influyentes precursores de esas teorías de la argumentación e iniciadores de los planteamientos tópicos y retóricos comenzaron su andadura teórica como cultivadores de la lógica y desembocaron en la tópica y la retórica de resultados de su escepticismo frente a la posibilidad o la utilidad de una lógica jurídica formal, especialmente de una lógica del razonamiento jurídico. Es el caso de Theodor Viehweg y de Chaim Perelman.

Las teorías de la argumentación jurídica, con Perelman a la cabeza, vendrán a buscar una vía media entre el irracionalismo metodológico de los unos y el optimismo cientificista de los otros¹. Desde los años cincuenta la situación de crisis de la metodología jurídica va a motivar una serie de respuestas estrechamente emparentadas por compartir una idea fundamental: que la demostración meramente lógica y la prueba empírica no son ciertamente aplicables al trabajo valorativo con el Derecho, pero que ello no implica que la aplicación del Derecho sea una operación perfectamente arbitraria y aleatoria,

1. Ulfrid Neumann sostiene que la teoría de la argumentación jurídica señala un tercer camino entre decisionismo y determinismo jurídico, entre la idea de que la aplicación del Derecho está presidida por la libertad decisoria del juez y la idea de que la decisión de éste está plenamente determinada por el ordenamiento (Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 2).

pues poseería su propia racionalidad. Pero esta racionalidad, que el Derecho compartiría con otras disciplinas pertenecientes al ámbito de la acción o la razón práctica, sería de un género especial: sería racionalidad práctica. Se anticipa así, en estrecha referencia al Derecho y su problemática metodológica, lo que la filosofía general celebrará años más tarde como "rehabilitación de la razón práctica".

En esos años surgen varias doctrinas con esa común orientación. Perelman rescatará la retórica aristotélica para mostrar la racionalidad argumentativa del razonamiento jurídico y elaborar su teoría de la argumentación; Viehweg acudirá también a la tradición para rescatar la tópica y mostrar el carácter tópico del razonamiento orientado a la justificación de la acción; Recaséns Siches creará el concepto de "logos de lo razonable" para expresar el tipo de racionalidad que preside esos campos; y en el ámbito de la filosofía, pero tomando al Derecho como campo de aplicación prototípico, Toulmin mostrará que también en el razonamiento práctico se contienen fundamentaciones y que también en el razonamiento empírico o analítico se interrumpe en algún punto la cadena de explicaciones o justificaciones de las premisas, con lo que desaparece la diferencia radical en cuanto a la racionalidad de ambos razonamientos.

Se ponen así las bases de lo que se llamará, grosso modo, teorías de la argumentación jurídica, y que suponen en realidad un nuevo paradigma para la metodología jurídica y la filosofía del Derecho en general. Pero lo anterior no significa que las doctrinas que acabo de mencionar sean idénticas en sus planteamientos o sus propósitos, más allá de esa su común condición de precursoras o iniciadoras del nuevo paradigma. Así, mientras Perelman dedica su obra fundamental a la descripción del tipo de recursos argumentativos utilizables para alcanzar en estas materias la adhesión del auditorio correspondiente, Toulmin desarrolla el esquema formal de la argumentación, y Viehweg intenta mostrar la técnica de la invención o hallazgo de argumentos.

Asistimos así al comienzo de un cierto cambio de paradigma que en nuestros días va camino de consolidarse. Ese cambio supone el paso de entender el razonamiento jurídico como monológico a verlo como esencialmente dialógico. No es casual, pues, que en nuestros días haya caído en desuso la expresión "razonamiento jurídico" y en su lugar se hable de "argumentación jurídica". La práctica jurídica decisoria no está primariamente presidida por un razonar subjetivo, sino por un argumentar intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de la razón individual, las de la conciencia subjetiva del intérprete y/o juez, sino los argumentos intersubjetivos, las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones. De este modo, la "verdad" jurídica no se averigua subjetivamente, se

construye intersubjetivamente; no se demuestra en su certeza inmanente, sino que se justifica o se fundamenta en su "razonabilidad" hacia el exterior, para los demás. La corrección de las decisiones no proviene de su correspondencia con una norma que se asimila a un objeto preestablecido, sino que se apoya en el consenso que ante cada caso concreta los perfiles de la norma mediante argumentos que ya no se extraen de la norma misma sino de postulados socialmente compartidos. Por consiguiente, se abre todo un campo para un tipo de investigación en el que la conexión con la retórica es bien patente: importa averiguar cómo se argumenta en las disputas jurídicas y en la motivación de las decisiones, de dónde se extraen los argumentos, cuáles son sus tipos y su diversa incidencia sobre el correspondiente auditorio y qué posibilidades hay de distinguir entre la pura manipulación mediante instrumentos retóricos y una argumentación jurídica intersubjetiva en la que la construcción discursiva, dialógica de las tesis no suponga la renuncia a la pretensión de racionalidad.

La tópica jurídica de Theodor Viehweg.

A diferencia de Perelman, Viehweg y sus seguidores no otorgan una relevancia central al problema de la racionalidad de la decisión final y de las valoraciones que la sustentan. Por eso se ha podido afirmar que en cuanto doctrina metodológica, y en comparación con las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica, la tópica jurídica es incompleta. No es la racionalidad de los argumentos lo que principalmente preocupa a Viehweg, sino el modo como la pluralidad de argumentos utilizables para cada caso se obtienen y se legitiman socialmente como igualmente válidos en tanto que propuestas de solución para el mismo. Y un discípulo de Viehweg, como es Ballweg, llegará a sostener que la única racionalidad que cabe en la argumentación jurídica es de carácter funcional o sistémico, no de índole normativa como la que parecen querer acotar las teorías de la argumentación, por lo que la tópica no pretendería encauzar la formación de un consenso racional ni ser su doctrina, sino únicamente servir de base analítica para la obtención y descripción del consenso posible, sometido a todo tipo de condicionamientos contextuales².

Para Viehweg, el trabajo práctico con el Derecho tiene una naturaleza tópica, pues en él la búsqueda de solución para un problema práctico es determinante y tal solución no es aportada de modo inequívoco por ningún género de sistema. Por mucho que los ordenamientos jurídicos traten de ordenarse sistemáticamente, sus contenidos no serán producto originariamente de la necesidad lógica,

2. Cfr. Ballweg, O., "Phronetik, Semiotik und Rhetorik", en *Rhetorische Rechtslehre: zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, Freiburg i.Br./München, Alber, 1982, p. 44-45; "La rationalité prudentielle", en *Archives de Philosophie du Droit*, 23, 1978, p. 260.

sino de la opción entre premisas posibles; y la interpretación y aplicación de esos contenidos elevados a normas estará determinada también por una serie de opciones y decisiones, ya que las normas no se pueden formular en un lenguaje formal e inequívoco, existen lagunas, etc. En suma, el trabajo del jurista estaría presidido por la que llama Viehweg "aporía fundamental" de la disciplina jurídica: la cuestión de saber qué sea lo justo aquí y ahora, para cada caso³. Y por eso le será de particular utilidad la tópica, entendida como "técnica del pensamiento de problemas"⁴.

La tópica sería aquella disciplina que proporciona los tópicos o argumentos de que el jurista o cada parte en un litigio jurídico pueden echar mano para justificar la decisión tomada o propuesta. Los tópicos serían premisas posibles e igualmente válidas para el razonamiento jurídico en cada caso práctico. Ante cada problema, se podrá defender una u otra decisión mediante todo un conglomerado de argumentos admisibles y que resultan aceptables entre los juristas de cada momento, tanto en sí mismos, como argumentos utilizables en Derecho, como en su aplicación al caso concreto que se discuta. Esos tópicos o argumentos podrán ser de muy diverso tipo, desde principios del Derecho a brocados o dichos jurídicos, lugares comunes, evidencias sociales compartidas, precedentes, postulados de justicia, las mismas normas jurídicas, etc⁵.

Pero lo que Viehweg ante todo quiere destacar es la prioridad de la inventio o hallazgo de los argumentos o premisas del razonamiento jurídico, frente al acto mecánico o puramente formal de la conclusio o deducción de la decisión a partir de esas premisas previamente establecidas. Y la tópica sería ars inveniendi, la técnica de pensamiento que enseña a hallar esos argumentos que son útiles en la justificación de decisiones por gozar de consenso en el conjunto social o en la comunidad de los juristas.

Para la tópica jurídica, la solución decisoria de cada problema jurídico se seguirá a partir de la búsqueda y discusión de los tópicos aplicables. Y de entre el arsenal de tópicos o argumentos que la tópica

3. Viehweg, Th., *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 5. ed., 1974, p. 96. Hay traducción castellana de la segunda edición, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964. Para un estudio en detalle de la obra de Viehweg puede verse García Amado, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, donde se analiza también la contemporánea rehabilitación de la tópica en otras disciplinas y se repasa brevemente su significado en la Antigüedad.

4. *Ibid.*, p. 31. Por "problema" entiende Viehweg "toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la que se busca precisamente una respuesta como solución" (*ibid.*, p. 32).

5. Como ejemplos de tópicos jurídicos actuales cita Viehweg únicamente la buena fe, el interés, la protección de la confianza y los conceptos jurídicos en general (Viehweg, Th., *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 95). La más amplia enumeración de tópicos jurídicos se contiene en Struck, G., *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt M., Athenäum, 1971, pp. 20-34. Esos mismos tópicos son sistematizados en Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 120-128.

proporciona serán invocables en cada caso aquellos que resulten adecuados y admisibles en relación con el asunto de que se trate, sin que la decisión en favor de uno u otro como preferente se derive de ningún tipo de jerarquía entre ellos. Pero con esto llegamos al problema clave que las teorías de la argumentación tratan de responder: la cuestión de si la decisión final, la opción de dar preferencia a uno u otro de los argumentos o tópicos en litigio y, con ello, decidir en uno u otro sentido dentro de los posibles, es susceptible de control racional; se trataría de averiguar si es posible indicar algún criterio que permita discernir cuál de entre las decisiones posibles, cuál de los argumentos o valoraciones en pugna es más racional, o si, por el contrario, no hay más instancia de decisión y control que la subjetividad del juez. Y aquí es donde la tónica jurídica se queda en una fase previa a las teorías normativas de la argumentación y donde sus ambiciones teóricas se muestran menores que las de Perelman.

Viehweg no propone el consenso como criterio legitimador o asegurador de la decisión jurídica, ni siquiera un consenso ideal a modo de referente o patrón último. El consenso deberá estar en el punto de partida de la argumentación, respaldando los argumentos utilizables. Sólo servirá como tópico o argumento en la justificación de una decisión o propuesta de decisión lo que goce del consenso de todos, de la mayoría o de los más doctos. Pero, puesto que son plurales los tópicos o argumentos enfrentados ante cada problema a resolver, y puesto que la decisión final supone dar preferencia a alguno o algunos de esos argumentos enfrentados e igualmente basados en el consenso, la racionalidad de la decisión final ya no se teoriza en la tónica jurídica. La tónica como método no ofrecería un criterio para la elección entre los tópicos invocados en la discusión⁶. En este sentido, la de Viehweg sería una doctrina menos ambiciosa que la de Perelman, pero también se podría alegar que es con ello menos idealista y permanece más vinculada a los caracteres de la práctica real. En la tónica jurídica el componente descriptivo o analítico prevalecería más claramente sobre el componente normativo, sin dar lugar a esa difícil dualidad presente en el pensamiento de Perelman. De ahí que se haya podido decir también que la tónica jurídica no constituye una auténtica o suficiente teoría de la argumentación jurídica⁷, especialmente si por tal entendemos la teoría normativa de la argumentación. Se quedaría en un primer estadio, describiría únicamente los primeros pasos o el punto de arranque del proceso argumentativo que desemboca en la decisión. Sería, en palabras de Mengoni, un medio de selección de "hipótesis de solución"⁸, no un medio de justificación de la opción final por una de

6. Cfr. Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1978, p. 42.

7. Hassemer, W., "Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik", en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2, 1972, p. 47.

8. Mengoni, L., *Diritto e valori*, Bolonia, Il Mulino, 1985, p. 42.

esas hipótesis. Lo que Viehweg anticipa, en la misma época que Perelman y otros autores, es la idea que es en el contexto de cada situación donde a través del intercambio de razones se ponen las bases para que la decisión sea socialmente aceptable, si bien esa aceptabilidad provendrá meramente del consenso que respalda los tópicos en presencia y aun no del procedimiento de su manejo.

La nueva retórica de Chaim Perelman.

Desde el principio de su obra Perelman es consciente de la parte de opción valorativa que subyace a toda aplicación del Derecho y a cualquier consideración del ordenamiento o de sus normas en términos de justicia. Sólo que en su etapa inicial, que tiene su máxima expresión en su *De la justice*, de 1945, piensa, en clave de epistemología positivista, que acerca de valoraciones y sistemas de valores no cabe ningún patrón objetivo de racionalidad, por lo que todos serán en todo caso mera manifestación de la subjetividad de quien los afirma. Según Perelman, "no hay valor que no sea lógicamente arbitrario"⁹, y, "puesto que no hay reglas susceptibles de proporcionar una solución definitiva al problema de la buena elección, cada elección constituye un riesgo, una opción que afecta a la responsabilidad del hombre que ha optado"¹⁰. No obstante, y dado ese inevitable componente decisorio, en una segunda etapa trata Perelman de ir más allá de esa postura relativista y busca la forma de dotar de justificación racional a las opciones por unos sistemas de valores frente a otros. La primera conclusión al respecto seguirá siendo que es imposible encontrar para tal fin principios incontestables. Pero se tratará de elaborar una "lógica de los juicios de valor", "a partir de un examen detallado de la manera como los hombres razonan efectivamente sobre los valores"¹¹.

La idea clave para la nueva doctrina perelmaniana estará en los conceptos de decisión y juicio de valor¹², y la retórica ocupará precisamente ese puesto de "lógica de los juicios de valor".

Pero el elemento decisorio estaba claro ya en su anterior etapa y lo que en este segundo momento trata Perelman de poner de manifiesto es que las decisiones valorativas no acontecen al margen de toda regla o toda pauta racional. Esa su lógica específica mostraría precisamente su peculiar racionalidad, distinta pero no inferior de la que preside los razonamientos puramente lógicos o empíricos. Como expresamente dice, "en Derecho ningún poder se puede ejercer de

9. Perelman, Ch., *Justice et raison*, Bruselas, Presses Universitaires, 1963, p. 75.

10. Perelman, Ch., *Rhétorique et philosophie*, París, Presses Universitaires de France, 1952, p. 160.

11. Perelman, Ch., *Droit, morale et philosophie*, París, LGD, 2 ed., 1976, p. 48.

12. Perelman, Ch., *Rhétorique et philosophie*, cit., pp. 12ss.

manera arbitraria, es decir, no razonable"¹³. Todo lo más cabe una distinción conceptual que reserve el calificativo de racional para las conclusiones de la lógica o la ciencia empírica, conclusiones enjuiciables en términos absolutos de verdad o falsedad, pero que no oponga sin más a esa racionalidad la irracionalidad, sino otro tipo de ejercicio racional que Perelman denomina "razonabilidad". "Lo razonable está ligado al sentido común, a lo que es aceptable en una comunidad dada", no a la idea de verdad, por lo que mientras en ciencia sólo una de las tesis en litigio para explicar un fenómeno puede ser verdadera, en materias como el Derecho varias propuestas de solución valorativa pueden aparecer como igualmente razonables¹⁴. Únicamente es no razonable "lo que es inadmisibile en una comunidad en un momento dado"¹⁵, "lo que la opinión común no puede aceptar, lo que percibe como manifestamente inadecuado a la situación o contrario a la equidad"¹⁶. Y ahora Perelman dirá que "en filosofía el irracionalismo se explica fundamentalmente por el desconocimiento de la racionalidad de los procesos de justificación"¹⁷.

De este modo, Perelman ataca el "absolutismo de la razón" presente en el iusnaturalismo o en la doctrina del legislador racional, tal como la presuponia la metodología jurídica tradicional, sin caer por ello en la proclamación del irracionalismo¹⁸. Es posible un control y una crítica de las decisiones jurídicas y de las valoraciones que les subyacen en términos de razón, y tal control lo llevarán a cabo los jueces. A ellos les corresponde dejar patente que sus decisiones no son fruto de su libre arbitrio, sino que se pueden justificar como razonables y acordes con lo que la correspondiente sociedad estime compatible con la razón¹⁹. Esos jueces, que como cualquier otro ser humano, no pueden entenderse ya en posesión de ningún privilegiado acceso a la verdad moral o a valores de validez absoluta e intemporal, tendrán que justificar ante la sociedad sus opciones como compatibles con la razón. Con ello llegamos a la idea de justificación argumentativa de la decisión valorativa, concepto fundamental en la teoría de Perelman y en las teorías de la argumentación jurídica en general.

Para Perelman, razonamiento práctico es "aquel que justifica una decisión", y el ejemplo prototípico de tal clase de razonamiento sería el de la motivación de las sentencias por el juez²⁰. En relación

13. Perelman, Ch., *Ethique et Droit*, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 1990, p. 674.

14. Perelman, Ch., *Ethique et Droit*, cit., p. 292.

15. *Ibid.*, p. 516.

16. *Ibid.*, p. 675.

17. *Ibid.*, p. 327.

18. *Cfr. Ibid.*, pp. 431ss, 520-521.

19. *Cfr. Ibid.*, p. 545, 672.

20. *Ibid.*, p. 333-334. Pero, más allá de ese ejemplo concreto, "la argumentación interviene en todos los casos en que las personas deben tomar decisiones, realizar elecciones reflexivas, cada vez que tienen que deliberar o discutir, criticar o justificar" (Perelman, Ch., *Logique et argumentation*, cit., pp. 84-85).

con esta importancia de la justificación intersubjetiva de las decisiones como razonables, aparece la importancia de la retórica en Perelman. Si la razonabilidad de la decisión no se muestra como evidente o necesaria, sino que ha de ser justificada, argumentada, el instrumento adecuado al efecto será la retórica. "La retórica, tal como la concebimos -dice Perelman- consistirá en un estudio de los medios de argumentación que permiten obtener o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se someten a su asentimiento"²¹. De ahí que realísticamente diga Perelman que "motivar un juicio, es decir, justificarlo, no es fundamentarlo de modo impersonal y, por así decir, demostrativo", sino que "es persuadir a un auditorio, al que se ha de conocer, de que la decisión está de acuerdo con sus exigencias", para lo cual la motivación se adaptará al tipo de auditorio al que se pretende persuadir²², ya que "toda argumentación se desarrolla en función de un auditorio"²³. Pero con estos planteamientos se llega a uno de los dilemas de la doctrina perelmaniana: el de la tensión entre eficacia y racionalidad de la justificación.

En Perelman el consenso aparece claramente indicado como criterio último con el que juzgar acerca de la razonabilidad o no de la decisión y las valoraciones que la provocan. Si se han de justificar las decisiones es porque se presupone que la decisión puede y debe encontrar el acuerdo de la sociedad o la parte de la misma de que se trate. Ahora bien, tenemos, por un lado, que la "nueva retórica" de Perelman estudia "los medios discursivos para obtener la adhesión de los espíritus"²⁴, y que esa adhesión puede venir determinada o influida por la habilidad en el manejo de la retórica por parte de quien justifica la decisión. Pero cuanto más se nos muestre como manipulado o inducido ese consenso social en torno a la decisión, tanto menos se podrá presentar el dato del consenso como indicio de la racionalidad de la decisión.

Trata de salvar este dilema con su conocida distinción entre persuadir y convencer, por un lado, y auditorio particular y auditorio universal, por otro. Persuasiva es la argumentación que "sólo pretende valer para un auditorio particular", mientras que convincente es aquella que se pretende apta para "obtener la adhesión de todo ser de razón"²⁵, es decir, del "auditorio universal". Solamente esta argumentación que trata de lograr la convicción del auditorio universal puede calificarse

21. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Rhétorique et Philosophie*, cit., p. 125.

22. Perelman, Ch., *Ethique et Droit*, cit., p. 679.

23. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'Argumentation*. La Nouvelle Rhétorique, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 3 ed., 1970, p. 8 (existe traducción castellana de esta obra: *Tratado de la argumentación*. La nueva retórica, Madrid, Gredos, 1989). Por auditorio se entiende "el conjunto de todos aquellos sobre los que el orador quiere influir mediante su argumentación" (ibid., p. 25).

24. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 10.

25. Ibid., p. 22.

como racional. La otra tendrá un valor puramente instrumental, ligado a la defensa de intereses particulares, ideologías, etc. "El discurso dirigido a un auditorio particular tiende a persuadir, mientras que el que se dirige al auditorio universal tiende a convencer". Y añade Perelman que "un discurso convincente es aquel en el que las premisas y los argumentos son universalizables, es decir, aceptables, en principio, para todos los miembros del auditorio universal"²⁶.

En el fondo, la racionalidad de la argumentación no vendría dada por el hecho de que efectivamente alcance el consenso que pretende, sino por el hecho de pretender ese consenso de una determinada manera, apelando a la razón común entre las personas y no a resortes irracionales²⁷. El prototipo de argumentación racional sería la argumentación filosófica, que busca justificar tesis aceptables para todo ser racional. Y Perelman plantea su doctrina, la teoría de la argumentación o nueva retórica, como abarcadora por igual de "todo el campo de la argumentación tendente a convencer o a persuadir, cualquiera que sea el auditorio al que se dirija y cualquiera que sea la materia de la que se trate", y tanto la lógica filosófica como la lógica jurídica (en el sentido en que Perelman habla de lógica, no como lógica formal, sino como tipo de pensamiento racional) "no serían sino aplicaciones particulares de la nueva retórica al Derecho y a la filosofía"²⁸.

¿Pero de qué tipo sería la argumentación jurídica, tal como se contiene, por ejemplo, en la motivación de una sentencia judicial?. El mismo Perelman admite que la argumentación jurídica difiere, debido a los condicionamientos prácticos a que está sometida, del tipo de argumentación racional encarnado por la filosofía²⁹. La argumentación jurídica se puede mencionar incluso como ejemplo de justificación dirigida a un auditorio particular³⁰. De ahí que el Derecho y su racionalidad posible aparezcan en Perelman en términos un tanto equívocos: "el Derecho es simultáneamente acto de autoridad y obra de razón y de persuasión"³¹. El elemento propiamente retórico o de manejo de un instrumental, apto para condicionar la adhesión del auditorio de que se trate, estaría en la argumentación jurídica en tensión con el elemento de racionalidad, que se daría únicamente si se argumentara con vistas a obtener el acuerdo hipotético de todos sobre la base de la ponderación no manipulada de los argumentos. Pero con esto nos encontraríamos ante el dilema de si en el manejo práctico del Derecho y en la justificación de sus decisiones se da

26. Perelman, Ch., *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, J.Vrin, 1977, p. 31.

27. Cfr. Perelman, Ch., *Olbrechts-Tyteca, L., Rhétorique et Philosophie*, cit., pp. 110ss.

28. Perelman, Ch., *L'empire rhétorique*, cit., p. 19.

29. Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979 (trad. de L. Díez-Picazo), pp. 162ss.

30. Perelman, Ch., *Olbrechts-Tyteca, L., Rhétorique et Philosophie*, cit., p. 130.

31. Perelman, Ch., *Ethique et Droit*, cit., p. 679.

realmente más relevancia al dato de la eficacia o al elemento de la razón.

Perelman mismo describe la argumentación eficaz como aquella que consigue del auditorio una adhesión suficientemente intensa como para mover a la acción en el sentido deseado³². Y, naturalmente, una argumentación como la jurídica, tan ligada a consecuencias prácticas, no podrá renunciar a esa dimensión de eficacia práctica, por lo que tendrá un ineludible componente persuasivo, y jugará en ella un papel el elemento "irracional"³³. Y el propio Perelman se interroga sobre cuál será el criterio para medir la mayor o menor racionalidad de esa argumentación que necesariamente ha de pretenderse eficaz y no meramente racional, a lo cual responderá que serán los propios planteamientos y el propio enfoque del argumentar (según que se haga con las miras puestas en la persuasión de un auditorio particular o en la convicción del auditorio universal) el criterio que nos permitirá juzgar de su grado de racionalidad³⁴. Pero con ello estamos razonando de modo circular, pues lo que nos estábamos preguntando es cómo se mide la racionalidad de una argumentación, como la jurídica, que por imperativos prácticos tiende precisamente, al menos en parte, a la persuasión de un auditorio particular. Y poco se aclara al respecto si se hace del tema una mera cuestión de intenciones, como cuando Perelman afirma que la orientación al auditorio universal es propia de los espíritus más racionalistas y honestos³⁵, o que la clave está en "pretender" la universalidad de las premisas³⁶ y en no tratar de justificar premisas que se saben no universalizables e interesadas; o cuando se interpreta su pensamiento en el sentido de que el *phronimos* o prudente es el argumentador capaz de ver lo universal en lo particular³⁷.

Y tampoco aclaran más la cuestión sus puntualizaciones sobre la naturaleza del auditorio universal. Este sería en realidad una "ficción"³⁸ que el argumentante se representa como encarnación del conjunto imaginario de todos los seres racionales, y el tipo de acuerdo al que tiende la argumentación a él orientada no se mide en términos de ningún consenso efectivo o empírico, sino de "una universalidad y una

32. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 59.

33. Cfr. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Rhétorique et Philosophie*, cit., p. 34.

34. *Ibid.*, p. 38-39.

35. *Ibid.*, p. 39.

36. *Ibid.*, p. 119. Desde este planteamiento no es sorprendente que Perelman acabe manifestando la proximidad de su modelo de argumentación orientada al auditorio universal al concepto kantiano de imperativo categórico (*ibid.*). "Es evidente -añade Perelman- que este auditorio universal al que cada pensador racional se dirige no es más que una creación de su espíritu: es función de este último, de su información, de la concepción que posea acerca de los valores que se denominan universales, está históricamente y socialmente determinado y está situado en el contexto de una cultura y varía con esta última" (*ibid.*, p. 120).

37. Haarscher, G., "Après Perelman", in *Justice et Argumentation*, Bruxelles, Etidions de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 224.

38. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Rhétorique et Philosophie*, cit., p. 39.

unanimidad que el orador se representa, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal"³⁹. Por tanto, la remisión al auditorio universal no sirve como baremo que ofrezca una referencia firme y constatable, sino que se trata de una pura construcción ideal, de una idea regulativa a la que tendencialmente se acercarán ciertas elaboraciones argumentativas en razón del grado de generalidad con que sus premisas se formulen y sin que el supuesto acuerdo universal del que serían susceptibles pueda manifestarse en ninguna forma de consenso efectivamente mensurable, pues "el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de Derecho"⁴⁰.

Vemos como Perelman describe el componente prioritariamente retórico de la argumentación jurídica, pero no se resigna a admitir que el mismo esté al servicio de las contingencias de la práctica y de los intereses en litigio, no reconoce que la racionalidad de esa argumentación sea meramente funcional o instrumental. Y de ahí la peculiar dualidad de la obra perelmaniana⁴¹, en la que se explican con enorme rigor y acierto las formas de uso de los recursos retóricos y, al mismo tiempo, parece darse por sentado que una argumentación que haga uso preferente de esas herramientas retóricas, que sirven para mover al auditorio, será fundamentalmente irracional.

Habermas como inspirador de la teoría de la argumentación jurídica.

En esa pretensión de Perelman de dar, a pesar de todo, indicaciones para distinguir la argumentación racional de la que no lo sea, se diferenciaría por ejemplo de los planteamientos coetáneos de la tópica jurídica. Y, por otro lado, será precisamente en la concreción, desarrollo y fundamentación de los criterios normativos de racionalidad donde las posteriores teorías de la argumentación tratarán de ir más allá de Perelman. Apuntemos, muy brevemente, cómo las más recientes teorías de la argumentación buscan un sustento más elaborado para la racionalidad jurídica como racionalidad consensual y discursiva. Como inspiración fundamental de la más representativa de las actuales teorías de la argumentación jurídica, la de Robert Alexy⁴², está la ética discursiva de Habermas. También para Habermas, como para Perelman,

39. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 41.

40. *Ibid.*, p. 158.

41. Esa dualidad estaría ya contenida también en la retórica de Aristóteles. Vid. Aristóteles, *Tópicos*, VIII 160b, 161a, 161b; *Retórica*, I 1355b 5-10, 1404a 1-10. Por eso se ha hablado del "dilema ético de toda retórica" (Eisenhut, W., *Einführung in die antike Rhetorik und ihre Geschichte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, p. 32).

42. De la obra crucial de Alexy en este tema, *Theorie der juristischen Argumentation*, hay traducción castellana, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Una magnífica exposición de las actuales teorías de la argumentación jurídica, incluyendo a Perelman, Viehweg, Alexy y otros autores aquí no examinados, como Toulmin y McCormick, puede verse en Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

la argumentación racional es aquella que maneja argumentos capaces de convencer a todo interlocutor racional que pudiese participar en la discusión. Ahora bien, la fundamentación de ese postulado de universalización de los argumentos, emparentado con el imperativo categórico kantiano (al igual que el concepto de argumentación ante el auditorio universal de Perelman) recibe en Habermas un ulterior fundamento que no estaba presente en Perelman. En efecto, los presupuestos de la argumentación racional, sintetizados en el principio de universalización, se darían en toda argumentación como condición de posibilidad y de sentido del lenguaje mismo. El argumentar buscando el consenso libre de todo ser racional, buscando lo que Perelman llamaba convencer y no meramente persuadir, ya no es un postulado moral producido sin más por la conciencia individual ni una simple recomendación práctica para una mejor convivencia, sino un presupuesto que damos por válido y sentado cada vez que nos comunicamos, de forma que quien mediante la argumentación no busca el libre acuerdo sino la manipulación, quien no defiende intereses generalizables, sino egoístas, estaría contradiciendo tales presupuestos de su propia actividad argumentativa e incurriendo en contradicción pragmática o realizativa. Para Habermas, la existencia de sociedad es posible gracias a que es factible el entendimiento entre los sujetos a través del lenguaje. Al servirse del lenguaje, el individuo participa necesariamente de la perspectiva social, sale "de la lógica egocéntrica"⁴³. La comunicación lingüística sólo tiene sentido y razón de ser en cuanto orientada al entendimiento con el otro, lo cual hace que quien se comunica no pueda sustraerse a las condiciones de racionalidad immanentes a la acción comunicativa. Por tanto, toda acción lingüística es idealmente una "acción orientada al entendimiento", y quien actúa en sociedad y se comunica, no puede sustraerse a los presupuestos de dicha comunicación, al "carácter inexcusable de aquellos presupuestos universales que condicionan siempre nuestra práctica comunicativa cotidiana y que no podemos elegir"⁴⁴.

Puesto que toda comunicación tiende al entendimiento como su telos inmanente⁴⁵, tenemos que toda comunicación busca en última instancia el acuerdo. Quien habla aspira a validez general para su emisión, busca que todas las personas reconocidas como interlocutores válidos la admitan como adecuada. Así pues, el lenguaje es, como medio de orden social, la alternativa a la mera violencia entre seres asociales.

Lo anterior implica que toda emisión comunicativa lleva implícita una pretensión de validez intersubjetiva, que "al lenguaje le

43. Habermas, J., *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus, 1990, p. 85.

44. Habermas, J., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1983, p.141.

45. Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989, p. 369.

es inmanente la dimensión de la validez" y que "la orientación a pretensiones de validez pertenece a las condiciones pragmáticas de posibilidad del entendimiento"⁴⁶. Quien realiza un acto de habla está haciendo a sus interlocutores una oferta de entendimiento sobre algo en el mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo, y esa oferta envuelve una pretensión de ser aceptada, de generar acuerdo sobre su corrección a la luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto. Y el interlocutor, ante esa oferta, está racionalmente forzado a tomar postura en sentido afirmativo o negativo, admitiendo la validez o cuestionándola. En caso de desacuerdo inicial sobre la validez de la emisión, los interlocutores estarían forzados, por razón de la propia racionalidad inmanente a la comunicación, a buscar el restablecimiento del acuerdo mediante la aportación de razones o argumentos que permitan un nuevo consenso en torno a las razones mejores. En palabras de Habermas, "con una pretensión de validez un hablante apela a un potencial de razones que, llegado el caso, podría sacar a la palestra en favor de esa pretensión"⁴⁷. En última instancia, hablar es comprometerse en la generación de expectativas y entenderse es compartir expectativas, expectativas que, en cuanto compartidas, hacen posible la coordinación social.

Así pues, toda emisión comunicativa aspira tendencialmente a un entendimiento pleno en torno a un acuerdo de alcance universal. Una emisión comunicativa que responda a la racionalidad última del lenguaje no pretenderá un acuerdo vinculado a razones relativas, o engañosas, o aceptables sólo para algunos. Cuando no ocurre así, cuando a sabiendas se busca un consenso no libre, cuando se manipulan las razones y se instrumentaliza a los interlocutores, se está llevando a cabo una utilización parasitaria del lenguaje.

Para el sujeto racional se sigue una cierta compulsión intelectual a ser congruente con los presupuestos o condiciones de posibilidad de los instrumentos comunicativos de los que hace uso para vivir en sociedad. Habermas explica eso que llama también "el fundamento normativo de la comunicación lingüística", diciendo que quien toma parte en un discurso da por sentados "al menos implícitamente, determinados presupuestos, que son los únicos que permiten el acuerdo: así, los presupuestos de que las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas y que las normas justas (esto es: susceptibles de justificación) son preferibles a las injustas"⁴⁸.

Trasladado a Perelman ese modelo, tendríamos que se restablecería la unidad entre la retórica como técnica de persuasión

46. Habermas, J., "Entgegnung", en A. Honneth y H. Joas (ed.) *Kommunikatives Handeln*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1988, p. 360.

47. Habermas, J., *Pensamiento postmetafísico*, cit., p. 84.

48. Habermas, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1981, p. 179.

y como argumentación racional: a ambos usos de la comunicación subyacería idéntica exigencia de racionalidad y búsqueda de consenso libre, pero mientras que el primero sería un ejemplo de racionalidad instrumental, contradictoria con las condiciones de sentido del propio lenguaje que utiliza, un uso parasitario del lenguaje y la comunicación, el segundo sería un supuesto de acción comunicativa, de ejercicio coherente de la comunicación.

Y el referente ideal que en Perelman es el auditorio universal, aparece en Habermas como "comunidad ideal de diálogo". Pero en este último caso hay una mayor elaboración. La comunidad ideal de diálogo ya no es la simple agregación imaginaria de todos los seres racionales, sino aquella situación ideal en la cual se cumpliesen plenamente los presupuestos y reglas implícitos en la comunicación, en que el procedimiento argumentativo racional se realizase perfectamente. Con ello, los sujetos capaces de lenguaje y colocados en esa situación carecerían de toda traba, coacción o manipulación que les impidiera percibir su interés y ponerse de acuerdo y consentir todos por igual sobre las decisiones acordes con el interés general. En Perelman la intersubjetividad como clave de la racionalidad es un postulado de la conciencia individual, un imperativo de conciencia; en Habermas la racionalidad como orientación al consenso intersubjetivo es presupuesto trascendental de la praxis lingüística, condición de posibilidad del lenguaje.

Vemos cómo el paso de Perelman a Habermas supone el tránsito de fundamentar el principio de universalización, en cuanto núcleo de la racionalidad práctica, como postulado de la conciencia individual⁴⁹ ha presupuesto inmanente a la comunicación intersubjetiva, al lenguaje.

¿Qué queda de la relación entre retórica y Derecho?. Hemos visto que la teoría de la argumentación jurídica arranca de considerar esencial en el Derecho y en su legitimación una cierta praxis retórica, y que, al mismo tiempo, trata de huir de un planteamiento propiamente descriptivo de los recursos retóricos y su uso en el Derecho, para reglamentar ese discurso a fin de alcanzar un parámetro con el que medir la mayor o menor racionalidad de sus resultados. Las reglas que

49. Insistamos en que, frente a la fundamentación intersubjetivista que Habermas trata de proporcionar de ese modo, Perelman da de la racionalidad de la argumentación un fundamento situado en la conciencia individual, como el imperativo categórico de Kant, al que expresamente remite Perelman: "una tal argumentación -racional, dirigida al auditorio universal- se somete a las exigencias del imperativo categórico (...) Se trata en este caso, evidentemente, de una hipótesis del orador sobre lo que merecería el acuerdo de este auditorio" (Perelman, Ch., *Logique et argumentation*, cit., p. 105). "En efecto, cada uno se forma una idea de este auditorio universal a partir de lo que considera como válido para él mismo, debiendo imponerse igualmente a todos las razones de esta validez" (ibid., p. 106). "Esta universalidad, no fundada ni sobre la necesidad ni sobre la evidencia, no puede manifestar más que una intención, la intención de superar los puntos de vista parciales y particulares" (ibid., p. 146).

enumera Alexy son el mejor ejemplo de esto⁵⁰. Con ello la teoría de la argumentación acaba siendo una teoría formal y procedimental de la racionalidad jurídica: argumentación jurídica racional es aquella que se desarrolla con respeto de tales reglas ordenadoras del discurso, reglas que idealmente garantizan que el resultado final podrá ser consentido por todo interlocutor imparcial, por representar el interés de todo y no una postura egoísta o puramente individual.

Parece, pues, que por la retórica (y la tópica) se ha pasado únicamente como estación en el camino hacia una doctrina más “filosófica”. Sin embargo, han quedado huellas y vías permanentes. Hoy ya es habitual considerar los tradicionales recursos metodológicos (los cánones de la interpretación jurídica, por ejemplo) como argumentos que se usan en el seno de un debate buscando la convicción o persuasión. Y existen obras importantes que analizan desde un punto de vista similar la utilización que de tales recursos hacen por ejemplo los tribunales de justicia⁵¹. Pero en ese tipo de análisis queda mucho por hacer y tendría pleno sentido la colaboración a tal fin de teóricos del Derecho, del lenguaje y de la comunicación⁵².

50. La tabla de dichas reglas puede verse en el apéndice a Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, cit. En la traducción castellana se encuentran en las páginas 283-287.

51. Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

52. Buenos ejemplos de análisis de documentos jurídicos y de procesos jurídicos pueden verse, respectivamente, en Seibert, Th.-M., *Aktenanalysen. Zur Schriftform juristischer Deutungen*, Tübingen, Gunter Narr, 1981, y Hoffmann, L. (Ed.), *Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren*, Tübingen, Gunter Narr, 1989.

GUÍA DE LECTURA No. 2.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Retórica, Argumentación y Derecho.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- Analizar la base común de las que parten las doctrinas de la argumentación de los años 50 y los postulados teóricos de cada una de ellas.
- Explicar en qué medida las teorías de Alexy y Habermas se diferencian de las doctrinas sobre la argumentación de los años 50.
- Determinar cuál es la relación que guardan la retórica y el Derecho.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. Identifique las tesis principales del Formalismo Jurídico y formule críticas a cada una de ellas.

FORMALISMO JURÍDICO	TESIS	CRÍTICA
El legislador		
Sistema jurídico		
Modelo de juez/modelo de razonamiento		
La ley		
Interpretación jurídica		
Decisión del juez		

2. ¿Cómo se proyecta la influencia del Formalismo Jurídico en la Escuela de la Exégesis y en la Jurisprudencia de Conceptos?
3. Ponga tres ejemplos de la realidad jurídica nacional en los cuales se manifiesta la presencia de algunas de las tesis sostenidas por el Formalismo Jurídico.
4. ¿En qué sentido Jhering y Geny inciden en el cambio de paradigma del Formalismo jurídico?
5. ¿Cuál es la visión que se tiene del ordenamiento jurídico y de la interpretación en el nuevo paradigma que empieza a emerger a principios del siglo XX?
6. ¿Por qué se clasifican como “racionalistas” e “irracionalistas” las doctrinas que empiezan a emerger con el cambio del paradigma del Formalismo Jurídico?
7. Señale la tesis principal de cada doctrina o autor y clasifíquelo según su relación con la racionalidad de la decisión jurídica.

DOCTRINA/AUTOR	TESIS SOSTENIDA	RACIONALISTA/ IRRACIONALISTA
Jurisprudencia teleológica		
Jurisprudencia de valoraciones		
Hans Kelsen		
Escuela del Derecho Libre		
Jurisprudencia de intereses		
Realismo jurídico		

8. ¿Qué se entiende en el texto por retórica?
9. ¿Dónde ubicaría la retórica en el marco del debate racionalistas/irracionalistas?. Exprese las razones de su opción.
10. ¿Qué relación guarda la retórica y el Derecho?
11. Complete el cuadro siguiente sobre las teorías de la argumentación de los años 50.

TEORIA	AUTOR	TESIS SOSTENIDA	CRÍTICA
Tópica jurídica			
Nueva retórica			

12. Establezca la diferencia entre las teorías de la argumentación de los años 50 y la teoría estándar de la argumentación jurídica tomando como referente la Nueva Retórica de Perelman.

CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN	TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS AÑOS 50 (PERELMAN)	TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (ALEXY / HABERMAS)
Principio de universalización		
Referente ideal		
Intersubjetividad		

13. Defina los siguientes conceptos: Tópica, Tópico o Topio, Razonamiento práctico, Retórica y Auditorio.

3. HABERMAS Y EL DERECHO¹.

Juan Antonio García Amado

En Habermas, como en otros grandes pensadores modernos, la filosofía no puede entenderse desvinculada de la investigación histórica y social, y los límites entre especulación filosófica y ciencia social son fluidos e interdependientes. Por ello, también en Habermas la explicación en clave filosófica acerca del sentido del mundo y de las cosas, de la posibilidad de su conocimiento y de las consecuencias normativas que para la conducta humana se siguen de ello, está unida a la cuestión decisiva que viene ocupando al pensamiento occidental moderno, una vez que el hombre se ha sentido dueño y forjador del mundo de su convivencia y que, por tanto, ha dejado de fiarse al providencialismo o a designios trascendentes el porqué de las sociedades humanas: ¿cómo es posible el orden social?, acorde con el "giro lingüístico" del que la filosofía de Habermas forma parte, el elemento explicativo último del orden social se va a hallar en el lenguaje, en la comunicación lingüística², y, concretamente, en los presupuestos universales e inevitables de la misma. Ese elemento posibilitador del orden constituirá también la base de la ética discursiva e, igualmente, la clave del concepto epistemológico de racionalidad y de la hipótesis explicativa de la evolución social.

Al comunicarse, los hombres hacen sociedad, interactúan, se coordinan; no puede ser de otro modo mientras se sirvan del medio lingüístico. Al hablar, cada sujeto ya no puede pensar sólo en sí mismo, las "restricciones estructurales que impone un lenguaje intersubjetivamente compartido" le fuerzan a "salir de la lógica egocéntrica" (1990, 85) del cultivo de su mero interés individual, y a someterse a las servidumbres de la necesidad de entendimiento. Si la comunicación no puede concebirse ni tiene sentido sin el entendimiento, comunicarse, realizar acciones comunicativas, implicará necesariamente plegarse a los requisitos que hacen que el entendimiento sea posible y le dan sentido.

Tenemos ya, por tanto, que la integración social se realiza por la vía del lenguaje, lo cual es tanto como decir que "la integración de los miembros de la sociedad ... se efectúa a través de procesos de entendimiento" (1987a I, 507), que "el entendimiento funciona como

1. Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación PB97-0859 del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento.

2. "Considero «sociedad» a todos los sistemas que, por medio de acciones lingüísticas coordinadas (instrumentales y sociales), se apropian de la naturaleza exterior (por medio de procesos de producción) y de la naturaleza interior (por medio de procesos de socialización)" (1981a, 120). (El subrayado es nuestro).

mecanismo coordinador de la acción" (1989a, 493), que "el entendimiento lingüístico es sólo el mecanismo de coordinación de la acción, que ajusta los planes de acción y las actividades teleológicas de los participantes para que puedan constituir una interacción" (1987a I, 138). De ahí que actuar propiamente en sentido comunicativo, orientarse a la más alta racionalidad posible, realizar lo que Habermas llama "acción comunicativa" o "acción orientada al entendimiento", supone que "la coordinación de la acción ha de satisfacer la condición de un entendimiento comunicativo perseguido sin restricciones" (1988d, 363).

Así pues, quien actúa en sociedad y, por tanto, necesariamente se comunica, no puede sustraerse a los presupuestos de dicha comunicación, al "carácter inexcusable de aquellos presupuestos universales que condicionan siempre nuestra práctica comunicativa cotidiana y que no podemos «elegir»" (1985, 154). Si se puede decir que la comunicación lingüística tiene inscrito el entendimiento como telos inmanente (1989b, 369), pues sin él carecería de razón de ser, y si entenderse viene a ser tanto como alcanzar una forma de acuerdo, de consenso, vale igual decir que "es inherente a todo acto de habla el telos del acuerdo"(1987b, 27): "el orden social ha de poder establecerse a través de procesos de formación de consenso" (1990, 87). En consecuencia, en cuanto existe lenguaje en uso hay sociedad, coordinación social, y son "estructuras lingüísticas transubjetivas" las que explican cómo es posible el orden social y cómo se comprende el entrelazamiento entre individuo y sociedad (1989b, 450; 1990, 85). ¿Qué significa ese consenso posibilitador de la coordinación social y al cual inevitablemente se orienta de modo implícito toda práctica comunicativa?, significa que comunicarse es pretender entenderse, ponerse de acuerdo sobre algo (ya sea algo en el mundo objetivo, en el mundo social o en el mundo subjetivo), única manera de que quepa la actuación conjunta.

Tenemos ya algunos de los conceptos clave de la construcción habermasiana (acción comunicativa, entendimiento, acuerdo) y su virtualidad explicativa de los mecanismos posibilitadores del orden social. Sabemos ya que toda comunicación presupone la orientación al entendimiento y, con ello, al acuerdo. Un nuevo concepto se hace preciso y se perfila en Habermas para acotar mejor esta explicación: el de "validez".

Según Habermas, "al lenguaje le es inmanente la dimensión de la validez" y "la orientación a pretensiones de validez pertenece a las condiciones pragmáticas de posibilidad del entendimiento" (1988d, 360). ¿Qué quiere decir esto?, significa que quien lleva a cabo una emisión lingüística, un acto de habla, está realizando a su(s)

interlocutor(es) una oferta de entendimiento sobre algo en el mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo, y esa oferta envuelve una pretensión de validez, es decir, la pretensión de ser aceptada, de generar el acuerdo sobre su corrección a la luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto. Y quien recibe esa oferta, esa pretensión de acuerdo, y prosigue con el vínculo comunicativo, ha de tomar postura (tácita o expresa) respecto de la misma, admitiéndola y, por tanto, mostrándose de acuerdo con la validez de lo dicho, o rechazándola. Y tanto uno como otro presuponen (en tanto que buscan el acuerdo y dan por sentada también su posibilidad, amén de su necesidad para coordinar las acciones) que en caso de que su respectiva postura sea cuestionada por la otra parte podrán defenderla con razones, con argumentos, y que en última instancia es posible el acuerdo racional en torno a la postura avalada por las mejores razones, por los mejores argumentos. "Con una pretensión de validez un hablante apela a un potencial de razones que, llegado el caso, podría sacar a la palestra en favor de esa pretensión" (1990, 84). Y "que el entendimiento funcione como mecanismo coordinador de la acción sólo puede significar que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la validez que pretenden para sus emisiones o manifestaciones, es decir, que reconocen intersubjetivamente las pretensiones de validez con que se presentan unos frente a otros" (1987a I, 143).

Así, comunicarse significa elevarse recíprocamente pretensiones de validez. Y entenderse supone (a partir de la posesión de un lenguaje común y de referencias compartidas sobre cuya base tomar postura respecto a las pretensiones de validez invocadas y poder llegar al acuerdo que con el entendimiento se busca) llegar a la convicción compartida de la validez de los enunciados de que se trate, para, consiguientemente, poder operar de modo consecuente con ello y, por tanto, coordinadamente. "Todo consenso descansa en un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica" (1987a I, 168). Estamos en condiciones de asimilar el sentido de las definiciones que de estos conceptos proporciona el propio Habermas: "Entendimiento (Verständigung) significa la «obtención de un acuerdo» (Einigung) entre los participantes en la comunicación acerca de la validez de una emisión; acuerdo (Einverständnis), el reconocimiento intersubjetivo de la pretensión de validez que el hablante vincula a ella" (1987a II, 171).

Quien sostiene algo y, por tanto, formula una pretensión de validez para su manifestación, se está al tiempo comprometiendo a mostrar con razones, en caso necesario, lo justificado de su aseveración y a actuar en consecuencia con la expectativa que en los demás crea respecto de su manera de entender los estados de cosas, la sociedad

o a sí mismo. E igual ocurre con quien toma posición ante su manifestación, aceptándola u ofreciendo razones alternativas. Tanto mejores las razones que avalan una pretensión, tanto más arraigado el acuerdo, tanto más fiables las consiguientes expectativas de conducta.

Lo que se ha dicho es común a toda pretensión de validez presente en la comunicación lingüística. Y a todas les es inmanente lo que llama Habermas un "momento de incondicionalidad", pues a lo que tendencialmente aspiran es a un entendimiento pleno en torno a un acuerdo de alcance universal. No se pretende en última instancia alcanzar, coherentemente con la función coordinadora del lenguaje, un acuerdo vinculado a razones relativas, o engañosas, o válidas sólo para algunos. Como dice Habermas, "en tanto que pretensiones, éstas trascienden todas las limitaciones espaciales y temporales, todas las limitaciones provinciales del contexto de cada caso" (1987a II, 566). Cuando no ocurre así, cuando a sabiendas se busca un consenso no libre, cuando se manipulan razones y se instrumentaliza a los interlocutores, se está haciendo una utilización parasitaria del lenguaje, no congruente con la función social inscrita en sus mismas estructuras. Estamos entonces ante la acción orientada al éxito, que contrasta con la originaria acción comunicativa, orientada al entendimiento.

Pero esos rasgos comunes de cualesquiera pretensiones de validez que en la comunicación se manifiesten no quitan para que dichas pretensiones puedan ser de tres tipos diferentes. Ya se ha mencionado que la emisión del hablante puede versar sobre una triple realidad: sobre el mundo objetivo, es decir, de los objetos, hechos o estados de cosas; sobre el mundo social, o sea, de las normas rectoras de la vida social; o sobre el mundo subjetivo, sobre la persona (actitudes, sentimientos...) del propio hablante. En el primer caso, la pretensión de validez que se formula es una pretensión de verdad; en el segundo es una pretensión de rectitud, de corrección normativa, de justicia en suma; en el tercero, de veracidad. Y por tratarse de pretensiones de validez en todo caso, pero pretensiones de ese modo distintas, en caso de que se cuestionen o no sean aceptadas y su emisor se vea en la necesidad de hacer frente a su inevitable compromiso implícito de respaldarlas con razones, éstas serán de índole diversa en cada uno de los tres casos. Si lo que se cuestiona y hay que defender es un enunciado objetivo, se argumentará remitiéndose a los estándares de experiencia, al conocimiento compartido del mundo de las cosas y los objetos; si es la rectitud de una manifestación normativa, de deber o de valoración, lo que se pone en duda, habrá que apelar con argumentos a los órdenes de justicia o legitimidad de las normas y valores; si, finalmente, es la veracidad de una manifestación subjetiva lo que se discute, la sinceridad del emisor habrá de acreditarse con argumentos referentes a las manifestaciones de su personalidad conocidas.

Siempre que se invoca o se discute cualquiera de estas pretensiones de validez no se opera en el vacío, sino sobre el terreno de un cuerpo de ideas previas socialmente compartidas y que sientan la base del enjuiciamiento posible de la pretensión respectiva. "Todo proceso de entendimiento tiene lugar sobre el trasfondo de una precomprensión imbuida culturalmente" (1987a I, 145). Así, las pretensiones de verdad se apoyarán siempre en un saber compartido o cultura; las pretensiones de rectitud en el componente normativo de la interacción o sociedad; y las pretensiones de veracidad en la personalidad socializada de determinado modo. Y el despliegue de las correspondientes pretensiones y su desenvolvimiento mediante argumentos contribuirá respectivamente a la reproducción cultural, a la integración social y a la socialización de los individuos.

Todo este esquema de pensamiento de Habermas no se explica fácilmente sin hacer patente una idea que sólo menciona episódicamente. Me refiero a la idea de obligación. Porque del dato, que ya conocemos, de que el orden y la vida sociales sólo pueden cobrar realidad de resultados de la comunicación lingüística, y de los consiguientes presupuestos insoslayables de ésta (la orientación al entendimiento y, por tanto, al acuerdo racional) se desprenden para nuestro autor una serie de vinculaciones normativas racionalmente ineludibles para el sujeto social, una serie de obligaciones que conjuntamente se pueden sintetizar en el tener que atenerse y no contradecir con su modo de proceder los requisitos que dan sentido a la argumentación y cuya vulneración general equivaldría a hacer inviable la comunicación y, con ello, el orden social³. Habría un compromiso general con los presupuestos posibilitadores del entendimiento y un elemento igualatorio en la común participación de todo individuo social en las obligaciones consiguientes. Si todos se sirven de la comunicación lingüística para vivir en sociedad, ninguno está justificado para minar el entendimiento sustrayéndose a sus reglas y condiciones.

Posteriormente trataré de presentar conjuntamente esas obligaciones dimanantes. Pero por el momento baste hacer referencia a la que en estos momentos nos sale al paso. Podríamos denominarla obligación de compromiso con el sentido de las emisiones lingüísticas. Diríase que la figura que con ello se rechaza, por incompatible con los presupuestos de la comunicación, es la del fingidor o mentiroso gratuito. Quien realiza una emisión lingüística hacia otro inicia el trazado de un camino que tanto uno como otro han de seguir: hay una "fuerza de

3. Habermas explica eso que llama también "el fundamento normativo de la comunicación lingüística" diciendo que quien participa en un discurso da por sentadas "al menos implícitamente, determinados presupuestos, que son los únicos que permiten el acuerdo: así, los presupuestos de que las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas y que las normas justas (esto es: susceptibles de justificación) son preferibles a las injustas" (1981a, 179).

vínculo" que hace que hablante y oyente deban atenerse únicamente para el logro del acuerdo a la "fuerza racionalmente motivadora" de los argumentos (1990, 74). El hablante asume con su emisión, y con la consiguiente pretensión de validez que encierra, la garantía de proporcionar argumentos en favor de su postura para el caso de que el interlocutor no asuma dicha pretensión; y el oyente "se ve desafiado a tomar una postura racionalmente motivada" respecto de la tal pretensión (1990, 85). Sólo negándoles la validez puede el oyente rechazar la emisión del hablante, y tal negativa no puede ser gratuita o arbitraria, sino amparada en razones (1987a, 107-108)⁴.

Téngase en cuenta que con lo anterior se está haciendo referencia a lo que podríamos llamar el caso puro de comunicación, el de la llamada por Habermas "acción comunicativa" o acción orientada al entendimiento, que es aquella en que los partícipes no están en su actuación mediatizados por intereses o fines particulares y persiguen prioritariamente el entendimiento -el acuerdo- racional, basado únicamente en la fuerza de las razones y no en ninguna otra. Evidentemente esta acción en estado puro seguramente podría darse tan sólo en una comunidad de ángeles, pero lo que a Habermas le interesa es recalcar que si ese tipo de acción no se presupusiera de algún modo en la práctica comunicativa, si la orientación al entendimiento no pudiera darse en modo alguno y no hubiera más que la descarada persecución de intereses egoístas y el lenguaje fuera sólo un medio de lucha, la comunicación habría perdido su condición de posibilidad y el orden social se desmoronaría.

Con lo que llevamos dicho, un nuevo concepto se nos impone al hilo de la construcción de Habermas: el concepto de "discurso". Cuando se aducen argumentos en favor de una determinada pretensión de validez que se ha vuelto problemática, cuando se entra en la discusión de las razones en pro y en contra, estamos ante lo que Habermas denomina discurso. Y ese discurso, ese intercambio de razones, sólo será racional y servirá para conducir a un acuerdo que merezca dicho calificativo cuando respete ciertas reglas, acordes con los presupuestos estructurales que hacen posible la comunicación. Son esas las reglas de que se ocupa la teoría de la argumentación. "En los discursos no intercambiamos informaciones, sino argumentos que sirven para razonar (o rechazar) pretensiones de validez problematizadas. Los discursos

4. Puesto que los hablantes comparten un fondo de conocimientos y normas tenidos por incuestionados, o mundo de la vida, y puesto que por razón de las propias estructuras ínsitas en la comunicación el acuerdo es posible y necesario sobre la base de razones o argumentos a partir de ese trasfondo, enlaza Habermas aquí su teoría del significado. "Comprender una expresión -dice- quiere decir saber como cabe servirse de ella para entenderse con alguien sobre algo" (1988d). Entendemos un acto de habla "cuando conocemos las razones bajo las que podría aceptarse como válido por un oyente" (1988a, 323), "cuando conocemos la clase de razones que un hablante podría aducir para convencer a un oyente de que en las circunstancias dadas tiene razón para pretender validez para su emisión -en una palabra: cuando sabemos qué lo hace aceptable" (1990, 84).

exigen en primer lugar una suspensión de las coacciones de la acción, que ha de conducir a que pueda quedar neutralizada cualquier otra motivación que no sea la de una disponibilidad cooperativa a entenderse (...). Esta forma de comunicación liberada de la presión de la experiencia y de las coacciones de la acción posibilita en situaciones de interacción perturbada restablecer un entendimiento sobre pretensiones de validez que se han vuelto problemáticas (las alternativas son, o bien el paso al comportamiento estratégico, o la ruptura de la comunicación)" (1989a, 116).

Puesto que se trata de lograr un acuerdo que se ha vuelto problemático, ese acuerdo ha de alcanzarse a un nivel superior que el de las comunicaciones espontáneas ordinarias: han de quedar en suspenso las mediaciones prácticas, espacio-temporales y sociales, ha de ponerse entre paréntesis el mundo de la vida y argumentarse buscando el acuerdo sobre la base únicamente del valor de los argumentos. Esto sería, según Habermas lo presupuesto por las estructuras mismas que posibilitan la comunicación: que cualquier desacuerdo puede solventarse racionalmente, pues todo participe en la actividad comunicativa está aceptando implícitamente que, en virtud de la función coordinadora que es la razón de ser de la comunicación, el acuerdo es posible sobre la base de ciertas reglas y procedimientos⁵. Si aceptamos el lenguaje, al usarlo no podemos dejar de reconocer que es vía de entendimiento, ni desconocer que socavar ese entendimiento mediante trabas, manipulaciones o deformaciones es atentar contra su esencia misma. No podemos hacer uso de la comunicación sin quedar intelectualmente, "lógicamente", vinculados a la racionalidad comunicativa, aunque en la facticidad de nuestra actuación podamos siempre decidir si somos o no congruentes con sus requisitos.

Lo que en el discurso se hace es «fundamentar» mediante argumentos o razones una pretensión, ya sea de verdad o de rectitud, pero de modo tal que se aspira a mostrarla válida con carácter universal, al margen de cualquier determinación espacio-temporal (1988d, 350). De ahí que las reglas que gobiernan esa fundamentación sólo pueden ser las de la argumentación racional (1987a I, 43). ¿Qué significa, pues, argumentar y cuáles son esas reglas?

Habermas llama argumentación "al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de

5. "Sólo hablaré, pues, de «discursos» cuando el sentido mismo de la pretensión de validez que se ha tornado problemática fuerce conceptualmente a los participantes a suponer que en principio podría alcanzarse un acuerdo racionalmente motivado, significando aquí «en principio» la siguiente reserva idealizadora: con tal que la argumentación fuera suficientemente abierta y durara el tiempo suficiente" (1987a I, 69).

argumentos. Una argumentación contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizada. La fuerza de una argumentación -añade Habermas- se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones. Ésta se pone de manifiesto, entre otras cosas, en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez en litigio" (1987a I,37)⁶.

En la argumentación, es decir, en el desenvolvimiento práctico del discurso, se emplean razones, razones que en la comunicación, y en tanto que elemento de entendimiento intersubjetivo, sólo pueden manifestarse como argumentos. "Un argumento -dice Habermas- es la razón que nos motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de una norma o valoración" (1989a, 141). Y el acuerdo consiguiente a la argumentación, la razón final tenida por válida, sólo será racional cuando sean los argumentos, las razones sopesadas en la discusión, los únicos factores determinantes, de modo que sean las mejores razones, los mejores argumentos, los que puedan pesar más. Y para hacer esto posible es para lo que son esenciales las reglas de la argumentación racional. Son esas reglas las que garantizan la ponderación imparcial de las razones y, por tanto, la racionalidad de la resolución final. El estudio de las mismas es el objeto de la llamada teoría de la argumentación. A ésta le compete, pues, "la tarea de reconstruir las presuposiciones y condiciones pragmático-formales del comportamiento explícitamente racional" (1987a, 16).

En realidad, lo que la teoría de la argumentación tiene que aportar son las condiciones o reglas ideales con que pueda medirse la racionalidad de una práctica discursiva real, reglas que poseerán una dimensión normativa, en cuanto que su seguimiento implica congruencia con los presupuestos estructurales de la comunicación, y su vulneración por un comunicante implicará la contradicción pragmática de atentar contra un sistema de reglas esenciales de una práctica comunicativa que implícitamente acepta al emplearla⁷. No es que dichas reglas sean constitutivas de toda práctica discursiva, pues cabe un uso estratégico o parasitario del lenguaje, con fines torcidos o egoístas y para el cual el lenguaje sigue cumpliendo función de comunicación y coordinación de las acciones. Ocurre tan sólo que si todos procedieran en todo

6. Vemos como "discurso" y "argumentación" son conceptos íntimamente emparentados. Se trataría de dos modos de contemplar el mismo fenómeno, la invocación de razones, bajo ciertos presupuestos, en favor de una pretensión problematizada. Bajo la óptica analítica o estática se denomina a ese modo de proceder como "discurso"; bajo la perspectiva dinámica, al estudiar su desenvolvimiento práctico, se denomina como "argumentación", en el sentido de práctica discursiva. Buena muestra de hasta qué punto pueden resultar intercambiables estos conceptos la da el que se hable indistintamente de ética o de racionalidad discursivas o argumentativas.

7. "Las reglas del discurso son únicamente una forma de la *representación* de presupuestos pragmáticos de una praxis de discurso concreta que se aceptan tácitamente y se conocen de modo intuitivo" (1985, 115).

momento ignorando las reglas de la argumentación racional, la comunicación dejaría de ser posible, y de ahí que hasta quien vulnera esas reglas tenga que seguir presuponiéndolas, en cuanto que sigue usando de la posibilidad de la comunicación. Precisamente por no ser constitutivas de cada discurso práctico, sino únicamente de la posibilidad trascendental del discurso en general, esas reglas sirven como parámetro de racionalidad al que los discursos reales pueden aproximarse en grado mayor o menor.

El hablante que argumenta racionalmente actúa al margen de toda coacción "que no sea la del mejor argumento", por lo que únicamente puede darse la argumentación racional bajo ciertas condiciones de simetría e igualdad de "derechos" de todos los participantes, reales o potenciales. Estamos, en suma, ante el concepto habermasiano de "situación ideal de habla". Para Habermas, "explicitar los presupuestos comunicativos generales de la argumentación" es tanto como determinar "una situación ideal de habla" (1987a I, 46). Llama "ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación", y añade que "la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla" (1989a, 153). En la medida en que toda argumentación presupone y se decanta sobre el trasfondo de la comunidad ideal de habla, se presupone siempre que la argumentación racional sólo puede acontecer entre individuos que de cara a su participación en el proceso argumentativo estén en situación de libertad e igualdad (1986a, 19).

El desenvolvimiento de los discursos reales presupone necesariamente esas idealizaciones como condición de posibilidad⁸, lo cual no evita las deformaciones o coacciones que en aquéllos puedan darse: "fácticamente, en modo alguno podemos cumplir siempre (y ni siquiera a menudo) esos inverosímiles presupuestos pragmáticos de los que, sin embargo, en la práctica comunicativa cotidiana no tenemos más remedio que partir -y por cierto en el sentido de una coerción trascendental-" (1989b, 385)⁹. Podemos entender que la argumentación racional será sólo aquella que respete en la medida posible dichos presupuestos y, por tanto, en la medida en que se adecue en lo más que las circunstancias permitan a ese parámetro ideal constituido por la situación ideal de habla. Esas "idealizaciones incrustadas en la acción

8. "Cabe mostrar que siempre que deseamos realizar un discurso, tenemos que suponer recíprocamente una situación lingüística ideal" (1987b, 35).

9. "De ahí -continúa Habermas- que las formas socioculturales de vida estén bajo las restricciones estructurales de una razón comunicativa *siempre desmentida*, a la que simultáneamente, empero, no tenemos más remedio que *suponer*" (1989b, 385).

comunicativa" constituyen la "base" de la racionalidad comunicativa (1988d, 339). La idea de situación ideal de habla no es en modo alguno la descripción de una situación real, ni siquiera posible, puesto que toda argumentación real ha de acontecer en el seno de unas coordenadas mundanas, en el seno de una cultura, una sociedad y unos modos de socialización que van a determinar también las distintas posiciones de los sujetos ante la argumentación. Lo que se ofrece es un parámetro de racionalidad de la acción social y de "justicia" de los órdenes sociales.

Al buscar las reglas rectoras del discurso racional, tarea de la teoría de la argumentación, veíamos que se había de acudir a los presupuestos del habla, cuya visión de conjunto se nos ofrece en la construcción de la situación ideal de habla. En ésta los sujetos intervinientes se perfilan como libres e iguales frente a la posibilidad de argumentar. ¿Cómo se concreta esto, con más precisión, en reglas?.

Habermas reproduce ejemplos de las reglas expresadas por Alexy con base en obras anteriores del propio Habermas, y formula las reglas siguientes (1985, 110-113):

- 1.1. Ningún hablante debe contradecirse.
- 1.2. Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto "a" debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a "a" en todos los aspectos importantes.
- 1.3. Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos.
- 2.1. Cada hablante sólo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree.
- 2.2. Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de discusión debe dar una razón de ello.
- 3.1. Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión.
- 3.2. a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.
b) Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.
c) Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades.
- 3.3. A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos en (3.1) y (3.2) por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso.

En una argumentación perfecta entre sujetos orientados únicamente a entenderse, es decir, en la situación ideal de habla, estas reglas que emanan de los presupuestos mismos de la comunicación se respetarían por entero, y se alcanzarían acuerdos perfectamente racionales sobre las pretensiones de validez. A falta de semejante

perfección, queda al menos el criterio para medir la racionalidad de los acuerdos que efectivamente alcancemos en nuestras limitadas argumentaciones, pues "un consenso racional sólo puede distinguirse, en última instancia, de un consenso engañoso por referencia a una situación ideal de habla" (1989a, 154).

Nos encontramos nuevamente con la tensión entre ideal y realidad¹⁰. Las limitaciones de la realidad no impiden que el ideal inserto en las estructuras comunicativas opere, pues comunicarse es participar de ese conocimiento intuitivo de las condiciones de posibilidad de la argumentación, una de las cuales es la orientación al acuerdo racional: "Los hablantes competentes saben que todo consenso obtenido fácticamente puede ser engañoso; pero en la raíz del concepto de consenso engañoso (o meramente forzado) deben haber puesto ya el concepto de consenso racional. Acuerdo es un concepto normativo; todo aquel que habla una lengua natural lo conoce intuitivamente y se cree capaz de distinguir en lo esencial un consenso verdadero de uno falso" (1987b, 28).

El consenso resultante del discurso será, por muy vinculado al contexto que tenga que darse, válido y racional tan sólo bajo condiciones de ausencia de coacción y de simetría entre los interlocutores, lo cual, según Habermas, resulta obvio: "Si una de las partes hiciera uso de su acceso privilegiado a las armas, a la riqueza o al prestigio, para arrancar a la otra un asentimiento, bien sea amenazándola con sanciones o prometiéndole recompensas, ninguno de los participantes tendría la menor duda de que se han dejado de cumplir las condiciones de una argumentación" (1989a, 464). No se trata de exigir de los sujetos una visión absolutamente certera, sabia y justa, desvinculada de las servidumbres de su concreta sociedad. De ahí que baste la creencia seria de que tales condiciones de la argumentación racional se dan para que se cumpla con el componente de deber de la ética discursiva desde el punto de vista subjetivo (1989a, 442-443). Y de ahí también que, por chocante que pueda resultar a primera vista, la racionalidad del consenso sea compatible con su falibilidad. Que el consenso sea el término final de la discusión de pretensiones de validez no quiere decir que tras cada discurso se desemboque en una verdad ya para siempre incontestable, si de pretensiones de verdad se trataba, o en un definitivo criterio material de justicia, si eran pretensiones de rectitud el objeto de discusión. Lo que se quiere decir es que en cada momento no hay más vía racional de resolver la argumentación que el acuerdo libre de coacción, que

10. Puntualiza Habermas, frente a Apel, que con la idea de situación ideal de habla no trata de sugerir "un estado final alcanzable en el tiempo", sino que se atiene "al contenido idealizador de los inevitables presupuestos pragmáticos de una praxis en la que, en idea, no deberían acabar imponiéndose sino los mejores argumentos" (1997, 158).

el seguimiento del procedimiento marcado por las reglas del argumentar; no que ese procedimiento nos vaya a llevar a certezas definitivas (1989a, 139; 1988d, 352). Sólo se alcanzarán las certezas posibles en la sociedad y el momento histórico en que se opere. Lo único que trasciende esa vinculación contextual es ese "momento de incondicionalidad" presente en la argumentación y que no asegura para siempre la verdad de contenidos, pero sí la validez intemporal del proceder argumentativo racional. Ello no quita para que el consenso a que en cada momento se llegue, bajo el convencimiento del respeto a las reglas de la argumentación racional, se pretenda universal, válido más allá de las limitaciones espacio-temporales¹¹.

Esas son las razones que hacen a Habermas decir que las reglas de la argumentación y la situación ideal de habla no ofrecen lo que propiamente sería un criterio (material) de verdad (o de rectitud), sino sólo un procedimiento que sirve para ponerse de acuerdo racionalmente en cada momento acerca de lo que en ese momento puede ser tenido por verdadero o recto. Los criterios materiales cambian con los tiempos y las culturas. Es el procedimiento racional de desenvolvimiento discursivo de pretensiones de validez, con vistas al consenso no coaccionado, lo que permanece como pauta racional desde que existe comunicación lingüística y allí donde exista comunicación lingüística (1989a, 464-465).

En sus últimos escritos trata Habermas de defender su teoría consensual y dialógica de la verdad frente a las objeciones provenientes de posturas relativistas, contextualistas u holistas. Para ello aduce que verdadero es el juicio sobre estados de cosas en el mundo que no se ampara meramente en un consenso fáctico en el seno de un grupo, cultura o teoría: "verdadero es lo que sería aceptado como justificado bajo condiciones epistémicas ideales (Putnam) o en una comunidad ideal de comunicación (Apel) o en una situación ideal de habla (Habermas). El momento de incondicionalidad que intuitivamente asociamos a las pretensiones de verdad se interpreta aquí en el sentido de un ir más allá de contextos locales. Una afirmación que según nuestros estándares está justificada se diferencia de una afirmación verdadera del mismo modo que una afirmación justificada en el respectivo contexto se diferencia de una que podría ser justificada en todos los contextos posibles" (1999b, 288-289). A partir de ahí precisa su noción de verdad: una afirmación es verdadera cuando bajo las más estrictas condiciones comunicativas resiste todo intento de atacarla

11. "No podemos simultáneamente *afirmar* una oración o *defender* una teoría y, sin embargo, afirmar que su pretensión de validez será refutada en el futuro. Sólo en actitud realizativa podemos hacer afirmaciones; y esa actitud nos obliga (con el poder suave pero irresistible de una «necesitación» transcendental) a entablar una pretensión que rompe todas las restricciones locales y temporales, que *trasciende* todos los límites culturales o históricos. Pero, por otro lado, esa pretensión, que podría encontrar reconocimiento ante el foro de una comunidad ilimitada o irrestricta de comunicación, es aquí y ahora cuando la entablamos" (1989a, 469).

(1999b, 289).

Así puestas las cosas, podemos ya ver cómo para Habermas la racionalidad comunicativa y la ética discursiva se reconducen, de resultados de todo lo anterior, a un principio supremo: el principio de universalización. Cuanto llevamos dicho puede entenderse sintetizado en este principio. El acuerdo resultante del discurso racional expresará contenidos en los que todos pueden estar de acuerdo, es decir, contenidos universales. Esos contenidos podrán cambiar con los tiempos, pero lo que permanece, en cuanto postulado inserto en las estructuras de la comunicación, es dicho principio como principio formal. Cuando todos los interlocutores, orientándose al entendimiento y no a fines egoístas, puedan ponerse de acuerdo en la verdad de un enunciado o en la justicia de una norma, estarán reconociéndoles validez universal.

El principio de universalización (U) se funda, según Habermas, "en el contenido de los presupuestos pragmáticos de la argumentación en general en conexión con la explicación del sentido de las pretensiones normativas de validez" (1985, 137). Toda emisión lingüística, lo sabemos ya, comporta una pretensión de validez, lo que equivale a decir que se pretende válida frente a todos, apta para alcanzar un convencimiento general. Las razones, cuya invocación en su apoyo tácitamente se asume, son argumentos tendentes a alcanzar ese convencimiento sobre la base de la aceptabilidad general, no contaminada por manipulaciones o presiones, de esa pretensión, es decir, de la emisión correspondiente. Por tanto, al hablar y pretender racionalidad para nuestras manifestaciones, esto es, que puedan ser aceptadas por todos, estamos presuponiendo la universalidad o posibilidad de universalización de los contenidos, estamos presuponiendo que dichos contenidos serán válidos, racionales, si todos pueden aceptarlo tras un examen libre y objetivo, imparcial, de las razones que los avalan. Y por mucho que en cada caso cada argumentante y sus interlocutores estén inmersos en las coordenadas de una cultura particular, fundamentar el principio de universalidad con base en "la prueba pragmático-transcendental de presupuestos generales y necesarios de la argumentación" (1985, 137) equivaldrá a mostrar la propia universalidad del principio de universalización, su necesaria presuposición en el habla que acontezca dentro de cualquier cultura: "en la fundamentación de «U» se trata, esencialmente, de la identificación de presupuestos pragmáticos, sin los cuales no puede funcionar el proceso de argumentación. Todo aquel que participa en la praxis de la argumentación tiene que haber aceptado ya estas condiciones de contenido normativo para las que no existe alternativa alguna. Por el hecho de intervenir en la argumentación los participantes están obligados a reconocer este hecho" (1985, 153).

Por eso formula Habermas el principio de universalización principalmente referido a normas, como criterio de determinación de la validez normativa: toda norma válida ha de satisfacer la condición que puedan todos los afectados libremente aceptar las consecuencias y los efectos secundarios que del cumplimiento general se deriven para la satisfacción de los intereses de cada uno (1984, 219; 1985, 142; 1988c, 18). Toda norma válida, por tanto, y luego volveremos sobre esto, sería apta para lograr la aceptación de todos los afectados en el caso de que éstos tomaran parte en el discurso práctico; de no ser ello cierto, la norma de que se trate carecería de validez.

Pero nuevamente hay que puntualizar que Habermas no entiende aquí estar hablando de contenidos, sino de criterios formales y procedimentales. Lo que se nos ofrece con esa versión de «U» en términos normativos es una vía para poder decidir racionalmente cuestiones práctico-morales discutidas, motivando al acuerdo racional (1984, 218). Esa racionalidad, por tanto, no es sinónimo de racionalidad material, sino de imparcialidad (1985, 97; 1989f, 322). Y lo que conseguimos es un criterio de enjuiciamiento de moralidades concretas; bajo un punto de vista que las rebasa a todas y que a todas, en cuanto construidas con instrumental lingüístico, les subyace: la orientación imparcial al consenso de todos. Pero en realidad estamos ante un criterio negativo, no un criterio de construcción de soluciones materiales racionales, sino de exclusión de las soluciones irracionales por no imparciales. Esto explica, por ejemplo, que Habermas puntualice que no concibe el discurso práctico como un modo de "producción de normas justificadas", sino como un procedimiento que sirve "para el examen de la validez de normas preestablecidas pero que se han vuelto problemáticas y se discuten en actitud hipotética" (1984, 220-221).

Tenemos, pues, dos aspectos en buena medida contrapuestos y cuya síntesis constituye uno de los mayores problemas con que Habermas ha de enfrentarse. Las normas (al igual que el saber teórico, que el sustrato cultural) se producen ligadas a los contextos históricos, en el seno de formas de vida determinadas, lo cual explica sus contenidos. Y, al mismo tiempo, se afirma que existe un criterio de enjuiciamiento racional de esos contenidos que es universal, que trasciende esos contextos y es además intuitivamente accesible a todos los sujetos con capacidad lingüística, en virtud precisamente de su misma competencia comunicativa (1989a, 442). ¿Cómo conciliamos esos dos extremos?.

Habermas piensa que es precisamente la ética del discurso la llamada a mediar entre ellos. Los participantes en el discurso normativo no pueden sustraerse a las determinaciones de su contexto histórico y vital, pero, aun dentro de ese marco, conocen que el

principio de generalización de intereses, o, lo que es lo mismo, de imparcialidad, es decir, el principio de universalización, es ineludible si se quiere evitar la irracionalidad y el abuso¹². Es posible, en virtud de la idea de falibilidad a la que ya se hizo referencia antes, que generaciones futuras descubran en las normas pasadas elementos de injusticia o contenidos opresivos difícilmente compatibles con los intereses de todos. Pero en la medida en que quienes produjeron aquellas normas no podían sustraerse a su horizonte histórico y carecían aun de los resortes intelectuales para descubrir dichas incongruencias (piénsese en situaciones hoy superadas pero entendidas en otras épocas como perfectamente "naturales" y "lógicas", como la esclavitud de enemigos extranjeros o la inferioridad social de las mujeres), no actuaban irracionalmente al entender la generalización de intereses o la imparcialidad en la producción de las normas o el enjuiciamiento de valores en consonancia con los parámetros irrebasables de ese momento¹³: por ejemplo, entendiendo que entre aquellos cuyo consenso contaba a efectos de legitimar una norma no estaban los esclavos o las mujeres. Digamos que un ciudadano de la Grecia clásica no actuaría irracionalmente al entender como válida una norma sin considerar los intereses o el hipotético consentimiento de los no ciudadanos, o de las mujeres, o de los esclavos, pero sí sería irracional aquella norma en la que se consintiera mediante manipulación de unos ciudadanos sobre otros, o que se impusiera entre los ciudadanos por la fuerza. A las implicaciones de relativismo moral que esto pudiera plantear responderá Habermas con la creencia en un desarrollo moral¹⁴, que hace que las etapas de la historia moral de la humanidad puedan entenderse como pasos sin vuelta atrás en el progreso hacia una cada vez más perfecta realización de las implicaciones de la ética discursiva.

Y Habermas dice que lo que en realidad impone la ética discursiva es el hacer abstracción, digamos que en la medida de lo históricamente posible, de los condicionantes concretos que explican el surgimiento de las normas, de ese trasfondo de saber incuestionado que es cada modo de vida. Una vez que el discurso se plantea, como consecuencia de haber sido problematizada la pretensión de validez de una norma que hasta entonces pudo quizá tenerse por indiscutible, se impone argumentar sobre la validez de dicha norma, sobre su

12. "Desde la perspectiva del participante, valen *ambas cosas a la vez*: naturalmente que los participantes se identifican a sí mismos como *real life actors*, pero al mismo tiempo «tienen que» suponer que por el momento pueden satisfacer suficientemente las condiciones de la situación ideal de habla" (1989a, 443).

13. "Toda teoría general de la justificación permanece característicamente abstracta frente a las formas históricas de la dominación legítima. Aplicar raseros de justificación discursiva a sociedades tradicionales es comportarse de modo históricamente «injusto»" (1981a, 271).

14. "¿Hay una alternativa a esa injusticia histórica de las teorías generales por una parte, y a la arbitrariedad de la mera comprensión histórica por otra?. El único programa con perspectivas que acierto a ver lo constituye una teoría que aclare estructuralmente la sucesión, históricamente observable, de niveles de justificación y la reconstruya como un contexto lógico-evolutivo" (1981a, 271-272).

rectitud o justicia, en actitud hipotética, como si fuera posible realmente (y en la máxima medida que lo sea) su enjuiciamiento meramente racional, el sopesamiento puramente imparcial bajo una óptica universalizadora o de búsqueda del consenso universal, de los argumentos en pro y en contra de la misma. Las normas y valoraciones surgen siempre en el marco de una determinada moralidad o *Sittlichkeit*, pero cabe su examen racional y la decisión racional de su discusión desde la perspectiva de una moral universal (*Moralität*) rebasadora de las concretas concepciones históricas de la "vida buena". Toda moralidad concreta puede ser examinada en el discurso bajo la óptica universalística de la "justicia" de sus procedimientos.

La validez normativa.

Distingue Habermas entre los actos de habla mediante los que pretendemos mostrar la existencia de algo en el mundo objetivo y aquellos a través de los que pretendemos regular o calificar acciones por referencia a normas o valores¹⁵. A los primeros los denomina constatativos y a los segundos, regulativos. Para los unos se pretende verdad; para los otros, rectitud normativa (1987a I, 416). El tipo de acción que se lleva a cabo al amparo de los actos de habla regulativos es la que llama Habermas "acción regulada por normas". Así como los actos de habla constatativos presuponen un cuerpo previo de conocimientos acreditados y admitidos, un sustrato de teorías admitidas, los actos de habla regulativos se han de apoyar en un entramado de normas reconocidas, en "un saber práctico-moral", que "se transmite en forma de representaciones morales y jurídicas" (1987a I, 427). Los actos constatativos sirven para la exposición de estados de cosas; los regulativos y las acciones reguladas por normas tienen su razón de ser en el establecimiento y mantenimiento de relaciones interpersonales. Los primeros giran en torno al mundo objetivo; los segundos presuponen y recrean el mundo social.

Tanto en el caso de los actos de habla constatativos como regulativos, puede ser cuestionada la pretensión de verdad o rectitud que respectivamente envuelven. Y en ambos casos está implícita en el propio lenguaje la posibilidad de superar ese momentáneo disenso, ese instante de descoordinación, mediante el discurso, con el acuerdo final, en torno a la mejor razón, como salida. En un caso estaremos ante el discurso teórico; en el otro, ante el discurso práctico. Éste posee una doble dimensión, pues en él "los participantes pueden examinar, tanto la rectitud de una determinada acción en relación con una norma dada, como también, en un segundo paso, la rectitud de esa norma misma" (1987a I, 427); pero en cualquier caso, lo que en

15. Además de los actos de habla expresivos, que pretenden mostrar una vivencia subjetiva, y de los comunicativos, que tratan de organizar el habla (1987a I, 416).

el discurso práctico se dirime es "la aceptabilidad de acciones o de normas de acción" (1987a I, 65).

Todo esto deja ver analogías entre ambos tipos de discurso. Pero hay, según Habermas, una similitud aun más relevante y que da a su teoría uno de sus más notorios caracteres: la rectitud normativa y la verdad son pretensiones análogas que pueden ser fundamentadas con el mismo grado de certeza. En esto se enfrenta Habermas al prejuicio cientificista, a la idea que frente a la posibilidad de juicio objetivo sobre la verdad o falsedad de enunciados teóricos, no cabe más que el subjetivismo y relativismo para los enunciados normativos, sin posibilidad de objetividad ninguna paragonable a la verdad. Entiende que la rectitud de una acción o la justicia de una norma pueden justificarse mediante argumentos con la misma certeza con que mediante argumentos se fundamenta la verdad de un enunciado teórico discutido. De ahí que el propio Habermas asigne a su teoría ética el rótulo de cognitivista (1986a, 17).

Ahora bien, en los últimos tiempos ha matizado y precisado Habermas el sentido de esa analogía entre verdad de enunciados empíricos y corrección de normas. Pese a lo que de común tienen las pretensiones de verdad y de corrección (el resolverse en un discurso que tiene su pauta en la satisfacción lo más perfecta posible de las condiciones ideales de la comunicación), la analogía no es total, pues "a las pretensiones morales de validez les falta la referencia al mundo objetivo, característica de las pretensiones de verdad" (1999b, 296). Las normas no tienen una existencia independiente de su reconocimiento intersubjetivo. Afirmar que una norma idealmente merece reconocimiento universal no es hacer referencia a un reconocimiento fácticamente existente, y afirmar la "validez" racional de esa norma es propugnar ese reconocimiento, no constatarlo. En ese sentido dice Habermas que la "corrección" es "un concepto epistémico" (1999b, 298). Nuevamente ahí la "idealización de las condiciones de justificación que asumimos en el discurso racional" funciona como pauta frente a las normas efectivamente reconocidas en una determinada comunidad, al mismo tiempo que tal carácter ideal de esas pautas sirve de base a la falibilidad de cada concreto reconocimiento bajo las mejores condiciones que sean posibles en cada comunidad y dentro del correspondiente mundo de la vida. Lo que como patrón ideal se contrapone a las ideas materiales de justicia imperantes en un determinado contexto social no es un contenido de justicia material, sino un procedimiento participativo y garantizador de la imparcialidad en la construcción de los contenidos de justicia. El interés de todos, del que es expresión la norma idealmente justa, no es algo que anteceda al desenvolvimiento de ese procedimiento discursivo, sino su resultado final. En este sentido se preocupa Habermas de aclarar (frente a la

interpretación de C. Lafont) que el cognitivismo que sostiene no quiere decir preexistencia de patrón material de justicia, al modo como el mundo objetivo preexiste como patrón de las pretensiones de verdad de las afirmaciones empíricas. Decir que una norma merecería reconocimiento "no se apoya en una coincidencia objetivamente comprobable con intereses preestablecidos, sino que depende de una interpretación y valoración de los intereses llevadas a cabo por los partícipes desde la perspectiva de la primera persona del plural" (1999b, 310), bajo los presupuestos de la argumentación racional.

¿Por qué se necesitan las normas de la moral o el Derecho una vez que los individuos han alcanzado la coordinación social?. ¿Para qué sirve al respecto el discurso práctico, referido a normas?. Es la posibilidad de conflicto la que justifica tales normas. Allí donde esa coordinación práctica, esa integración social, se rompe por falta de acuerdo, es preciso restablecer el consenso, evitar que se desencadene un proceso de rupturas y enfrentamientos que termine con la viabilidad de la convivencia organizada. Ahí es donde moral y Derecho entran en juego, como referencias establecidas, admitidas y reconocidas, a cuya luz es posible restañar el conflicto, alcanzar un acuerdo para la pretensión de rectitud discutida: "La moral y el Derecho -dice Habermas- tienen la función de encauzar de tal suerte los conflictos abiertos, que no sufra quebranto el fundamento de la acción orientada al entendimiento, y con ello la integración social del mundo de la vida. Garantizan un ulterior nivel de consenso, al que se puede recurrir cuando el mecanismo del entendimiento ha fracasado en el ámbito de la regulación normativa de la comunicación cotidiana, cuando, en consecuencia, la coordinación de las acciones prevista para el caso normal no se produce y se torna actual la alternativa de un enfrentamiento violento. Las normas morales y jurídicas -concluye-, pues, *normas de acción de segundo orden*" (1987a II, 245). En cuanto Derecho y moral reposan en el reconocimiento social de sus normas, "sirven a la regulación consensual de conflictos de acción y, con ello, al mantenimiento de una amenazada intersubjetividad del entendimiento entre sujetos capaces de lenguaje y acción" (1981a, 31). Mas decir que las normas práctico-morales y jurídicas son esenciales no es aún afirmar que sean siempre y en todo caso racionales. Racionales, como veremos, sólo lo serán bajo ciertas condiciones, condiciones que, por mucho que vayan implícitas en las estructuras de la comunicación en general, en buena medida sólo se alcanzan en los tiempos modernos.

Entiende Habermas que el discurso práctico gira en último extremo en torno a la validez de las normas. Cuando se cuestiona la rectitud de una acción cabe apelar a la norma que la respalda; pero cabe poner en duda también la rectitud de ésta, su validez normativa, es decir, su justicia. En tal caso el discurso versará sobre la validez

racional o justicia de la norma o normas que se discuten. Cabe, pues, un enjuiciamiento objetivo de la rectitud de las acciones, enjuiciamiento que tiene lugar sobre la base de la adecuación de tales acciones a las normas correspondientes. Y cuando esas normas se cuestionan a su vez, cabe el acuerdo en torno a las mejores razones en pro o en contra de su validez, es decir, de su justicia (1987a I, 129).

Nos queda ahora preguntarnos por el criterio último de validez o fundamento racional de las normas. Habermas expresa con diversas fórmulas ese criterio último. Así, afirma que sólo pueden pretender validez aquellas normas que pudieran alcanzar la aceptación de todos los afectados como participantes en un discurso práctico (1986b, 302; 1988c, 330; 1985, 117). Ahora bien, para que todos pudieran dar a la norma su asentimiento ésta habría de ser acorde con el interés de todos, por lo que se puede igualmente decir que "una norma sólo posee validez en la medida en que, en relación con la materia necesitada de regulación de que en cada sazón se trate, tenga en cuenta los intereses de todos los afectados y encarne (...) la voluntad que todos, cada cual en su propio interés, podrían formar en común", lo cual es precisamente lo que en el discurso se pondera mediante razones (1987a II, 61), ya que precisamente "los discursos prácticos versan sobre la universalidad de intereses" (1989d, 81). Lo que cada interesado ha de poder aceptar sin coacción, por relación a sus intereses, son tanto los resultados como los efectos secundarios que se sigan de un cumplimiento general de la norma (1986a, 18).

Tenemos, por tanto, que el criterio supremo de validez está en la posibilidad de aceptación general de la norma bajo ciertas condiciones. Y son estas condiciones lo decisivo, las que marcan el límite entre la posibilidad de aceptación racional y, con ello de validez, y un consenso que fuera forzado o manipulado. Por eso la clave está en el procedimiento, en las reglas que rigen las condiciones de partida y de desarrollo del discurso y que, así, aseguran la racionalidad del resultado. De ahí que a la afirmación que una norma sólo puede pretenderse válida si es apta para lograr la aceptación de todos los implicados, en el supuesto que todos participaran en el discurso práctico, puede Habermas añadir que esto último equivale a decir que tal aceptación habría de poder obtenerse "bajo condiciones discursivas tales como las que todos los participantes necesitarían para ponerse también en la perspectiva de cada uno de los demás", pues sólo así se posibilita la imparcialidad del juicio (1989f, 322). Pero con esto no se está introduciendo en la comunicación ningún requisito normativo externo que contravenga su transcurso más natural, sino, por el contrario, actuando precisamente en consonancia con las estructuras inmanentes, con los presupuestos trascendentales del habla, pues ya sabemos que "la idea de imparcialidad está *enraizada en* las estructuras

de la misma argumentación, y no es preciso que se *introduzca* en ella como un contenido normativo suplementario" (1985, 97), lo cual no es, como también conocemos, sino otra forma de afirmar la inmanencia a toda práctica argumentativa del principio de universalidad. Consecuentemente, se darían para Habermas todos los requisitos para poder colocar en la base de la validez normativa una nueva formulación de la idea de voluntad general: "en la validez del deber ser se manifiesta la autoridad de una voluntad *general compartida* por todos los afectados, que prescinde de toda cualidad imperativa, ya que se remite a un interés general determinable *discursivamente*, inteligible cognitivamente, y visible desde la perspectiva de los participantes" (1985, 95).

Mas no podemos olvidar que los individuos están insertos siempre en un mundo de la vida que funciona como horizonte y límite dentro del cual pueden plantearse sólo ciertas posibilidades de conocimiento o de acción.

Habermas es consciente de lo anterior y ello le lleva a sostener que el funcionamiento efectivo del criterio de validez reseñado sólo puede operarse en la época moderna, a partir de la diferenciación de estructuras del mundo de la vida y en el seno de la coetánea concepción postradicional de las normas.

En lo que al discurso práctico hace referencia, explica Habermas en detalle cómo es el paso a la época moderna el que permite la efectividad del principio de validez racional de las normas: "Sólo cuando el poder de la tradición ha quedado quebrado hasta el punto de que la legitimidad de los órdenes vigentes puede ser considerada a la luz de alternativas hipotéticas pueden preguntarse los miembros de un grupo que, como grupo, dependen de la cooperación, es decir, del esfuerzo común para la consecución de fines colectivos, si las normas en cuestión regulan de tal modo el arbitrio de los afectados, que *cada uno de ellos* puede ver salvaguardado su interés" (1987a II, 61). La ética discursiva no sólo pasa a hacerse posible en su funcionamiento efectivo, sino que se presenta como única alternativa para una legitimación normativa en la sociedad moderna. Más allá sólo quedaría la barbarie de la integración sistémica, la destrucción de los presupuestos de la comunicación y de la legitimidad por obra de la lógica del dinero o del poder, que no respetarían la legitimidad social sino que la inducen mediante mecanismos de "legitimación por el procedimiento" y sustitución de los mecanismos consensuales de fondo.

El creciente auge teórico del relativismo cultural y el comunitarismo ha llevado al Habermas de los últimos tiempos a pronunciarse de modo pormenorizado sobre el peso que en la formación del consenso racional y de las condiciones que lo hacen posible han

de jugar las tradiciones y culturas en las que cada persona se socializa y forja su identidad individual. Reiteradamente afirma que esos contextos hacedores de la identidad merecen protección, pero sin llegar nunca al límite de admitir que el peso de tradición ninguna pueda privar a ningún sujeto del derecho a ser partícipe en la construcción comunicativa de las normas de la vida colectiva. En la medida que la comunicación mediante el lenguaje y sus presupuestos es común a toda cultura y el instrumento mediante el que en toda cultura se pueden sentar las normas de todo tipo que garantizan la coordinación social, los requerimientos trascendentales de la comunicación son compartidos más allá de toda diversidad cultural, y esto otorga al individuo la común condición de titular de esos derechos comunicativos¹⁶. Cosa distinta es que no en todas las culturas hayan podido al día de hoy realizarse por igual esos derechos dimanantes de la condición de sujetos con capacidad de interlocutores. De hecho, “entre las ventajas del racionalismo occidental se cuenta la posibilidad de distanciarse de las propias tradiciones y ampliar las perspectivas” (1998c, 179). Ciertamente “la integridad de la persona jurídica individual no puede ser garantizada sin la protección de aquellos ámbitos compartidos de experiencia y vida en los que ha sido socializada y se ha formado su identidad”, pues “la identidad del individuo está entretejida con las identidades colectivas” (1999a, 209). Ahora bien, la protección de esa identidad colectiva no puede realizarse a costa de la autonomía individual y de las condiciones que la hacen posible: “La protección de las tradiciones y de las formas de vida que configuran las identidades debe servir, en último término, al reconocimiento de sus miembros; no tiene de ningún modo el sentido de una protección administrativa de las especies. El punto de vista ecológico de la conservación de las especies no puede trasladarse a las culturas (...) ya que una tal garantía de la supervivencia de las culturas “habría de robarle a los miembros precisamente la libertad de decir sí o no, que hoy en día constituye una condición necesaria para la apropiación y preservación de la herencia cultural¹⁷ (1999a, 210).

16. La “inclusión del otro” se postula como requisito de una moral universalista que puede estar por encima de y abarcar las diversas éticas, dado su anclaje en el elemento común y aglutinador de cualquier cultura, como es la comunicación lingüística. Ninguna diferencia nos aleja del otro tanto como para no poder entendernos sobre presupuestos comunes que fundamentan una “comunidad moral” universal. Se trataría de superar la falsa alternativa entre comunidad y sociedad mediante un universalismo “sensible a la diferencia” y que postula el igual respeto para todos, también para “el otro”, no sobre la base de homogeneizarlo o reducir su diferencia, sino del respeto a su “otredad” (vid. 1999a, 23-24). A aquella comunidad moral, más allá de las éticas comunitarias particulares, “pertenecen todos aquellos que se han socializado en una forma -cualquiera- de vida comunicativa” (1999a, 59). La común posesión por los individuos, por encima de su comunidad, de la capacidad argumentativa fundamenta una “comunidad inclusiva” que no excluya a ningún sujeto lingüísticamente capaz (1999a, 72-73).

17. Y añade: “Bajo las condiciones de una cultura que se ha hecho reflexiva sólo pueden mantenerse aquellas tradiciones y formas de vida que vinculan a sus miembros con tal que se sometan a un examen crítico y dejen a las generaciones futuras la opción de aprender de otras tradiciones o de convertirse a otra cultura y de zarpar hacia otras costas” (1999a, 210).

Ahora vamos a pasar revista a otra característica que reviste, para Habermas, la fundamentación racional de la validez de las normas en general: su carácter procedimental. Dirimente de esa racionalidad no va a resultar la coincidencia de los resultados del discurso con principio material ninguno ni con el contenido de ninguna norma preestablecida, sino la adecuación del proceso argumentativo a ciertas reglas y presupuestos procedimentales que no son sino las reglas y presupuestos de la argumentación racional. Por eso la ética discursiva, que gobierna el discurso práctico, no sienta contenidos ni prejuzga de contenidos, y de ahí el formalismo de esta doctrina ética.

La cuestión que sin embargo se plantea es la de si pueden absolutamente cualesquiera contenidos ser admisibles siempre que se aprueben por los afectados con arreglo al procedimiento discursivo racional o si, por el contrario, existirían normas con un contenido tal que hace imposible su aprobación argumentativa, por contravenir los presupuestos mismos de esa argumentación. ¿Cabe por ejemplo fundamentar racionalmente la validez de una norma constitucional que excluya para el futuro todo proceder democrático para la aprobación de las normas jurídicas?

Habermas mismo destaca la naturaleza procedimental y formal de su ética: "El principio básico de la ética discursiva toma pie en un *procedimiento*, esto es, la comprobación discursiva de las pretensiones normativas de validez. A este respecto cabe calificar con razón la ética discursiva de *formal*. Ésta no ofrece orientación de contenido alguno, sino un procedimiento: el discurso práctico" (1985, 128), y dicho procedimiento tiene su sentido en "garantizar la imparcialidad en la formación del juicio" (1985, 143). Como ya se ha visto con anterioridad, no se trata mediante dicho procedimiento en que esta ética se resume, de llegar al conocimiento o producción de nuevos contenidos, sino de someter a examen de racionalidad, de validez, los contenidos que desde el trasfondo del mundo de la vida se proponen para las normas rectoras de la convivencia. En el discurso práctico, gobernado por un procedimiento que busca asegurar la universalidad de las normas que se fundamentan en él, se dirime qué pretensiones normativas, qué normas son admisibles por satisfacer ese requisito de universalidad y cuáles son rechazables por no encarnar más que intereses particulares en perjuicio del interés general¹⁸.

18. "El postulado de la universalidad funciona como un cuchillo que hace un corte entre «lo bueno» y «lo justo», entre enunciados evaluativos y enunciados normativos rigurosos. Los valores culturales llevan consigo, desde luego, una pretensión de validez intersubjetiva, pero están tan implicados en la totalidad de una forma de vital especial que no pueden aspirar, sin más ni más, a la validez normativa en sentido estricto; en el mejor de los casos son *candidatas* (sic) a una materialización en normas que han de poner de manifiesto un interés general" (1985, 129). "La ética discursiva delimita el ámbito de lo moralmente válido frente al de los *contenidos* valorativos culturales" (1985, 143).

Con arreglo a ese procedimentalismo, la idea de justicia, concepto con el que tradicionalmente se juzgan las normas, aparece teñida en Habermas de los mismos tonos: justo significa lo mismo que éticamente fundado con arreglo a un procedimiento racional (1986b, 306). En el caso de preceptos morales, estos serán justos y racionales, éticamente válidos, si son susceptibles de fundamentación discursiva y, por tanto, universalizables, capaces de alcanzar el asentimiento de todos, si todos, en defensa de sus intereses, pudieran participar en el proceso argumentativo de su fundamentación. Cuando se trata de normas jurídicas, producidas conforme a un procedimiento legal, es decir, establecido por normas jurídicas anteriores que forman parte del ordenamiento jurídico, serán justas, válidas racionalmente, cuando, como veremos, dicho proceso de producción legal equivalga a la institucionalización del procedimiento de discusión racional propuesto por la ética discursiva.

Sabemos que la integración social es posible por la existencia de normas jurídicas y morales, normas que pueden ser racionales y válidas en cuanto fruto de un acuerdo que se sigue de un procedimiento que garantiza la universalización de sus resultados. Pero nos encontramos con que no siempre los sujetos se guían por los cánones de la acción comunicativa, sino que pueden perseguir intereses no generalizables a través de acciones teleológicas, para lo cual pueden recurrir a la manipulación o coacción de sus semejantes. Y, además, como veremos al referirnos al Derecho, las normas que constituyen el núcleo de organización social no sólo han de ser válidas y racionales, sino que, para que realmente las expectativas que generan sean fiables y se protejan frente a quienes no actúan movidos por el respeto al interés general, han de ir dotadas de un respaldo coactivo. Pues bien, tanto en uno como en otro caso vemos que junto a las normas entra en juego el poder. En el primer caso se trataría de un poder que atenta contra el interés general; en el segundo, de un poder que respalda ese interés. A éste lo llamaríamos poder legítimo; a aquél, ilegítimo.

Con esto está delimitado ya el criterio de legitimación, de diferenciación entre poder ilegítimo y autoridad legítima. El poder, en cuanto implica dominación y forzamiento de conductas y voluntades sería en sí mismo algo irracional. Por ello su existencia precisa siempre de justificación para ser racional, requiere ser legitimado. Y esa legitimación sólo puede producirse cuando los sujetos aceptan ese poder en su propio interés, cuando ese poder es expresión de la voluntad general de los sujetos. Esto equivale a sostener que el poder, que es necesario como respaldo de las expectativas de conducta que las normas producen, sólo es legítimo cuando se ampara en normas válidas, es decir, justas, racionales. Siempre estará el poder legítimo sometido al "poder comunicativo" (1989e, 48). A la postre, "legitimidad

significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento" (1981a, 243).

Sobre el Derecho moderno y su validez.

Ya se ha aludido a la función de integración social que hace a las normas necesarias para que la coordinación sea posible y al papel que las normas jurídicas ejercen como refuerzo y garantía de las expectativas normativas en la sociedad. Y conocemos ya que moral y Derecho son órdenes especializados en el restablecimiento del consenso que se rompe cuando una pretensión de rectitud es cuestionada. Pretensiones de rectitud enfrentadas darían lugar a conflictos de acción irresolubles si no existieran las referencias normativas superiores que permiten su reconducción a un acuerdo en torno a normas establecidas. En ámbitos especialmente relevantes para la integración colectiva esas normas aparecen respaldadas por mecanismos de sanción institucionalizados.

Esa función de garantizar el mantenimiento de la integración social, la comparten las normas morales y jurídicas. Pero dentro de ese marco, el Derecho satisface una función de garantía última para los casos en que el vínculo racional que dimana de las normas válidas no sea bastante para mover las conductas de todos y, con ello, para asegurar la generalidad de las expectativas de comportamiento en la sociedad. Las normas jurídicas "absorben inseguridad, y el propio Derecho obtiene una justificación moral de su existencia por cuanto que supone "una compensación de las debilidades de la moral autónoma" (1987c, 14). Una moral posconvencional, en la que, decaídas las tradiciones dogmatizadas, el individuo se erige en juez supremo de la calidad moral de sus actos, no asegura el cumplimiento efectivo de sus preceptos, y para obtener certeza al respecto "normas moralmente válidas habrán de ser transformadas en normas legalmente vinculantes" (1989c, 146). Por eso se requiere también un poder que maneje ese instrumental jurídico, poder político que será legítimo cuando actúe él mismo regido por e imponiendo normas jurídicas racionalmente válidas, expresión de la voluntad general. "Así, -dice Habermas- la necesidad funcional de Derecho y política puede ser explicada en términos de condiciones necesarias para una formación racional de una voluntad colectiva que sea a la vez imputable y efectiva" (1989c, 147).

Justificada así la presencia social del Derecho, su problema mayor deriva de su naturaleza dual, "ambivalente" (1987c, 5): las normas jurídicas serán racionalmente válidas en cuanto reconocidas por ser

expresión de una voluntad general, pero, además, van respaldadas por un elemento tan aparentemente contrario a la libertad y el consenso como es la coerción, el uso de la fuerza para imponer comportamientos. De ahí que el problema de la validez se presente en el Derecho con caracteres aun más acuciantes que en la moral, pues habrá que fundamentar, para que las normas jurídicas puedan ser válidas, que esa coacción puede ser racional, compatible con los mecanismos del entendimiento y el discurso práctico.

Con la llegada de la modernidad, las normas jurídicas pierden el soporte de la tradición y se ven necesitadas de nuevos mecanismos de legitimación, es decir, de motivación a la obediencia, de aceptación, incluida la aceptación de su potencial coercitivo. Será el momento en que podrán funcionar con ese fin mecanismos de la ética discursiva, procesos garantizadores de una producción normativa imparcial que respete la generalización de los intereses. Una vez que se han alcanzado las estructuras de la conciencia moral que posibilitan ese paso, no otra puede ser la lógica de la legitimación normativa. En el moderno Estado de Derecho, por tanto, la exigencia de legitimación de la normatividad jurídica se habría hecho particularmente perentoria. Nada puede justificar la racionalidad de la obediencia al Derecho si no es el convencimiento fundado de los ciudadanos de estar obedeciendo a su propio interés. Por mucho que el Derecho moderno sea, como veremos, Derecho positivo, no puede ese Derecho producirse de cualquier modo ni, consiguientemente, poseer cualquier contenido que no tenga en el proceso de producción normativa una garantía de respeto al interés general.

La validez propia y característica del Derecho moderno se desdobra en dos dimensiones, necesitadas ambas de satisfacción: facticidad de la imposición estatal, coactiva, de las normas jurídicas y legitimidad, basada en el procedimiento racional de creación de esas normas. “Las normas jurídicas deben estar constituidas de tal manera que (...) simultáneamente puedan ser contempladas como normas coactivas y como leyes de la libertad. Tiene que ser posible al menos seguir las normas jurídicas no sólo porque fuerzan a la obediencia, sino porque son legítimas. La validez de una norma jurídica significa que el poder estatal garantiza al mismo tiempo producción legítima del Derecho e imposición fáctica del mismo. El Estado debe asegurar ambas cosas, por un lado la legalidad de los comportamientos, en el sentido de que por regla general sean seguidas, en caso necesario con el forzamiento mediante sanciones, y, por otro lado, la legitimidad de las reglas, que asegure que el seguimiento de una norma puede llevarse a cabo por respeto a la ley misma” (1998c, 172-173).

Los caracteres estructurales de este Derecho moderno los

sintetiza Habermas del siguiente modo: “El Derecho moderno es formal porque se basa en la premisa de que todo lo que no está explícitamente prohibido, está permitido. Es individualista porque hace de la persona individual el portador de derechos subjetivos. Es un Derecho coactivo porque está sancionado estatalmente y se extiende solamente a conductas legales o conformes a reglas: por ejemplo, puede dejar al arbitrio de cada uno la práctica de una religión, pero no puede prescribir convicción alguna. Es un Derecho positivo porque se basa en las decisiones -modificables- de un legislador político; y, en resumen, es un Derecho establecido procedimentalmente porque se legitima mediante un procedimiento democrático. Si bien el Derecho positivo exige sólo una conducta legal, debe ser no obstante legítimo: aunque deja al arbitrio de cada uno los motivos de la obediencia del Derecho, éste debe estar creado de tal manera que en todo tiempo pueda ser obedecido por los destinatarios también por respeto a la ley. Un ordenamiento jurídico es, pues, legítimo si asegura de modo equitativo la autonomía de todos los ciudadanos. Éstos son autónomos sólo si los destinatarios del Derecho pueden entenderse a sí mismos simultáneamente como sus autores” (1999a, 202).

Va perfilándose así la peculiar relación entre Derecho y moral que sería característica de la modernidad. Por mucho que el Derecho sea Derecho positivo, no habrá perdido sus vínculos con la moral. Con esto se desmarca Habermas del positivismo jurídico de un Austin o un Kelsen (1987c, 3). Pero ese vínculo entre Derecho y moral tampoco opera como mecanismo de control de la validez de las normas jurídicas particulares, al modo como lo utiliza tradicionalmente el iusnaturalismo. Es, y luego nos extenderemos más al respecto, el conjunto del ordenamiento el que ha de poseer un engarce con la moral, a través de los procedimientos de la ética comunicativa.

En las sociedades modernas y sobre la base de una conciencia postconvencional, el Derecho y la moral han visto separarse sus normas y su mecánica de funcionamiento. La moral queda desinstitucionalizada y remitida exclusivamente a los controles privados, internos, mientras que el Derecho, sancionado por el Estado, “se convierte en una institución desconectada de los motivos éticos de aquellos para quienes rige el sistema jurídico” (1987a II, 246). Las normas jurídicas no necesitan ya la adhesión moral a sus contenidos, ni condicionan su vigencia al respaldo en ningún principio moral material. Otra cosa es que la adhesión de los sujetos al conjunto del ordenamiento, adhesión que posibilita el acatamiento incluso de normas que el sujeto pueda tener por contrarias a sus convicciones morales, tenga que basarse en una legitimidad global de ese ordenamiento.

Con el principio de positivación como rector del Derecho

moderno, se introduce una nueva dimensión de "validez", la validez como legalidad, es decir, la validez de las normas interna al conjunto del ordenamiento jurídico vigente, la consonancia de esas normas con el ordenamiento del que forman parte; en suma, la validez positiva de las normas. Es el modo de validez que toma en cuenta el positivismo jurídico como único posible. Se podría decir que lo que así ocurre es que se establece un eslabón más en la cadena de fundamentación de las pretensiones de validez jurídica: un acto se pretende jurídicamente válido en relación con una norma jurídica que lo rige. Pero cuando esa norma se cuestiona en su validez, el paso siguiente no consiste en tratar de mostrar su justicia, su validez racional, sino su legalidad, su validez positiva: se comprueba si esa norma es parte válida del ordenamiento legal. Por ello, el cuestionamiento de racionalidad o justicia sólo aparece cuando, en un paso más, se cuestiona ese mismo ordenamiento. En tal caso, el discurso práctico versará sobre los caracteres estructurales del mismo y su compatibilidad con los procedimientos de la racionalidad discursiva. Es decir, la norma será justa y racionalmente válida, además de legal, si forma parte de un ordenamiento cuyos procedimientos de producción normativa reproducen los procedimientos que la ética discursiva establece para la producción imparcial de normas, o sea, para la creación de normas que expresen una voluntad general y, con ello, recojan el interés general, sean universalizables. Iremos desgranando todo esto a continuación.

Por de pronto, tenemos que con el surgimiento de ese nuevo eslabón en la cadena de fundamentaciones, subsiguiente al dato que las normas se legitiman en primer lugar como positivas, como legales en el seno de un ordenamiento jurídico, se produce lo que denomina Habermas un desplazamiento de la fundamentación: ya no se tratará de fundamentar racionalmente cada concreta norma, sino "las bases del sistema jurídico" (1987a I, 338; II, 252, 517). "El efecto específico de la positividad del orden jurídico -afirma- consiste en un *desplazamiento de los problemas de la fundamentación*, es decir, en que el manejo técnico del Derecho queda descargado, *durante largos tramos*, de problemas de fundamentación; pero no en la *eliminación* de esa problemática. Muy al contrario, precisamente la estructura postradicional de la conciencia jurídica agudiza la problemática de justificación convirtiéndola en una cuestión de principios, que ciertamente queda desplazada a la base, pero que no por ello desaparece" (1987a, 338). La clave estribará, por tanto, en la fundamentación del ordenamiento jurídico, de sus principios estructurales, especialmente de los mecanismos y presupuestos de producción y aplicación de normas.

Así pues, al tiempo de enjuiciar la validez de los ordenamientos jurídicos la pauta no será otra que la que rige para el discurso en

general y para el discurso práctico en particular: será racional y justo, racionalmente válido, aquel ordenamiento que contenga preceptos universalizables, por ser expresión de un acuerdo que podrían suscribir todos y cada uno de los afectados por ese ordenamiento en caso de que tomaran parte en el discurso fundamentador, acuerdo que se haría posible sobre la base de recoger ese ordenamiento los intereses de todos. Y por extensión la validez racional de ese ordenamiento se transmite a sus normas. La nota de generalidad de la ley hallaría por ese camino una clara justificación: "al poder expresarse sólo en la forma de leyes generales y abstractas, la voluntad unificada del ciudadano se ve de por sí obligada a una operación que excluye todos los intereses no generalizables y admite sólo regulaciones que garantizan iguales libertades para todos" (1989e, 45).

Pero inmediatamente salta a la vista una peculiaridad: aquí no se están justificando normas concretas, sino conjuntos normativos, ordenamientos. Y esos ordenamientos conforman una realidad en buena medida dinámica: sus normas varían, se modifican unas, se derogan otras, se crean otras nuevas. Consiguientemente, tratar de la validez racional de un ordenamiento no puede equivaler a examinar discursivamente cada una de sus normas. Esto supondría acortar ese eslabón que hemos visto que con el Derecho moderno se añadía a la cadena fundamentadora: la positividad de las normas perdería su razón de ser si cada una pudiese ser discutida antes de su aplicación y ésta dependiese de la índole del acuerdo alcanzado en el discurso. No, esas normas funcionan como Derecho positivo y se justifica su aplicación sustraída a la discusión en cuanto se presumen legítimas por emanar de un ordenamiento legítimo¹⁹. Pero para Habermas la legitimidad de un ordenamiento no es en modo alguno la suma o resultante de la legitimidad de sus normas, sino a la inversa: la legitimidad (y no sólo la validez formal) les viene a las normas del ordenamiento cuando éste reviste ciertos caracteres.

Por tanto, nos encontramos con que el procedimiento discursivo de justificación de normas lleva, en el caso del Derecho, a ponerse de acuerdo sobre el carácter fundamentado no de normas, sino de un procedimiento de producción normativa, procedimiento que sólo en el paso siguiente, ya dentro de la mecánica de funcionamiento del ordenamiento así justificado en su base, recibirá la forma de normas, generalmente normas constitucionales. En este sentido, la teoría de Habermas se muestra como muy potente: tratando de la validez racional del Derecho proporciona incluso un criterio que permite dirimir la

19. De ahí que Habermas, siguiendo a Günther en su crítica a Alexy, explique que el tipo de discurso que acontece en la decisión judicial no sea el discurso de fundamentación, sino el discurso de aplicación. El primero es el que sirve a la creación de normas jurídicas válidas; en el discurso de aplicación, en cambio, "no se trata de la validez, sino de la adecuada referencia de una norma a, o de la adecuada relación de una norma con, una situación concreta" (1998d, 288).

validez de las propias Constituciones positivas²⁰. La Constitución que no provea ese procedimiento de creación racional de normas jurídicas carecerá de validez racional, de legitimidad, y lo mismo ocurrirá, por extensión, con las normas que se le subordinen, por mucho que sean positivamente válidas.

El criterio legitimador en el Derecho va a ser, por tanto, procedimental, acorde con el carácter también procedimental de la ética discursiva y de toda fundamentación racional. Será válido, por poder presentarse como capaz de alcanzar el asentimiento de todo sujeto racional que participara en el discurso en que esa validez se discutiera, aquel ordenamiento que establezca determinados procedimientos de creación y aplicación de normas, procedimientos que han de garantizar en ambos casos la imparcialidad de los resultados. Pero no se pueden establecer esos procedimientos sin dotar a las normas que los regulan de cierto contenido. El que el criterio de validez sea procedimental y el factor dirimente sean los procedimientos legalmente establecidos para la producción y aplicación de las normas, no impide, sino que exige, fijar en normas de contenido material las condiciones y presupuestos de ese proceder: habrá que establecer condiciones de participación, plazos, criterios de decisión o de término final del procedimiento, etc. Ahora bien, estas normas de contenido que se sitúan a la base del sistema no se justificarían de modo inmediato en razón del valor absoluto o el fundamento *a priori* de sus contenidos, sino sólo mediatamente, en cuanto sean esos contenidos condiciones exigidas para el desenvolvimiento del procedimiento racional.

El Derecho, para ser racional, ha de institucionalizar las exigencias de la fundamentación discursiva y el modo de su resolución argumentativa. La tesis general sería que el Derecho es tanto más válido, tanto más justo, cuanto más institucionaliza los procedimientos decisorios del discurso moral. Ese es el "contenido moral implícito en las cualidades formales del Derecho" (1987c, 12). Ese es el vínculo que une inextricablemente Derecho y moral precisamente en el tema de la validez jurídica.

En consecuencia, la separación entre Derecho y moral se manifiesta únicamente a nivel de las normas particulares, no a escala del ordenamiento jurídico en su conjunto, que requiere el mencionado fundamento moral, su congruencia con los postulados procedimentales de la ética discursiva (1987a II, 447; 1987c, 1). Así es como en el seno

20. "La Constitución ha de justificarse en virtud de unos principios cuya validez no puede depender de que el Derecho positivo coincida con ella o no. Por este motivo, el Estado Constitucional moderno sólo puede esperar la obediencia de sus ciudadanos a la ley sí, y en la medida en que, se apoya sobre principios dignos de reconocimiento a cuya luz, pues, pueda justificarse como legítimo lo que es legal o, en su caso, pueda comprobarse como ilegítimo" (1988b, 58).

mismo del Derecho positivo se instala un "punto de vista moral" que garantiza una formación imparcial de la voluntad. La moral ya no puede ser contemplada como normas supralegales, separadas del Derecho y situadas por encima de él, sino que "se retrotrae a procedimientos que se interpenetran con el Derecho positivo" (1989c, 149); la moral "ya no flota por encima del Derecho (...), emigra al interior del Derecho positivo pero sin agotarse en él" (1987c 15). Con esto el Derecho moderno sigue contando con un momento de "indisponibilidad" que le exime de ser mero instrumento de la acción de poder, momento que, como antes vimos, en el Derecho tradicional venía contenido en el ligamen entre validez y fundamento trascendente y que en el Derecho moderno, acorde con el nivel posconvencional de las sociedades, se expresa en la unión entre validez y ética discursiva.

Por ser esa racionalidad de carácter procedimental, es compatible con los más distintos contenidos. Aquí podemos ver este criterio funcionando de modo similar a como en general ya señalamos al hablar del principio de universalización. La moral (discursiva) penetra en los procedimientos (no en los contenidos) de creación del Derecho positivo y condiciona su legitimidad (1989c, 149), pero esto sólo puede ser sobre la base de eliminar ciertos de esos posibles contenidos de las normas: aquellos precisamente que supusieran atentar contra los presupuestos ineludibles del procedimiento racional. ¿Cuáles son esos contenidos sin los que el procedimiento de creación normativa no es racional por no asegurar la aceptabilidad del resultado y su compatibilidad con el interés general? Habermas los centra básicamente en dos postulados: los derechos humanos y la soberanía popular. Bajo esos presupuestos y con los controles procesales adecuados, la clave del asunto puede sintetizarse en el respeto al procedimiento democrático. "El catálogo de derechos fundamentales que contienen las Constituciones burguesas cuando están fijadas por escrito, junto con el principio de la soberanía popular, el cual vincula la facultad de legislar a una comprensión democrática de la toma de decisiones colectivas, es expresión de esa justificación que ahora se torna estructuralmente necesaria" a raíz de la positivación del Derecho (1987a I, 338-339).

Si la racionalidad comunicativa exige para el discurso práctico que las normas en cuestión, para ser válidas, pudieran ser aprobadas por todos los interesados (si participaran en un hipotético discurso bajo condiciones ideales) y si ese modelo ideal de discurso ofrece la pauta o principio regulativo a cuya luz medir la legitimidad de los concretos discursos y la validez de sus resultados, tenemos que resultaría contradictorio con tales presupuestos, vulneraría tal principio regulativo, una organización del discurso jurídico en que, sin justificación universalizable, se vieran excluidos de los procedimientos de producción normativa los ciudadanos en general, o un grupo de ellos, ya se delimite

éste por razón de sexo, raza, riqueza, poder o cualquiera otra. Tendencialmente, y dada la base comunicativa de esta ética, todo sujeto capaz de lenguaje y de abstracción normativa debería ser respetado como copartícipe en el discurso normativo. Naturalmente, la imposibilidad práctica de la democracia directa se traduce en la necesidad de fijar las condiciones de la participación democrática para que tal principio siga siendo viable con las menos restricciones posibles (1989c, 153).

Esa capacidad de todos como copartícipes en el discurso normativo, se expresaría en el principio de soberanía popular. Y contra esa condición de sujetos con derecho a participar en la creación de las normas, de partes en el procedimiento legal, se atentaría no sólo privándoles de la vida o la libertad, sino también de todos aquellos resortes que les permiten formarse una opinión libre, agruparse para mantenerla o evitar que las presiones de quienes persigan sólo intereses estratégicos o se muevan únicamente por los parámetros de la economía o el poder les impidan desarrollarse en esa su condición ineludible de personas libres y capaces de opinión. Así podrían justificarse racionalmente derechos fundamentales como el de expresión, manifestación, asociación, etc. Serían aquellos que llama Habermas "principios constitucionales valiosos en sí mismos" y que "merecen reconocimiento", sin cuyo concurso, además, no puede racionalmente un ordenamiento merecer obediencia (1988b, 58).

En su libro *Facticidad y validez*, que recoge por extenso la aplicación de los postulados de Habermas a la filosofía jurídica, expone cuáles son los cinco grupos de esos derechos "que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo" (1998d, 147) y que deben estar constitucionalizados e institucionalmente protegidos en el Estado de Derecho, ya que son los derechos exigidos para hacer posible la efectiva realización del principio discursivo, base del procedimiento democrático y fundamento de la legitimidad (y, con ello, de la validez racional) de las normas resultantes .

En primer lugar están los "derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción" (1998d, 188). En segundo lugar se sitúan los "derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del status de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica" (1998d, 188). En tercer lugar, los "derechos fundamentales que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la protección

de los derechos individuales” (1998d, 188). Vienen luego los “derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y mediante los que establezcan derecho legítimo” (1998d, 189). Y, por fin, los “derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados” en los cuatro grupos anteriores de derechos (1998d, 189). En suma, quedan así fundamentados, como base del sistema jurídico-político legítimo, los derechos de libertad, los derechos a la condición de titular de una nacionalidad²¹, que da la condición de partícipe en el proceso político, los derechos a las garantías procesales, los derechos políticos y los derechos sociales básicos.

La soberanía popular, con los derechos políticos en que se expresa, por un lado, y los derechos de libertad constitutivos de la autonomía personal, por otro, se exigen mutuamente y no están en situación de subordinación ninguna. La autonomía pública y la privada “se presuponen mutuamente. La interna interrelación entre democracia y Estado de Derecho consiste en que, por un lado, los ciudadanos sólo pueden hacer un adecuado uso de su autonomía pública si son suficientemente independientes, sobre la base de una autonomía privada asegurada de modo igualitario. Pero, por otro lado, sólo pueden alcanzar un grado igual de disfrute de la autonomía privada si, en cuanto ciudadanos, hacen un adecuado uso de su autonomía política. Por todo esto los derechos fundamentales liberales y políticos son inseparables” y tienen un carácter igualmente originario (1998c, 176-177). “El derecho legítimo cierra el círculo entre la autonomía privada de sus destinatarios,

21. Hay que tener en cuenta que el discurso jurídico-político acontece en el Derecho moderno en el interior de las fronteras de los Estados nacionales, por lo que el derecho a la ciudadanía se torna fundamental. Según nuestro autor “las reglas jurídicas, a diferencia de las reglas morales, no norman interacciones posibles entre sujetos capaces de lenguaje y de acción *en general*, sino los contextos de interacción de una sociedad concreta (...) Las normas jurídicas provienen de resoluciones de un legislador histórico, se refieren a un ámbito jurídico geográficamente delimitado y al colectivo de miembros de una comunidad jurídica, socialmente delimitado y, por tanto, a un ámbito restringido de validez” (1998d, 190). Pese al vínculo entre moral y Derecho, en cuanto presididos en última instancia por idéntico principio discursivo, el discurso jurídico y el moral tienen, según Habermas, diferente implantación. El discurso moral se dirige a un auditorio universal y trata únicamente de intereses perfectamente universalizables, mientras que el jurídico se inserta en un concreto marco estatal y social. Esto significa que el discurso jurídico no sólo está abierto a consideraciones morales, sino también a otras de carácter pragmático (relativas a estrategias o medios para fines preestablecidos) y ético (referidas a los fines a compartir en un determinado colectivo o grupo, como pueda ser un Estado nacional). Por tanto, las razones que respaldan la validez jurídica de una norma no tienen por qué ser sólo razones morales, es decir, razones de justicia referidas a si la correspondiente praxis es buena para todos en la misma medida. Todo esto no quita para que los resultados de ese discurso ético-político mediante el que se sientan democráticamente las normas dentro de una comunidad nacional deban ser compatibles con los postulados morales universalistas, en el sentido que, por ejemplo, una resolución estatal discriminatoria con otros Estados o ciudadanos (por ejemplo, de carácter racista) sería rechazable en su validez racional aunque fuera democráticamente creada.

que son objeto de un trato igual, por un lado, y, por otro lado, la autonomía pública de los ciudadanos que, en tanto que autores del orden jurídico, dotados de unos mismos derechos, tienen que ponerse (o tienen que acabar poniéndose) de acuerdo acerca de los criterios de trato igual" (1998d, 498).

La mera vigencia fáctica o la validez positiva no son bastante para justificar la obediencia a una norma. La mera obediencia al Derecho, por el simple hecho de ser Derecho positivo formalmente correcto o porque la mayoría lo siga, no es ya una cualidad moral en sí misma. Si el respectivo ordenamiento jurídico no reúne los citados principios básicos que aseguren la justicia, la racionalidad comunicativa de sus normas, su obediencia se contradice con la propia racionalidad que implícitamente acepta todo hablante. El Estado de Derecho no exige, en puridad, obediencia simple, sino una "obediencia cualificada" (1988b, 83): la que sea fruto de un reconocimiento de las normas derivado de la legitimidad del ordenamiento, no de su mera juridicidad o facticidad. Así se explica la insistencia en recalcar que validez no es lo mismo que vigencia o aceptación fáctica de las normas en una sociedad. "La vigencia social de las normas en vigor -dice- ya no es coincidente con la validez de las normas justificadas (...) el respeto a la ley ya no cuenta como un motivo ético *per se*. A la heteronomía, esto es, a la dependencia de las normas vigentes, se contraponen el hecho de que el actor ya no recurre a la vigencia social de una norma como determinación de su acción, sino a su validez" (1985, 190-191).

Llegamos así a tener perfilado también el parámetro con que enjuiciar la legitimidad de los sistemas políticos. Poder político, como poder estatal, y Derecho se interrelacionan en nuestro tiempo de modo circular. El poder estatal crea y aplica Derecho pero se legitima por mediación de ese mismo Derecho. "*La autorización del poder por el Derecho y la sanción del Derecho por el poder tienen que acaecer un acto*" (1989c, 148), no se explica lo uno sin lo otro y viceversa. Esto genera una situación paradójica: el Derecho positivo legitima a un poder político que, sin embargo, puede modificar ese Derecho e, incluso, valerse de sus propios mecanismos de positividad para engendrar normas ilegítimas, sin validez racional. Dos formas de producción de poder se encuentran enfrentadas: la producción de poder comunicativo a través de los cauces del discurso racional institucionalizado y la producción de poder por una Administración que trata de autolegitimarse. Poder legítimo sólo lo será el producido comunicativamente, en consonancia con los presupuestos normativos insertos en la base del habla. De ahí que ese poder comunicativo sólo se produzca "en la medida en que las decisiones de la mayoría (...) se verifican discursivamente", sin que el sistema político deje sin efecto los fundamentos normativos de la comunicación (1989e, 48).

Para Habermas esa paradoja de la relación circular entre Derecho y poder estatal no tiene más salida que afirmar que, mientras se quiera mantener la racionalidad y legitimidad del Derecho, éste no puede ver antepuesta ninguna finalidad a la de ser instrumento de justicia (1989c, 148). Ante la manipulación por el poder de los cauces de validez del Derecho, no existen garantías empíricas que la eviten. Sólo queda la constatación teórica de que ese poder podrá seguir siendo legal, pero habrá dejado de ser legítimo y se podrá entender racionalmente que ha dejado de merecer obediencia. Se rompe así la circularidad entre legalidad y legitimidad, entre Derecho y poder, y se pone de relieve que al Derecho le es inmanente un género de moralidad que está por encima de las contingencias de cualquier poder y condiciona su legitimidad²². La desobediencia al Derecho por motivos morales ya no estaría condenada a hacerse únicamente en nombre de valores absolutamente personales e incapaces de fundamento racional, como pudieron pensar Max Weber o Kelsen. Para eso es la discursiva una ética cognitivista que estima que son posibles juicios morales racionales y fundamentados, sobre la base de considerar el efecto de vínculo de los presupuestos de la comunicación.

Llegados a este punto, vemos que tanto la validez racional de las normas jurídicas como la legitimidad del poder que las promulga y respalda se hacen depender de la pureza de los procedimientos democráticos. Y la democracia sólo tiene sentido como vía de formación y expresión de una opinión pública libre e ilustrada²³. De ahí la insistencia de Habermas en que la esfera de la opinión pública tiene que estar vinculada al mundo de la vida sin la mediatización deformante del Estado²⁴, pues toda actuación del sistema político sobre los mecanismos de formación de la opinión pública se llevará a efecto desde la perspectiva del "medio" poder en que el sistema político-administrativo-burocrático se expresa, y no en clave de promoción del entendimiento libre.

22. "Dado que los derechos humanos sólo pueden "realizarse" en el marco de un ordenamiento estatal como derechos protegidos de los ciudadanos, remiten a la voluntad de un legislador político. Pero puesto que al mismo tiempo fundamentan una comunidad democrática, un legislador soberano no puede disponer libremente sobre tales normas fundamentales" (1999c, 216).

23. La participación que se exige "requiere el trasfondo de una cultura política igualitaria, desprovista de privilegios educativos, intelectualizada *en toda su extensión*" (1989e, 50). "Naturalmente, un espacio público liberal necesita de una red de asociaciones libres, necesita que el poder de los medios de comunicación sea un poder domesticado, necesita de la cultura política de una población *acostumbrada* a la libertad y necesita también del medio y elemento favorable que representa un mundo de la vida más o menos racionalizado. A ese mundo de la vida racionalizado corresponden, por parte de las estructuras de la personalidad, identidades del yo de tipo posconvencional" (1997, 156).

24. Frente a cualquier paternalismo del Estado que desde arriba trate de imponer una justicia de cualquier tipo, se impone un patrón procedimental y participativo en el que la autonomía pública y la privada se requieren mutuamente. Así, por ejemplo, "los derechos subjetivos, que deben garantizar a las mujeres un desenvolvimiento autónomo de sus vidas en lo privado, apenas pueden ser formulados adecuadamente si antes los propios afectados no articulan y fundamentan en discusiones públicas los correspondientes aspectos relevantes para el tratamiento igual y desigual de los casos típicos" (1999a, 197).

Salvado ese elemento previo de integridad de la opinión pública, la propia lógica del procedimiento discursivo racional, tal como ha venido perfilándose, permite puntualizar las condiciones del procedimiento democrático auténtico. Como dice Habermas, "los procedimientos democráticos del Estado de Derecho tienen el sentido de institucionalizar las formas de comunicación necesaria para una formación racional de la voluntad" (1989e, 48). Vista así la democracia, la soberanía popular exige estrictas condiciones de participación y control por parte de los representados. Se requieren elecciones iguales, libres y secretas, pero también, por un lado, la continua apertura de los representantes elegidos hacia una opinión pública que se ha de procurar que emane únicamente de una "esfera pública informada, pluralista y espontánea" (1989c, 153), y, por otro, una práctica parlamentaria que sea también acorde con los parámetros de racionalidad discursiva (1987c, 16). Y esto último, ya lo sabemos, sólo se asegura mediante la garantía de ciertos derechos fundamentales²⁵. Gracias a la institucionalización de los "derechos humanos tradicionales", que contienen la exigencia que "aquellas condiciones comunicativas que necesariamente presuponemos como necesarias de cumplimiento en el discurso práctico-moral se hagan operativas y se realicen en la mayor medida posible" (1989c, 153), se puede hacer efectivo el principio de soberanía popular, pues sólo así se proveen las oportunidades para discursos en los que los participantes puedan juzgar acerca de políticas y normas desde el punto de vista de una moral racional. Por todo esto, no cabe, para Habermas, un Derecho racionalmente válido, es decir, fruto de una formación imparcial de la voluntad colectiva, sin una democracia realizada (1987c, 16).

Realistamente entiende Habermas que no siempre la racionalidad procedimental, tal como aparece institucionalizada, garantiza la racionalidad de los resultados. Al fin y al cabo, la argumentación racional ofrece únicamente un modelo ideal de procedimiento que sólo aproximativamente puede ser plasmado en la realidad y, además, sabemos ya que la racionalidad argumentativa es compatible con el falibilismo de los contenidos, pues creencias firmemente establecidas en la conciencia social de una época pueden aparecer en un momento ulterior como inadecuadas y necesitadas de revisión ante mejores argumentos. Sin embargo, estima Habermas que no por ello debe

25. Aquí se inserta también la justificación que del papel de los Tribunales Constitucionales ofrece Habermas. Puesto que "sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del Derecho establecido" (1998d, 336), los tribunales constitucionales han de velar por el sistema de derechos que es fundamento y condición de posibilidad de la efectividad de ese procedimiento discursivo de creación del Derecho. "El Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos (...). De ahí que el Tribunal Constitucional haya de someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas. Tal comprensión procedimentalista de la Constitución da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia" (1998d, 336-337).

perder el proceso legal fuerza vinculante en sus resultados, si es que quiere seguir satisfaciendo la función social de defensa de expectativas que el Derecho tiene encomendada. En esto la vinculación meramente legal ha de imperar sobre las consideraciones de racionalidad, y en este punto cabría un cierto acuerdo con el positivismo: en los casos ordinarios de creación y aplicación de normas, cuando no están en juego los fundamentos normativos del sistema, bastará la mera corrección formal del procedimiento para que las decisiones jurídicas, legislativas o judiciales, deban imponerse con la fuerza del Derecho (1989c, 150).

Mas ese elemento de incerteza que inevitablemente se introduce en cuanto a la racionalidad última de los contenidos legalmente vinculantes y en cuanto a su compatibilidad con los presupuestos de realización de la soberanía popular y la democracia, nos conduce de nuevo a la posibilidad de justificar aquel tipo desobediencia a la ley que se ampare en motivos de legitimidad, que pretenda cuestionar normas bajo el argumento que contradicen los presupuestos últimos de un ordenamiento jurídico racional y válido²⁶. Nadie poseería el monopolio sobre la verdad o los mejores contenidos normativos en ese punto y, además, si la construcción y legitimación del orden social han de ser colectivas, por imperativo de la ética discursiva, el orden legítimo y democrático sólo puede construirse y evolucionar sobre la base de no reprimir a quienes tratan de perfeccionarlo. Nada más ajeno a la esencia del Estado legítimo, según Habermas, que un "legalismo autoritario" (1988b, 70-71), que privaría a la sociedad de los impulsos que permiten la evolución hacia formas superiores de convivencia y realización de los principios de universalización: "cuando se comprueba cómo las generaciones pasadas han venido engañándose siempre nadie puede estar seguro, a la vista del horizonte de su tiempo, de que se haya realizado por completo el proyecto del Estado de Derecho y que lo único que precisa es administrar el bien heredado con conciencia de felices herederos" (1988b, 84-85). Ningún Derecho positivo puede defenderse como si fuera la encarnación definitiva del orden más racional. No por ello ha de dejar de ser vinculante y aplicado, pero tiene que dar cabida, si es un ordenamiento democrático, a la desobediencia civil: "es preciso reconocer la desobediencia civil como parte componente de la cultura política de una comunidad democrática", como contrapeso de "la falibilidad que aparece en el proceso histórico de realización de principios constitucionales universales" (1988b, 85). La democracia no se concibe sin la apertura permanente a la discusión de sus propios fundamentos, única vía segura para evitar su anquilosamiento o su desfiguración bajo móviles ajenos a su ratio²⁷.

26. "La desobediencia civil se remite a principios fundamentales que son los que sirven para legitimar la misma Constitución" (1988b, 73).

27. "Sobre los fundamentos normativos de la democracia se seguirá discutiendo siempre, porque de la autocomprensión de la democracia depende no sólo la estabilidad de una práctica existente, sino también los fundamentos normativos que son menester para su evaluación crítica" (1989d, 80).

La desobediencia civil aparece así justificada para todos aquellos entre los que "se propugne una idea del Estado de Derecho orientado hacia su propia realización y no se tome como único criterio el Derecho positivo" (1988b, 86). Por tanto, la desobediencia civil se justifica a partir de "una comprensión dinámica de la Constitución como un proyecto inacabado" (1998d, 465-466). Esto no quiere decir que la desobediencia pueda ser legalizada, pues los requisitos funcionales del Derecho no permiten ese paso si se quiere que el Derecho siga siendo operativo para sus fines sociales, pero sí que debe forzar a que no sea tratada como un delito igual a los otros. A fin de cuentas, "el Estado Democrático de Derecho no sería congruente consigo mismo si no diera a entender que admite que el que quebranta hoy una norma puede ser un protector potencial de su legitimidad" (1988b, 86).

BIBLIOGRAFIA DE LAS OBRAS DE JÜRGEN HABERMAS CITADAS.

-1981a.- *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid: Taurus (trad. de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo).

-1984.- “Über Moralität und Sittlichkeit -Was macht eine Lebensform «rational»?”, en *Rationalität*, ed. de H. Schnädelbach, Frankfurt/M: Suhrkamp, pp. 218-235.

-1985 *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona: Península (trad. de R. García Cotarelo).

-1986a.- “Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?”, en *Moralität und Sittlichkeit*, ed. de W. Kuhlmann, Frankfurt/M: Suhrkamp

-1986b.- “Gerechtigkeit und Solidarität. Eine Stellungnahme zur Diskussion über «Stufe 6»”, en *Zur Bestimmung der Moral*, ed. de W. Edelstein y G. Nunner-Winkler, Frankfurt/M: Suhrkamp, pp. 291-318.

-1987a I y II.- *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Madrid: Taurus (trad. de M. Jiménez Redondo).

-1987b, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid: Tecnos (trad. de S. Mas Torres y C. Moya).

-1987c.- “Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?”, en *Kritische Justiz* 1, 1-16.

-1988a.- “Cuestiones y contracuestiones”, en: *Habermas y la modernidad*, Madrid: Cátedra (trad. de F. Rodríguez Martín).

-1988b.- *Ensayos políticos*, Barcelona: Península (trad. de R. García Cotarelo).

-1988c.- “Die Utopie des Guten Herrschers”, en *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, ed. de G. Roellecke, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 327-336.

-1988d.- “Entgegnung”, en *Kommunikatives Handeln*, ed. de A. Honneth y H. Joas, Frankfurt/M: Suhrkamp, 2.ed. (1. ed. 1986).

-1989a.- *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Madrid: Cátedra (trad. de M. Jiménez Redondo).

-1989b.- *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid: Taurus (trad. de M. Jiménez Redondo).

-1989c.- "Towards a Communication-Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment", en *Ratio Juris* 2, 144-154.

-1989d.- *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid: Tecnos (trad. de M. Jiménez Redondo).

-1989e.- "La soberanía popular como procedimiento", en *Letra internacional* 15-16: 45-50.

-1989f, "Otfried Höffes politische Fundamentalphilosophie. Grenzen des vernunftrechtlichen Normativismus", en *Politische Vierteljahresschrift* 30, 320-327.

-1990.- *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus (trad. de M. Jiménez Redondo).

-1997.- *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, (trad. de M. Jiménez Redondo).

-1998a.- "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en: J.Habermas/J. Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, pp. 41-71.

-1998b.- "«Razonable» versus «verdadero», o la moral de las concepciones del mundo", en J.Habermas/J. Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, pp. 147-181 (trad. de G.Vilar Roca).

-1998c.- *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt M., Suhrkamp.

-1998d.- *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta (trad. de Manuel Jiménez Redondo).

-1999a.- *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós (trad. de J.C. Velasco Arroyo y G.Vilar Roca).

-1999b.- *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Ansätze*, Frankfurt M., Suhrkamp.

-1999c.- "Die interkulturelle Diskurs über Menschenrechte", en: W.R.Köhler/M.Lutz-Bachmann, (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt M., Suhrkamp, pp. 216-227.

GUIA DE LECTURA No. 3.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Habermas y el Derecho.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- ü Reconocer los conceptos fundamentales de la teoría de la acción comunicativa de Habermas.
- ü Analizar las características que Habermas atribuye al Derecho moderno y su validez.
- ü Determinar en qué medida la teoría de Habermas representa un cambio respecto a las teorías actuales de la argumentación jurídica.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuál es el elemento explicativo último del orden social según Habermas?.
2. ¿Cómo se posibilita para Habermas la integración social?.
3. ¿Qué significa actuar propiamente en sentido comunicativo?.
4. ¿Qué significa la expresión “al lenguaje le es immanente la dimensión de validez”?.
5. Señale el significado que tienen para Habermas las categorías siguientes y exprese las con sus propias palabras.

CONCEPTO	SIGNIFICADO	REFORMULACIÓN DEL LECTOR
Pretensión de validez		
Comunicarse		
Entendimiento		
Acuerdo		

6. ¿Por qué se afirma que a toda pretensión de validez le es inmanente un “momento de incondicionalidad”?
7. Relacione la forma de utilización del lenguaje y la finalidad perseguida de acuerdo al tipo de acción en la comunicación lingüística.

TIPO DE ACCIÓN	FORMA DE UTILIZAR EL LENGUAJE	FINALIDAD U ORIENTACIÓN
Acción orientada al éxito		
Acción comunicativa		

8. Señale las tres dimensiones de la realidad sobre las cuales pueden recaer actos de habla, las pretensiones unidas a ellos y los argumentos que se esgrimen en caso de ser cuestionados.

DIMENSIÓN DE LA REALIDAD	TIPO DE PRETENSIÓN	ARGUMENTOS

9. Señale cuál es el fundamento o “precomprensión cultural” sobre el cual se apoyan los diferentes tipos de pretensiones y la contribución de cada una de ellas.

TIPO DE PRETENSIÓN	FUNDAMENTO	CONTRIBUCIÓN
Pretensión de verdad		
Pretensión de rectitud		
Pretensión de veracidad		

10. ¿Qué significado tiene la idea de obligación respecto a la comunicación?. ¿Por qué se dice que el compromiso con las emisiones lingüísticas se opone a la figura del “fingidor o mentiroso gratuito”?

11. Señale el significado de los siguientes conceptos y exprese los con sus propias palabras.

CONCEPTO	SIGNIFICADO	REFORMULACIÓN DEL LECTOR
Discurso		
Argumentación		
Argumento		

12. ¿Qué tipo de reglas operan en la fundamentación del discurso?
 13. ¿Cuál es el objeto de la teoría de la argumentación jurídica?
 14. ¿Por qué se dice que las reglas del discurso racional poseerán una “dimensión normativa”?
 15. ¿Qué significado tiene en el contexto del discurso la “situación ideal de habla”?
 16. ¿Qué crítica le haría usted a la noción de situación ideal de habla?
 17. Enumere las reglas del discurso racional que formula Habermas y señale el principio que usted considera implícito en cada una de ellas.

REGLAS DEL DISCURSO RACIONAL	PRINCIPIO IMPLÍCITO

18. ¿Por qué se dice que las reglas de la argumentación racional no ofrecen un “criterio material” de verdad sino sólo un “procedimiento” que sirve para ponerse de acuerdo?.
19. ¿Cuál es la noción de verdad de Habermas?.
20. ¿Cuál es el principio supremo al cual se reconduce la racionalidad comunicativa y la ética discursiva?. ¿En qué se fundamenta tal principio?.
21. ¿Cómo intenta Habermas conciliar el carácter contextual histórico en que surgen las normas y el carácter universal del criterio de enjuiciamiento de los contenidos de las mismas?.
22. Señale los tipos de actos de habla que distingue Habermas, las pretensiones ligadas a ellos y el tipo de discurso que desarrollan.

ACTOS DE HABLA	PRETENSIONES QUE INCORPORA	TIPO DE DISCURSO

23. ¿Por qué se necesitan las normas morales o el Derecho luego que los individuos han alcanzado la coordinación social?. ¿Por qué se llama a las normas morales y jurídicas, “normas de segundo orden”?.
24. ¿Cuáles son los criterios últimos de validez o fundamento racional de las normas para Habermas?.
25. ¿Cuál es el criterio de justicia de Habermas respecto a los preceptos morales y las normas jurídicas?.

PRECEPTOS MORALES	NORMAS JURÍDICAS

26. ¿Considera usted que es suficiente la noción de justicia de una norma que propone Habermas?.
27. ¿Qué significado tiene para Habermas la nociones de “poder legítimo y “poder ilegítimo”?.
28. ¿Por qué se dice que las normas jurídicas “absorben inseguridad”?.

29. Explique con sus palabras el significado de las dos dimensiones en las que se basa la validez propia o característica del Derecho.

DIMENSIÓN DE FACTICIDAD	DIMENSIÓN DE LEGITIMIDAD

30. ¿Cuáles son los caracteres que Habermas atribuye al Derecho moderno?. ¿Considera que todas las características son immanentes al Derecho?.
31. ¿Qué significado tiene la dimensión de “validez como legalidad” derivada del carácter de positividad del Derecho?
32. ¿A qué le llama Habermas “desplazamiento de la fundamentación”?.
33. ¿Cómo se determina la validez de las Constituciones positivas para Habermas?.
34. ¿Cuál es la relación entre Derecho y moral en el plano de las normas jurídicas individuales y del ordenamiento jurídico?.
35. ¿Cuáles son los contenidos sin los cuales el procedimiento de creación normativa no es racional?. ¿Considera usted que se encuentran presentes en nuestro sistema jurídico?
36. Señale los cinco grupos de derechos que Habermas propone para que los ciudadanos puedan regular su convivencia con los medios del Derecho e identifique si la Constitución salvadoreña los reconoce.

GRUPOS DE DERECHOS	RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

37. ¿Qué significa que el Estado de Derecho exige “obediencia cualificada”?.
38. ¿Cómo se enjuicia la legitimidad de los sistemas políticos para Habermas?. ¿Considera usted que el mecanismo de discusión y deliberación legislativo salvadoreño se adecua a los parámetros

- de la racionalidad del discurso?.
39. ¿Considera usted que la formación de la opinión pública salvadoreña se realiza con base al parámetro de “opinión pública libre e ilustrada” del que habla Habermas?.
40. ¿Qué espacio queda para la “desobediencia civil” en el Estado de derecho según Habermas?.

4. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LOGROS Y CARENCIAS.

Juan Antonio García Amado
Universidad de León (España)

Las doctrinas que se acogen al rótulo genérico de teoría de la argumentación jurídica constituyen, pese a su relativa diversidad, el mejor ejemplo de lo que dentro de la teoría y filosofía del Derecho actual se puede considerar un modelo teórico de gran éxito y enorme eco. Algunos dirían que se trata de un nuevo “paradigma” y otros, quizá, de una simple moda pasajera. Es posible trazar su evolución, desde la labor precursora que a partir de la década de los cincuenta comienzan autores como Perelman, Viehweg o Recaséns¹, pasando por el hito cuasi-fundacional que representa la publicación en 1978 de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy y siguiendo con toda la elaboración posterior a la que contribuyen autores como McCormick, Aarnio, Peczenick, Atienza², etc. El tiempo pasado ya, y lo mucho escrito, hacen sentir la necesidad de un balance objetivo que enseñe qué aportaciones reales se han hecho desde estas doctrinas y qué utilidad real nos ofrecen al día de hoy.

No se pretende en estas páginas realizar un tal balance propiamente dicho, sólo señalar lo que de avance han significado las teorías de la argumentación jurídica y lo que podrían ser aun sus carencias, al tiempo que apuntamos muy elementalmente alguna vía para superar éstas.

1. La teoría de la argumentación jurídica: logros y cuestiones abiertas.

A menudo puede dar la impresión que los teóricos de la argumentación jurídica hubieran descubierto un continente inexplorado, un nuevo campo de estudio, cual si descubrieran temas en los que anteriormente no se hubiera reparado. Sin embargo, sería engañoso creerlo así. Baste pensar en la honda tradición que posee la teoría del razonamiento jurídico, que no es algo tan distinto. Opino más bien que la aportación de la teoría de la argumentación jurídica ha consistido, por un lado, en hallar fructíferas vías medias para muchas de las artificiosas y engañosas dicotomías en que se movía la teoría de la

1. Véase al respecto, J.A. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988; “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pp. 151ss; “Retórica, argumentación y derecho”, en *Isegoría*, 21, 1999, pp. 131ss.

2. Tres importantes exposiciones de conjunto son las de M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986; y E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Kluwer, 1999.

aplicación del Derecho y, por otro lado, en sentar un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las decisiones jurídicas, modelo que, sin embargo, y pese a las apariencias y la ingente cantidad de papel, no ha alcanzado aun una elaboración suficientemente precisa como para servir de instrumento analítico y crítico de esas decisiones. Veamos esto por partes y brevemente.

1.1. Dicotomías que se superan.

1.1.1. A la lógica lo que es de la lógica.

Una de las discusiones más desenfocadas que ha padecido la teoría del Derecho del siglo XX versa sobre el papel de la lógica en el Derecho, y en particular sobre su alcance y función en el razonamiento jurídico. El péndulo se ha movido permanentemente entre el extremo de pensar que la lógica podía ser garantía única y cierta de racionalidad de la decisión jurídica y de incontaminada pureza del razonamiento que lleva a ella, y el extremo de creer que la materia práctica con que el jurista opera nada tiene que ver con el frío formalismo lógico. Y fueron gruesos malentendidos sobre el concepto y las funciones mismas de la lógica los que alimentaron tanto confucionismo. Esos malentendidos tienen una génesis histórica no difícil de identificar. El equívoco proviene de quienes en el siglo XIX mantenían el carácter puramente lógico de las operaciones de aplicación del Derecho y manejaban una idea de la lógica que no se corresponde con la noción de lógica formal que se impone en el siglo siguiente. Pero el pensamiento jurídico reaccionó contra aquel logicismo negando también la utilidad práctica de la nueva lógica formal. Los que en el siglo XIX defendían el carácter puramente “lógico” de la aplicación del Derecho pensaban en una lógica bien alejada de los postulados, explicaciones y limitaciones que asume la lógica formal moderna, y ningún tratadista riguroso de las aplicaciones de la lógica formal al razonamiento jurídico defendió nunca que la lógica agotara los elementos de dicho razonamiento y fuera suficiente para determinar sus contenidos. ¿Cómo se explica, pues, el gran equívoco?

La razón está, al menos en parte, en la confusión que en el pensamiento jurídico se ha dado entre lógica formal y formalismo metodológico. Las doctrinas metodológicas de la aplicación del derecho dominantes en el siglo XIX, la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania, y la Escuela de la Exégesis, en Francia, mantenían posturas formalistas ingenuas, consistentes, como es bien sabido, en sostener que el juez se limitaba a realizar asépticos silogismos, meras subsumciones, con lo que en su labor no quedaba lugar legítimo para ningún género de valoración ni de creación de Derecho. Pero ese formalismo debía tal

condición no tanto a la lógica³, que por lo demás era, como máximo y en el mejor de los casos, una muy elemental silogística aristotélica, cuanto a una muy particular concepción del sistema jurídico, conforme a la cual éste era completo -sin lagunas-, coherente -sin antinomias- y claro -sin apenas dudas interpretativas o con vías seguras para hallar la interpretación verdadera para cualquier norma-. Esto, unido a una muy simplista e ingenua teoría acerca del conocimiento de los hechos, permitía creer que el juez podía en todo caso encontrar predeterminados y claros todos los elementos de su razonamiento, la premisa mayor y la menor del silogismo que culminaba en el fallo como mera conclusión “lógica”. Dicho de otro modo, no es que la lógica resolviera los problemas de la aplicación del Derecho o suplantara las valoraciones del juez, sino que tales valoraciones se habían excluido de antemano al concebir el sistema jurídico y sus normas del modo que hemos dicho, por lo que la aplicación del Derecho era vista como problemática, como perfectamente determinada por el sistema, y no por la lógica, que simplemente era la herramienta que permitía extraer las decisiones a partir de ese sistema. La confusión derivó probablemente del hecho de que a menudo al sistema mismo se le atribuía una estructura y perfección “lógicas”. Pero con ello no se estaba indicando nada rigurosamente parangonable a lo que se podría llamar posteriormente una estructura axiomática, sino estableciendo, especialmente en el caso de la Jurisprudencia de Conceptos, una jerarquización material u ontológica entre las instituciones y sus respectivos conceptos, según la cual los conceptos más generales abarcaban o incluían en sí materialmente los conceptos menos generales. Y el contenido necesario de tales instituciones y correlativos conceptos se afirmaba no con necesidad “lógica”, sino ontológica, y obvio es desde hace tiempo que tal ontologismo nada tiene que ver con la lógica formal y sus rendimientos⁴. El método en cuestión no es propiamente lógico, la

3. El muy detallado estudio de Ogorek ha mostrado bien a las claras que raramente cuando se hablaba de “lógica” se hacía referencia realmente a la lógica y que la imagen del juez como autómatas que no realiza sino silogismos bien simples sólo se difundió verdaderamente, en la Alemania del XIX, en la teoría del Estado, interesada en una determinada configuración de los poderes, pero no así en la teoría de la interpretación o de las fuentes. Cfr. K. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt M., V. Klostermann, 1986.

4. Ya Radbruch puntualizó en su momento que la lógica moderna no opera con conceptos, sino con proposiciones, y que a partir de conceptos no se puede deducir nada, sólo a partir de proposiciones (G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967 -edición de A. Kaufmann-, pp. 35-36). Sobre el mencionado confusionismo son también aclaratorias las observaciones de Heinz Wagner: “La Jurisprudencia de Conceptos cree tener con el concepto también todas las proposiciones jurídicas; concepto y proposición jurídica le parecen inescindiblemente unidos de una vez por todas en la causalidad científico-natural. En un fenómeno subsumido bajo un concepto está el caso solucionado” (H. Wagner, *Die Vorstellung der Eigenständigkeit in der Rechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 30); o las de Bucher, quien se refiere a la confusión de planos entre el aspecto científico-conceptual y el lógico: “que a partir de conceptos, que han sido formados por la ciencia para la presentación del material jurídico, se extraigan ulteriormente conclusiones relativas a contenidos jurídicos, es, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, objetivamente inviable. Por un lado, la formación científica de conceptos es libre, es decir, se pueden formar conceptos de contenido arbitrariamente

lógica tiene una labor puramente auxiliar o derivada, sino que es el método histórico-natural, conforme al cual las relaciones entre las normas jurídicas, y entre los conceptos que están en su base, no se asimilan a relaciones propiamente lógicas, sino a relaciones entre cuerpos que al unirse forman nuevos cuerpos. La tan manida subsunción significa que un hecho encaja bajo la predeterminación de un concepto en un plano ontológico ideal, que el hecho es una manifestación fáctica de un modelo ideal que se corresponde con un concepto. El supuesto logicismo termina por ser un ontologismo, y éste sería el “punto nuclear” de la Jurisprudencia de Conceptos: “la deducción de la existencia a partir de la esencia, de la realidad a partir de la posibilidad, del ser a partir de los meros conceptos⁵”. Nada más lejos de la moderna lógica formal y sus postulados⁶.

Lo curioso del caso es que la crítica al formalismo metodológico del XIX erró el tiro y acabó ensañándose con quien menos culpa tenía, la lógica. Toda la cantinela, tan repetida hasta hoy mismo, de que el Derecho no es aséptica deducción sino vida, atención a las necesidades humanas y sociales, fenómeno histórico y no frío dato, etc., todas estas trivialidades y obviedades acabaron creando una falaz y radical contraposición entre aplicación del Derecho y lógica formal, como si el juez que razona para fallar un caso tuviera que desprenderse de las reglas del razonamiento correcto, o como si acoger tales reglas de la lógica equivaliera a convertirlo en un monstruo insensible. De la indiscutible constatación de que la lógica no es todo, la forma y la materia del razonamiento, se pasó sin solución de continuidad a sostener con pretendida seriedad que la lógica no pinta nada. Se erró el tiro porque del muy justificado ataque al conceptualismo ontologista, que era contra lo que verdaderamente luchaban los primeros críticos de la Jurisprudencia de Conceptos, como el segundo Jhering, los representantes de la Escuela de Derecho Libre, Heck, etc., quedó sólo un forzado antilogicismo, lo que sirvió para que la teoría del Derecho,

definido; por otro lado, de los conceptos no puede extraerse más contenido con sentido que aquel que en su formación se les ha atribuido” (E.Bucher, “Was ist «Begriffsjurisprudenz»?”, en W.Krawietz -ed.-, *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, p. 363).

5. Arthur Kaufmann, “Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus”, A.Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt M., Athenäum, 1972, p. 284.

6. Como ha mostrado Fiedler, la época del racionalismo, en la cual se desarrollaron las ideas básicas acerca de la codificación y de la aplicación del derecho como mero silogismo, se corresponde con un periodo de escasa pureza metódica de la lógica. Y cuanto más estricta sea la concepción de la lógica que se maneje, tanto más difícil resultará presentar la aplicación del derecho como pura deducción (vid. H.Fiedler, “Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und Methodenlehre”, en *Festschrift für Ulrich Klug zum 70.Geburtstag*, vol. 1, Colonia, Peter Deubner, 1983, pp. 59-60). De ahí que en la Jurisprudencia de Conceptos no se dé en realidad un tratamiento lógico de la problemática de la aplicación del derecho, entendiendo la lógica en su sentido actual. De la lógica se daría solamente la apariencia. Como apunta el mismo Fiedler, “las construcciones de la Jurisprudencia de Conceptos no aparecen en modo alguno determinadas por ningún tipo de legalidades lógicas, sino que son, más bien, expresión de una (mal entendida) admiración por el antiguo método científico-natural” (H.Fiedler, “Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen”, en *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger*, Berlin, etc., Springer, 1978, pp. 133-134).

y especialmente la dogmática jurídica, siguiera y siga anclada en un ontologismo que pretende conocer de “naturalezas jurídicas” y de contenidos conceptualmente necesarios de las instituciones, sin más anclaje filosófico que una burda metafísica que haría sonrojarse a cualquier pensador mínimamente serio. Y por pensar así unos y otros, teóricos del Derecho enemigos de la lógica y dogmáticos a la violeta, se tienen por fundadamente antiformalistas.

Con el paso del siglo XIX al XX los críticos del formalismo metodológico anterior mostraron del modo más contundente que el sistema jurídico no poseía, ni podía poseer, los caracteres de perfección que el anterior formalismo le atribuía y que ya hemos mencionado. Y que, por tanto, ninguna lógica se bastaba para, sin más auxilio, determinar plenamente las decisiones del juez. Si se pone de relieve, como se puso, que el sistema está lleno de lagunas, que abundan las antinomias y, sobre todo, que la interpretación siempre es necesaria porque los significados posibles de cada norma pueden ser diversos en cada momento y ante cada caso, no se está atacando a la lógica, sino a la idea del sistema que permitía pensar que el juez no necesitaba más que las reglas de la lógica para dictar su fallo. Sin embargo, se tomó la parte por el todo y se acabó insistiendo, más tarde, en que la lógica no tenía nada que decir en el razonamiento judicial o en su control.

Buena parte de la responsabilidad por esos excesos la tienen algunos autores que figuran entre los precursores más destacados de la teoría de la argumentación jurídica, como Viehweg o Perelman. Pero en realidad luchaban contra molinos de viento, pues a la altura en la que escribían ningún teórico serio del Derecho sostenía que la lógica determinase la decisión judicial en su integridad, y ni siquiera que tal cosa pudiera concebirse porque el sistema fuera tan claro, coherente y pleno como antaño se quiso creer. Cuando estos autores insistieron en que la dificultad de la aplicación del Derecho no radica en extraer el fallo a modo de conclusión lógica a partir de las premisas sentadas, sino en dotar de contenido a estas premisas, la normativa y la fáctica, no estaban diciendo nada que entonces fuera ya radicalmente original. Su aportación como precursores de la teoría de la argumentación va por otro lado, sin duda. Incurrieron, ellos también, en el error de pensar que si la lógica no determina, de nada vale. Tal postura no es sino la expresión de la frustración de un pensamiento jurídico que pierde sus viejas -y ficticias- seguridades y que reacciona culpando a quien no puede dar todo lo que se le había exigido, la lógica. Se concentraron en demostrar que la discusión en la que se establecen las premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial tiene un carácter tópico o retórico, pero no insistieron suficientemente en que, si se quiere que dicho razonamiento judicial sea mínimamente racional, ha de ser formalmente correcto, lógicamente correcto el modo en

que el fallo se extraiga de las premisas así sentadas; y menos aún repararon en que también ese razonamiento que se lleva a cabo al tratar de fundamentar las respectivas premisas no puede renunciar a la corrección formal, independientemente de dónde busque sus contenidos⁷.

La actual teoría de la argumentación jurídica sí ha sabido, de modo casi unánime, romper esa dicotomía entre materia y forma del razonamiento jurídico, entre control material y control formal de su racionalidad. Es ya un lugar común en estas doctrinas apoyarse en la distinción, que estableciera Wróblewski, entre justificación interna y justificación externa de la decisión jurídica, entendiendo que la justificación interna tiene que ver con la corrección formal del razonamiento decisorio y la justificación externa con la justificación -esta vez no formal, obviamente- de los contenidos materiales de las premisas del mismo. De ese modo se ha superado, esperemos que definitivamente, esa especie de maniqueísmo teórico entre supuestos defensores de la determinación lógica de los contenidos de la decisión e ingenuos y desorientados propugnadores de empatías, intuiciones o percepciones al margen de la lógica.

Pero, en aras de la justicia, interesa destacar que a ese punto de equilibrio no se ha llegado sólo desde las huestes argumentativas, sino que es patrimonio común también con quienes cultivan y desarrollan la lógica jurídica y tratan de maximizar la aplicación del pensamiento lógico-formal al razonamiento jurídico. Sirvan a título de ejemplos, si bien de envergadura, Soeteman o Koch y Rüssmann. Soeteman, después de exponer pormenorizadamente el verdadero papel de la lógica en el razonamiento jurídico y de explicar que su función de parámetro de corrección formal del mismo es insoslayable, recalca con insistencia que tal función nada tiene que ver con la elección de las premisas de dicho razonamiento. Esto último requiere puntos de vista normativos. Si se quiere que la elección de las premisas (y esos puntos de vista materiales que las guían) no sea arbitraria se ha de ofrecer justificaciones que no son competencia de la lógica. Ese es el campo de la justificación externa, el campo de la argumentación, y lo único en que la lógica puede ayudar es en detectar cuándo las premisas explicitadas son o no suficientes para sostener formalmente la conclusión⁸. Muy ilustrativo es también el caso de Koch y Rüssmann,

7. Como claramente expone Soeteman, la validez no formal no sólo es dependiente de la aceptabilidad de las premisas implícitas, sino también de su validez formal (vid. A. Soeteman, *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 18). Y añade que todo argumento está abierto a un análisis formal, del mismo modo que puede ser sometido también a un análisis no formal, discutiendo la aceptabilidad de sus premisas, por todo lo cual "lógica formal y lógica no formal se complementan y se necesitan mutuamente, no son competidoras" (*ibid.*, p. 20).

8. Soeteman, *op.cit.*, pp. 241ss. La decisión será racional (o "razonable", como dice Soeteman) cuando el juez justifica suficientemente sus elecciones y, además, cuando es posible justificar el fallo como consecuencia deductiva de las premisas que resultan de aquellas elecciones (*ibid.*, p. 258).

dos de los autores que han realizado un esfuerzo más sólido para fundamentar, con los instrumentos de la lógica formal, la estructura constitutivamente deductiva del razonamiento jurídico. Concluyen que dicha estructura no elimina de ningún modo el problema de la elección de las premisas, por lo que, si se busca que la misma sea admisible, se ha de entrar en consideraciones normativas y desarrollar reglas de la decisión racional⁹. Y acaban mostrando sus simpatías con los planteamientos que a ese respecto proponen las teorías consensualistas de la justicia, tan emparentadas con la teoría de la argumentación¹⁰.

Vemos como el acercamiento se ha producido desde los dos bandos, pues tanto los cultivadores de la teoría de la argumentación aceptan el papel importante de la lógica, como los “lógicos” reconocen el legítimo e inevitable lugar que queda a la argumentación.

En suma, lo mismo desde la lógica jurídica que desde la teoría de la argumentación se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, o que así debe ser si se pretende racionalidad, y que tal cosa no quiere en absoluto decir que el juez no haga más que deducciones¹¹. Simplemente se quiere expresar algo que cualquier tribunal de casación afirma constantemente: que si el fallo no es congruente con la consecuencia que se establece en la norma seleccionada e interpretada o con los hechos que se han considerado probados, dicho fallo es inadmisibile. ¿Y por qué iba a ser inadmisibile si no es por vulnerar una regla lógica, por no seguirse, deducirse, de las premisas?, y más aún, es la lógica y no otra cosa lo que ayudará a detectar aquel fallo que no se siga de premisas suficientes o suficientemente explicitadas. Mucho crítico de la relevancia (modesta, pero existente) de la lógica para el razonamiento jurídico es como aquel personaje de Molière que descubre que usa la gramática sin saber que la sabía.

9. H.-J. Koch, H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München, Beck, 1982, pp. 348ss.

10. *Ibid.*, pp. 363ss.

11. Como claramente indican Alchourrón y Bulygin, mostrando en esto su acuerdo con McCormick, “El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al Derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular”. Y añaden que “aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien puede ser reconstruido como- una inferencia deductiva” (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en, C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303 y 304).

1.1.2. A la razón lo que es de la razón. ¿Pero qué razón?.

Otra importante dicotomía que las teorías de la argumentación jurídica en buena medida superan es la que se da, en materia de razón práctica aplicada a la decisión jurídica, entre irracionalistas y los que podríamos llamar, si se permite la expresión, racionalistas elementales.

Como ya se indicó anteriormente, hoy nadie discutiría con seriedad que la aplicación del Derecho que lleva a cabo el juez está determinada en sus contenidos por una amplia serie de valoraciones, de opciones decisorias de las que la decisión final o fallo depende enteramente. El juez elige la norma aplicable al caso, la interpreta de un modo u otro, opta por aplicar la consecuencia jurídica respectiva en un grado u otro, selecciona los hechos relevantes del caso, los considera probados o no, etc¹². En cada uno de esos pasos el juez valora, con mayor o menor margen de libertad según las circunstancias, pero valora siempre. Por tanto, el fallo es el resultado (que además ha de ser lógicamente correcto, pero una cosa no quita la otra en absoluto) de esa larga cadena de razonamientos valorativos. Y la cuestión es: ¿existen parámetros mínimamente objetivos con los que medir la racionalidad de tales juicios de valor, de tales valoraciones? Si no hay tales parámetros objetivos, de la corrección o incorrección de un fallo judicial podremos tener opinión personal, en función de nuestras respectivas creencias, prejuicios, intereses, etc., pero nunca fundamento objetivo para nuestro juicio. En cambio, si tales parámetros existen sí será posible pretender para el juicio sobre la corrección o incorrección de la decisión judicial una, al menos, mínima objetividad.

Los dos polos teóricos a este respecto son bien conocidos. Por un lado irían las doctrinas irracionalistas¹³, propias de quienes son escépticos en materia de razón práctica y sostienen que todo juicio de valor carece de cualquier posible contenido de verdad, es mera opinión, pura subjetividad, simple manifestación de la personalidad o los intereses del que lo emite, que podrá perseguir con su juicio determinar el comportamiento ajeno, dar salida a sus emociones o configurar el mundo a su medida. Es el modo de ver de un positivismo filosófico que, en manifestaciones diversas y con diferencias importantes, ha tenido en el pensamiento jurídico tan ilustres representantes como Kelsen, los realistas escandinavos o los realistas americanos, por mencionar sólo a los que ya son clásicos.

12. La más completa y sistemática exposición de todos esos pasos, del tipo de razonamiento que suponen y de los problemas que plantean puede verse en J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992 (edición de Z. Bankowski y N. McCormick), pp. 75ss.

13. Usamos esta expresión de modo similar a como lo hace R. Dreier, "Irrationalismus in der Rechtswissenschaft", en *Rechtstheorie*, Beiheft 8, 1985, pp. 179ss.

En el otro polo de la escala se ubica toda una amalgama de autores que mantienen que sí cabe un acceso a la verdad o la justicia en materia decisoria y que sí existen, por tanto, referencias fiables para que el juez pueda conocer qué decisión es la correcta para cada caso. Obviamente ahí se sitúa gran parte de la tradición iusnaturalista, con su confianza en que en nuestra misma naturaleza está grabado (a veces a fuego) un patrón de justicia que es posible conocer a cualquiera que simplemente quiera de buena fe ser congruente con su propia naturaleza y la de sus congéneres. Y eso cuando no se parte, sin más, de elevar a norma jurídica suprema, de modo confeso o soterrado, los patrones normativos de una determinada fe religiosa. Poco hay que añadir a tanta crítica como ya se ha vertido sobre este pensamiento jurídico que condena al juez o teórico no “creyente” a la condición de ciego e ignorante (además de pecador), sin explicarnos el misterio que lo que es de naturaleza común no sea por igual conocido por todos, ni siquiera por todos los que profesan la fe iusnaturalista. Pero también estarían en este polo autores que, sin adscribirse a un iusnaturalismo propiamente dicho, confían en la posibilidad de un conocimiento objetivo de los valores, ya sea por la vía de la intuición o de la reflexión. E igualmente quienes se remiten a la virtud de la “prudencia” para confiar en que el juez está habilitado por su oficio para acertar a hallar la justicia del caso concreto y restablecer el equilibrio que cada circunstancia exige, con lo que su subjetividad no es arbitrio libre, sino sensibilidad que lleva a la verdad y la justicia del caso, ya sea a imitación de Salomón o del pretor romano.

Pues bien, las teorías de la argumentación actuales se sitúan mayoritariamente en un terreno intermedio entre estos dos polos. Su punto de partida es el intento de superar el escepticismo irracionalista, pero se detienen antes de llegar a afirmar una teoría material de los valores, unos contenidos objetivos de justicia que, en su validez material, operen como referente de la racionalidad de las decisiones prácticas, y en particular de las del juez. Y su propuesta es una teoría de la racionalidad práctica que se puede sintetizar en las notas de carácter dialógico, consensualista y procedimental, lo que se traduce en la tesis de que una decisión valorativa será racional no en función de sus contenidos materiales, sino en función de cómo se hayan sentado dichos contenidos, sean cuales sean. Veamos muy sucintamente aquellas tres notas.

Las teorías de la argumentación jurídica parten, y en esto el gran precursor fue Perelman, de que el criterio de lo justo o lo bueno no se puede encontrar mediante la mera reflexión individual, en el diálogo del sujeto con su conciencia moral, sino por la vía del debate intersubjetivo, del intercambio de puntos de vista, de argumentos, de razones, entre los sujetos. El diálogo intersubjetivo constituye el único

camino para la construcción de tales patrones de la correcta decisión práctica. De ahí el carácter dialógico de estas doctrinas. Sin argumentación no habría racionalidad posible en estos ámbitos. El fin que da sentido y razón de ser a ese diálogo es la búsqueda de un acuerdo sobre la cuestión práctica en disputa, y la solución correcta que se busca será precisamente aquella que acabe gozando de consenso. Ahora bien, no cualquier consenso intersubjetivo puede elevarse a pauta de lo correcto, pues es obvio que el acuerdo puede ser también resultado de la manipulación, la coacción, la desinformación, etc. De ahí que el consenso que cuenta sea el consenso racional, y éste será el que se alcance en un proceso argumentativo, dialógico, regido por ciertas reglas que aseguren la mayor medida posible de equilibrio argumentativo entre las partes: que todos los argumentantes reales o potenciales tengan igual derecho a alegar sus argumentos, que los argumentos de todos merezcan la misma consideración y respeto, que ningún argumentante se halle en situación de menor libertad argumentativa y que ninguno sea objeto de coacción o manipulación. Aquí se deja ver el carácter procedimental de estas teorías, ya que ese acuerdo en el que cifran la racionalidad práctica sólo será válido a tal fin cuando se haya alcanzado de conformidad con esas reglas argumentativas, que son reglas procesales, que establecen el cómo del intercambio argumentativo, las reglas formales a las que ha de someterse. Cualquier cosa que con respeto a esas reglas se acuerde será racionalmente válida y, por tanto, esta idea de la racionalidad práctica no es material, no predetermina contenido, sino puramente procesal.

Las que podemos llamar doctrinas standard de la argumentación jurídica se diferencian de modo importante según el tipo de fundamento que otorguen a las reglas de la argumentación racional. Están desde quienes, como Alexy, las dotan de un fundamento de tipo universalista, en estrecha sintonía con la ética discursiva de Habermas, hasta quienes, como Aarnio, no pretenden establecer reglas de racionalidad universalmente válidas, sino válidas y justificadas sólo en un determinado horizonte cultural y a tenor de los presupuestos y asunciones del mismo, en un determinado mundo de la vida. Pero en todo caso se está propugnando un parámetro de racionalidad que se considera fundamentado para el razonamiento jurídico práctico aquí y ahora, como mínimo.

Y en razón de esa importante coincidencia queda sentado también otro elemento relevante, como es la convicción que el razonamiento práctico-jurídico se realiza siempre sobre un trasfondo de normas práctico-morales, en el seno de una determinada ética vivida colectivamente, con independencia que se piense que quepa o no someter dicho trasfondo valorativo de todo razonamiento práctico al test de una racionalidad universal. Por esta vía se torna atacable

cualquier pretensión de presentar el razonamiento jurídico como independiente y desvinculado de toda referencia social y cultural y se fundamenta también la inevitable historicidad de sus contenidos.

La visión de la racionalidad jurídica que brevemente acabamos de reflejar ha provisto de un sólido fundamento a una idea que se encuentra muy fuertemente extendida en el pensamiento jurídico actual sobre estas materias, la idea que el elemento clave de la decisión jurídica racional no es el qué, su contenido en sí mismo considerado, sino el cómo se justifique mediante razones. Traducido al juicio de racionalidad de la decisión judicial, esto significa que se presume irracional la sentencia cuyo fallo no se halle suficientemente motivado, justificado mediante los oportunos argumentos normativos, valorativos y fácticos. El Derecho ha dejado de ser contemplado como una realidad en sí misma racional y cuya racionalidad se expande a la solución de los casos, por intermedio del juez. Por muy perfecto que sea un sistema jurídico, nunca va a ser alcanzable aquel ideal de coherencia, plenitud y determinación en que confiaba el formalismo metodológico, y por esa razón la labor de decisión judicial ya no es equiparable a una labor de puro conocimiento objetivo, sino que encaja de lleno en el ámbito de la razón práctica, pues se trata de valorar y optar entre cursos de acción alternativos. Por eso el centro de la mirada va a dirigirse al modo como dichas opciones se motiven, se argumenten.

Es más, si lo que importa para el juicio de racionalidad son los argumentos expresos, las motivaciones, pierden importancia a estos efectos los motivos del juez. No importa cuál sea el motivo personal que lleve al juez a tomar una determinada postura, sino la manera como esa postura aparezca justificada hacia el correspondiente auditorio social, lo cual, por lo demás y a diferencia de los datos psicológicos de los motivos, es el único elemento cognoscible con certeza. De ahí que sea habitual en los teóricos de la argumentación jurídica la puntualización de que sus análisis no se ubican en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación. Gran parte del irracionalismo metodológico pierde así su mejor apoyatura¹⁴.

1.2. ¿Qué racionalidad y qué argumentación para el juez?.

La lectura de la mayor parte de las obras principales de teoría de la argumentación jurídica, con la de Alexy a la cabeza, deja una cierta sensación de perplejidad, derivada de lo siguiente. El centro de

14. Véase M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 22ss. Para un planteamiento crítico sobre el sentido de aplicar a la decisión judicial el esquema de contexto de descubrimiento y contexto de justificación puede verse T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, pp. 105ss., especialmente pp. 135ss.

su preocupación es, como llevamos dicho, la racionalidad de la decisión jurídica, y paradigmáticamente de la decisión judicial. Sin embargo, si nos preguntamos por la utilidad práctica y real para el trabajo del juez, si planteamos cómo debería proceder un juez que quisiera respetar y aplicar las reglas de la argumentación racional, algunas dudas parecen inevitables. Ciertamente estas teorías podrían tener una gran utilidad para fundamentar las reglas del Derecho procesal propias del Derecho moderno y, en particular, del Estado de Derecho. Es fácil ver un proceso judicial como un debate entre al menos dos partes, partes que argumentan ante un tercero imparcial y que lo hacen bajo unas normas (de Derecho procesal) que quieren garantizar ese equilibrio e igualdad que la teoría de la argumentación propugna¹⁵. Lo curioso, sin embargo, es preguntarse por el modo cómo puede ser argumentativamente correcta, racional en este sentido, la sentencia de ese tercero que es el juez, más allá de la mencionada exigencia de que ha de esforzarse en dar de sus opciones las más y las mejores razones. Reparemos en que el consensualismo del que participan los teóricos de la argumentación indica que una norma o mandato será racional cuando pueda alcanzarse, bajo cierta circunstancia ideal, o al menos favorable, el consenso de todos los interesados. Si la sentencia es una norma o mandato, resulta bastante quimérico pensar que tenga que ser la culminación consensual de un conflicto que ha llegado a hacer necesaria la sentencia precisamente por la ausencia de acuerdo. Y si creemos que la razón por la que el juez ha de argumentar de modo tan exigente es para persuadir a las partes de que acepten la sentencia sin recurrirla o a los tribunales superiores para que no la casen, el asunto se nos desliza por el terreno de la retórica y de prácticas de difícil encaje en los parámetros de la racionalidad, pues ahí habría que hablar más de eficacia de la argumentación judicial que de su racionalidad. Y más desenfocado aun parece que se le esté implícitamente exigiendo al juez que realice encuestas de opinión o que lleve a cabo en solitario el experimento mental de preguntarse qué acordarían todos los miembros de la sociedad como resolución justa del conflicto. Máxime cuando el principio de legalidad impide que la solución se busque en términos de pura justicia, ya que han de respetarse los límites que impone la legalidad establecida. En suma y en términos más simples, la pregunta sería qué debe hacer un juez que quiera ser respetuoso con las pautas de racionalidad marcadas por la teoría de la argumentación (y que quiera ser considerado también con el sistema de normas jurídicas), además, por supuesto, de argumentar con honestidad.

La conciencia de este problema ha provocado uno de los más interesantes debates actuales entre los teóricos de la argumentación jurídica, llevando a posturas contrapuestas a autores que hasta no hace

15. Cfr. G. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, trad. de M. Jiménez Redondo, p. 307.

mucho compartían los puntos de vista, como pueda ser el caso de Alexy y Habermas.

Los planteamientos de Alexy han sido fuertemente cuestionados por Klaus Günther y Habermas como insuficientes para dar cuenta de la índole de la labor judicial. Tratemos de resumir su postura. La construcción teórica de Alexy sería muy adecuada como respuesta al problema de la racionalidad de la decisión legislativa. Proyectadas sobre la actividad del legislador, las reglas de la argumentación racional de Alexy ofrecerían un buen criterio para determinar cuándo la decisión legislativa es legítima y racional, por constituir el resultado de un proceso discursivo abierto a la participación general, respetuoso con los derechos argumentativos de todos y reflejo de un acuerdo que, en razón de la imparcialidad que las reglas del discurso garantizan y las Constituciones democráticas institucionalizan, es manifestación de un interés general, expresado precisamente en la norma general que el legislativo dicta. Por tanto, la teoría de la argumentación de Alexy serviría para responder a la cuestión de la racionalidad y legitimidad de la norma legal. Estaríamos ante lo que Günther y Habermas llaman el discurso de fundamentación de las normas. La norma que emana de una adecuada actividad discursiva sería la norma racionalmente válida.

Pero al juez las normas válidas le vienen dadas por el sistema en que se inserta. Y si dicho sistema es el del Estado de Derecho, regido por una Constitución que institucionaliza los procedimientos democráticos y demás cauces aseguradores de los derechos personales, procesales y participativos de los ciudadanos, el juez no está legitimado para cuestionar los contenidos de tales normas y tiene, como los ciudadanos, un deber racional de obediencia a esas normas legítimas. ¿Significa esto que se vuelve a un modelo de juez autómatas que ni valora ni crea derecho?. Nada más lejos de la realidad. El juez es quien da sus perfiles precisos a las normas legales, traduciéndolas de generales y abstractas a normas aplicables a los casos. Pero los problemas no se los plantean las normas en sí mismas (siempre y cuando, repetimos, que se trate de normas legítimas, avaladas por un discurso de fundamentación racional), sino lo que, en términos clásicos, es la subsunción del caso bajo la norma. Las normas generales y abstractas que el legislador crea no pueden ser sino bocetos de la regulación efectiva de los particulares conflictos, el legislador no puede prever una solución precisa para cada particular caso con sus especiales detalles. Y de ahí que la esencia del trabajo judicial consista en determinar si un caso particular, con esos sus concretos perfiles, encaja o no bajo una norma u otra y qué concretas consecuencias se pueden extraer para el caso de la norma que se estime aplicable. Por tanto, la argumentación del juez, su discurso que se quiera racional, no versará sobre la norma en sí misma y su valor o aptitud en general, sino sobre

la adecuación (Angemessenheit), en terminología que Günther toma de Dworkin, para resolver un caso. Y esto quiere decir que el centro de las consideraciones se hallará en los pormenores y circunstancias del caso. No estaríamos, por tanto, ante el discurso de fundamentación de normas, sino ante el discurso de aplicación. Es la búsqueda de la justicia del caso concreto la que guía el trabajo del juez que quiera decidir racionalmente, si bien esa búsqueda no opera al margen o en contra de las normas legales, sino perfilándolas y precisándolas desde el caso¹⁶.

Esa compatibilidad entre discurso de aplicación y búsqueda de la solución adecuada o justa par el caso concreto, por un lado, y respeto a los mandatos del legislador legítimo, por otro, la consideran Günther y Habermas posible sobre la base de su idea de las normas jurídicas legales. Que las normas legales sólo puedan aludir a casos genéricos que constituyen su supuesto, supone que el legislador no tiene la posibilidad de determinar qué casos concretos encajan y cuáles no bajo esa genericidad del supuesto. Esa es la tarea del juez. Y al decidir el encaje de cada supuesto bajo una norma u otra el juez está añadiendo, por así decir, un trazo a la norma, la está precisando, ciertamente para y desde un caso concreto, pero con un propósito de mantener idéntico criterio para cualquier caso futuro igual¹⁷. En resumidas cuentas, el centro de la argumentación en que consiste el discurso de aplicación que el juez lleva a cabo ha de situarse en la justificación de su valoración de las circunstancias y detalles del caso y, a partir de ahí, proyectarse en la selección de la norma y su interpretación. No se tratará ya de convencer a un auditorio de que se aplica una buena norma (a la norma legítima la bondad se le presupone), sino que se aplica y se aplica del mejor modo la norma que hace mejor justicia al caso¹⁸.

16. En palabras de Günther, “el establecimiento de normas jurídicas debe estar institucionalizado en un procedimiento que se corresponda con las reglas del discurso práctico, de modo que puedan hacerse valer los intereses de cada uno. La aplicación de normas debe estar institucionalizada en procesos que posibiliten la toma en consideración de todas las especiales notas de una situación” (K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1988, p. 337). Más detalladamente: “Para la fundamentación sólo es relevante la norma misma, independientemente de su aplicación en una situación concreta. Se trata de si es del interés de todos que cada uno siga la regla. El que una norma acoja o no los intereses comunes de todos no depende de su misma aplicación, sino de las razones que podamos aportar respecto de que todos deberían seguirla como regla. Para la aplicación, en cambio, lo relevante es la particular situación, independientemente de si también es del interés de todos un seguimiento general. Se trata de si y cómo debería seguirse una regla en una situación y a la vista de todas las especiales circunstancias. En la aplicación la pretensión de la norma de ser seguida por todos en cada situación (es decir, como una regla), debe contemplarse desde la concreta situación y confrontarse con todas las peculiaridades de esa especial situación. El tema no es la validez de la norma para cada uno y sus intereses, sino la adecuación respecto de todas las peculiaridades de una situación particular” (*ibid.*, pp. 55-56).

17. El juez que resolviera de modo divergente y sin justificación adecuada casos idénticos estaría obrando arbitrariamente, irracionalmente, mostrando que sus razones no se pretendían universalizables. Véase al respecto, K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 65ss.

18. Una curiosa y sorprendente secuela de estos planteamientos es que en el ordenamiento jurídico dejarían de tener existencia real las antinomias. Cuando a un mismo caso le son *prima facie* aplicables dos normas

Esta doctrina nos conduce a una cierta insatisfacción por lo inconcreta. Parece certero su diagnóstico de la insuficiencia de las propuestas de Alexy para el juez, pero deja abiertas tantas o más dudas. Por mucho que se diga que el discurso del juez tiene su especificidad propia y por mucho que el centro de gravedad se traslade de la argumentación sobre las normas a la argumentación sobre el caso, lo cual suena cuando menos admisible, subsiste la duda acerca de con qué criterios podemos, si es que se sigue pensando que se puede, medir la racionalidad de las valoraciones y argumentos del juez sobre el caso, más allá de ese tan simple y elemental mandato de que el juez se esmere en hacer explícitas sus apreciaciones y valoraciones. En la propuesta de Alexy hay muchas reglas, pero que se aplican con dificultad a la decisión judicial. En Günther y Habermas hay una más precisa descripción de las peculiaridades de esa decisión, pero se echan de menos las reglas¹⁹. Y el hecho que el inspirador de Günther y Habermas sea Dworkin no es precisamente tranquilizador para quien busque una teoría articulada, coherente y practicable de la decisión judicial.

Alexy ha respondido a estos cuestionamientos. Su réplica podemos resumirla del siguiente modo. En primer lugar explica, sobre la base del mismo ejemplo manejado por Günther, que cuando dos normas colisionan, por ser aplicables al mismo caso con consecuencias contrapuestas, y a la luz de la concreta situación se declara aplicable una sola, lo que se está haciendo es añadir una excepción al enunciado general de la norma no aplicable²⁰. Con ello la norma inicialmente fundamentada en el discurso de aplicación se habría modificado y, por tanto, si se pretende válida es necesario un nuevo discurso de

que llevan a consecuencias jurídicas contradictorias el juez estaría ante un caso más de la necesidad de seleccionar la norma aplicable, y las peculiaridades del caso le llevarían a elegir la que mejor se adecue a él. Pero con eso no estaría realmente optando por dos normas igualmente aplicables, sino tomando la única que realmente se le aplica racionalmente y, con ello, deshaciendo la aparente antinomia al añadirle a una de las normas el correspondiente matiz, precisión o excepción que el legislador, por las razones que ya hemos mencionado, no pudo apuntar por razón de la inevitable abstracción de sus términos. Como dice Günther, “en cada situación hay varias normas válidas aplicables *prima facie*, pero sólo una norma adecuada” (K.Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, 17-18, 1995, p. 285). En relación con esto se sitúa también la acogida que Habermas y Günther dan a la tesis de la única respuesta correcta. Sobre todo ello véase K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 299ss; G.Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 287ss. Para observar estos planteamientos a la luz de un ejemplo es muy útil consultar el trabajo de K.Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, cit., pp. 279ss.

19. Para Günther y Habermas las reglas discursivas llevan en el discurso de aplicación a la necesidad de ponderación conjunta e imparcial de normas, por un lado, y de las circunstancias de la situación, por otro, con reglas tales como que no puede dejar de ser tomada en consideración ninguna norma que pueda venir al caso, o que tiene la carga de la argumentación quien proponga una aplicación nueva y distinta de una norma. Tales reglas tendrían la finalidad de garantizar la imparcialidad en el discurso aplicativo.

20. Esto es, si una norma dice que si se da *h* se debe hacer *x* y otra norma dice que si se da *j* se debe hacer *y*, se dan simultáneamente *h* y *j* y *x* e *y* son incompatibles, y se decide a la luz del caso que predomina la obligación de hacer *y*, esto equivaldría a reformular la norma primera del siguiente modo: si se da *h* se debe hacer *x*, salvo que se de *j*.

fundamentación, no bastando el de aplicación, es decir, la pura consideración para el caso concreto²¹. En segundo lugar, no sería cierto que, como dice Günther, en el discurso de fundamentación se manejen sólo casos genéricos o típicos, pues los argumentantes en ese discurso, que es el legislativo, poseen el saber que les da la experiencia y la posibilidad de imaginarse todo tipo de casos. Sí sería verdad que siempre pueden surgir situaciones imprevistas e imprevisibles cuando la norma se creó, pero si la respuesta que la nueva situación exige es una modificación de la norma, el discurso de fundamentación se haría inevitable y no basta limitarse a un discurso de aplicación que atienda a la justicia sólo para el caso²².

Esta réplica de Alexy suena convincente frente a la sospecha de casuismo que nos asalta ante la otra postura, pero deja abierta nuevas y aun más importantes dudas, pues cabe de inmediato preguntarse cómo se desarrollaría o, más aun, cómo se podría institucionalizar un tal discurso de fundamentación, que tendría que ser llevado al cabo por el juez que precisa o reemplaza la norma que ha perdido su fundamento ante las nuevas circunstancias. Alexy tiene razón cuando señala que la idea del discurso de aplicación, que impone tomar en consideración todos los puntos de vista y circunstancias, es “vacía”, pues no señala cuáles serían esos puntos de vista merecedores de consideración, y además es equívoca, pues puede servir de tapadera para una praxis decisoria no universalista, es decir, puramente casuística, por lo que concluye que el concepto de “adecuación” es “demasiado indeterminado para poder solucionar el problema de la decisión jurídica racional”²³. Ahora bien, esa misma objeción se puede volver contra el propio Alexy, pues igualmente podemos preguntarnos qué pautas rigen el discurso racional del juez, máxime cuando tiene que llevar a cabo un discurso de fundamentación. La salida de Alexy consiste en reiterar su tesis que el discurso jurídico de aplicación del Derecho es un “caso especial” del discurso práctico general²⁴, donde rigen las reglas de racionalidad de éste, unidas a especiales reglas que operan en la praxis jurídica y obligan a dar primacía a determinados argumentos institucionales. Pero la pregunta queda en pie: ¿cómo puede hacer eso el juez?

21. R. Alexy, “Normbegründung und Normanwendung”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1995, pp. 63ss.

22. “La norma que a la vista de un caso se precisa, se cambia o se crea como nueva debe ser susceptible de justificación en un discurso de fundamentación, y la norma que se rechaza debe poder acreditarse como no fundamentada” (*ibid.*, p. 69).

23. R. Alexy, “Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., p. 171.

24. Vid. *Ibid.*, pp. 172ss.

2. Hacia una más completa y precisa teoría de la argumentación jurídica.

Hasta aquí hemos querido presentar un balance, necesariamente superficial e incompleto, de lo que son algunos logros de la teoría de la argumentación jurídica, y también de sus carencias en cuanto teoría de la decisión judicial racional. La teoría de la argumentación jurídica cobra su mayor altura y profundidad en lo que podríamos llamar la dimensión filosófica general de la razón práctica, pero adolece de graves imprecisiones y de escaso desarrollo como instrumento de análisis de las decisiones judiciales concretas. El ideal que siempre está en el trasfondo es el de lograr una teoría normativa de la argumentación judicial que posea riqueza analítica y conceptual suficiente, por un lado, y pautas suficientemente claras, por otro, como para servir de instrumento verdaderamente útil para el análisis crítico de las sentencias judiciales. En mi opinión, la discusión de los fundamentos, sin duda imprescindible, ha acabado por bloquear la construcción de semejante instrumental analítico y crítico. La conclusión que ahora, para terminar, podríamos sacar es, en lo positivo, que ha realizado aportaciones de mérito en el plano de los fundamentos generales, superando esquemas simplistas y contraposiciones artificiosas. Pero en el debe parece inevitable aludir a su aun escasa utilidad analítica y práctica. Con esto queremos decir que es todavía muy escaso el instrumental que desde esta corriente se ha elaborado para que se pueda, con él, proceder a una descripción rigurosa de los requisitos argumentativos de los distintos métodos o argumentos que en las sentencias judiciales se utilizan²⁵. En otros términos, la teoría de la argumentación, sin renunciar a su concepto de racionalidad, debería dar el paso hacia una teoría de los argumentos.

No se debe desconocer que ha habido avances interesantes, aunque fragmentarios, que contribuyen a poner las bases para ese análisis que propugnamos. Pensemos en los siguientes:

- Se ha conseguido desterrar de la mejor teoría el esquema simplista del llamado silogismo judicial. Que el razonamiento decisorio, en su explicitación, ha de tener y tiene, si se quiere racional, una estructura deductiva, no significa que se pueda operar con un esquema elemental de dos premisas. El proceso argumentativo y de razonamiento es mucho más complejo. Tanto la premisa normativa como fáctica son, a su vez, el resultado de sendos (sub)razonamientos que se estructuran

25. Esta carencia se dejaba ya sentir en la obra primera de Alexy. Véase R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, pp. 226ss. Entre las aportaciones más importantes sobre este particular, si bien con planteamiento predominantemente descriptivo de la praxis judicial, puede verse D.N. McCormick, R.S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes*, Aldershot, etc., 1991; F.J. Ezquiaga Ganuza, *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

también de modo deductivo o, en ocasiones, inductivo²⁶. Esto es especialmente relevante, además, cuando la clave de la racionalidad se pone en la justificación de las valoraciones y sus correspondientes elecciones, pues significa que sólo si se parte de un esquema suficientemente complejo y realista del razonamiento decisorio y sus etapas se tendrá el criterio para poder determinar en qué pasos y afirmaciones se ha de ser especialmente exigente en la justificación argumentativa.

- En esa misma línea, se han sugerido valiosos esquemas para representar e ilustrar el modo en que los argumentos se encadenan en el razonamiento judicial, instrumentos que permiten detectar con mayor facilidad las fallas o deficiencias que puedan existir en tales encadenamientos y constatar también del modo más gráfico los puntos en los cuales el juez toma partido por una u otra línea argumental. Traducir el análisis de sentencias a tales esquemas resulta un ejercicio sumamente clarificador y ayuda a hacerse cargo de la complejidad del proceso²⁷.

- En el tratamiento de los diversos métodos o argumentos que el juez utiliza para interpretar o integrar la ley se está consiguiendo salir del pseudo-tecnicismo con que estas cuestiones venían siendo tratadas por la metodología jurídica y que hacía pensar que se hablaba de técnicas asépticas e indiscutibles, como caídas del cielo o de una razón jurídica universal que nació con los romanos y no ha cesado de mostrarse. A ese propósito son fundamentales cosas tales como la constatación de que detrás de cada método o argumento consolidado entre los juristas existe un sustrato valorativo²⁸, un fundamento en ciertos valores a los que cada método sirve, de modo que la recta utilización de cada uno supone tomar conciencia de ese su trasfondo axiológico. Esto lleva a superar aquel pseudo-tecnicismo, por cuanto que pone de relieve que las opciones metodológicas nunca son “inocentes” y que no se correlacionan solamente, como tantas veces se ha dicho con acierto, con una determinada concepción del Derecho, sino también con ideologías jurídico-políticas diversas. La discusión, por ejemplo, entre partidarios de la letra o del “espíritu” de la ley, por mencionar un ejemplo de los más simples, es en el fondo una discusión con muy profundas implicaciones políticas y de modelo de Estado²⁹.

26. Como dicen Koch y Rüßmann, “todas las premisas necesitan, a su vez, una justificación y ésta ha de desarrollarse en los correspondientes subrazonamientos (*Nebenschemata*)” (*op.cit.*, p. 118).

27. Piénsese, como ejemplo de esto, en las aportaciones de Manuel Atienza. Véase M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 235ss; *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 69ss. Desde otra perspectiva, interesante también, J.C. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht, Kluwer, 1997, especialmente pp. 78ss.

28. Véase, por ejemplo, R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 84ss.; E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. 494ss.

29. Sobre esto último, cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 275ss.

- También va quedando claro que al hablar de los referidos “métodos” no se está usando una noción teórica neutra, sino que se puede entender por tales, cosas bien distintas y que con ello se hace una radiografía diversa de lo que su uso significa y de las exigencias que ha de satisfacer el juez que los utiliza. Para la metodología jurídica de orientación más tradicional, los métodos que en la práctica jurídica se emplean (pensemos, como ejemplo más fácil, en los métodos o “cánones” de la interpretación) son algo similar a instrucciones técnicas o instrucciones de uso, de modo que cuando se siguen esas instrucciones conducen sin más a un resultado correcto y objetivo. En el polo opuesto se sitúan las corrientes irracionalistas, que no ven en tales métodos y cánones otra cosa que artificios retóricos con los que el juez encubre sus verdaderos motivos y las razones que no puede ni quiere confesar. También aquí se detecta un cierto punto medio en los teóricos de la argumentación. Los métodos en cuestión no serían ni una cosa ni otra de las dos mencionadas, serían argumentos consolidados en la práctica, generalmente admitidos y utilizados, que se justifican por su correspondiente sustrato valorativo. Ese sustrato y la práctica de su uso impedirían que cualquier método pueda emplearse de cualquier manera o para cualquier cosa, además de que explicarían por qué unos métodos se entienden admisibles y otros se considerarían de todo punto rechazables. Pero tampoco la utilización de uno de esos métodos acreditados es, sin más, garantía de solución correcta e indubitada. Esos métodos son argumentos que, recta y coherentemente utilizados, conducen a soluciones admisibles o correctas *prima facie*. Esto quiere decir varias cosas. En primer lugar, que no basta echar mano de un método determinado de los que se admiten, sino que es necesario argumentar también por qué la preferencia por ese método y no por otro de los que, también admitidos, pudieran llevar a una solución distinta. La utilización pertinente de un método conlleva una presunción favorable en cuanto a la corrección de la correspondiente decisión, pero no una garantía total de ausencia de arbitrariedad o de deficiente justificación. Y, en segundo lugar, utilizar racionalmente uno de esos métodos o argumentos implica argumentarlo, acreditar argumentativamente cada uno de los pasos, de modo que nunca puede bastar su mera mención, su simple invocación.

¿Cómo debería abordarse la teoría de los argumentos jurídicos que echamos en falta?. Aquí sólo podemos hacer unas muy elementales consideraciones sobre los principios generales de su diseño.

Ante todo, es perentorio forjar un instrumental conceptual y analítico más complejo y completo que el habitual, y que sirva para dar cuenta adecuada de los distintos fenómenos y momentos que

acontecen en el razonamiento jurídico de aplicación del Derecho³⁰. Sobre esa base, el siguiente paso tendrá que ser superar las etiquetas genéricas con que se habla de métodos o argumentos de la interpretación y aplicación del Derecho, a fin de, por un lado, diferenciar convenientemente entre las distintas funciones y el diferente modo de operar de los mismos, y, por otro lado, realizar un estudio preciso y minucioso de la estructura, condiciones de uso y exigencias argumentativas de cada uno de tales argumentos.

Cuando hablamos de los métodos o argumentos habituales y admitidos como guía de la decisión judicial, se suele caer en los defectos comunes de la metodología clásica, pues no se distingue suficientemente el distinto papel que cada uno cumple. Es de la mayor importancia que se comience por diferenciar de modo claro qué métodos o argumentos cumplen un papel propiamente interpretativo y cuáles sirven a la creación de normas nuevas, y esto implica partir de un concepto de interpretación suficientemente preciso y ajustado, lo cual no es precisamente frecuente en numerosos tratadistas actuales.

En segundo lugar, no se puede perder de vista que cualquier intento de establecer una jerarquía u orden estricto y fundamentado de preferencia entre los distintos argumentos, para el caso en que compitan, implica una toma de postura jurídico-política de la mayor importancia, sin la cual toda propuesta teórica se termina difuminando en una mera enumeración de argumentos que no puede evitar hacer importantes concesiones a la dimensión puramente retórica de la argumentación jurídica. Ciertamente los teóricos de la argumentación han propuesto tales jerarquizaciones de los argumentos, pero a menudo el propio planteamiento “argumentativo” conduce a una considerable oscuridad, pues es común que se entienda que la preferencia de un tipo de argumentos es una preferencia *prima facie*³¹, es decir, en tanto no existan buenos argumentos para alterarla. Si no se despliega una exigente explicación de cómo puede acontecer de modo justificado tal alteración argumentativa del orden de preferencias o una lista bien articulada de la índole de tales excepciones, cunde la sensación de que las valoraciones en juego acaban careciendo de control.

En tercer lugar, conviene realizar un estudio pormenorizado del modo en que opera cada argumento, atendiendo sobre todo a los elementos de cada uno que presuponen juicios necesitados de un más estricto fundamento argumentativo. El valor justificatorio de un argumento de los que estamos hablando no puede consistir en su mera

30. A este propósito ha habido muy interesantes propuestas recientes, aunque no siempre provenientes de partidarios de la teoría de la argumentación, como son las obras de Hernández Marín y E. Dicciotti. Véase R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999; E. Dicciotti, *op.cit.*

31. Véase R. Alexy, “Juristische Interpretation”, *cit.*, pp. 89-91.

mención, sino en su uso acorde con exigencias argumentativas máximas.

En cuarto lugar, es necesario operar con una clasificación de tales métodos o argumentos suficientemente rica como para dar cuenta de la distinta función que cada uno cumple. Es frecuente, por ejemplo, hablar de los argumentos o métodos interpretativos tratándolos como si todos ellos contribuyeran de la misma forma a sentar positivamente un significado de la disposición que se interpreta. Sin embargo, no todos funcionan de la misma manera. Por ejemplo, mientras unos aportan referencias o criterios para afirmar un determinado significado, otros desempeñan una función meramente negativa, descartando significados de los que con los otros argumentos se proponen.

Podría continuarse con la enumeración de tareas pendientes. Pero basta lo dicho para sugerir que resultaría atrevido pensar que la teoría de la argumentación jurídica constituye un cuerpo doctrinal acabado y definitivo. Más bien queda casi todo por hacer. Y, si no se hace, dentro de unas décadas sólo quedará el recuerdo de una doctrina sugere pero que no fue más que una moda pasajera.

GUIA DE LECTURA No. 4.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: La Teoría de la Argumentación Jurídica: Logros y Carencias.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- Analizar cuál es la relación que hay entre la Lógica y el Derecho.
- Explicar cómo las teorías de la argumentación jurídica tratan la problemática de la razón práctica aplicada a la decisión jurídica.
- Enunciar cuáles han sido los “logros y las carencias” de las actuales teorías de la argumentación jurídica.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el siguiente cuestionario:

1. ¿Cuál ha sido el aporte de las teorías de la argumentación jurídica?
2. Identifique la tesis de las posturas extremas sobre la relación Lógica y Derecho.

POSTURA	TESIS QUE SOSTIENE
Logicistas	
Antilogicistas	

3. ¿Cómo surge el malentendido de las relaciones Lógica-Derecho?
4. ¿Por qué se califica de “formalistas ingenuas” a la Escuela de la Exégesis y a la Jurisprudencia de Conceptos?
5. ¿Por qué se dice que la crítica al formalismo metodológico del s. XIX “erró el tiro” en la relación Lógica-Derecho?
6. ¿Por qué se señala a Viehweg y Perelman como responsables de algunos de los “excesos” de la crítica elaborada en contra del Formalismo jurídico sobre la relación Lógica-Derecho?
7. ¿En qué sentido la actual teoría de la argumentación jurídica ha roto la dicotomía “materia” y “forma” del razonamiento jurídico?
8. ¿En qué sentido los cultores de la Lógica contribuyeron a maximizar la aplicación del pensamiento lógico-formal al razonamiento jurídico?
9. ¿Cuál es la síntesis asumida actualmente tanto por lógicos como teóricos de la argumentación respecto a la estructura del razonamiento decisorio?
10. ¿Qué valor se le asigna a la lógica en el Derecho salvadoreño al establecerse el motivo de casación del Art. 362 No. 4 CPP?
11. Señale cuál es la tesis sostenida por las doctrinas siguientes en materia de razón práctica aplicada a la decisión jurídica.

DOCTRINA	TESIS
Irracionalista	
Racionalista elemental	

12. ¿Dónde se sitúan las teorías de la argumentación jurídica en materia de razón práctica aplicada al Derecho?. ¿En qué sentido se diferencian de los “racionalistas elementales”?.
 13. Explique el significado de las características del modelo de racionalidad práctica de las teorías de la argumentación jurídica actuales.

CARACTERISTICA	SIGNIFICADO
Carácter dialógico	
Carácter consensual	
Carácter procedimental	

14. ¿En qué se diferencian las “doctrinas estándar de la argumentación jurídica” respecto al fundamento de las reglas de argumentación racional?.
 15. Señale las tesis, críticas y réplicas generadas a raíz del análisis de la racionalidad de la sentencia judicial.

TESIS DE ALEXY	CRÍTICA DE GÜNTHER Y HABERMAS	RÉPLICA DE ALEXY	CRÍTICA A LA RÉPLICA

16. Señale las aportaciones y carencias de las teorías de la argumentación jurídica en cuanto a la teoría de la decisión racional.

APORTES	CARENCIAS

17. ¿Considera usted que hay diferencia entre una teoría de la argumentación jurídica y una “teoría de los argumentos” que propone el autor?. Fundamente su respuesta.
18. Indique si los “avances fragmentarios” que contribuirían, según el autor, a una teoría de los argumentos se han alcanzado en la realidad jurídica salvadoreña.

AVANCE FRAGMENTARIO	MANIFESTACIÓN EN LA REALIDAD SALVADOREÑA

19. ¿Cuáles serían los principios generales del diseño de una “teoría de los argumentos”?. ¿Qué otros incluiría usted?.

5. RAZÓN PRÁCTICA Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN.

Juan Antonio García Amado

¿Qué relación puede existir entre razón práctica y legislación?. Cabría en este tema un abordaje inmediato y, si se permite la expresión, “unilateral”, y ello de una doble forma. Podríamos entrar directamente a sostener una tesis de fondo, una tesis fuerte sobre esa relación, ya sea para negar que la legislación sea una actividad para la que quepa pretender racionalidad práctica en sentido propio, ya para mantener que sólo será materialmente racional la legislación que respete ciertos contenidos, supuestamente exigidos por la razón, en cualquiera de sus formas o presentaciones. La segunda alternativa podría ser trazar un mapa de las relaciones o combinaciones posibles entre esas dos expresiones y sus diversos sentidos, lo cual puede darnos, según exprimamos más o menos nuestra vena “analítica”, diez, veinte o cien combinaciones o posturas distintas. Si se permite una fácil comparación, en el primer caso estaríamos proponiendo un lugar o destino de llegada pero sin proporcionar el mapa que nos muestre de dónde partimos, en qué medios podemos movernos y con qué impedimento nos dotamos para el viaje. Tal parecería que descendiéramos en paracaídas. Auténticos paracaidistas, en efecto, parecen muchos de nuestros queridos colegas que aterrizan (y nos lanzan) de bruces en contenidos materiales de justicia que a ellos se les revelan pero que a los demás tal vez ni se nos insinúan en su supuesta evidencia. En cambio, cuando se toma la segunda opción tal parece que se traza un completísimo mapa pero que nada se nos dice acerca del adónde conviene ir por esos caminos, con lo que, dado que no se nos estimula al viaje, deja de interesarnos el mapa y pasa a ser un discutible divertimento de geógrafos del lenguaje jurídico. Hará falta, pues, algo más que un mapa: una guía para elegir entre los destinos posibles los que sean mejores.

Aquí, intentaremos combinar esa doble vía: comenzaremos por analizar algunos presupuestos y enfoques posibles de la teoría de la legislación desde el punto de vista de la razón práctica, y acabaremos proponiendo, aunque sea de un modo muy elemental y provisional, una cierta tesis acerca del tipo de reglas o pautas que debe respetar una legislación que se pretenda racional, con lo que estaremos ofreciendo un boceto de teoría práctico-racional de la legislación.

1. El mapa.

Obviamente, la relación que se pueda establecer entre razón práctica y teoría de la legislación vendrá condicionada por lo que entendamos por “legislación” y por la concepción que de la razón

práctica se mantenga.

No vamos a preocuparnos aquí demasiado de perfilar una noción depurada de razón o racionalidad práctica. Conformémonos con entender que cuando hablamos de razón o racionalidad práctica nos referimos a los criterios mediante los que cabe, si es que cabe, la justificación intersubjetivamente aceptable de opciones relativas a acciones o cursos de acción. Hablamos, es obvio, de las reglas de razón que, si es que caben tales, pueden y deben regir los juicios o valoraciones que nos llevan a elegir entre alternativas comportamentales diferentes (por ejemplo, entre dar a la ley uno u otro contenido, cuando se es legislador). La más elemental, y también la más importante, división en este tema se da entre las doctrinas escépticas, que no creen que quepa postular o pretender ningún género de racionalidad en tales ámbitos, por ser ámbitos inevitablemente presididos por el subjetivismo o el incontrolable arbitrio, y las que sostienen que cabe fundar también en este terreno de la acción y sus justificaciones un parámetro objetivo y cognoscible de racionalidad.

La pregunta primera que a este propósito se nos plantea es la siguiente: ¿cabe una teoría de la legislación si se mantiene una postura escéptica en materia de razón práctica?. Y la segunda pregunta sería: ¿qué relación se daría entre tal teoría de la legislación y la razón práctica?. Creo que la respuesta a esas dos preguntas se sintetiza en la siguiente afirmación: cabría una teoría de la legislación entendida como teoría y desarrollo de una técnica legislativa, entendiendo esta expresión en sentido amplio, como conjunto de técnicas instrumentales. En otras palabras, cabría una teoría de la legislación no normativa o normativa en sentido débil. Podemos entender por tal aquella teoría que da pautas sobre cómo seleccionar y usar los medios mejores para maximizar objetivos o fines, pero sin discernir entre los fines que pueden resultar preferibles o más justificados. Lo que no cabría, por tanto, sería una teoría normativa de la racionalidad legislativa.

Desde posturas escépticas en cuestiones de racionalidad práctica, lo habitual es concebir la legislación como pura decisión, decisión que podrá venir ilustrada por la consideración de todo tipo de datos y que podrá y lógicamente tratará de maximizar su eficacia, de asegurar al máximo la consecución de los efectos que se pretenden, pero que no dejará por eso de ser opción del legislador guiada por sus intereses, su particular ideología, su moral, etc. Este sería el planteamiento de, por ejemplo, Kelsen¹. Por mucho que para Kelsen

1. Vid. al respecto Römer, P., "Reine Rechtslehre und Gesetzgebungslehre", en Tammelo, I., Mock, E. (eds.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für Robert Weimar*, Frankfurt M., P. Lang, 1986, pp. 25ss. Sobre el escepticismo kelseniano ante una teoría de la legislación que pueda ser parte de la ciencia jurídica vid. también Maihofer, W., "Gesetzgebungswissenschaft", en Winkler, G., Schilcher, B. (eds.), *Gesetzgebung*, Wien/New York, Springer, 1981, p.6, nota 2.

el Derecho sea, y el Derecho legislado más aún, técnica de dirección de conductas, los fines que determinan hacia donde se quiere guiar las conductas no los proporciona más que la subjetividad del legislador. Pero entiendo que con ello no se imposibilita una teoría de la legislación, sólo se hace imposible una teoría normativa fuerte. Aquí cabría una teoría de la legislación como teoría de los medios de que el legislador dispone para maximizar la eficacia de las normas que dicta al servicio de sus particulares fines, y como teoría acerca de la mejor configuración y manejo de tales medios. Lo que no tendría lugar sería una teoría que pretendiera discernir entre los fines posibles del legislador. Sería puramente ideológica, manipuladora y engañosa.

Pero el ejemplo de Kelsen no sorprende. Más curioso y digno de estudio detallado es que dejen poco lugar a la racionalidad práctica en la legislación autores que mantienen una postura antipositivista y de crítica del escepticismo y relativismo kelsenianos. Autores que creen que en la aplicación del Derecho puede el juez alcanzar un sustento y control efectivo para que sus valoraciones no sean puramente subjetivas, sustento y control que vendrían de cosas tales como principios, valores, naturaleza de la cosa, etc., al hablar de la legislación la equiparan a pura decisión no accesible al control racional. Esta postura puede ejemplificarse con Bydliniski. Para él legislación significa “decisión política”, aun cuando convenga que la preparación científica de tal decisión se lleve a cabo de la mejor manera posible². Pero nos dice que es una utopía pensar en una perfecta determinación “científica” de la legislación³. Lo único que los juristas en cuanto tales pueden aportar a la legislación ocurrirá en el campo de la técnica legislativa, la cual se ocupa de cómo, sin modificar el resultado, pueden las normas hacerse del modo más manejable y claro⁴. La razón de esto radicaría en el distinto carácter de la racionalidad política y de la racionalidad jurídica. El político, allí donde la racionalidad cesa tiene aun que decidir y actuar, dice Bydliniski⁵. En cambio, lo específico de la racionalidad jurídica vendría del hecho de que el jurista, aun cuando razone de lege ferenda, permanece vinculado a los principios jurídicos fundamentales de justicia y seguridad jurídica y con ayuda de ellos ha de concretar valoraciones. El jurista no está llamado a fijar los fines de la convivencia social, lo cual compete al titular de la decisión política⁶. Vemos, pues, como para Bydliniski se daría una división del trabajo entre política y

2. Bydliniski, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York, Springer, 1982, p. 619.

3. *Ibid.*, p. 623. Vemos en este autor una peculiaridad lingüística que es muy común. Equipara racionalidad a racionalidad científica cuando habla de la legislación y dice que no cabe, por ello, una legislación racional; pero en cambio no mantiene esa concepción de la racionalidad cuando habla de la aplicación del Derecho, en cuyo caso le llevaría a proclamar que ésta es siempre irracional y puramente decisoria por no haber su plena determinación científica.

4. *Ibid.*, p. 625.

5. *Ibid.*, p. 629.

6. *Ibid.*, p. 646.

Derecho que se corresponde con una bipartición también de las racionalidades. El Derecho empieza a partir de la decisión del legislador, por lo que una racionalidad jurídico-práctica no sería predicable de la legislación. La razón práctica se mueve en el interior de ese marco trazado por una decisión previa y podrá pretenderse operante en y sobre el juez, no sobre el soberano. Ciertamente el antipositivismo acaba así enseñando su verdadera faz entre escéptica y autoritaria.

En consecuencia, cabría un primer tipo de teoría de la legislación: entendida básicamente como técnica legislativa y desvinculada de toda idea positiva de la racionalidad práctica. Sería una teoría de la legislación que idealmente debería ser cultivada y desarrollada por una coalición de juristas especialistas en las distintas ramas del ordenamiento y lingüistas, lógicos, sociólogos y, a lo máximo, algún que otro iusfilósofo analítico y sin embargo dialogante, práctico e interesado por el Derecho positivo.

Estamos presuponiendo, en esa primera configuración que acabamos de ver, que el escepticismo en materia de razón práctica significa escepticismo en cuanto a los fines, pero no en cuanto a la posibilidad de una racionalidad práctico-instrumental, es decir relativa a la opción entre medios más aptos para los fines que se hubieran sentado. Por supuesto, cuando el punto de partida está en un decisionismo extremo, en una mística de la decisión que valora sólo ésta por lo que representa de ejercicio de un poder o desempeño de un rol, sin que importen sus consecuencias en términos de eficacia o maximización de cualquier tipo de utilidades (políticas, económicas, etc.), no cabe entonces una teoría de la legislación ya ni siquiera como técnica legislativa; solamente una doctrina de la decisión de carácter místico-religioso y totalitario. Ya no se trataría de una teoría de la elección sino de una doctrina del “elegido”⁷.

Desde el punto de vista de una filosofía que admita alguna forma de racionalidad práctica, en el sentido antes expuesto, sí que cabría una teoría de la legislación que se ocupara positivamente de la relación entre legislación y razón práctica, es decir, de señalar los límites que desde ésta pueden trazarse a aquélla si se quiere racional. Dejamos para más adelante la mención de las configuraciones que una tal teoría de la legislación puede adoptar.

La segunda de las variables a considerar es lo que se entienda

7. Habría dos doctrinas extremas que en su dogmatismo, apriorismo e incompatibilidad con cualquier concepción moderna de la racionalidad hacen imposible una teoría de la legislación que merezca con propiedad tal nombre: ese decisionismo extremo que acabamos de mencionar (legislación como asunto de los “elegidos”) y el dogmatismo material extremo o teoría de los límites “revelados”: cuando se afirma contenidos materiales preordenados a la ley y necesarios, la teoría de la legislación o no merece tal nombre (salvo como rama de la teología o la metafísica) o tiene un papel secundario y subordinado, puramente residual.

por legislación. Aquí hay que hacer dos precisiones.

- En primer lugar conviene siempre aclarar si cuando se habla de teoría de la legislación se alude a una teoría de la producción de lo que en su sentido más propio y estricto es la ley, o si se trata de una teoría de la producción normativa en general, básicamente de la producción de las normas generales, sea cual sea su estatuto jerárquico y su fuente (leyes, reglamentos...). Es evidente que una teoría de la producción de normas generales habría de tomar en consideración muchos más datos y variables que una mera teoría de la legislación en sentido estricto, por lo que habría de ser una teoría mucho más compleja, y más complejo sería también el establecimiento de criterios de racionalidad para sus procedimientos y resultados⁸. Aquí, en adelante, hablaremos de teoría de la legislación para referirnos a la producción de la ley propiamente dicha.

- En segundo lugar, no hay que perder de vista la interrelación entre la visión que de la racionalidad de la ley se tenga y la concepción del legislador que se profese.

a) Es sabido que en los arranques del moderno Estado de Derecho se sitúa el llamado mito del legislador racional. Aquí la cuestión de la racionalidad legislativa adquiere un carácter, podríamos decir, de axioma. Si por definición el legislador es racional, como síntesis de su omnisciencia y omnipotencia, perfectos serán también sus productos, las leyes, tanto en lo formal (claridad y evidencia, ausencia de antinomias, lagunas o redundancias) como en lo material (quien conoce perfectamente la sociedad, sus males y sus necesidades, acertará a recetar, bajo forma de ley, lo que al cuerpo social más le conviene. Fines y medios, materia y forma, se funde todo en esa especie de razón suprema de un legislador que tiene, en versión laica, los atributos del dios medieval de la ley eterna. Esa idea del legislador por definición e incuestionablemente racional explica que una teoría de la legislación fuera vista como un innecesario esfuerzo reconstructivo de una realidad que en su perfección no necesitaba reglas, y que una teoría de la legislación normativa en sentido fuerte, articuladora de legislación y mandatos de la razón práctica pudiera sonar como perfectamente redundante y, a lo más, meramente descriptiva y no propiamente

8. Norber Achterberg concebía la teoría de la legislación como parte de una más abarcadora "teoría general de la regulación" (*allgemeine Regelungstheorie*), que comprendía también la teoría de la reglamentación administrativa y la teoría de la jurisprudencia (Achterberg, N., "Die Bedeutung der Gesetzgebungslehre für die Entwicklung einer Allgemeinen Regelungstheorie", en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, 1986, p. 222ss. Sobre las relaciones en concreto entre la teoría general de la regulación y la teoría de la legislación vid. *ibid.* p. 241ss.). Sobre el mismo encuadre, también Karpen, U., "Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland", en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, 1986, p. 16.

normativa⁹. De ahí que pese a intentos puntuales no se constituyera en siglos la teoría de la legislación como disciplina articulada y con un lugar preciso y relevante entre los estudios jurídicos, y de ahí también que el esfuerzo de la teoría del Derecho se centrara en determinar el papel y lugar del juez. Pero aquí, aunque sea de pasada, cabe reseñar algunas circunstancias curiosas por referencia al tema de la racionalidad práctica. Se trata de ver las relaciones entre legislación y actividad judicial por referencia a este tema de la racionalidad.

En una primera etapa, al legislador la racionalidad, como acabamos de señalar, se le presupone. La racionalidad del legislador se traslada a la de su producto, la ley. Pero es hasta tal punto operante esa visión de la ley como racional, que se produce un segundo efecto expansivo de esa razón: hacia el juez. El carácter racional de la ley no deja sitio sino a una visión de la aplicación del Derecho que sea puro reflejo de aquélla. En un segundo momento, la crisis en esa visión racional y mítica del legislador se tradujo en una gran discusión sobre la racionalidad o no de la actividad judicial y sus posibles controles y referencias. Podemos sentar, aunque sea aquí sólo de un modo incidental, la siguiente ley: cuanto más se ve como racionales a la ley y al legislador, tanto menos importancia se da al tema de la racionalidad judicial; y, a la inversa, cuando decae la idea de la racionalidad legislativa tanto más preocupa la del juez¹⁰. Con arreglo a esta dinámica podemos explicarnos las fluctuaciones de la teoría del Derecho y la metodología jurídica desde el pasado siglo hasta hoy. Pero podemos también percibir en el correspondiente esquema cierta novedad reciente. Y es que en tema de racionalidad del legislador la teoría jurídica se ha movido entre su consideración como inmanente o como inexistente, y en tema de racionalidad judicial ésta se ha visto como racionalidad refleja, como irracionalidad o como racionalidad práctica. Lo que apenas se había planteado hasta décadas recientes es la posibilidad de racionalidad práctica en sentido estricto del legislador¹¹. Esto sólo ha sido posible cuando el legislador ha sido desmitificado, sin caer por ello en el descrédito.

Y es que la dialéctica entre mitificación y descrédito del legislador es también muy ilustrativa como esquema heurístico con el que leer la historia de la teoría jurídica de estos siglos, con síntesis

9. Sobre lo que a esta utopía racionalizadora añadió el pensamiento codificador puede verse por ejemplo, C. Varga, "Utopias of rationality in the development of the idea of codification", en *RIFD*, 50, 1978, pp. 19-38.

10. Más ampliamente al respecto, García Amado, J.A., *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 294.

11. Una magnífica panorámica de la evolución de la teoría de la legislación, hasta llegar al interés actual por la misma, y de los campos de dicha disciplina puede verse en Zapatero, V., "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, 15-16, vol. II, 1994, pp. 769ss.

frecuentes entre ambos polos. En la base de la mitificación del legislativo estuvo por ejemplo la mística de la nación, o el modo rousseauniano y también mistificador de entender la representación que el legislador encarna. Pero, curiosamente, los ataques a tal modo de pensar vinieron a menudo de doctrinas que propugnaban una mayor y supuestamente más “real” comunión “orgánica” entre legislador, Estado y pueblo, con aberraciones tales como la idea de democracia orgánica o de caudillismo o “Führertum”. En ninguna de estas formas está presente una correlación entre legislación y razón práctica. Esta, como veremos, sólo tiene sentido cuando el legislador pierde su aura mítica sin convertirse por ello en un ser inmune a toda razón o sin ser su actividad pura decisión que no se justifique más que funcionalmente en la necesidad que alguien dicte normas.

b) De ese legislador-“dios” la doctrina pasó a la imagen del legislador “artista”. Se habló con pleno convencimiento y en su sentido más literal del “arte de legislar”. El buen legislador pasa a ser aquel que posee cierto don, cierta aptitud que o se tiene o no se tiene, pero que difícilmente podrá disciplinarse con recetas metodológicas¹². Aquí poco sitio queda también para la razón práctica como razón que actúa guiada por ciertas reglas que encauzan su reflexión. El buen legislador ya no lo es por definición o por necesidad, sino por azar. La mística de la nación o la representación pasa a ser sustituida por la confianza en la suerte: que un pueblo o un Estado tenga la fortuna de que el supremo gobierno de sus normas esté en manos de los “artistas” más aptos para ello. Si en la legislación no cabe determinación científica y no hay de la racionalidad más patrón que el de la ciencia, o vemos en el legislador un tirano irracional o confiamos en que su labor participe de la condición de aquellas actividades que no siendo racionales tampoco buscan el puro interés egoísta, sino que se plasman en una obra positiva, como ocurre con el arte.

Curiosamente, la doctrina del Derecho Libre llegará a decir algo similar para el juez. Recuértese como para Fuchs buen juez puede serlo solamente quien además de poseer una sólida formación (principalmente en materias sociológicas y psicológicas) posee también una actitud innata que ninguna enseñanza puede suplir, del mismo modo que para ser buen músico el estudio intensivo es condición necesaria, pero no bastante. Pero, para no perder de vista la interconexión entre esos dos aspectos, el de la creación legislativa del Derecho y el de su aplicación judicial, repárese en que este punto de

12. Así, Wach decía en 1908 que el “arte” de la justa legislación cae bajo el amparo de personalidades tocadas por una especie de particular gracia divina, y sólo ellas consiguen poner en la correcta sintonía el sentimiento vivo del alma popular con las exigencias del poder. Para Heseemann, lo que lleva al hallazgo de lo “justo real” no es ni un arte ni una técnica, sino “un don, una gracia del destino”. Y en 1937 escribía Burckhardt que la correcta creación del Derecho ha de verse como exigencia dirigida a la personalidad más que como tarea científica” (Todo ello en Krebs, B., *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 21-22).

vista de la escuela del Derecho Libre se propaga unido a la crítica de un legislador (el del BGB) que ya no es contemplado ni como espontáneamente racional ni como virtuoso de ese arte legislativo, sino como prisionero del prejuicio o como manipulador o tergiversador de la realidad de las cosas¹³.

c) Un tercer modelo de legislador sería el que podríamos llamar modelo del legislador en crisis. Aunque haya podido repetirse la presencia o el predominio de esta visión, bástenos pensar en la relevancia que vuelve a cobrar en nuestros días. Una muestra: la tan manida apología actual del principalismo, del papel de los valores, ya sea en general ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador, tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías, etc. Una similar enumeración de los achaques que obnubilan al legislador de nuestros actuales Estados democráticos la podemos encontrar en el tan alabado Zagrebelsky. Y la conclusión, ya lo sabemos, es que el juez ha de realizar la justicia del caso concreto enmendando al legislador desde su racionalidad práctica y mediante valoraciones que, en este caso, ya no estarán viciadas de las lacras que tienen las de éste. La crítica más obvia, a mi parecer, está en poner de relieve que no se ve muy bien qué especiales dotes adornan al juez para que su capacidad de juicio y valoración no se vea empañada por esos graves males que al legislador casi incapacitan. ¿O acaso sólo el legislador puede ser venal, manipulado o torpe?. Pero quizá sea más sugerente reparar en esto: estas posturas que amparan el activismo y la beatificación del juez en la crisis del legislador no parecen sino prisioneras aun del mito del legislador racional, si bien interpretado ahora a sensu contrario o por pasiva: si no es de por sí y sin más racional el legislador, nada hay (ni procedimientos, ni mecanismos, ni controles) que haga racional la ley, con lo que cualquier racionalidad posible habrá que confiársela al juez, aunque sea a costa de sustituir el mito antiguo por el nuevo mito del juez racional¹⁴.

13. Aunque sea a título de nota curiosa podemos destacar también que cuando autores como Fuchs critican al legislador del BGB están atacando ya no a una figura mítica o política, sino a los científicos del Derecho (Windscheid, Plank, Sohn) que determinan con sus esquemas y categorías la elaboración de los códigos.

14. Prieto Sanchís lo ha expresado con total claridad: "En nombre de la facticidad se desprecia la legislación, poniendo de relieve su insuficiencia o los intereses y egoísmos que la animan; pero se olvida esa misma facticidad cuando se nos propone al juez Hércules o al fino razonador que debe requerir la ponderación de la naturaleza de las cosas o la interpretación del Derecho Natural. Y en nombre de la racionalidad se idealiza la función judicial, omitiendo cualquier referencia al juez empírico; pero se olvida esa racionalidad a la hora de describirnos al legislador

d) Cuando se pone en relación razón práctica y legislación, en el seno de una teoría de la legislación que no quiera ser mera teoría de un haz de técnicas instrumentales para maximizar la consecución de objetivos de cuya racionalidad no se entiende que quepa discutir, se está presuponiendo un modelo de legislador que no es ni racional “por ser vos quien sois”, ni irracional por demasiado humano, ni un ser superdotado para hacer de su mandato un acierto con la sola ayuda de su intuición. Hablar de razón práctica significará aquí hablar de un sistema de reglas generales, y que para este caso se especifican bajo formas especiales, que en su configuración ideal y aplicadas a la legislación nos diseñarían un legislador ideal que funciona como modelo contrafáctico. Será por comparación con tal modelo en que las reglas de la razón práctica se articulan y se proyectan, como podrá compararse críticamente el legislador actual de cualquier sistema, con sus carencias y defectos, y ese legislador racional, siempre ideal e hipotético pero que como referente último justifica críticas y reformas.

Trataremos luego de apuntar algunos caracteres de dicho modelo. Bástenos ahora ejemplificar con Karpen algo de lo que queremos decir. Para Karpen la legislación significa en última instancia decisión política, y en la democracia la decisión política no puede legitimarse ni en la tradición ni en el carisma, sino en la racionalidad. Esta legitimación en la racionalidad tendría varias dimensiones, según este autor: 1/ legitimación en la racionalidad formal, es decir, “en un procedimiento aceptado como legítimo, tal como el que se manifiesta en la organización constitucional de nuestra democracia”; 2/ legitimación en la racionalidad material, es decir, basada “en fines y valores consentidos como legítimos, tal como los que se cobijan, por ejemplo, en las categorías de derechos fundamentales de nuestra democracia”; y 3/ en el saber científico. Y, además, los postulados de la democracia y de la científicidad coincidirían: ambos exigen la discusión pública¹⁵. En lo que sigue me mostraré básicamente de acuerdo con esta propuesta, con el único matiz de resaltar más si cabe la imbricación entre el componente formal o procedimental y el material en una teoría de la legislación que se quiera teoría de una legislación racional.

2. La guía.

En lo que sigue voy sencillamente a apuntar algunos elementos de una teoría de lo que podemos llamar la razón práctica legislativa. Como anuncié al principio, mi propuesta tendrá carácter normativo

que, éste sí, aparece como verdaderamente es, cuando no mucho peor” (Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 16). “Conviene, pues, recordar que, antes que el juez decimonónico, el legislador fue también el depósito de la lógica y de la razón, o sea, un sujeto sin pasiones” (ibid., p. 22).

15. Karpen, U., “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, cit., pp. 26, 27.

(será más que un mapa, pretenderá en algo ser una guía), es decir, apuntará hacia un modelo de legislador y legislación racional, pero tratará de no ser una pura teoría material de la legislación, que es algo que suena siempre a dogma y autoritarismo. Y frente a los modelos que hemos visto del legislador con racionalidad infusa, del legislador artista y del legislador irracional, nuestra propuesta podríamos denominarla modelo del legislador operativamente racional.

Desarrollaremos nuestra propuesta en dos puntos: estatuto y presupuestos de la teoría de la legislación que proponemos, y desarrollos de la misma.

2.1. Una teoría formal-normativa de la legislación.

De las teorías de la legislación y de sus partes existen múltiples clasificaciones que no necesitamos reproducir aquí¹⁶. Nos limitaremos a explicar los términos de nuestra propuesta por relación a otros modos de abordar la teoría de la legislación en general y la relación entre legislación y razón práctica en particular.

Ya hemos dicho que cabe una teoría de la legislación compatible con el escepticismo en materia de razón práctica. En tales casos puede la teoría de la legislación tener un carácter normativo, pero normativo-instrumental: establecería reglas acerca de la optimización de medios para la maximización de fines, no acerca de los valores y fines que pueden guiar una legislación racional y servir de límite al contenido de sus normas. En suma, por contraste con la postura que aquí se propone, a la teoría de la legislación que parte de asumir que a) la determinación del contenido de la ley es cuestión de decisión política; b) que en dicha decisión puede el legislador buscar asesoramiento científico (lingüístico, sociológico, lógico, psicológico, etc.); c) que la teoría de la legislación puede sistematizar con carácter general las aportaciones de éstas y otras disciplinas como auxilio para la actividad decisoria en cuestión; y d) que no hay lugar para una teoría de la legislación ligada a la razón práctica en su sentido más fuerte, como racionalidad legisladora que condicione los contenidos de la norma legislada, a este tipo de teoría

16. Limitémonos a algunas sugerencias bibliográficas al respecto. Un magnífico cuadro de las distintas partes y aspectos de la teoría de la legislación puede verse en Hugger, W., *Gesetze -Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, Baden-Baden, Nomos, 1983, p. 33. Interesantes y muy ilustrativas clasificaciones son las que presentan Karpen, U., "Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland", cit., p. 7ss; Maihofer, W., "Gesetzgebungswissenschaft", cit., p. 19ss; B., *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, cit., p.38ss; Mader, L., *L'évaluation législative*, Lausanne, Payot, 1986, p. 16ss; Mader, L., "La législation: objet d'une science en devenir?", en *La science de la législation*, Paris, PUF, 1988, p. 14ss; Atienza, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 27ss, 54ss.

de la legislación, digo, la podemos llamar funcional o instrumental¹⁷. También podemos caracterizarla diciendo que el aspecto técnico predomina en ella.

Frente a esa teoría normativo-instrumental, que deja de lado o entre paréntesis el tema de la racionalidad práctica de las normas que la legislación produce, tenemos las teorías normativas o prescriptivas de la legislación, teorías normativas o prescriptivas en sentido propio. Son aquellas que parten de que tiene sentido una teoría de la legislación capaz de discernir de algún modo la racionalidad práctica de las normas legales y que, por tanto, encuentran sentido a la prescripción de reglas del legislar que tienen que ver con el establecimiento de fines o la adopción de valores¹⁸. Estas teorías normativas pueden ser de dos tipos: material-normativas y formal-normativas.

Llamo teorías material-normativas a aquellas que establecen límites directos al contenido posible de la actividad legislativa, límites que se pretenden de algún modo emanados directamente de la razón. Tal sería el esquema del iusnaturalismo, y, tal vez forzando los términos, podemos ver las doctrinas iusnaturalistas traducidas a teorías material-normativas de la legislación. Vendrían a decir, por ejemplo, que un legislador que se quiera racional no podrá nunca dictar una ley permisiva del divorcio.

Por teorías formal-normativas entiendo aquellas que sólo indirectamente limitan los contenidos de la decisión legislativa racional: no habría contenidos de por sí, apriorísticamente, irracionales. Pero

17. Un ejemplo puede ser la teoría que propone Öhlinger, para quien objeto de una teoría de la legislación sólo puede ser “la dimensión formal de la legislación”, pues la fijación del contenido del Derecho corresponde a la política por medio de lo que es propiamente una decisión, por mucho que para la misma quepa mero asesoramiento. En suma, para este autor “objeto de la ciencia de la legislación es sólo la ley como medio de esa decisión política” (Öhlinger, Th., “Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft- Einführung in das Tagungsthema”, en Öhlinger, Th. (ed.), *Methodik der Gesetzgebung*, Wien/New York, Springer, 1982, p. 5). Ese es también el planteamiento de uno de los grandes precursores de la teoría de la legislación en esta época (junto con Rüdiger), como es Noll. Como señala Krems (op.cit., p. 31 y 34-35), para Noll la racionalidad del poder legislativo se mide a partir de la visión de la ley como medio para la consecución de determinados fines técnico-sociales. También Maihofer ha señalado que para Noll se trata de hallar los mejores medios para un fin dado, “poniendo entre paréntesis la cuestión valorativa”, no de decidir entre los mejores fines y valores (Maihofer, W., “Rechtstatsachenforschung und Gesetzgebungswissenschaft”, en Heinz, W. (ed.), *Rechtstatsachenforschung heute*, Konstanz, Universitätsverlag Konstanz, 1986, p. 166).

18. Por mencionar una división en algún modo similar, digamos que Wielinger divide la “ciencia de la legislación” en una parte técnica y una parte relativa a cómo constituir en el futuro el Derecho “correcto”. En consonancia, puntos claves de una tal ciencia de la legislación estarían en la técnica legislativa, la investigación de los hechos jurídicos (*Rechtstatsachenforschung*) y la doctrina normativa de la legislación (*normative Gesetzgebungslehre*), que tendría sus precedentes en los distinguos iusnaturalismos históricos (Wielinger, G., “Zur Problematik einer Gesetzgebungswissenschaft”, en Tammelo, I., Mock, E. (eds.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt M., Lang, 1986, p. 161).

sí habría modos, formas o procedimientos exigidos por la racionalidad¹⁹, modos, formas o procedimientos que no podrían desembocar en ciertos contenidos de la decisión si no es a costa de la simulación, el autosabotaje o la contradicción performativa; de la irracionalidad, en suma.

Aquí estoy proponiendo una teoría formal-normativa de la legislación. Por tanto, el que hemos llamado modelo del legislador operativamente racional presupone que a) cabe algún tipo de juicio o crítica de la actividad legislativa por relación a la racionalidad; b) que dicha racionalidad tiene que ver con la elección de contenidos en sentido fuerte, con la opción valorativa de fondo que el legislador adopta; c) que dicha racionalidad no consiste en postular contenidos prohibidos o necesarios desde algún tipo de dogma o ética material; y d) que la racionalidad en cuestión es primariamente formal y procedimental y sólo derivadamente veta, por incompatibilidad con esos presupuestos procedimentales, ciertos contenidos de las normas legales.

Una tal teoría formal-normativa puede tener uno de estos dos fundamentos posibles.

a) El primero sería un fundamento relativo que nos llevaría a medio camino, sólo a medio, con las teorías instrumentales. Lo llamaremos fundamento por razón de consistencia: si aceptamos o presuponemos la democracia, el Estado constitucional y democrático, podremos concluir que si el legislador de ese Estado no respeta ciertos límites o garantías procedimentales el sistema se estaría saboteando desde dentro. Decimos que este planteamiento está a medio camino, pero sólo a medio camino con las doctrinas instrumentales porque aquí no se trata de establecer reglas de maximización de cualesquiera objetivos, sino de poner límites al modo como ciertos objetivos pueden establecerse o perseguirse a través de la ley democrática. El elemento de relatividad está aquí en que se presupone sin fundamentarla la superioridad o bondad del régimen constitucional-democrático, pero el dato propiamente normativo se sigue de la necesidad de actuar en consistencia con ese bien que se da por sentado. La paradoja se aprecia si tenemos en cuenta que una tal concepción podemos encontrarla hasta en Kelsen. Éste afirma que la opción entre democracia u otro tipo de régimen jurídico-político es una pura cuestión de preferencia subjetiva y no algo que se pueda pretender demostrado desde ninguna forma de razón práctica, pero que si, como admite que es su caso, se asume, aunque sea ideológicamente, por tanto, la preferencia del

19. Se trataría de algo similar a lo que Romano Bettini denomina “racionalidad indirecta (procedimental) al servicio de la racionalidad material” (Bettini, R., “L’idealtipo legislativo tra opportunismo e razionalità”, en *Reason in Law*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1988, p. 37).

sistema democrático, habrá que aceptar que éste no puede operar si no es sobre la base de ciertos presupuestos necesarios: ciertas libertades mínimas y la pureza de ciertos procedimientos, por ejemplo electorales²⁰. Algo similar podríamos buscar también en otro autor tan ajeno a la idea de racionalidad práctica como es Luhmann: en la medida en que estimemos positiva la sociedad moderna, con su elevada capacidad para reducir complejidad y permitir al mismo tiempo crecimiento y nuevas posibilidades, tendremos que concluir la bondad de la generación de subsistemas sociales con la función de encauzar y reducir complejidad, y entre tales subsistemas está el político, cuya labor es la de generar decisiones vinculantes y que sólo se puede mantener compatiblemente con otros subsistemas, sin invadirlos, si se generan emanaciones sistémicas tales como los derechos humanos.

El vínculo entre asunción de la democracia y teoría de la legislación lo han señalado numerosos autores. Según Noll, en democracia la teoría de la legislación no puede tomar la legislación como un “arte”, sino como práctica que es “lehrbar”, susceptible de enseñanza y perfeccionamiento, y ya no puede tratarse del acceso o averiguación de un Derecho natural o un dato social: “Si, como en democracia, el pueblo mismo es en última instancia el legislador, tanto el surgimiento como el contenido de las leyes deben ser accesibles y transparentes para todos, racionalmente controlables, y esto implica que la legislación puede ser objeto de enseñanza”. Por tanto, concluye este autor, la teoría de la legislación está ligada, por un lado, a la democracia y, por otro, al positivismo, pues se trata de ver cómo se pone, se sienta racionalmente el Derecho²¹. Por su parte, Öhlinger opina que la legitimación democrática del legislador no significa “habilitación para tomar decisiones irracionales”. Y añade que “un grado de racionalidad lo más alto posible en todos los niveles del Derecho, incluyendo el de la legislación, no sólo no está en contradicción con la democracia sino que posiblemente es incluso parte de la legitimación democrática, al menos en su forma representativa propia del Estado de Derecho²²”. En opinión de Schäfer la teoría de la legislación no puede cuestionar, sino que tiene que asumir como sus axiomas de partida ciertos valores básicos, como, en primer lugar, los principios de la democracia y el Estado de Derecho, así como la función del Derecho como instrumento de paz²³. Badura ha dicho que una teoría de la legislación tiene su axioma en la idea que la ley es el eje central del Estado constitucional

20. Sobre este aspecto del pensamiento de Kelsen vid. García Amado, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

21. Noll, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1973, p. 15 y 25.

22. Öhlinger, Th., “Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft -Einführung in das Tagungsthema”, cit., p. 1.

23. Schäfer, H. (ed.), *Theorie der Rechtsetzung*, Wien, Manz, 1988, p. 30.

democrático y que como tal no tiene alternativa²⁴. Y, concretando aun más, dice Schreckenberger que “en el proceso legislativo el Parlamento debería verse no tanto como una autoridad especializada en legislar cuanto como guardián de la razón práctica que (...) expresa y hace válidas experiencias de la vida práctica y convicciones sociales generales²⁵.

En suma, creo que cabe una teoría normativa de la legislación que podría denominarse como teoría de la legislación en democracia y que tiene que ver con las reglas procedimentales y sus secuelas materiales que se han de respetar en la actividad legislativa democrática, pero ya no sólo o principalmente por imperativo constitucional o legal, sino por imperativo de razón: para que el punto de partida que justifica el sistema -la democracia- no se torne un sinsentido por el modo antidemocrático o autocontradictorio de practicar la legislación democrática. La efectividad del principio democrático exige algo más que la pura articulación formal de ciertos órganos depositarios de la representación; supone, en lo que a la legislación se refiere, la plasmación práctica y procedimental de una cierta racionalidad que tiene su eje en el respeto de los interlocutores y de su igualdad y en el procedimiento que asegura todo ello y la transparencia del resultado. No toda legislación acontecida en democracia será, pues, igualmente racional, sino que habrá que establecer las condiciones del modo de legislar acordes con las exigencias prácticas de la democracia, y hay ahí campo para una teoría de la legislación que enlace legislación y razón práctica. Como dice Volkmar Heyen, no hay racionalidad de la legislación sin el respeto de ciertas máximas comunicativas que aseguran la ausencia de coacción y de manipulación²⁶. Con esta última referencia nos acercamos más al segundo fundamento posible.

b) Si queremos un fundamento más profundo de las reglas que han de presidir la actividad legislativa que se quiera racional, o, si nos preguntamos por qué debemos racionalmente asumir el sistema democrático como base de cualquier legislación que se quiera racional en sentido propiamente normativo, seguramente la doctrina más potente que hoy se nos ofrece es la ética discursiva habermasiana, unida a los desarrollos de la teoría de la argumentación racional, como ya apuntó entre nosotros Manuel Atienza Atienza²⁷.

24. Badura, P., “Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung”, en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2, 1987, p. 308.

25. Schreckenberger, W., “Krise der Gesetzgebung?”, en Schreckenberger, W. (ed.), *Gesetzgebungslehre*, Stuttgart, etc., Kohlhammer, 1986, p. 37.

26. Volkmar Heyen, E., “Historische und philosophische Grundfragen der Gesetzgebungslehre”, en Schreckenberger, W. (ed.), *Gesetzgebungslehre*, cit., p. 17ss.

27. Atienza, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pp. 74-75, 89-90.

No es este el lugar para intentar exponer por extenso la filosofía discursiva de Habermas. Bástenos recordar que pretende reconstruir las reglas que son immanentes a la acción comunicativa, reglas que si no fueran general y habitualmente asumidas al comunicarnos tornarían la comunicación un sinsentido y, consiguientemente, la sociedad devendría imposible. Pues bien, immanente a la comunicación lingüística sería la búsqueda del entendimiento, como consenso en torno a pretensiones de validez (ya sean pretensiones de verdad, de rectitud o de veracidad), consenso que cuando no surge de modo inmediato habrá de reconstruirse en un discurso, en un proceso argumentativo del que sólo saldrá un acuerdo racional cuando esté presidido por el respeto de las reglas (reglas de la argumentación racional) que aseguren la libertad e igualdad de todos los interlocutores, reales o potenciales. La proyección de esas reglas del discurso racional nos da una imagen ideal, la situación ideal de habla, que sirve como modelo contrafáctico con el que comparar críticamente nuestras prácticas comunicativas e instituciones. Pues bien, en opinión de Habermas, el Estado constitucional y democrático es la más perfecta plasmación institucional que históricamente ha sido posible y concebible de los presupuestos de la racionalidad comunicativa. De ese modo los mecanismos constitucionales y legales que aseguran la igual participación de todos en el proceso político y normativo gozarían de un respaldo racional que los hace inmunes a cualquier pretensión relativizadora y que permite criticar sus deformaciones o defectuosas articulaciones.

Hay en Habermas una auténtica filosofía de la razón práctica, y la razón legisladora, la actividad legislativa no sería inmune a sus reglas. Contemplada desde ahí, la teoría de la legislación tendría el cometido de explicitar las consecuencias y aplicaciones concretas que de esa racionalidad práctica se derivan para la actividad legislativa, a fin de que podamos tener como racionales tanto esa actividad como sus resultados.

Creo que una teoría formal-normativa como la que aquí propongo puede apoyarse en buena medida en la ética discursiva habermasiana y en sus aplicaciones por autores como Alexy. Téngase en cuenta que tales doctrinas tienen un carácter eminentemente formal o procedimental. Establecen los modos en que el discurso (el discurso legislativo sería en nuestro caso) ha de articularse para poder pretender racionalidad para sus resultados. Sus reglas de racionalidad práctica son fundamentalmente procesales y no prejuzgan ningún resultado como materialmente necesario, sino que solamente incluyen ciertos resultados como incompatibles en buena lógica con la racional organización de tal proceso discursivo o como atentatorios contra las condiciones de posibilidad del proceso mismo. Pensemos que condición de posibilidad del proceso discursivo mismo son para Habermas ciertos

derechos básicos, como los que justifican ciertas libertades o los que garantizan la condición de partícipe en el discurso, y estos derechos no podrían ser eliminados en el propio discurso si no es incurriendo en flagrante irracionalidad.

En lo que sigue, y para concluir, enumeraremos algunas condiciones básicas que debe cumplir el legislador para constituirse en aquel legislador operativamente racional que tomamos como modelo de legislador racional. Las reglas elementales que aquí establecemos creemos que pueden verse como reglas del tipo de las que puede sentar una teoría de la legislación que no renuncie a la dimensión normativa, a la razón práctica. Sus contenidos estimo que serían aceptables desde cualquiera de los dos fundamentos que se acaban de mencionar.

Ese modelo de racionalidad legislativa operativa (también la podríamos llamar procedimental o pragmática) se plasmaría en tres tipos de exigencias o condiciones: condiciones del legislador, condiciones del ejercicio de la legislación y condiciones del resultado o producto.

A) Condiciones del legislador. Hacen referencia al modo o la vía por la que el legislador llega a ser tal. Legislador racional en su condición sería aquel que llega a esa posición como resultado de un proceso cuyos requisitos formales y procedimentales idealmente aseguran que:

- Nada oculto, inconfesable o engañoso se esconde tras el propósito o la manera de acceder. Tiene esto que ver con asuntos tales como la transparencia en la financiación de los partidos y las campañas, por ejemplo.

- Las ideas, programas y propósitos son conocidos o cognoscibles con una mínima fiabilidad.

- Los procedimientos -campañas, elecciones, recursos...- son escrupulosos y equitativos y garantizan suficientemente la correspondencia del resultado con las preferencias del electorado.

Como conclusión podemos extraer aquí la de la importancia decisiva de la legislación electoral como precondition de una legislación que se quiera racional.

B) Condiciones del ejercicio de la legislación (como actividad).

Se sintetizan en la racionalidad comunicativa y se resumen en los siguientes apartados:

- Condiciones de competencia: asesores, equipos técnicos,

etc. Se trata de que quienes deciden tengan la mejor información para su consideración y discusión.

- Condiciones de conocimiento. Se trata de que todos los legisladores conozcan la norma, puedan estudiarla suficientemente, etc.

- Condiciones del debate. Regulación de la presentación y discusión de enmiendas, de los modos de votación, etc.

Estas y otras muchas condiciones tendentes a asegurar que el legislador puede conocer suficientemente la norma, opinar y discutirla y votarla del modo más racional e informado, vendrían a mostrarnos la importancia capital que los reglamentos parlamentarios adquieren desde el punto de vista de una teoría de la legislación preocupada por la racionalidad práctico-comunicativa.

C) Condiciones del resultado o producto (la ley).

Aquí se inserta la importancia de la técnica legislativa también para una teoría normativa de la legislación. Todas las reglas relativas al lenguaje de la norma, al sistema, a su viabilidad práctica, a su grado de efectividad posible, etc., son precondition de una legislación que pueda verse racional en cuanto producto de una actividad legislativa también racional.

Aquí se acredita la importancia de las directrices de técnica legislativa. Pero no sólo de la técnica al servicio de cualesquiera finalidades legislativas, sino incluso de la técnica en sus implicaciones para la racionalidad comunicativa y pragmática del Derecho y para un modelo de institucionalización de los poderes²⁸.

28. Un ejemplo. La actual proliferación y apología de normas en blanco, principios, cláusulas totalmente abiertas, etc., bajo la apariencia de adaptabilidad, adecuación y apertura a la sensibilidad y el consenso social de cada instante, nos retrotraen al más puro y rígido modelo de imperativismo hobbesiano, cambiando sólo el soberano en cuestión: dan cuenta de que lo más importante es que haya mandato para resolver cada caso -la sentencia- y sujeto capaz de mandar e imponerse -el juez-, prescindiendo de lo que significa la certeza de la norma previa en un contexto de libertad y garantías.

GUÍA DE LECTURA No. 5.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.
Texto: Razón Práctica y Teoría de la Legislación.
Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- Analizar si es posible una relación entre razón práctica y legislación.
- Determinar si es posible un mínimo de exigencias o condiciones básicas para establecer la racionalidad de la ley.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Qué se entiende en el texto por “razón o racionalidad práctica”?.
2. ¿Cuáles son las doctrinas respecto a la posibilidad de racionalidad de la ley?.
3. ¿Qué significa la posibilidad de una teoría “normativa en sentido débil”?.
4. ¿Por qué se dice que la doctrina escéptica en materia de razón práctica significa escepticismo en cuanto a los fines pero no en cuanto a la “racionalidad práctico-instrumental”?.
5. ¿Qué se entiende en el texto por “legislación”?.
6. Señale las características de cada uno de los modelos de legislador que ha conocido la historia del pensamiento jurídico.

LEGISLADOR RACIONAL (DIOS)	LEGISLADOR “ARTISTA”	LEGISLADOR EN CRISIS	LEGISLADOR IDEAL (MODELO CONTRAFÁCTICO)

7. ¿Cuál es el modelo de legislador que propone el autor?.
8. Señale las características de las teorías de la legislación descritas en el texto.

TEORÍA FUNCIONAL O INSTRUMENTAL	TEORÍA MATERIAL- NORMATIVA	TEORÍA FORMAL- NORMATIVA

9. ¿A cuál teoría se adhiere el autor del texto?.
10. ¿Cuáles son los fundamentos posibles de una teoría formal-normativa?.
11. ¿Cuáles son las condiciones básicas del legislador operativamente racional propuestas por el autor?.
12. ¿Considera usted que el modelo de legislador salvadoreño se adecua al parámetro de “legislador operativamente racional”?.
13. ¿Considera usted que la actividad legislativa salvadoreña se corresponde con el ejercicio de la racionalidad comunicativa?.
14. Analice los Arts. 79, 133-143 y 210 de la Constitución; Arts. 13, 227-237 del Código Electoral y el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. Compare las disposiciones legales con los parámetros del “legislador operativamente racional propuestos” por el autor y exponga sus conclusiones.

6. ESQUEMA DE RELACIONES

INTERPRETACIÓN/SUBSUNCIÓN.

Enunciado normativo (N): “En las recepciones en la Casa Real será obligatorio para los varones el uso de corbata”.

Escala de casos, de mayor a menor dificultad para la subsunción. Los casos claros o fáciles se representan con fondo blanco. A más oscuro el fondo, mayor dificultad de la subsunción.

(1)

Corbata standard

(2)

Corbatín

(3)

Pajarita

(4)

Pañuelo de cuello

(5)

Camisa con botón apretado, sin más

(6)

Descamisado

(7)

Corbata con colores de la República e inscripción "abajo la Monarquía"

DESGLOCE Y ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS.

Hay tres casos claros: (1), (5) y (6).

- El caso (1) es claro porque el hecho es un candidato positivo. El hecho cae en el núcleo de significado del enunciado normativo que impone llevar "corbata". Llevar puesta *de modo normal* una corbata perfectamente normal y típica, de la que nadie, en serio y utilizando el lenguaje con rigor y según los usos de nuestro tiempo, dudará que es una corbata, supone cumplir con el supuesto de la norma. En otros términos, el hecho se subsume bajo el supuesto de hecho del enunciado normativo sin lugar a gran discusión. Cualquiera estará de acuerdo en que el juez u operador jurídico que diga que el sujeto que porta esa corbata incumple la obligación de llevar corbata en las recepciones estará calificando el caso de manera contraria a la ley.

- Los casos (5) y (6) son casos claros porque en ambos nos hallamos ante candidatos negativos, ante atuendos que caen sin discusión fuera de la referencia de la expresión "uso de corbata". Tanto el que lleva abrochada su camisa, pero sin corbata encima (5), como el que va meramente descamisado (6), incumplen, *si no concurre ninguna circunstancia perfectamente anómala*, la obligación

de llevar corbata.

- Los casos (2), (3) y (4) son casos dudosos, pues los supuestos que los conforman caen en la zona de penumbra. Los casos dudosos admiten soluciones contrapuestas, lo que aquí quiere decir que tanto puede considerarse que quien lleva corbatín (2), pajarita (3) o pañuelo de cuello (4) cumple la obligación de "usar corbata" como que no la cumple.

¿De qué dependerá, entonces, la concreta solución que se dé a esos casos el sí o el no?, de la interpretación que se haga del término "corbata". Utilizando la imagen cromática con la que ilustramos los siete casos que examinamos, podemos decir que en términos de decisión jurídica el caso o se subsume bajo el blanco o bajo el negro. Por tanto, los casos en distintos tonos de gris – (2), (3) y (4)- hay que repintarlos en blanco o en negro, hay que asimilarlos al cumplimiento – blanco- o al incumplimiento –negro-. Obviamente, cuanto más claro sea el gris (2), más fácil será asimilarlo al blanco y más difícil al negro. Y cuanto más oscuro el gris con que se pinta el caso, más fácil asimilarlo al negro y más difícil al blanco.

¿Qué es lo que hace que esa respectiva interpretación (y la consiguiente decisión de ella dependiente) sea correcta o incorrecta –o al menos, más convincente o menos convincente–? Respuesta: la calidad de los argumentos con los

que dicha interpretación se justifique. Y, continuando con nuestra ilustración cromática, esos argumentos tendrán que ser tanto más firmes y bien fundados cuanto más se aleje el matiz del gris del blanco o el negro al que se asimilan.

Representamos lo mismo con los siguientes cuadros. El mas exterior, negro, representa la zona de los casos que caen fuera de toda referencia posible del enunciado normativo. El del centro, blanco, representa los casos que sin discusión caen en la referencia del enunciado normativo, que forman parte de su núcleo de significado.

Una interpretación de N es máximamente extensiva cuando trata como corbatas los casos (2), (3) y (4).

Una interpretación es máximamente restrictiva cuando sólo trata como corbata el caso (1).

En nuestros términos cromáticos, una interpretación es tanto más extensiva cuanto más grises equipara al blanco, lo que equivale a decir cuantos más casos dudosos trata como candidatos positivos; y tanto más restrictiva cuanto más grises equipara al negro, o sea, cuantos más casos dudosos trata como candidatos negativos.

Hagamos una interpretación sumamente restrictiva de "corbata". Por las razones o argumentos que sea ($R^1, R^2 \dots R^n$) entendemos entonces que el término "corbata" en N se refiere sólo a aquel objeto que el Diccionario define como "tira de seda o de otra materia adecuada que se anuda o enlaza alrededor del cuello, dejando caer los extremos". Tal objeto es el que acogemos bajo (1) en nuestra representación de casos.

Interpretado así el término "corbata", ¿sería corbata el corbatín (2)? El Diccionario de la Real Academia define corbatín como "corbata corta que sólo da una vuelta al cuello y se ajusta por detrás con un broche, o por delante con un lazo sin

caídas". Así pues, no parece descabellado sostener que quien acuda a las recepciones con corbatín también cumple la norma, aun restrictivamente interpretada, pues el corbatín es una especie de corbata. Quien apoye tal solución, hará hincapié en los elementos comunes entre corbata y corbatín. Quien la combata, recalcará los elementos diferenciadores, apreciables también en la definición. En cualquier caso, quien quiera atacar esta interpretación restrictiva de "corbata" tendrá su mejor arma en combatir o contrapesar las razones ($R^1...R^n$) que la sustentan. En suma, hecha una interpretación y otorgado a un término x el significado S (Sx), caben dos tipos de contraargumentación:

- a) Argumentar contra las razones que sostienen la opción por ese significado S , en lugar de por otro S' .
- b) Aun admitiendo que el significado de x es S (Sx), cabe argumentar en contra de aceptar el hecho h como un caso de Sx .

Hagamos ahora una interpretación sumamente extensiva de "corbata". Por las razones o argumentos que sea (R' , $R''... R^n$), se considera que por "corbata" en N se debe entender, por ejemplo, toda prenda que cierre o tape el frontal superior de la camisa y tenga un sentido de formalidad o etiqueta. A tenor de tal definición contarían también como corbatas, a efectos de N ,

el corbatín, la pajarita y, quizás también, el pañuelo de cuello. Quien combata estas últimas posibilidades

deberá elegir entre una de las dos vías que acabamos de señalar:

- a) Argumentar contra las razones por las que el significado Sx se prefiere al significado $S'x$.
- b) Admitido que el significado de x es S' ($S'x$), alegar que el caso en cuestión (por ejemplo, el pañuelo de cuello) no posee los caracteres que se predicán de x según S' (por ejemplo, que el pañuelo de cuello no tiene un sentido de formalidad o etiqueta, sino al contrario, de informalidad o desenfado).

En resumen, si hacemos una tal interpretación extensiva de "corbata" tenemos que también se puede acudir a las recepciones en la Casa Real con corbatín y/o pajarita y/o pañuelo de cuello.

En cambio, si tomamos la interpretación restrictiva, resulta que no se podría acudir a tales recepciones con pajarita o pañuelo de cuello e, incluso, llevando la restricción al máximo, con corbatín. ¿O sí?.

Caben vías no propiamente interpretativas para justificar la respuesta positiva a la pregunta que acabamos de hacer. La más obvia es la del argumento analógico, la analogía. Con este

argumento diríamos respecto de (3), por ejemplo, que aunque N obliga a ir con corbata, y aunque una pajarita no es una corbata, dado que el fin de N es que quienes acudan a las recepciones vayan vestidos con formalidad y cierta etiqueta, y dado que la pajarita es una prenda que reviste tanta o más formalidad y etiqueta que la corbata, está justificado extender al llevar pajarita el trato que N menciona para el llevar corbata.

En suma, en los casos del corbatín (2), la pajarita (3) y –con más dificultades argumentativas– el pañuelo de cuello (4) se puede determinar que va a las recepciones correctamente quien los lleva, con base en uno de estos dos argumentos:

- i) Un argumento interpretativo consistente en hacer una interpretación extensiva de “corbata” en N con base en las razones R^1 , R^2 ... R^n que se estimen pertinentes. En tal caso se dirá que, así interpretado “corbata”, la pajarita, etc. son tipos o clases de corbatas.
- ii) Un argumento analógico consistente en sentar que aunque una pajarita (etc.) no es una corbata, puesto que ninguna norma dice nada sobre si se puede ir o no con pajarita (hay una laguna), y puesto que a tenor del fin de la norma una pajarita equivale a una corbata, el permiso que rige para las corbatas se aplica también a las

pajaritas.

Pero nos ha quedado en el tintero todo este rato el caso (7), consistente en portar en las recepciones reales una corbata que tiene como peculiaridades la de llevar los colores de la República y la de contener la inscripción "abajo la Monarquía".

En la representación cromática anterior este caso (7) figura en blanco como el (1), es un candidato indudablemente positivo, el objeto aludido forma parte de la referencia del término "corbata", aun en la definición más estricta que de éste se pueda hacer. Así que ya tenemos el hipotético problema práctico. Quien lleva esa corbata de (7) alega que tiene derecho a asistir a la recepción real y los encargados de la entrada y/o el protocolo dicen que no. El primero dice que la única condición es llevar corbata y que él cumple esa condición. Los otros dicen que esa corbata no es apropiada y él responde que la norma habla simplemente de "corbata" sin poner cortapisa a ningún tipo de ellas ni establecer diferencias. ¿Hay algún argumento que se pudiera aplicar aquí para dar la razón a los porteros?. Sí, el argumento de reducción teleológica.

El argumento de reducción teleológica se emplea para hacer una excepción en un caso que semánticamente es subsumible bajo la dicción o el tenor literal del enunciado normativo. Sin embargo,

se considera que con base en la finalidad que explica y da sentido al enunciado normativo es perfectamente “lógico” y adecuado hacer tal excepción en el caso puntual.

Pongamos que respecto del enunciado normativo N que venimos empleando como ejemplo establecemos que la finalidad de que se obligue a ir a las recepciones reales con corbata es la de que los recibidos por el Rey expresen con su atuendo una actitud de respeto y consideración. Pues bien, se puede entonces argumentar, sentada tal interpretación teleológica, que quien lleva la corbata del caso (7) no sólo no expresa con ella tal respeto y consideración, sino que tanto sus colores como su inscripción son muestra precisamente de todo lo contrario, y que por ello no deben entrar con tal corbata.

Hemos hecho así una reducción teleológica de N para el caso (7).

¿Cuál es la manera mejor de contrarrestar este argumento? Atacar la interpretación teleológica en que se apoya, argumentando que hay mejores razones para considerar que el fin de la norma no es el mencionado, sino otro, como por ejemplo que exista cierta uniformidad entre los asistentes a las recepciones o que los asistentes no muestren desnudas partes de su cuerpo. Entonces, si el fin fuera ese o algún otro semejante, la excepción no se justificaría, el argumento de reducción teleológica perdería pie.

Podemos aún imaginarnos un caso más extraño y que nos permita ver cómo juega otro argumento que justifica excepciones o pone en su justo sitio lo que significa el respeto al tenor de la ley. Será el caso (8).

(8) Alguien acude a la recepción real llevando anudada al cuello una corbata normal, pero sobre su torso totalmente desnudo.

En (8) el actor podría alegar que se atiene a la dicción de N, que obliga a ir con corbata, pero que nada dice que haya de portarse ni una sola prenda más. ¿Con qué argumentos se le puede replicar para impedirle el paso?.

El primero y más obvio es un argumento lingüístico, según el cual el uso de los términos en los enunciados jurídicos nunca es descontextualizado, sino contextual en un doble sentido: en el sentido de que no hay que leer y aplicar tales enunciados aisladamente, sin atender a los demás enunciados del ordenamiento jurídico; y en el sentido (especialmente pertinente aquí) de que toda expresión tiene y se usa –salvo que expresamente se indique lo contrario– con las implicaciones y presupuestos con que habitualmente se emplea en nuestro lenguaje. Porque cuando a alguien le preguntamos antes de salir de casa “¿qué te parece si voy con corbata?”

nuestro interlocutor siempre va a entender que es corbata sobre la camisa y no sobre el torso desnudo, etc., etc.

El segundo argumento para atacar la pretensión del sujeto actor de (8) es el de la reducción al absurdo (argumento *ad absurdum*). En términos muy simples y abreviados, consiste en alegar que si entendemos N tan “al pie de la letra” se convierte en un perfecto sinsentido, en una radical estupidez, y que ni podemos suponer que el legislador que la dictó pueda querer semejante payasada ni podemos concebir un ordenamiento que albergue normas tan tontas o permita aplicaciones de las mismas tan contraintuitivas. Porque si tomamos de esa manera la dicción de las normas, prescindiendo de toda “implicatura”, resultarían cosas tan chuscas como que a tenor de la norma que dijera “prohibido hablar en voz alta en el cine” sí se podría cantar, a tenor de la que estipulara “prohibido bañarse en el estanque” sí se podría bucear en el estanque con traje de neopreno, etc.

GUÍA DE LECTURA No. 6.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Esquema de relaciones interpretación / subsunción.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando deberá:

- üConocer la forma en que se realizan las operaciones de subsunción a partir del campo de aplicación de los conceptos jurídicos de un enunciado legal.
- üIdentificar algunos tipos de argumentos utilizados en la interpretación y las formas de contra argumentarlos.
- üAplicar a supuestos de la legislación salvadoreña los conceptos relativos a las operaciones de subsunción.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Qué se entiende por subsunción?.
2. A partir del ejemplo propuesto por el autor, defina en sus palabras los conceptos siguientes:
3. ¿Qué tipo de decisión produce el juez u operador jurídico cuando resuelve un caso incluido en el núcleo de significado del enunciado legal y lo

excluye?.

4. A partir de las ideas expuestas en el texto ¿Qué puede entenderse por interpretación “máximamente extensiva” y “máximamente restrictiva”?.
5. A partir del enunciado legal del Art. 272 CPP identifique tres candidatos positivos, tres negativos y tres de la zona de penumbra del concepto “seguridad nacional”. Art. 272 CPP “Por regla general los actos del proceso penal serán públicos, pero el juez podrá ordenar por resolución fundada la reserva parcial o total cuando...la seguridad nacional lo exija...”.
6. ¿Cómo se definen en el texto los siguientes tipos de argumentos?.
7. ¿Cómo se contra argumenta en los casos siguientes?.
8. Si usted fuera juez, ¿Admitiría en la sala de audiencias, en aplicación del Art. 328 inc. 2 CPP, a una persona que ingresa con un distintivo de cada uno de los partidos políticos inscritos en el Tribunal Supremo Electoral?.

7. ¿INTERPRETACIÓN JUDICIAL CON
PROPÓSITO DE ENMIENDA
(DEL LEGISLADOR)? ACERCA DE LA
JURISPRUDENCIA SOBRE
EL ART. 133 DEL CÓDIGO CIVIL.

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León, España.

I. Introducción.

La teoría de la interpretación y aplicación del Derecho se encuentra en una curiosa situación, fruto posiblemente de ubicarse en un terreno académico y doctrinal intermedio que, en vez de constituirse en referencia ideal para la colaboración y el trabajo interdisciplinar, se torna en tierra de nadie o, lo que quizá es peor, lugar de mero paso para todos. Y digo que es curiosa su situación porque los que desde la filosofía del Derecho y la teoría general del Derecho nos ocupamos de este tema, ya sea por interés real o por imperativo programático, solemos hacerlo desde supuestas torres especulativas presuntamente tan altas que raramente nos enfrentamos con los ejemplos del día a día del intérprete práctico; y porque, desde la otra orilla, los que se afanan con las disciplinas que tienen como objeto inmediato cualquiera de las ramas del Derecho positivo, acostumbran a pasar sobre el tema con unas pinceladas a modo de elemental recetario y rehusando batirse con los auténticos dilemas interpretativos que determinan la práctica jurídica. Y, unos por otros, la casa de todos sin barrer. Poca extrañeza, pues, nos podrá despertar el hecho que mucha de la producción de nuestros jueces y tribunales sea difícilmente

explicable y catalogable desde la perspectiva de una teoría de la interpretación del Derecho que se quiera mínimamente comprensible, consistente y completa. De aquí y de allá compartimos la impresión que, al margen de la indudable buena fe y honestidad profesional de jueces y magistrados, asoma a menudo en la jurisprudencia el caos, la fluctuación del criterio, el larvado decisionismo o, incluso, un cierto determinismo ideológico que haría las delicias críticas de los viejos maestros del realismo jurídico. Lo que sucede es que, los unos por incuria y los otros por falta de recursos teóricos lo bastante afinados, raramente nos paramos a realizar un juicio crítico y suficientemente fundamentado de los problemas que desde el punto de vista de la interpretación y argumentación jurídicas plantea una decisión judicial o una determinada línea decisoria.

Las páginas que siguen quieren caminar en esa senda. Pero antes de entrar en materia será conveniente poner sobre la mesa honradamente ciertas cartas, aunque sea de modo muy apresurado.

Esquemáticamente podemos decir que hay dos maneras principales de entender el Derecho, su interpretación y el trabajo del juez. Para unos el Derecho es mandato de un legislador que se tiene por o se impone como legítimo, mandato expresado en enunciados lingüísticos cuyo significado, en lo que tenga de oscuro o incierto, se desentraña o se fija mediante la actividad intelectual que llamamos

interpretación, de modo que la labor del juez deberá consistir en aplicar los mandatos contenidos en tales enunciados a los casos que caigan bajo su referencia o, en terminología jurídica tradicional, que sean subsumibles bajo ellos, ya sea porque es claro que el caso forma parte de la referencia de los términos con que el enunciado legal define el supuesto de hecho, ya porque mediante la interpretación se haya acotado de un modo u otro dicha referencia en lo que tuviere de dudoso. Esta primera concepción, por tanto, ve en las normas jurídicas alguna forma de combinación de voluntad y lenguaje y entiende al juez como atado a la misma e impedido para enmendar lo preceptuado por el legislador y/o los límites que marca la semántica de los enunciados legales.

Para otros, por contra, la esencia de lo jurídico está en ciertos contenidos axiológicos que residen más allá de voluntades o palabras, por lo que el Derecho es visto, en su fondo, como sistema de valores, presidido por la justicia en su cúspide, y con lo que la interpretación de las normas jurídicas, más allá de la disquisición sobre significados lingüísticos o propósitos legislativos, es averiguación de las verdades axiológicas que fundan la auténtica solución justa del caso. Desde tal concepción el juez, más que servidor de la ley, es sacerdote de la justicia y su obligación de respeto al legislador y su vinculación a la dicción legal, incluso en lo que ésta pueda tener de clara, acaba allí donde detecte una discrepancia entre lo

que la ley lingüísticamente expresa, y cualquier hablante competente pueda entender de la misma, y lo que sean las verdaderas exigencias de la justicia en esa rama del Derecho o en ese caso. Por tanto, al Derecho el juez lo sirve aun cuando desatienda el mandato del legislador, con tal que tal contravención de lo que la ley dice se haga en nombre de lo que el Derecho, en su verdadera sustancia, pide¹.

No es momento de abundar en este tipo de consideraciones. Vienen al caso únicamente porque quien suscribe quiere declarar abiertamente y por anticipado que simpatiza con la primera de esas dos concepciones y tiene serias reservas frente a la segunda, siendo esta segunda la que se podría invocar como aval de la línea jurisprudencial que nuestro Tribunal Supremo manifiesta en la cuestión que vamos a examinar. Más concretamente, opino que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho (si nos halláramos en una dictadura, carente de legitimidad democrática por tanto, mantendría la visión que cualquier valor es bueno para justificar que el juez sabotee el producto de ese legislador ajeno al pueblo) la consiguiente y necesaria mecánica institucional, expresada en cosas tales como soberanía popular, representatividad, separación de poderes, etc., fuerza a que tenga preferencia el legislador democrático² a la hora de concretar los principios y valores constitucionales y a que el juez deba abstenerse de pasar la ley por el tamiz de su particular ideología o de su personal visión de lo

que tales valores y principios constitucionales concretamente exigen. Porque para deshacer los entuertos a ese propósito y para aclarar las dudas está el Tribunal Constitucional, al que, como todos sabemos y ya antes señalamos, los jueces pueden acudir por la vía constitucionalmente marcada.

Lo que en cambio nos parece menos lícito es que los jueces retuerzan el significado de la ley haciéndola decir lo opuesto a lo que cualquier hablante normal entendería, llamen luego a ese resultado interpretación correcta y debida y, así, tranquilamente apliquen una ley que no estiman inconstitucional porque la han hecho decir lo que ellos tienen por constitucional y justo. Si la ley no significa lo que dice, sino lo que el juez quiere que diga, ninguna ley será inconstitucional (y nunca se planteará la cuestión de constitucionalidad) porque ya le dará el juez la vuelta a su significado para que encaje con lo que a ese juez le parezca que la Constitución demanda, y mal que le pese al legislativo. Pero este usual proceder desconoce el lugar legítimo que al legislador le pertenece en el entramado de la separación de poderes y no hace cuenta tampoco de que no es el juez ordinario el supremo intérprete de la Constitución ni, por tanto, el llamado a dirimir la constitucionalidad de la ley desde el correspondiente juicio comparativo de ésta con aquella. Es un caso de auténtica y múltiple usurpación, bajo la mirada cómplice de quienes sueñan con beneficiarse de ella algún día.

Pues bien, sobre el trasfondo de la anterior declaración se podrá entender nuestro análisis que sigue, y de él, por supuesto, se podrá discrepar. Y discrepará especialmente quien crea que la justicia (bajo cualquiera de sus nombres y ropajes) vale más que cualquier democracia y que los jueces pueden conocerla mejor y más certeramente que ningún legislador, por mucho que a éste lo haya elegido el pueblo soberano.

II. Planteamiento del problema.

Pretendemos analizar la jurisprudencia que ha asentado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el tema de la legitimación activa para reclamar la declaración de filiación. A efectos de simplificar la situación, concentraremos nuestro análisis en el caso de si pueden o no los padres extramatrimoniales y sin posesión de estado ejercitar esa acción.

A raíz de la redacción recibida en 1981 por el Título V ("De la paternidad y filiación") del Libro I del Código Civil, queda regulada en los artículos 131 a 135 la acción para la reclamación de filiación. Una de las cuestiones que se viene planteando desde entonces en la doctrina y la jurisprudencia es en qué casos puede el que se pretende padre solicitar la correspondiente declaración de filiación³. En lo que importa para el análisis de las sentencias que aquí vamos a ver, la situación normativa queda definida en los mencionados

artículos del modo siguiente (los subrayados, por supuesto, son nuestros).

- Art. 131: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado".
- Art. 132: dice que en caso de falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial corresponde al padre, a la madre o al hijo.
- Art. 133: "La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida".
- Art. 134: "El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria".

En particular nos interesa el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el asunto de si en los supuestos de no posesión de estado⁴ y filiación no matrimonial el padre tiene o no legitimación activa para el ejercicio de la citada acción. La lectura normal de los referidos artículos llevaría rápidamente a contestar que no. Pero veremos que la línea jurisprudencial claramente

dominante sienta la opinión contraria⁵. Nuestro objetivo es someter a examen crítico los argumentos y la consistencia de tal opinión desde el punto de vista de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho.

Reducido a su dilema más simple, el problema que nos va a interesar puede ser presentado así: o bien la legitimación activa para la reclamación de la filiación se reparte con arreglo a lo especificado en los artículos 131 a 133, combinando los dos pares de criterios (posesión de estado o no; carácter matrimonial o no de la filiación que se reclama) que se manejan a fin de diferenciar las distintas situaciones que definen la presencia o ausencia de legitimación; o bien cualquiera que sea la situación por relación a tales criterios (es decir, vaya la filiación reclamada acompañada o no de posesión de estado y sea matrimonial o no), hay tres sujetos que siempre tienen tal legitimación activa, y que son el hijo, el padre y la madre. Cualquier lector de textos jurídicos mínimamente avezado respondería en el primer sentido; la jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende con celo la segunda opción. Si damos la razón a nuestros supremos jueces, tendríamos que concluir que si esto era lo que el legislador efectivamente quería expresar no tuvo un día muy acertado al pararse a diferenciar supuestos (posesión de estado, no posesión de estado, filiación matrimonial, filiación no

matrimonial, y la combinación de estas variables) que no llevan aparejada una diferencia en sus consecuencias. Y ya será escarnio mantener, como hace alguna de las sentencias que veremos, que esta interpretación es fruto de un método interpretativo sistemático. Por contra, si no queremos rebajar al legislador de esa forma y pensamos que quiso decir lo mismo que sus palabras expresan para cualquier entendedor, entonces difícilmente nos podremos sustraer al contundente veredicto que la jurisprudencia no quiere sujetarse al dictado legal y abiertamente lo enmienda, con lo que nos damos de bruces con el problema de legitimidad en toda su más dramática intensidad. Porque, desengañémonos de una vez por todas, en cuestiones de teoría y praxis de la interpretación y decisión jurídicas no hay neutralidad jurídico-política posible y cada concreta doctrina o práctica es tributaria de un determinado modelo social y político, aunque pueda variar el grado de conciencia y el tipo de conciencia de los protagonistas. Y puestos a reducir el espectro a los dos modelos básicos, tales serían el democrático, respetuoso con el principio representativo, y el elitista y/o mesiánico, que ve en los jueces (particularmente en los de más alta escala) los únicos depositarios seguros de la verdad del Derecho o los llamados a salvar la sustancia axiológica de lo jurídico y a liberar el ordenamiento de las abominaciones a que puede conducir el régimen mayoritario como soporte de las decisiones legislativas. Que cada cual

se ubique donde le plazca, pero llamemos a las cosas por su nombre.

Nuestra mirada atenderá prioritariamente a los argumentos con que desde 1987 la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene defendiendo un planteamiento que, so pretexto de constituir una interpretación abierta, flexible, correctora, antiformalista, etc. (que de estas y otras maneras se ha denominado) configura lo que estimamos una política de decisión contra legem. Nuestra objeción será doble. Por un lado, criticamos esa actitud en términos de legitimidad, como ya hemos apuntado. Por otro, nos interesa especialmente mostrar en detalle lo que consideramos deficiencias, incoherencias y desenfoques de muchos de los argumentos con que esa línea jurisprudencial pretende justificarse. De ahí que este trabajo se plantee como fundamentalmente dirigido al análisis de sentencias, procurando juzgar de la calidad argumentativa de las mismas, por lo que la discusión doctrinal, aun cuando la recogeremos en alguna medida, pasa a un segundo plano.

III. Análisis de la jurisprudencia.

A) Sentencia de 5 de noviembre de 1987⁶.

En este caso la acción la ejercen la madre de

una niña y el que se pretende padre biológico de la misma, contra el marido de la demandante, que registralmente estaba inscrito como padre de la menor. La niña y la madre habían convivido desde el nacimiento de aquélla con el demandante reclamante de la declaración de paternidad, no con el marido. El tribunal considera acreditado que la niña no poseía el estado de hija matrimonial, sino el de hija extramatrimonial. Por consiguiente, y es muy relevante resaltar esto a efectos de ver cuál es el artículo que legitima al padre reclamante para ejercer la acción, partimos de que sí existe posesión de estado de la hija, estado coincidente con el que sería, en su caso, sancionado por la declaración de filiación que se pide.

La Audiencia Territorial de Barcelona, en la sentencia impugnada ante el Tribunal Supremo y que da lugar a la decisión de éste que comentamos, da la razón a los reclamantes. Quien interpone entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo es el marido y padre registral, el cual alega que a tenor de los artículos 133 y 134 el padre no matrimonial no está legitimado para impugnar la filiación matrimonial. A esto el Tribunal va a contestar mostrando cómo la legitimación para la reclamación de filiación viene dada, puesto que hay posesión de estado, por el artículo 131 y cómo a esa legitimación para reclamar la filiación une el artículo 134 la legitimación para la simultánea impugnación de la filiación contradictoria, que en este caso es la filiación matrimonial. Hasta aquí

nada problemático, pues, en nuestra opinión. Pero importa recoger el siguiente párrafo de esta sentencia, párrafo cuyo contexto y razón son los que acabamos de decir, por cuanto que será mencionado a menudo en sentencias posteriores pero en otro contexto, para otros casos y, por tanto, con motivo de la discusión de problema diferente, como es el de la legitimación activa del padre no matrimonial cuando no hay posesión de estado.

Dice el Tribunal (fundamento cuarto):

“El tercer motivo estima infringidos el artículo ciento treinta y tres y ciento treinta y cuatro del Código Civil, en cuanto entiende que el padre no matrimonial no está legitimado para impugnar la filiación matrimonial. Si partimos de la reconocida doctrina que entiende la legitimación, no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción, en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución en la madre y en el padre biológico, como personas afectadas, lo que encuentra su apoyo en el artículo ciento treinta y uno-primero, que debe relacionarse, en este caso, al existir posesión de estado no matrimonial, con el artículo

ciento treinta y cuatro por la llamada legitimación extraordinaria que resulta de la doble acción ejercitada y acumulada que persigue la impugnación de una filiación aparente, no real y la reclamación de filiación auténtica siendo, en todo caso, indudable, que la filiación-paternidad afecte a padres e hijos con el interés superior que corresponde a las cuestiones de estado civil, que son cuestiones de orden público. Por estas razones debe decaer el motivo examinado”.

Es frecuente que a la natural dificultad de interpretar las normas legales se añada en nuestro medio la dificultad mucho mayor de adivinar el sentido de las sentencias que supuestamente realizan aquella interpretación. Pero si, en medio de la oscuridad, damos el sentido más obvio, y el único posible en realidad, a las frases que acabamos de ver, tenemos que vienen a decirnos cosas bastante simples y poco discutibles, que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- i) Si hay posesión de estado, como hay en el caso, tiene legitimación activa para reclamar la filiación, por obra del Art. 131, quien posea un interés legítimo.
- ii) Es claro que el que se pretende padre está entre quienes tienen un interés legítimo,

lo que viene avalado, por si fuera necesario argumentarlo, hasta por la Constitución misma.

iii) En razón del Art. 134, una vez que admitimos que hay legitimación para la reclamación tenemos que admitir que la hay también para la impugnación de la filiación contradictoria.

Así pues, la única manera de que el párrafo que analizamos tenga un sentido en el contexto de la sentencia y no sea un puro obiter dicta de problemática justificación ahí⁷, es en cuanto argumentación de la existencia, en quien se reclama padre, del interés legítimo que el artículo 131 exige al que quiera reclamar la filiación dándose la correspondiente posesión de estado. Y si nos importa tanto recalcar esto, que, si no, no merecería apenas comentario, es porque vamos a ver de qué modo y con qué fin utilizará la jurisprudencia posterior este precedente. Mientras que en esta sentencia lo que se está diciendo es que hay buenas razones para sostener que en el padre se da el interés legítimo que el Art. 131 pide de quien haya de poder ejercer la acción de reclamación en caso de posesión de estado, el razonamiento posterior seguirá los pasos siguientes: i) la sentencia que estamos comentando dijo que el padre poseía un interés legítimo y constitucionalmente avalado para reclamar la filiación y por eso se lo admitió en el caso; ii) por tanto, la razón de tal admisión es la existencia de

tal interés, y de ahí se sigue que siempre que el padre reclame, en ese interés está la base de su legitimación, haya o no posesión de estado y sea la filiación matrimonial o no matrimonial. O sea, un precedente se trae a colación contra el tenor de la ley. Y con el agravante que en dicho precedente no se vulnera la ley sino que se aplica en sus términos al caso que se decide, que es un caso de posesión de estado.

Pero no adelantemos acontecimientos.

B) Sentencia de 10 de marzo de 1988.

Ante el caso ahora de reclamación por el sedicente padre biológico de la filiación extramatrimonial, sin posesión de estado, y la consiguiente impugnación de la filiación matrimonial inscrita, el Tribunal hace en esta ocasión un alarde de avaricia argumentativa, pues sólo invoca la supuesta claridad del tenor literal de los artículos 133 y 134, dando por obvio lo que, según estamos viendo, es tan oscuro; o tan claro, pero en el sentido contrario. Dice simplemente el Tribunal:

“Fuera de los supuestos de reclamación de filiación por la posesión de estado, la nueva normativa permite la impugnación de la filiación no matrimonial cuando falte ese estado, legitimando para ello tanto

al hijo como al progenitor, como se desprende de la simple lectura de los artículos 133 y 134 en la redacción dada a los mismos por la Ley 11/1981, de 13 de mayo”.

Nos hallamos ante un buen ejemplo de un uso inidóneo y argumentativamente deficiente de un argumento interpretativo, pues la decisión interpretativa se escuda en el tenor literal, en la mera interpretación literal, fingiendo que la semántica determina dicha decisión, cuando o no hay tal determinación por ser el caso oscuro o, como nosotros más bien pensamos, nos dice justamente lo opuesto a lo que el tribunal nos quiere vender como tan claro⁸.

C) Sentencia de 19 de enero de 1990.

Podría pensarse que esta sentencia no es relevante para el problema que nos ocupa. Y no sería relevante porque el asunto que se ventila es el de la reclamación por cinco hijos de declaración de filiación no matrimonial, cuestión para la que, a tenor del Art. 133, indiscutiblemente poseen legitimación activa. No estamos, por tanto, ante el caso al que atendemos, que es aquel en que la pretensión que se declare la filiación no matrimonial, no habiendo posesión de estado, la ejerce el que se quiere padre.

Ahora bien, contiene la sentencia dos afirmaciones generales que darán pie a la problemática invocación posterior como precedente. Es necesario citarlas por entero.

Se dice en el fundamento tercero que⁹:

“El interés legalmente protegido justifica la legitimación y de ahí que tanto activa como pasivamente, lo puedan representar, como titulares, aquéllos a quienes afecte, bien para hacerlos valer ante determinada o determinadas personas o erga omnes, como para oponerse”.

Y continúa en el párrafo siguiente:

“De este modo en los procesos de filiación, la legitimación viene reconocida activamente, a todos aquellos que pretenden una sentencia constitutiva mediante la declaración de la misma (artículos 131, 132, 133 del Código Civil), estando legitimados pasivamente, todos aquellos que tengan o pudieran tener interés en oponerse (artículo 140 del Código Civil)”.

¿Por qué resultará ese texto útil para los designios de la jurisprudencia posterior en nuestro tema?. Porque se interpretará (y tal vez no sin razón, pues la hermeneusis de esta sentencia se

torna nuevamente dificultosa) que aquí se afirma que la regla general y única que preside la regulación contenida en el Código a efectos de legitimación activa y pasiva en estos asuntos es la de la existencia de un interés legítimo, de modo que quien lo posea está por definición legitimado, al margen de cualquier otra consideración o de la variedad de situaciones en las que los artículos reparan. Se da así una nueva vuelta de tuerca a la orientación marcada en la sentencia que acabamos de comentar antes de ésta y va camino de perpetuarse un curioso razonamiento que sólo forzando la expresión podemos llamar interpretativo.

D) Sentencia de 23 de febrero de 1990.

Con esta sentencia el Tribunal avanza un trecho más en su propósito de desactivar el significado del Art. 133, aun cuando tampoco aquí estemos ante un supuesto al que sea éste el precepto aplicable. Sigue esa línea que va sentando hacia el futuro como precedente una doctrina que, sin embargo, no se forja ante casos que sean precedentes del que se quiere que más adelante con dicha doctrina se decida.

El caso es el siguiente. Reclama la declaración de filiación quien había tenido con la madre del pretendido hijo una relación que culminó en embarazo y nacimiento de dicho hijo. La

relación prosiguió tras el nacimiento y el niño se inscribió con el nombre del padre y los apellidos únicamente de la madre. Durante años compartieron la crianza del hijo y socialmente eran considerados sin excepción como padre y madre del mismo. Posteriormente la madre decide casarse con otro hombre y quiere que el niño se inscriba como hijo de éste y así se hace, a lo que el padre biológico se opone impugnando dicha filiación y solicitando que se declare judicialmente su paternidad. El Tribunal Supremo dará la razón al demandante y declarará la filiación que pretendía. ¿Con qué argumentación?. Es ineludible citar por entero el fundamento segundo y último de esta sentencia:

“1. La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código Civil, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134, permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la

tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de veracidad biológica o en el de posesión del estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica.

2. Esta tesis de legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su Sentencia de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución.

3. Conforme a estos postulados resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia, más aún cuando se da por supuesta la posesión de estado del hijo, procediendo, en consecuencia, la estimación de los dos últimos motivos del recurso, en que se denuncia la infracción del artículo 131 del Código Civil en relación con el 134,

y de la Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1987, casando la sentencia de la Audiencia y restableciendo el imperio de la de primera instancia”.

Ahora desmenuemos el tema y los argumentos.

Parece, aunque en la breve Sentencia del Supremo no queda totalmente acreditado de modo expreso, que estamos ante un supuesto claro de posesión de estado, en este caso de posesión por el hijo del estado de hijo extramatrimonial del reclamante (al menos esto se antoja indiscutible si, como parece traslucirse, el reclamante presentó su demanda de modo inmediato a la cesación de la convivencia con la madre y el hijo). Si esto es así y una vez que parece que nunca se ha discutido que el padre es titular prácticamente por definición del interés legítimo a que alude el Art. 131, la legitimación activa del padre reclamante es incuestionable en virtud de este mismo artículo y con total independencia de que se trate de filiación matrimonial o extramatrimonial.

Pero es indiscutible así la legitimación activa para reclamar la filiación; mas, ¿y para impugnar la filiación legal preexistente, ya que hay una inscripción registral opuesta?. Ahí la clave está en la relación que se establezca entre el párrafo segundo del Art.

131 y el Art. 134.

Creo que la relación de dichos artículos es fácil de explicar, por encima de las oscuridades expresivas que al respecto ha cultivado la jurisprudencia. Veámoslo.

El Art. 131 determina que en caso de posesión de estado puede reclamar la posesión cualquier persona con un interés legítimo. Y añade que tal reclamación no se admite cuando ello supone necesariamente la impugnación, por opuesta e incompatible, de una filiación legalmente determinada. Y el 134 dice que siempre que, conforme a los artículos anteriores, el hijo o un progenitor estén legitimados para la reclamación de la filiación lo estarán también para la impugnación de la filiación contradictoria. La integración de ambas normas es sencilla y su lectura conjunta daría la siguiente regla en lo que se refiere a la legitimación en los casos de posesión de estado: cuando exista posesión de estado cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la correspondiente filiación, salvo que ello suponga contradecir otra filiación legalmente determinada, en cuyo caso sólo estarán legitimados, y lo estarán para ambas cosas -la reclamación y la impugnación-, el hijo o el progenitor (padre o madre).

Por tanto, cuando hay posesión de estado el padre estará legitimado siempre para la

reclamación e impugnación, haya o no una filiación contradictoria legalmente declarada.

Pese a que, a tenor de lo que llevamos dicho, no hay nada que cuestionar al fallo de esta Sentencia en cuanto al respeto a las previsiones legales, supone un paso más en el deslizamiento jurisprudencial hacia la vulneración del contenido patente del Art. 133, debido al modo sumamente indeterminado y ambivalente en que se expresa. Esa indefinición se nota especialmente en las siguientes partes de aquel su texto que antes recogimos.

i) Comienza a insinuar que el Art. 134 funda que el progenitor no matrimonial puede en todo caso impugnar la filiación contradictoria, lo que sólo tiene sentido si en todo caso también puede ejercer la correlativa acción de reclamación de la filiación¹⁰.

ii) Abre la puerta a la idea de que la legitimación del padre no matrimonial puede tener dos fundamentos: el que le otorga el Art. 131, es decir, la posesión de estado, y el “principio de veracidad biológica”, que podría entrar en juego a tal fin cuando no se dé la anterior condición marcada por el 131¹¹.

iii) Se cita a sentencia antes reseñada de 5 de noviembre de 1987 en lo que se refiere a la idea que es la existencia de un interés legítimo del padre, matrimonial o no, interés en sintonía con el principio de autenticidad biológica

de la filiación, el que fundamenta el criterio de la legitimación del padre en cualquier caso, con matrimonio o sin él y con o sin posesión de estado¹².**Corbata standardCorbatínPajaritaPañuelo de cuello**

Corbata con colores de la República e inscripción "abajo la Monarquía"

(4) PAÑUELO DE CUELLO(3) PAJARITA(2)

CORBATÍN(1)

CORBATA

NORMALARGUMENTOCONTRA ARGUMENTO Interpretación máximamente extensiva Interpretación máximamente restrictiva Argumento de reducción teleológica **TIPO DE ARGUMENTODEFINICIÓN** Argumento de reducción teleológica Argumento lingüístico Argumento de reducción al absurdo **CONCEPTOSIGNIFICADO** Candidato positivo Candidato negativo Caso dudoso Zona de penumbra

7. ¿INTERPRETACIÓN JUDICIAL CON PROPÓSITO DE ENMIENDA (DEL LEGISLADOR)?. ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ART. 133 DEL CÓDIGO CIVIL.

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León, España.

I. Introducción.

La teoría de la interpretación y aplicación del Derecho se encuentra en una curiosa situación, fruto posiblemente de ubicarse en un terreno académico y doctrinal intermedio que, en vez de constituirse en referencia ideal para la colaboración y el trabajo interdisciplinar, se torna en tierra de nadie o, lo que quizá es peor, lugar de mero paso para todos. Y digo que es curiosa su situación porque los que desde la filosofía del Derecho y la teoría general del Derecho nos ocupamos de este tema, ya sea por interés real o por imperativo programático, solemos hacerlo desde supuestas torres especulativas presuntamente tan altas que raramente nos enfrentamos con los ejemplos del día a día del intérprete práctico; y porque, desde la otra orilla, los que se afanan con las disciplinas que tienen como objeto inmediato cualquiera de las ramas del Derecho positivo, acostumbran a pasar sobre el tema con unas pinceladas a modo de elemental recetario y rehusando batirse con los auténticos dilemas interpretativos que determinan la práctica jurídica. Y, unos por otros, la casa de todos sin barrer. Poca extrañeza, pues, nos podrá despertar el hecho que mucha de la producción de nuestros jueces y tribunales sea difícilmente explicable y catalogable desde la perspectiva de una teoría de la interpretación del Derecho que se quiera mínimamente comprensible, consistente y completa. De aquí y de allá compartimos la impresión que, al margen de la indudable buena fe y honestidad profesional de jueces y magistrados, asoma a menudo en la jurisprudencia el caos, la fluctuación del criterio, el larvado decisionismo o, incluso, un cierto determinismo ideológico que haría las delicias críticas de los viejos maestros del realismo jurídico. Lo que sucede es que, los unos por incuria y los otros por falta de recursos teóricos lo bastante afinados, raramente nos paramos a realizar un juicio crítico y suficientemente fundamentado de los problemas que desde el punto de vista de la interpretación y argumentación jurídicas plantea una decisión judicial o una determinada línea decisoria.

Las páginas que siguen quieren caminar en esa senda. Pero antes de entrar en materia será conveniente poner sobre la mesa honradamente ciertas cartas, aunque sea de modo muy apresurado.

Esquemáticamente podemos decir que hay dos maneras principales de entender el Derecho, su interpretación y el trabajo del juez. Para unos el Derecho es mandato de un legislador que se tiene por o se impone como legítimo, mandato expresado en enunciados lingüísticos cuyo significado, en lo que tenga de oscuro o incierto, se desentraña o se fija mediante la actividad intelectual que llamamos interpretación, de modo que la labor del juez deberá consistir en aplicar los mandatos contenidos en tales enunciados a los casos que caigan bajo su referencia o, en terminología jurídica tradicional, que sean subsumibles bajo ellos, ya sea porque es claro que el caso forma parte de la referencia de los términos con que el enunciado legal define el supuesto de hecho, ya porque mediante la interpretación se haya acotado de un modo u otro dicha referencia en lo que tuviere de dudoso. Esta primera concepción, por tanto, ve en las normas jurídicas alguna forma de combinación de voluntad y lenguaje y entiende al juez como atado a la misma e impedido para enmendar lo preceptuado por el legislador y/o los límites que marca la semántica de los enunciados legales.

Para otros, por contra, la esencia de lo jurídico está en ciertos contenidos axiológicos que residen más allá de voluntades o palabras, por lo que el Derecho es visto, en su fondo, como sistema de valores, presidido por la justicia en su cúspide, y con lo que la interpretación de las normas jurídicas, más allá de la disquisición sobre significados lingüísticos o propósitos legislativos, es averiguación de las verdades axiológicas que fundan la auténtica solución justa del caso. Desde tal concepción el juez, más que servidor de la ley, es sacerdote de la justicia y su obligación de respeto al legislador y su vinculación a la dicción legal, incluso en lo que ésta pueda tener de clara, acaba allí donde detecte una discrepancia entre lo que la ley lingüísticamente expresa, y cualquier hablante competente pueda entender de la misma, y lo que sean las verdaderas exigencias de la justicia en esa rama del Derecho o en ese caso. Por tanto, al Derecho el juez lo sirve aun cuando desatienda el mandato del legislador, con tal que tal contravención de lo que la ley dice se haga en nombre de lo que el Derecho, en su verdadera sustancia, pide¹.

1. Este modo de pensar suele expresarse hoy en día bajo el ropaje del llamado “constitucionalismo”, de manera que se considera justificada la decisión contraria al claro tenor literal de los preceptos legales cuando la misma se fundamenta en la invocación de algún valor o principio constitucional. Con esto se introduce subrepticamente una auténtica revolución en nuestros esquemas constitucionales, pues ante la ley cuyos claros términos (no se entienda que pensamos que los términos legales no sean generalmente vagos; simplemente decimos que en ocasiones son bastante claros; o, mejor dicho aun, que hay casos que claramente son subsumibles bajo los términos de la ley, aun cuando otros casos puedan ser dudosos a la luz de la misma ley) se consideren contrarios a algún valor básico que en la Constitución se contenga mencionado o de ella se induzca, el juez poseería la alternativa de plantear la cuestión de constitucionalidad o de simplemente inaplicar por su cuenta y riesgo aquella ley, y decidir en su contra en nombre de aquel principio. Esto último no parece que fuera el propósito de nuestro constituyente, que por algo dio sus competencias también al legislador (entiéndase que tampoco estamos poniendo en duda la eficacia directa

No es momento de abundar en este tipo de consideraciones. Vienen al caso únicamente porque quien suscribe quiere declarar abiertamente y por anticipado que simpatiza con la primera de esas dos concepciones y tiene serias reservas frente a la segunda, siendo esta segunda la que se podría invocar como aval de la línea jurisprudencial que nuestro Tribunal Supremo manifiesta en la cuestión que vamos a examinar. Más concretamente, opino que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho (si nos halláramos en una dictadura, carente de legitimidad democrática por tanto, mantendría la visión que cualquier valor es bueno para justificar que el juez sabotee el producto de ese legislador ajeno al pueblo) la consiguiente y necesaria mecánica institucional, expresada en cosas tales como soberanía popular, representatividad, separación de poderes, etc., fuerza a que tenga preferencia el legislador democrático² a la hora de concretar los principios y valores constitucionales y a que el juez deba abstenerse de pasar la ley por el tamiz de su particular ideología o de su personal visión de lo que tales valores y principios constitucionales concretamente exigen. Porque para deshacer los entuertos a ese propósito y para aclarar las dudas está el Tribunal Constitucional, al que, como todos

de la Constitución ni afirmando que sus preceptos no sean aplicables en ausencia de desarrollo legal de los mismos; sólo decimos que cuando tal desarrollo legal existe y no se ha atacado su constitucionalidad por las vías constitucionales, el juez debe atenerse a la ley y no anteponer a ella su personal interpretación de los valores de la Constitución). Lo que acabamos de decir se comprueba palmariamente en el que va a ser nuestro tema en este trabajo, el artículo 133 del Código Civil. Mientras que, por un lado, hay planteada ante el Tribunal Constitucional y pendiente de resolución una cuestión de constitucionalidad referida a dicho artículo (cuestión de constitucionalidad nº 1687/1998), por otro, desde hace unos quince años el Tribunal Supremo viene decidiendo en contradicción con lo que en nuestra modesta opinión -y este será el objeto de este estudio- es la única interpretación racionalmente posible de dicho precepto. Por lo expuesto, estamos más de acuerdo con aquellos autores, como es el caso de Carbajo González (vid. J. Carbajo González, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Barcelona, Librería Bosch, 1989, pp. 192-193), a los que el rechazo del inciso primero del Art. 133 les lleva a cuestionar su constitucionalidad por causa de una posible discriminación, que con quienes se escudan en una interpretación que no merece tal nombre para simplemente propugnar la inaplicación del mandato legislativo en la práctica.

2. Preferencia no significa meramente prioridad *prima facie* o en lo que no consideremos desacertado, sino potestad superior frente a la del juez, que vincula a éste y necesariamente se le impone mientras el mandato legislativo no sea derogado o anulado por causa de inconstitucionalidad, declarada por quien para ello es competente. Lo otro, entender la vinculación del juez a la ley como meramente en principio o en lo que ésta no merezca ser enmendada judicialmente, es socavar larvadamente el sistema por obra de la resistencia ante la soberanía popular y en nombre de una razón jurídica que se pretende de mayor alcurnia. Pongamos un ejemplo de ese modo de razonar, que a veces, como en este caso, seguro que es bienintencionado y poco consciente de estar jugando con fuego antidemocrático. En el tema que nos ocupará vamos a ver que, como es muy ampliamente reconocido en la doctrina, el legislador ha establecido un determinado régimen de legitimación activa para la reclamación de la filiación. Ese régimen ha suscitado reproches por considerarlo injusto o reñido con diversos valores y principios. ¿A quién corresponde, empero, la última palabra sobre tal legitimación activa? En ocasiones, los autores y la jurisprudencia parece que no se dan cuenta de la contradicción que supone proclamar que esa competencia es del legislativo y añadir acto seguido que hacen bien los jueces en corregir y enmendar sus resultados, aun hasta el límite de sentar lo contrario. Un ejemplo: dice Rivero Hernández que la competencia en esas materias corresponde “al legislador ordinario, partiendo del texto constitucional, por seguridad jurídica; y en alguna medida lo ha hecho en 1981, con mayor o menor acierto (varían las posiciones de los comentaristas)”. O sea, que mejor o peor, eso se discute, pero el legislador ha decidido claramente y según su entender. Y ahora viene el salto en el vacío, pues añade Rivero que “la jurisprudencia parece haber emprendido una interpretación correctora, útil, que verosíblemente no ha terminado”; corrección, enmienda, que reiteradamente aplaudirá (F. Rivero Hernández, “Comentario a la Sentencia de 23 de febrero de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, abril-agosto 1990, p. 479).

sabemos y ya antes señalamos, los jueces pueden acudir por la vía constitucionalmente marcada.

Lo que en cambio nos parece menos lícito es que los jueces retuerzan el significado de la ley haciéndola decir lo opuesto a lo que cualquier hablante normal entendería, llamen luego a ese resultado interpretación correcta y debida y, así, tranquilamente apliquen una ley que no estiman inconstitucional porque la han hecho decir lo que ellos tienen por constitucional y justo. Si la ley no significa lo que dice, sino lo que el juez quiere que diga, ninguna ley será inconstitucional (y nunca se planteará la cuestión de constitucionalidad) porque ya le dará el juez la vuelta a su significado para que encaje con lo que a ese juez le parezca que la Constitución demanda, y mal que le pese al legislativo. Pero este usual proceder desconoce el lugar legítimo que al legislador le pertenece en el entramado de la separación de poderes y no hace cuenta tampoco de que no es el juez ordinario el supremo intérprete de la Constitución ni, por tanto, el llamado a dirimir la constitucionalidad de la ley desde el correspondiente juicio comparativo de ésta con aquélla. Es un caso de auténtica y múltiple usurpación, bajo la mirada cómplice de quienes sueñan con beneficiarse de ella algún día.

Pues bien, sobre el trasfondo de la anterior declaración se podrá entender nuestro análisis que sigue, y de él, por supuesto, se podrá discrepar. Y discrepará especialmente quien crea que la justicia (bajo cualquiera de sus nombres y ropajes) vale más que cualquier democracia y que los jueces pueden conocerla mejor y más certeramente que ningún legislador, por mucho que a éste lo haya elegido el pueblo soberano.

II. Planteamiento del problema.

Pretendemos analizar la jurisprudencia que ha asentado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el tema de la legitimación activa para reclamar la declaración de filiación. A efectos de simplificar la situación, concentraremos nuestro análisis en el caso de si pueden o no los padres extramatrimoniales y sin posesión de estado ejercitar esa acción.

A raíz de la redacción recibida en 1981 por el Título V (“De la paternidad y filiación”) del Libro I del Código Civil, queda regulada en los artículos 131 a 135 la acción para la reclamación de filiación. Una de las cuestiones que se viene planteando desde entonces en la doctrina y la jurisprudencia es en qué casos puede el que se pretende

padre solicitar la correspondiente declaración de filiación³. En lo que importa para el análisis de las sentencias que aquí vamos a ver, la situación normativa queda definida en los mencionados artículos del modo siguiente (los subrayados, por supuesto, son nuestros).

- Art. 131: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”.
- Art. 132: dice que en caso de falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial corresponde al padre, a la madre o al hijo.
- Art. 133: “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida”.
- Art. 134: “El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria”.

En particular nos interesa el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el asunto de si en los supuestos de no posesión de estado⁴ y filiación no matrimonial el padre tiene o no legitimación activa para el ejercicio de la citada acción. La lectura normal de los referidos artículos llevaría rápidamente a contestar que no. Pero veremos que la línea jurisprudencial claramente dominante sienta la opinión contraria⁵. Nuestro objetivo es someter a examen crítico los

3. En la materia procesal de reclamación de la filiación regulada en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no ha introducido cambios fundamentales. Y en lo referido a la cuestión que examinaremos, “el tema más espinoso, que es el de la legitimación activa para iniciar estos procesos, ha sido dejado de lado remitiéndose la Ley Procesal a «los casos previstos en la legislación civil»” (Art. 764.1) (E.Aparicio Auñón, “De los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad”, en A.M.Lorca Navarrete (dir.) V.Guilarte Gutiérrez (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2000, p. 4044).

4. La posesión o no de estado, por supuesto, se predica de la persona cuya declaración de filiación se pide, es decir y en términos corrientes, del hijo. Una clara definición de esta figura y de sus requisitos tradicionales puede verse en C. Lasarte *Principios de Derecho Civil*, tomo sexto, *Derecho de Familia*, Madrid, Trivium, 2ª ed., 2000, p. 361. Una buena caracterización de esta noción legal de posesión de estado está contenida, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de marzo de 1988, cuando dice que “A la vista de la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puede afirmarse que la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le esté reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme que así lo proclame (...); es decir, consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo” (fundamento primero).

5. También la opinión doctrinal fluctúa, ya desde la misma manualística. Así, a título de ejemplo, para Díez-Picazo y Gullón en el caso al que atendemos, el del Art. 133, el padre carece de legitimación, pues ésta “se le concede exclusivamente al hijo” (L.Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 1997 -reimpr. 1998-, p. 278); en cambio, Albaladejo entiende que en este caso la acción de reclamación corresponde al padre, a la madre y al hijo, si bien puntualiza que el Art. 133 la atribuye expresamente tan sólo al hijo y es la jurisprudencia la que ha aceptado la ampliación de los legitimados

argumentos y la consistencia de tal opinión desde el punto de vista de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho.

Reducido a su dilema más simple, el problema que nos va a interesar puede ser presentado así: o bien la legitimación activa para la reclamación de la filiación se reparte con arreglo a lo especificado en los artículos 131 a 133, combinando los dos pares de criterios (posesión de estado o no; carácter matrimonial o no de la filiación que se reclama) que se manejan a fin de diferenciar las distintas situaciones que definen la presencia o ausencia de legitimación; o bien cualquiera que sea la situación por relación a tales criterios (es decir, vaya la filiación reclamada acompañada o no de posesión de estado y sea matrimonial o no), hay tres sujetos que siempre tienen tal legitimación activa, y que son el hijo, el padre y la madre. Cualquier lector de textos jurídicos mínimamente avezado respondería en el primer sentido; la jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende con celo la segunda opción. Si damos la razón a nuestros supremos jueces, tendríamos que concluir que si esto era lo que el legislador efectivamente quería expresar no tuvo un día muy acertado al pararse a diferenciar supuestos (posesión de estado, no posesión de estado, filiación matrimonial, filiación no matrimonial, y la combinación de estas variables) que no llevan aparejada una diferencia en sus consecuencias. Y ya será escarnio mantener, como hace alguna de las sentencias que veremos, que esta interpretación es fruto de un método interpretativo sistemático. Por contra, si no queremos rebajar al legislador de esa forma y pensamos que quiso decir lo mismo que sus palabras expresan para cualquier entendedor, entonces difícilmente nos podremos sustraer al contundente veredicto que la jurisprudencia no quiere sujetarse al dictado legal y abiertamente lo enmienda, con lo que nos damos de bruces con el problema de legitimidad en toda su más dramática intensidad. Porque, desengañémonos de una vez por todas, en cuestiones de teoría y praxis de la interpretación y decisión jurídicas no hay neutralidad jurídico-política posible y cada concreta doctrina o práctica es tributaria de un determinado modelo social y político, aunque pueda variar el grado de conciencia y el tipo de conciencia de los protagonistas. Y puestos a reducir el espectro a los dos modelos básicos, tales serían el democrático, respetuoso con el principio representativo, y el elitista y/o mesiánico, que ve en los jueces (particularmente en los de más alta escala) los únicos depositarios seguros de la verdad del Derecho o los llamados a salvar la sustancia axiológica de lo jurídico y a liberar el ordenamiento de las abominaciones a que puede conducir el régimen

(M.Albaladejo, *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 8ª ed., 1997, pp. 256-257. Es a partir de la quinta edición de esta obra, de 1991, cuando Albaladejo introduce dicha interpretación del Art. 133 basándose en la jurisprudencia al respecto). Otros, como Lasarte, no entran en el problema y, como contenido del apartado que titula "La acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado", se limitan a reproducir, sin comentario ni matiz de ningún género, el mencionado artículo 133 (C. Lasarte, *op.cit.*, p. 362).

mayoritario como soporte de las decisiones legislativas. Que cada cual se ubique donde le plazca, pero llamemos a las cosas por su nombre.

Nuestra mirada atenderá prioritariamente a los argumentos con que desde 1987 la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene defendiendo un planteamiento que, so pretexto de constituir una interpretación abierta, flexible, correctora, antiformalista, etc. (que de estas y otras maneras se ha denominado) configura lo que estimamos una política de decisión contra legem. Nuestra objeción será doble. Por un lado, criticamos esa actitud en términos de legitimidad, como ya hemos apuntado. Por otro, nos interesa especialmente mostrar en detalle lo que consideramos deficiencias, incoherencias y desenfoques de muchos de los argumentos con que esa línea jurisprudencial pretende justificarse. De ahí que este trabajo se plantee como fundamentalmente dirigido al análisis de sentencias, procurando juzgar de la calidad argumentativa de las mismas, por lo que la discusión doctrinal, aun cuando la recogeremos en alguna medida, pasa a un segundo plano.

III. Análisis de la jurisprudencia.

A) Sentencia de 5 de noviembre de 1987⁶.

En este caso la acción la ejercen la madre de una niña y el que se pretende padre biológico de la misma, contra el marido de la demandante, que registralmente estaba inscrito como padre de la menor. La niña y la madre habían convivido desde el nacimiento de aquélla con el demandante reclamante de la declaración de paternidad, no con el marido. El tribunal considera acreditado que la niña no poseía el estado de hija matrimonial, sino el de hija extramatrimonial. Por consiguiente, y es muy relevante resaltar esto a efectos de ver cuál es el artículo que legitima al padre reclamante para ejercer la acción, partimos de que sí existe posesión de estado de la hija, estado coincidente con el que sería, en su caso, sancionado por la declaración de filiación que se pide.

La Audiencia Territorial de Barcelona, en la sentencia impugnada ante el Tribunal Supremo y que da lugar a la decisión de éste que comentamos, da la razón a los reclamantes. Quien interpone entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo es el marido y padre registral, el cual alega que a tenor de los artículos 133 y 134 el padre no matrimonial no está legitimado para impugnar la filiación matrimonial. A esto el Tribunal va a contestar mostrando cómo la legitimación para

6. Todas las sentencias que veremos son de la Sala Primera del Tribunal Supremo. De los motivos y asuntos que tratan, repararemos únicamente en éste que nos importa, como corresponde a que nuestro interés no es comentar el régimen de las acciones de filiación, sino analizar el problema interpretativo suscitado por la pregunta sobre la legitimación activa del padre.

la reclamación de filiación viene dada, puesto que hay posesión de estado, por el artículo 131 y cómo a esa legitimación para reclamar la filiación une el artículo 134 la legitimación para la simultánea impugnación de la filiación contradictoria, que en este caso es la filiación matrimonial. Hasta aquí nada problemático, pues, en nuestra opinión. Pero importa recoger el siguiente párrafo de esta sentencia, párrafo cuyo contexto y razón son los que acabamos de decir, por cuanto que será mencionado a menudo en sentencias posteriores pero en otro contexto, para otros casos y, por tanto, con motivo de la discusión de problema diferente, como es el de la legitimación activa del padre no matrimonial cuando no hay posesión de estado.

Dice el Tribunal (fundamento cuarto):

“El tercer motivo estima infringidos el artículo ciento treinta y tres y ciento treinta y cuatro del Código Civil, en cuanto entiende que el padre no matrimonial no está legitimado para impugnar la filiación matrimonial. Si partimos de la reconocida doctrina que entiende la legitimación, no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción, en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución en la madre y en el padre biológico, como personas afectadas, lo que encuentra su apoyo en el artículo ciento treinta y uno-primero, que debe relacionarse, en este caso, al existir posesión de estado no matrimonial, con el artículo ciento treinta y cuatro por la llamada legitimación extraordinaria que resulta de la doble acción ejercitada y acumulada que persigue la impugnación de una filiación aparente, no real y la reclamación de filiación auténtica siendo, en todo caso, indudable, que la filiación-paternidad afecte a padres e hijos con el interés superior que corresponde a las cuestiones de estado civil, que son cuestiones de orden público. Por estas razones debe decaer el motivo examinado”.

Es frecuente que a la natural dificultad de interpretar las normas legales se añada en nuestro medio la dificultad mucho mayor de adivinar el sentido de las sentencias que supuestamente realizan aquella interpretación. Pero si, en medio de la oscuridad, damos el sentido más obvio, y el único posible en realidad, a las frases que acabamos de ver, tenemos que vienen a decirnos cosas bastante simples y poco discutibles, que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- i) Si hay posesión de estado, como hay en el caso, tiene legitimación activa para reclamar la filiación, por obra del Art. 131, quien posea un interés legítimo.
- ii) Es claro que el que se pretende padre está entre quienes tienen un interés legítimo, lo que viene avalado, por si fuera necesario argumentarlo, hasta por la Constitución misma.
- iii) En razón del Art. 134, una vez que admitimos que hay legitimación para la reclamación tenemos que admitir que la hay también para la impugnación de la filiación contradictoria.

Así pues, la única manera de que el párrafo que analizamos tenga un sentido en el contexto de la sentencia y no sea un puro obiter dicta de problemática justificación ahí⁷, es en cuanto argumentación de la existencia, en quien se reclama padre, del interés legítimo que el artículo 131 exige al que quiera reclamar la filiación dándose la correspondiente posesión de estado. Y si nos importa tanto recalcar esto, que, si no, no merecería apenas comentario, es porque vamos a ver de qué modo y con qué fin utilizará la jurisprudencia posterior este precedente. Mientras que en esta sentencia lo que se está diciendo es que hay buenas razones para sostener que en el padre se da el interés legítimo que el Art. 131 pide de quien haya de poder ejercer la acción de reclamación en caso de posesión de estado, el razonamiento posterior seguirá los pasos siguientes: i) la sentencia que estamos comentando dijo que el padre poseía un interés legítimo y constitucionalmente avalado para reclamar la filiación y por eso se lo admitió en el caso; ii) por tanto, la razón de tal admisión es la existencia de tal interés, y de ahí se sigue que siempre que el padre reclame, en ese interés está la base de su legitimación, haya o no posesión de estado y sea la filiación matrimonial o no matrimonial. O sea, un precedente se trae a colación contra el tenor de la ley. Y con el agravante que en dicho precedente no se vulnera la ley sino que se aplica en sus términos al caso que se decide, que es un caso de posesión de estado.

Pero no adelantemos acontecimientos.

B) Sentencia de 10 de marzo de 1988.

Ante el caso ahora de reclamación por el sedicente padre biológico de la filiación extramatrimonial, sin posesión de estado, y la

7. Rivero Hernández, al comentar esta sentencia, admite que “hubiera bastado invocar... el artículo 131.1 CC y la posesión de estado de hijo”, pero se muestra muy de acuerdo con la doctrina que, yendo mucho más allá de lo que en el caso se plantea, sienta el Tribunal, doctrina que habrá de servir, en opinión de aquel autor, para facilitar “la posibilidad de una interpretación amplia, abierta, de ciertas normas estrechas, a veces demasiado estrechas para la amplitud de los principios constitucionales” (F. Rivero Hernández, “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, septiembre-diciembre 1987, p. 513-5135).

consiguiente impugnación de la filiación matrimonial inscrita, el Tribunal hace en esta ocasión un alarde de avaricia argumentativa, pues sólo invoca la supuesta claridad del tenor literal de los artículos 133 y 134, dando por obvio lo que, según estamos viendo, es tan oscuro; o tan claro, pero en el sentido contrario. Dice simplemente el Tribunal:

“Fuera de los supuestos de reclamación de filiación por la posesión de estado, la nueva normativa permite la impugnación de la filiación no matrimonial cuando falte ese estado, legitimando para ello tanto al hijo como al progenitor, como se desprende de la simple lectura de los artículos 133 y 134 en la redacción dada a los mismos por la Ley 11/1981, de 13 de mayo”.

Nos hallamos ante un buen ejemplo de un uso inidóneo y argumentativamente deficiente de un argumento interpretativo, pues la decisión interpretativa se escuda en el tenor literal, en la mera interpretación literal, fingiendo que la semántica determina dicha decisión, cuando o no hay tal determinación por ser el caso oscuro o, como nosotros más bien pensamos, nos dice justamente lo opuesto a lo que el tribunal nos quiere vender como tan claro⁸.

C) Sentencia de 19 de enero de 1990.

Podría pensarse que esta sentencia no es relevante para el problema que nos ocupa. Y no sería relevante porque el asunto que se ventila es el de la reclamación por cinco hijos de declaración de filiación no matrimonial, cuestión para la que, a tenor del Art. 133, indiscutiblemente poseen legitimación activa. No estamos, por tanto, ante el caso al que atendemos, que es aquel en que la pretensión que se declare la filiación no matrimonial, no habiendo posesión de estado, la ejerce el que se quiere padre.

Ahora bien, contiene la sentencia dos afirmaciones generales que darán pie a la problemática invocación posterior como precedente. Es necesario citarlas por entero.

Se dice en el fundamento tercero que⁹:

“El interés legalmente protegido justifica la legitimación y de ahí que tanto activa como pasivamente, lo puedan representar, como titulares, aquéllos a quienes

8. Entre los tratadistas que defienden la solución contraria, afín a la que aquí propugnamos, se puede citar por ejemplo a F. Lledo Yagüe, *Acciones de filiación*, Madrid, La Ley, 1987, p. 131.

9. En la cita entrecomillada de estos y otros textos jurisprudenciales hemos renunciado a colocar el sic que sería pertinente en tantas ocasiones en que la pulcritud expresiva y la consideración a la regla gramatical lo exigiría.

afecte, bien para hacerlos valer ante determinada o determinadas personas o erga omnes, como para oponerse”.

Y continúa en el párrafo siguiente:

“De este modo en los procesos de filiación, la legitimación viene reconocida activamente, a todos aquellos que pretenden una sentencia constitutiva mediante la declaración de la misma (artículos 131, 132, 133 del Código Civil), estando legitimados pasivamente, todos aquellos que tengan o pudieran tener interés en oponerse (artículo 140 del Código Civil)”.

¿Por qué resultará ese texto útil para los designios de la jurisprudencia posterior en nuestro tema?. Porque se interpretará (y tal vez no sin razón, pues la hermeneusis de esta sentencia se torna nuevamente dificultosa) que aquí se afirma que la regla general y única que preside la regulación contenida en el Código a efectos de legitimación activa y pasiva en estos asuntos es la de la existencia de un interés legítimo, de modo que quien lo posea está por definición legitimado, al margen de cualquier otra consideración o de la variedad de situaciones en las que los artículos reparan. Se da así una nueva vuelta de tuerca a la orientación marcada en la sentencia que acabamos de comentar antes de ésta y va camino de perpetuarse un curioso razonamiento que sólo forzando la expresión podemos llamar interpretativo.

D) Sentencia de 23 de febrero de 1990.

Con esta sentencia el Tribunal avanza un trecho más en su propósito de desactivar el significado del Art. 133, aun cuando tampoco aquí estemos ante un supuesto al que sea éste el precepto aplicable. Sigue esa línea que va sentando hacia el futuro como precedente una doctrina que, sin embargo, no se forja ante casos que sean precedentes del que se quiere que más adelante con dicha doctrina se decida.

El caso es el siguiente. Reclama la declaración de filiación quien había tenido con la madre del pretendido hijo una relación que culminó en embarazo y nacimiento de dicho hijo. La relación prosiguió tras el nacimiento y el niño se inscribió con el nombre del padre y los apellidos únicamente de la madre. Durante años compartieron la crianza del hijo y socialmente eran considerados sin excepción como padre y madre del mismo. Posteriormente la madre decide casarse con otro hombre y quiere que el niño se inscriba como hijo de éste y así se hace, a lo que el padre biológico se opone impugnando dicha filiación y solicitando que se declare judicialmente su paternidad. El

Tribunal Supremo dará la razón al demandante y declarará la filiación que pretendía. ¿Con qué argumentación?. Es ineludible citar por entero el fundamento segundo y último de esta sentencia:

“1. La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código Civil, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134, permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de veracidad biológica o en el de posesión del estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica.

2. Esta tesis de legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su Sentencia de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución.

3. Conforme a estos postulados resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia, más aún cuando se da por supuesta la posesión de estado del hijo, procediendo, en consecuencia, la estimación de los dos últimos motivos del recurso, en que se denuncia la infracción del artículo 131 del Código Civil en relación con el 134, y de la Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1987, casando la sentencia de la Audiencia y restableciendo el imperio de la de primera instancia”.

Ahora desmenucemos el tema y los argumentos.

Parece, aunque en la breve Sentencia del Supremo no queda

totalmente acreditado de modo expreso, que estamos ante un supuesto claro de posesión de estado, en este caso de posesión por el hijo del estado de hijo extramatrimonial del reclamante (al menos esto se antoja indiscutible si, como parece traslucirse, el reclamante presentó su demanda de modo inmediato a la cesación de la convivencia con la madre y el hijo). Si esto es así y una vez que parece que nunca se ha discutido que el padre es titular prácticamente por definición del interés legítimo a que alude el Art. 131, la legitimación activa del padre reclamante es incuestionable en virtud de este mismo artículo y con total independencia de que se trate de filiación matrimonial o extramatrimonial.

Pero es indiscutible así la legitimación activa para reclamar la filiación; mas, ¿y para impugnar la filiación legal preexistente, ya que hay una inscripción registral opuesta?. Ahí la clave está en la relación que se establezca entre el párrafo segundo del Art. 131 y el Art. 134.

Creo que la relación de dichos artículos es fácil de explicar, por encima de las oscuridades expresivas que al respecto ha cultivado la jurisprudencia. Veámoslo.

El Art. 131 determina que en caso de posesión de estado puede reclamar la posesión cualquier persona con un interés legítimo. Y añade que tal reclamación no se admite cuando ello supone necesariamente la impugnación, por opuesta e incompatible, de una filiación legalmente determinada. Y el 134 dice que siempre que, conforme a los artículos anteriores, el hijo o un progenitor estén legitimados para la reclamación de la filiación lo estarán también para la impugnación de la filiación contradictoria. La integración de ambas normas es sencilla y su lectura conjunta daría la siguiente regla en lo que se refiere a la legitimación en los casos de posesión de estado: cuando exista posesión de estado cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la correspondiente filiación, salvo que ello suponga contradecir otra filiación legalmente determinada, en cuyo caso sólo estarán legitimados, y lo estarán para ambas cosas -la reclamación y la impugnación-, el hijo o el progenitor (padre o madre).

Por tanto, cuando hay posesión de estado el padre estará legitimado siempre para la reclamación e impugnación, haya o no una filiación contradictoria legalmente declarada.

Pese a que, a tenor de lo que llevamos dicho, no hay nada que cuestionar al fallo de esta Sentencia en cuanto al respeto a las previsiones legales, supone un paso más en el deslizamiento jurisprudencial hacia la vulneración del contenido patente del Art. 133, debido al modo sumamente indeterminado y ambivalente en que se

expresa. Esa indefinición se nota especialmente en las siguientes partes de aquel su texto que antes recogimos.

i) Comienza a insinuar que el Art. 134 funda que el progenitor no matrimonial puede en todo caso impugnar la filiación contradictoria, lo que sólo tiene sentido si en todo caso también puede ejercer la correlativa acción de reclamación de la filiación¹⁰.

ii) Abre la puerta a la idea de que la legitimación del padre no matrimonial puede tener dos fundamentos: el que le otorga el Art. 131, es decir, la posesión de estado, y el “principio de veracidad biológica”, que podría entrar en juego a tal fin cuando no se dé la anterior condición marcada por el 131¹¹.

iii) Se cita la sentencia antes reseñada de 5 de noviembre de 1987 en lo que se refiere a la idea que es la existencia de un interés legítimo del padre, matrimonial o no, interés en sintonía con el principio de autenticidad biológica de la filiación, el que fundamenta el criterio de la legitimación del padre en cualquier caso, con matrimonio o sin él y con o sin posesión de estado¹².

10. Crítico con ese razonamiento de la Sentencia se muestra Rivero Hernández, si bien simpatiza con la ampliación al padre no matrimonial sin posesión de estado de la legitimación para reclamar (vid. F. Rivero Hernández, “Comentario a la Sentencia de 23 de febrero de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, abril-agosto 1990, p.480-481).

11. Claramente parece que la pretensión es la de mantener que afirmar o negar la posesión de estado es irrelevante para la legitimación activa del padre reclamante y por encima de que estamos hablando de filiación no matrimonial, pues en defecto de posesión de estado surtiría el mismo efecto legitimador el principio de veracidad biológica. La posesión de estado es criterio legitimador sentado por el Art. 131, pero del fundamento del principio de veracidad biológica como apto para sobreponerse a la dicción del 133 nada se dice en esta sentencia. Puestos a defender a fondo tal principio y con dicha virtualidad, habría sido lo más sencillo echar mano del Art. 39.2 *in fine* de la Constitución (“La ley posibilitará la investigación de la paternidad”) y decir que su *ratio* es precisamente hacer que predomine la verdad biológica sobre cualquier otra consideración. Pero tal argumentación se toparía con dos problemas. Uno, que chocaría de modo demasiado abrupto con el tenor de las disposiciones del Código Civil que estamos viendo, pues si lo que importa, por imperativo constitucional, es el establecimiento de la verdad biológica por encima de cualquier otra cosa, a qué tantas distinciones en los Arts. 131 y siguientes. Y dos, que el mismo Art. 39.2 de la Constitución nombra otras cosas, otros principios (particularmente el de protección de los hijos) que pueden contrapesar el de veracidad biológica y justificar precisamente el diferente trato legislativo de las distintas situaciones, tal como el Código hace (al respecto, recientemente, Bercovitz Rodríguez Cano, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2000”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, octubre-diciembre 2000 p. 1367). Por eso, porque semejante defensa abierta del puro predominio de ese principio parece atrevimiento excesivo y cuestionable con facilidad, incurre el Tribunal en el tan manido uso de insinuar, amagar y disimular. Y el disimulo aquí consiste en tratar de hacer ver que su conclusión se sigue también de los propios artículos del Código, eso sí, rectamente interpretados y razonados. Sobre la tendencia jurisprudencial a erigir la verdad biológica por encima de los requisitos procesales establecidos por los Arts. 131 y siguientes se pronuncia en términos claros Quicios Molina, cuando dice que “da la impresión ... de que la acreditación de la verdad biológica al final triunfa sobre la comprobación de una formalidad que debería ser previa como es la comprobación de la legitimación para accionar” (S. Quicios Molina, “Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)”, en *Derecho Privado y Constitución*, 11, 1997, p. 420).

12. Pero recordemos (vid. *supra*) que en dicha sentencia de 1987 lo que se fundamenta es que en el padre concurre el interés que exige el Art. 131 cuando hay posesión de estado; no esto otro.

Que tal es la orientación de la sentencia y que a tal efecto parece querer sentar dicho criterio yendo más allá de lo que la solución del caso requería, ya que había quedado acreditada la posesión de estado y, por tanto, la legitimación tiene ahí su asidero, lo muestra a las claras el modo de expresarse: “Conforme a estos postulados resulta evidente la legitimación del padre biológico... más aun cuando se da por supuesta la posesión de estado del hijo”. O sea, que la posesión de estado no sería el fundamento de la legitimación, sino una razón más que se suma a la otra, que es la principal.

E) Sentencia de 8 de julio de 1991.

En esta ocasión el caso es sencillo en cuanto a la conceptualización de los hechos: un pretendido padre extramatrimonial reclama tal filiación, no existe posesión de estado y la reclamación supone la simultánea impugnación de la paternidad legal, estando el hijo inscrito como del padre matrimonial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión por falta de legitimación activa del demandante, ya que no se da la posesión de estado que con arreglo al Art. 131 le habilitaría, único supuesto en que cabría la legitimación del padre extramatrimonial, pues para una situación tal el Art. 133 sólo legitima al hijo. Con ello quedaría impedida también la impugnación de la paternidad contradictoria, de conformidad con el Art. 134. Es muy interesante la narración que se hace de esta sentencia del Juzgado de Primera Instancia, porque muestra cómo en la sentencia del mismo se justifica dicha regulación legal y su respeto acudiendo a valores y principios que son también del máximo rango: la intimidad de la persona, la estabilidad familiar, en conformidad con el mandato constitucional de protección social y jurídica de la familia, razones por las que, se dice en la sentencia de instancia, se debe ser estrictos al conceder la legitimación activa.

La Audiencia de Zaragoza desestimó la apelación presentada por el reclamante, aduciendo el mismo fundamento legal y abundando en los principios que sostienen la reglamentación del Código Civil. En particular se acentúa que la regulación legal está informada por principios en tensión, pues si por un lado se consagra el de veracidad biológica, por otro se quiere proteger al hijo defendiendo la estabilidad de las relaciones de estado en que éste conviva y no dejando su cuestionamiento a voluntad de cualquier interesado. En suma, que el interés del padre no es el único interés cuya protección tiene justificación constitucional, legal y moral.

En la sentencia que ahora glosamos el Tribunal Supremo pone en juego esa llamativa táctica retórica, tan común en la jurisprudencia

actual, de rechazar la solución claramente sentada por la ley alegando que dicha solución es fruto de una lectura excesivamente literalista, para luego pasar a fundar la opción opuesta con base en... el significado, generalmente descontextualizado, de una determinada palabra o partícula de una norma, con lo que el vicio de literalismo es aun mayor, sólo que, para más inri, como herramienta para esquivar el mandato del legislador y la más obvia ratio de la ley. Y la expresión que aquí permitirá tal juego es el “en todo caso” que se contiene en el Art. 134. Merece la pena detenerse en despiezar esta argumentación interpretativa que criticamos, para comprobar con qué sutiles desplazamientos y tenues maniobras se consigue desvirtuar el mandato legal.

Comenta la sentencia uno por uno los artículos 131 y siguientes. Del 133, que dispone que en caso de filiación no matrimonial y falta de posesión de estado la legitimación activa corresponde al hijo durante toda su vida, se dice que :

“inicialmente, cabe entender, que tal y como ocurre en el caso del litigio, cuando no existe esa posesión de estado, que es de donde parte la sentencia de la Sala, la acción habrá de asignarse, exclusivamente, al hijo por el momento, sin posibilidad de extenderla a persona alguna distinta” (fundamento cuarto).

Con ese “inicialmente”, la puerta queda abierta a soluciones distintas de la que, hasta ahí, parece evidente. Y sigue:

“en el Art. 134 se prescribe que el ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores (y por lo tanto abarcando también la filiación no matrimonial) que corresponde al hijo o al progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria, lo cual, puesto en relación con el Art. 113-2º, ha de concluir a que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria, cuyas sanciones en relación con el litigio, conducen a entender que el ejercicio de esta acción de reclamación provocará el simultáneo ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que ostenta el hijo del matrimonio demandado”.

A veces se está tentado de pensar que la oscuridad es también una deliberada estrategia para ocultar interpretaciones que más que determinaciones de significado son embates decisionistas.

Hagamos cuenta de los argumentos que se contienen en el citado párrafo y del modo como se afirman o se deslizan las tesis que el Tribunal quiere.

i) Una simple coma puede ser determinante, como es obvio. Y, por lo mismo, la omisión de una coma puede tener más de retórico intento que de involuntaria errata. Repárese en el inicio de la frase con que comienza el segundo trozo del párrafo citado y compárese con el tenor exactamente literal del Art. 134. Este artículo dice: “El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor...”. El Tribunal dice:

“en el Art. 134 se prescribe que el ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores (y por lo tanto abarcando también la filiación no matrimonial) que corresponde al hijo o al progenitor...”.

Si en este texto ponemos las comas en el mismo lugar en que las sitúa el artículo de referencia, el “por lo tanto” no sale tan fácil. Las referidas comas del artículo 134 sostienen como interpretación más normal y menos forzada la que entiende que el “conforme a los artículos anteriores” quiere decir, “según lo regulado en los artículos anteriores”, “de conformidad con lo establecido en los artículos anteriores”, “respetando lo dispuesto en los artículos anteriores”... En cambio, la versión sin comas que hace la sentencia pretende que la expresión del artículo 134 es traducible a “los tipos de reclamación de que hablan los artículos anteriores”, que serían, entonces sí, la matrimonial y la extramatrimonial. Mientras el Art. 134, en la interpretación más evidente y que mejor deja a salvo la coherencia sistemática y valorativa del legislador, anuda una consecuencia al régimen sentado por los artículos anteriores, abarcando así un nuevo y más complejo supuesto fáctico, lo que la sentencia pretende es que dicho artículo deja sin efecto lo que transparentemente afirma el Art. 133. En suma, una cosa es el intento de huir del literalismo excesivo y otra, bien distinta, tergiversar la literalidad.

ii) El siguiente dato a tomar en consideración es el ya mencionado “en todo caso”. Aquí, por contra, se trata de aferrar a una expresión literal para invalidar la literalidad del conjunto normativo de los artículos 131 y siguientes.

Comencemos jugando con un ejemplo en que esa expresión aparezca de modo análogo a como está presente en el Art. 134. Supongamos que en un sistema jurídico imaginario hay una regla (regla 1) que estipula que los hombres no podrán besar a las mujeres salvo

que o bien estén casados con ellas o bien las mujeres sean mayores de cuarenta años. Y supongamos que hay también otra regla (regla 2) sobre el mismo tema que dice que siempre que, conforme a la regla 1, un hombre pueda besar a una mujer, podrá en todo caso disponer de los bienes de ésta, si los tuviere.

¿Qué diríamos de la interpretación de estas reglas que sostuviera que conforme a la regla 2 todo hombre puede besar a cualquier mujer, esté casado con ella o no, o sea mayor o menor de cuarenta años, siempre que la mujer tenga bienes?. Pues creo que es fácil convenir en que sería una pura invención del intérprete, una regla de nuevo cuño con la que el hermeneuta suplanta las reglas 1 y 2 y consigue una situación normativa bien distinta de la que trazaban aquellas reglas con poco margen de duda. Pues, en mi opinión, la analogía es clara con el asunto que comentamos, y el veredicto el mismo: la jurisprudencia está inventando una nueva regla para dejar sin efecto el mandato del Art. 133.

El “en todo caso” del Art. 134 (como el “en todo caso” de nuestro ejemplo ficticio) sólo puede tener el significado de “en todo caso en que quepa”, “en todo caso en que esté permitido”. En concreto, “en todo caso” en que conforme, es decir, de acuerdo con los artículos anteriores el progenitor o el hijo pueden reclamar la filiación, pueden también impugnar la filiación contradictoria¹³. Lo que resulta profundamente absurdo es pretender que el “en todo caso” signifique ahí “en todo caso” a secas, es decir, siempre y sin límite ninguno¹⁴.

Pues bien, en el párrafo que más arriba citábamos, se ve en acción ese modo de razonar. El “en todo caso” del 134 se interpreta como “siempre” y al artículo se le da el sentido de que siempre el progenitor o el hijo pueden impugnar la filiación contradictoria, y como la impugnación de una filiación va estrechamente unida a la determinación de otra, pues se concluye que por esa razón siempre pueden el progenitor o el hijo reclamar la filiación, al margen de cualquier otra consideración del tipo de la que se contiene en el Art. 133. Y se remacha con un nuevo ataque a la alternativa supuestamente literalista:

“mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del Art. 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejerce la acción de

13. Y en nuestro ejemplo imaginario: en todo caso en que al hombre le está permitido, conforme a la regla 1, besar a una mujer, le está permitido disponer de sus bienes.

14. En nuestro ejemplo, “en todo caso” a secas, significando “siempre y sin límite ninguno”, equivaldría a entender que siempre que una mujer tiene bienes un hombre puede besarla y, además, disponer de sus bienes.

reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al Art. 133" (fundamento cuarto).

Son espectaculares los regates que este razonamiento hace al lenguaje y a la mismísima lógica, y más cuando acto seguido se concluye que:

“de consiguiente, si por el juego de este Art. 134 en relación con el 113-2º, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso, asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación, implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto¹⁵, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial del Art. 134”.

O sea, que mientras que el Código dice que en ciertos casos de legitimación de hijo y progenitor para reclamar, casos de legitimación que el mismo Código establece, se está legitimado también para impugnar, lo que la sentencia nos explica ahora es que para impugnar se está legitimado en todo caso tratándose de hijo o progenitor, de lo que se sigue que también se estará en todo caso para reclamar¹⁶.

15. Un ejemplo, de los tan frecuentes, en que el “por lo tanto” no expresa el paso a la una conclusión inferencialmente válida, sino un salto lógico retóricamente camuflado de conclusión.

16. Hay otro curioso desajuste sistemático en ese planteamiento, desajuste que tiene que ver con otra cuestión procesal, como es la de los plazos que, por obra del artículo 137, rigen para la impugnación de la filiación y su relación con los que operan para la reclamación de la filiación, y en particular, en lo que nos interesa, con lo establecido para el caso de la reclamación no matrimonial y sin posesión de estado en el Art. 133, al decir que la correspondiente acción “corresponde al hijo durante toda su vida”. ¿Cómo se combina ese plazo de toda la vida con lo que dice el Art. 137? En el primer párrafo se lee que “La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal”. Para añadir el párrafo siguiente del mismo artículo que “El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal”. En caso de reclamación

Estamos en las antípodas de lo que tradicionalmente se llama la interpretación lógica y que vela porque se elija aquella interpretación que no haga nacer una antinomia con otra norma del sistema; aquí es precisamente la antinomia lo que se provoca forzando al Art. 134 a decir lo contrario que el 133 o dejando a éste apenas en nada.

F) Sentencia de 29 de abril de 1994.

Es ahora una madre la que reclama frente al demandado la declaración de la filiación no matrimonial, no existiendo posesión de estado. Encontramos aquí un buen ejemplo del empleo de expresiones de refuerzo retórico (“es indudable”, “no es dudoso”) a la hora de sostener una interpretación que, como mínimo, es discutible. En efecto, cuestionada la legitimación activa de la madre con base en el Art. 133, la sentencia dice que:

por el hijo de filiación extramatrimonial, no existiendo posesión de estado de esa filiación, y existiendo legalmente una filiación matrimonial con su consiguiente posesión de estado, y puesto que según el Art. 113-2º reclamar una filiación fuerza a impugnar la existente contradictoria, ¿nos encontramos con que el plazo de toda la vida que da al hijo el Art. 133 para la reclamación se convierte en un plazo de un año desde la inscripción registral de la filiación matrimonial (o desde que el hijo cumpla la mayoría de edad o la plena capacidad legal), puesto que éste sólo deja dicho plazo a la acción de impugnación de la filiación inscrita y puesto que, como se ha dicho, esas dos acciones no pueden ejercerse sino unidas en un caso así?. La respuesta correcta la viene dando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero a base de resaltar lo obvio: que cuando hay reclamación de la filiación la acción de impugnación de la opuesta a que se refiere el Art. 134 es accesorio de aquélla. Así lo dice por ejemplo la Sentencia de 28 de noviembre de 1992, la cual, en un caso como el que comentamos, sostiene que “en cuanto ahora interesa (...) la impugnación es accesorio de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro, que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación como acción principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el Art. 137 CC para la de impugnación”. Y así se había declarado ya, con idénticos términos, en la Sentencia de 3 de junio de 1988 o la 20 de diciembre de 1991 y otras anteriores. De acuerdo. Pero si en estas sentencias se admite con toda naturalidad y buen fundamento que la acción de impugnación a que se refiere el Art. 134 es accesorio de la de reclamación y opera cuando esta última quepa, ¿por qué en las sentencias que venimos observando dicha accesoriedad se convierte en protagonismo principal y a efectos de legitimación activa se da la vuelta a la situación y se convierte la legitimación general que *supuestamente* otorga este artículo para impugnar en determinante de la igualmente general legitimación para reclamar?. En otras palabras, si en cuanto a la legitimación se quiere hacer del 134 no lo accesorio y referido sólo a la impugnación, sino lo general y referido tanto a impugnación como a reclamación, ¿por qué no ocurre igual con los plazos?. O, aun formulado el interrogante de otra manera, ¿por qué la acción del 134 es accesorio de las acciones de reclamación de los artículos anteriores en cuanto a los plazos pero no es accesorio de lo mismo en cuanto a la legitimación activa?. Si se ha mostrado consecuente a este respecto, en cambio, la doctrina más autorizada. Así, Rivero Hernández, para quien “en el Art. 134 se contempla y regula una acumulación especial, en la que una pretensión -la impugnatoria- es accesorio de otra que se erige en principal -la reclamatoria-. Y ello porque el triunfo de la primera es un requisito previo para lograr el éxito de la segunda, que es la verdaderamente fundamentadora de esta acumulación, ya que es el ejercicio de la acción de reclamación el que «permitirá en todo caso» la impugnación de la filiación contradictoria. Razón por la cual el régimen jurídico -legitimación activa, plazo de caducidad- a que se hallará sometida dicha acumulación será el de la acción de reclamación (lo que también se deduce de la remisión que el propio Art. 134-2 C.c. hace a los artículos anteriores en los que se regula esa acción), y no el de la acción de impugnación, dato del que deriva toda su especialidad”. (F. Rivero Hernández, en J.Rams Albesa, R.M.Moreno Flores (coords.), *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2º, Libro Primero (Títulos V a XII), Barcelona, Bosch, 2000, p. 1345). El mismo autor había señalado la práctica unanimidad doctrinal sobre esa accesoriedad de la acción de impugnación respecto de la de reclamación (F. Rivero Hernández, “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, septiembre-diciembre 1987, p. 396).

“La desestimación de este motivo es indudable ya que la legitimación activa y el evidente interés jurídico de la recurrida para reclamar la paternidad a favor de su hijo menor de edad deriva no sólo de una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino del Derecho positivo vigente y de la jurisprudencia de esta Sala. Así las Sentencias de 5 de noviembre 1987, 10 de marzo 1988 y otras sientan claramente la legitimación «ad causam» basada en los artículos 133 y 134 del Código Civil para reclamar la filiación extramatrimonial por partir del supuesto de paternidad biológica, declarándose expresamente la legitimación de la madre, de acuerdo con el artículo 134 del Código Civil, del que deriva o se reconoce el interés legítimo protegido por la Constitución (artículo 39). No es dudoso que el precepto legal civil sustantivo mencionado incluye la acción de reclamación tanto a favor del hijo como del progenitor, en este supuesto la madre¹⁷, sin hacer distinción ni exclusión alguna en caso como el ahora debatido, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 133 para que durante toda su vida pueda el hijo reclamar su filiación no matrimonial¹⁸ (fundamento segundo).

Esta argumentación merece un análisis en detalle, tanto de cada una de sus piezas o partes como del modo en que se presentan y articulan.

La legitimación activa de la recurrente (y su interés jurídico, si bien este concepto no es en este caso relevante a tenor de las normas aplicables) es fundamentada en tres consideraciones, por este orden:

i) En “una inequívoca relación de naturaleza moral y física”. Pese a lo supuestamente inequívoco de la tal relación, nos queda la duda de a qué se refiere y, sobre todo, el enigma de su relevancia

17. Resulta curiosísimo que la panoplia de posturas no se limite a mantener que sólo el hijo tiene legitimación activa en el supuesto problemático que analizamos o que la tienen el hijo, el padre y la madre. Hay quien sostiene también que en el proceso de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado los legitimados activamente son sólo el hijo y el padre (E. Aparicio Auñón, *op.cit.*, p. 4048). Nos escapa por completo cómo se puede sustentar esa opción que no se apoya ni en la dicción del Art. 133 ni en la “alternativa” del 134, salvo que se interprete que en éste la expresión “el progenitor” se refiera sólo al progenitor masculino, lo cual no parece muy de recibo desde ningún punto de vista que pueda contemplarse ni, desde luego y como estamos viendo, ha sido mantenido por la jurisprudencia.

18. En términos idénticos se expresa la Sentencia de 22 de marzo de 1999.

como argumento en este contexto legal y por relación a qué precepto.

ii) En el Derecho positivo vigente. Ahora bien, el veredicto del Derecho vigente, presuntamente tan claro, se hace derivar de su interpretación jurisprudencial.

iii) En la jurisprudencia anterior, que ligaría la interpretación que se defiende como indiscutible a la primacía de la paternidad biológica y a ésta con la Constitución y su reconocimiento de un interés legítimo al respecto.

Pero ¿en qué queda esa argumentación si se pone en duda qué signifique esa “inequívoca relación de naturaleza moral y física” o se pide que se pondere con otras consideraciones morales; si se discute, como hacemos aquí, la evidencia y el acierto de dichos precedentes jurisprudenciales (repárese, además, en que una de las dos sentencias invocadas es la de 10 de marzo de 1988, antes vista y que destaca por su nula fundamentación de la posición que adopta) y si la correspondencia pretendida entre los artículos del Código Civil que vienen a cuento, los intereses prioritarios y los valores constitucionales se cuestiona desde otra secuencia que vincule a tales artículos con otros intereses y otros principios constitucionales?. Pues pasará, como mínimo, que la tan subrayada evidencia e indiscutibilidad se torna en oscuridad y duda.

Es digna de atención la manera en que esta sentencia salva el sentido del Art. 133 interpretando que éste tiene su razón de ser en señalar que la legitimación del hijo para reclamar la filiación no matrimonial, cuando no hay posesión de estado, es para toda la vida. Con ello no estaría este artículo definiendo quiénes están legitimados activamente en ese supuesto, sino fijando que si es el hijo el reclamante no tiene plazo. Porque lo que es la legitimación activa, según esta interpretación, quedaría establecido por el Art. 134, que la otorgaría a hijos y progenitores en cualquier caso. Pero con una interpretación así se da un paso más en el atentado contra la sistemática, la coherencia y la razón de ser de esta sección del Código Civil. Veamos por qué.

Si la regla general que se ve contenida en dicha sección es que la acción no caduca¹⁹ cuando la ejercen por sí el padre, la madre o el hijo, ¿qué sentido tiene que el artículo 133 se dedique nada más que a resaltar esa no caducidad respecto del hijo? Es más, pierde sentido también la diferenciación con el 132, que declara imprescriptible la acción de padre, madre e hijo cuando la filiación que se reclama es

19. Así, por ejemplo, V.Cortés Domínguez, V.Gimeno Sendra, V. Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Madrid, Colex, 2ª ed., 2000, p. 182.

matrimonial. Nos encontramos nuevamente ante una perplejidad sistemática: si tanto en el caso de filiación matrimonial como en el de no matrimonial la legitimidad la tienen el padre, la madre y el hijo y en ambas situaciones, además, la acción es imprescriptible, ¿por qué liga el Art. 133 la legitimación activa del hijo a la imprescriptibilidad de la acción durante toda su vida?. Lo único que salva la coherencia sistemática y la razón de ser del Art. 133 es un argumento a sensu contrario referido a uno u otro de sus dos aspectos. Es decir:

i) o está diciendo el Art. 133 que sólo el hijo tiene legitimación activa en el supuesto que contempla (filiación no matrimonial), interpretación que la jurisprudencia rechaza²⁰ y nosotros defendemos;

ii) o está diciendo que sólo la acción del hijo, cuando se trate de filiación no matrimonial y sin posesión de estado, es imprescriptible, con lo que las de los otros tendrán plazo y quedaremos en la duda de qué plazo será ése y cómo y dónde se determina. Como esto último suena absurdo y no se plantea, queda sólo la opción i) como manera de evitar el otro absurdo: el de tener que presuponer un legislador absolutamente antisistemático, incoherente, caótico, redundante y con serias dificultades expresivas. Casi un legislador chalado.

G) Sentencia de 24 de junio de 1996.

Estamos otra vez ante la reclamación por el pretendido padre biológico de la declaración de filiación no matrimonial, sin que se acredite posesión de estado. En primera y segunda instancia la demanda es rechazada por carencia de legitimación activa del reclamante en virtud del Art. 133.

El Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia anterior para afirmar que el Art. 134 extiende al progenitor, aun en el caso en que no haya posesión de estado, el ejercicio de la acción de reclamación

20. También la rechaza alguna doctrina. Así, Baeza Pastor, siguiendo a Herrera Campos, dice que el Art. 133 no significa que sólo el hijo tenga la legitimación activa, sino simplemente afirma que éste la tiene y deja abierto si la tiene alguien más (A. Baeza Pastor, "Las acciones de reclamación de la filiación. Estudio en particular de la legitimación del padre biológico en las reclamaciones de paternidad extramatrimoniales", en *Revista General de Derecho*, LXVII, n° 564, 1991, p. 7106). Pero si aceptamos que cuando una norma atribuye legitimación, poder o competencia, por ejemplo, no la atribuye en exclusiva a quien menciona, sino que menciona sólo a ciertos sujetos a título de ejemplo o ratificación, nos encontramos que toda legitimación, poder o competencia puede ser de cualquiera, por ser la enumeración abierta, salvo que la norma diga expresamente que única y solamente pertenece a los que se citan. Todo un desorden jurídico, por tanto. Por ello creo que tales enumeraciones se deben, como regla general, entender como cerradas salvo que con muy buenas razones sistemáticas se acredite lo contrario. La interpretación en los términos que defendemos puede verse por ejemplo en M. De La Cámara Álvarez, "Comentario a los Arts. 108 a 141 del Código Civil", en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, vol. 1º, Madrid, Edersa, 1984, p. 764, donde mantiene este autor que "el artículo 133... reserva la acción exclusivamente al hijo y, excepcionalmente, a sus herederos".

de la filiación no matrimonial, y dice que en tal acertada jurisprudencia se contrapone “una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada”. Y manifiesta el Tribunal que con ello se está haciendo una “interpretación sistemática” (fundamento segundo). Es citado el mismo párrafo que recogimos de la sentencia comentada en el apartado anterior. La cita de un extenso trozo de dicha sentencia y otro de la de 23 de febrero de 1990 permite al Tribunal en esta ocasión dar por suficientemente fundados y establecidos los argumentos que avalan la legitimación activa del padre no matrimonial y sin posesión de estado, sin que se sume ningún nuevo argumento.

Acabamos de ver que la jurisprudencia que reseñamos llega a sugerir que su postura está respaldada por lo que sería una interpretación sistemática de los preceptos en juego. Pero importa mucho tomar nota que es en la idea de sistema y en la consiguiente de interpretación sistemática donde se obtiene uno de los argumentos más potentes y radicales contra dicha orientación. En efecto, si las cosas son como aquella jurisprudencia pretende, tendríamos que el Código incurriría en el defecto de usar dos normas distintas para diferenciar entre dos situaciones diversas pero a las que se anuda la misma consecuencia, pues lo que hay de diverso es irrelevante ya que en nada hace cambiar dicha consecuencia jurídica, ligada a lo que es común. Me explico. El 132, como ya sabemos, regula la legitimación activa en los casos de falta de posesión de estado y filiación matrimonial, y el 133 la legitimación activa en los casos de falta de posesión de estado y filiación no matrimonial. Pues bien, si, como quiere la referida jurisprudencia, en ambas situaciones la legitimación corresponde al hijo, al padre y a la madre, tenemos que preguntarnos, perplejos, por qué introdujo el legislador una diferenciación irrelevante, que no influye en nada sobre la consecuencia jurídica, como es la diferencia entre filiación matrimonial y no matrimonial, cuando lo único que cuenta es la no posesión de estado. Pues cuando no hay posesión de estado, la legitimación activa la tendrían los tres sujetos que hemos dicho -según la doctrina que criticamos- con lo que el carácter matrimonial o no de la filiación no importaría para nada y su mención es totalmente ociosa; y más ocioso, en consecuencia, es gastar dos artículos en lo que se podría haber dicho en uno. Porque, entonces, las situaciones posibles con relevancia no serían tres, sino dos: posesión de estado, con la consecuencia de legitimación activa de “cualquier persona con interés legítimo” (Art. 131) y falta de posesión de estado, con la consecuencia de legitimación de padre, madre e hijo. Pero hay más en la misma dirección. Si la diferencia entre la filiación matrimonial a que se refiere el Art. 132 y la no matrimonial de que habla el Art. 133 es totalmente intrascendente para lo que ahí se trata e importa, que es la legitimación activa, ¿por qué incurrió el legislador, entonces, en el absurdo totalmente antisistemático y antieconómico de repetir en

ambos preceptos un párrafo segundo que dice exactamente lo mismo?. Es decir, ¿por qué establecer dos veces un trato común a lo que ya de por sí es perfectamente común y coincidente, de modo que bastaría decirlo una sola vez?.

H) Sentencias de 30 de marzo de 1998 y de 19 de mayo de 1998.

También aquí estamos, en la primera, ante el sedicente padre biológico que pide declaración de filiación extramatrimonial, impugnando al tiempo la filiación paterna contradictoria del padre registral. Una vez más el núcleo del problema que nos interesa es el de si tiene el demandante legitimación activa, no existiendo en el caso posesión de estado. Y de nuevo, tras mencionar que “la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa”, enumera la sentencia las decisiones anteriores con esa orientación y recoge sus más significativos argumentos, en particular de la que acabamos de ver. Ninguna razón nueva se agrega aquí tampoco y se dan por acreditadas y buenas las que respaldan la respuesta afirmativa a la pregunta por la legitimación.

La seguida trata de idéntico problema y repite sin variación las razones de las anteriores, pero tiene un voto particular absolutamente claro, terminante y acertado, a nuestro modesto juicio.

La sentencia sólo tiene de particular el intento de dotar de un nuevo argumento a la interpretación llamada antiliteralista, de la que se dice que “dicha actuación hermenéutica llevaría una transgresión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que proclama el Art. 24.1” (fundamento segundo). Como si respetar la ley que establece algún límite o restricción a una legitimación procesal supusiera sin más y per se un atentado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Razonamiento fácilmente reducible al absurdo, pues, según eso, habría que anular por inconstitucional (o desobedecer judicialmente, cosa que parece más del gusto de nuestra magistratura y de mucha doctrina que, para colmo, suele tenerse por progresista) toda norma procesal que no diga que todos tienen siempre y sin límite ninguno derecho a toda actuación procesal de cualquier índole. El Art. 24 CE pasa así a ser el superderecho fundamental, un absoluto constitucional ante el que palidece cualquier otro derecho, principio o valor.

El voto particular, tan rotundo y contundente como breve en su expresión, pertenece al Magistrado Gullón Ballesteros. Su mera lectura hace ocioso el comentario: “... es clara la letra y espíritu del Art. 133 CC en el sentido de negar acción de reclamación de la filiación

no matrimonial al progenitor, y así lo ha entendido la doctrina más autorizada. El Art. 134 CC no puede entenderse como contradictorio, o al menos causante de dudas sobre la interpretación del Art. anterior, pues se refiere al ejercicio de una acción «conforme a los Arts. anteriores», es decir, que comprende el Art.133, en modo alguno otorga una legitimación activa al progenitor a quien se le niega el anterior”. Y prosigue: “El «en todo caso» claramente lo conecta el Art. 134 con uno de los efectos de la acción de reclamación; cuando se ejercite ésta, «en todo caso», o sea, siempre, se permite la impugnación de una filiación contradictoria. Si se quiere decir de otra manera, cuando se pueda reclamar la filiación. En consecuencia, no existiendo legitimación activa para ello, huelga buscar toda cobertura en el Art. 134 CC”.

I) Sentencia de 20 de junio de 2000.

Nuevamente es quien se pretende padre el que reclama la declaración de filiación no matrimonial, no dándose posesión de estado. Lo que la sentencia expone sobre nuestro tema es una síntesis de los argumentos ya consolidados, a los que se añade, con un protagonismo secundario, alguno nuevo y ciertamente curioso.

Lo primero se deja ver cuando se afirma que²¹:

“La jurisprudencia más reciente de esta Sala consolidó el reajuste interpretativo de los Arts. 131, 133 y 134”, reajuste que ya habían iniciado otras sentencias desde 1987, sentencias de antes y ahora “que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del Art. 133 CC que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el Art. 134 CC legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el

21. Los dos párrafos que vamos a recoger literalmente de esta sentencia son idénticamente reproducidos, entrecorridos, por la Sentencia de 2 de octubre de 2000, la cual, por tanto, resuelve en ese mismo sentido.

presente en relación de padre biológico”.

Vale la pena, una vez más, parar mientes con algún detenimiento en la panoplia de argumentos que en este párrafo se aúnan.

i) Reconoce el Tribunal, posiblemente de modo un tanto inadvertido, que “la literalidad” del Art. 133 tiene un contenido inequívoco, consistente en atribuir la legitimación en exclusiva al hijo.

ii) Admitido lo anterior, habrá que explicar por qué se considera adecuado decidir contra el tenor literal y su significado inequívoco²². Una tal decisión, que algunos nos atreveríamos a calificar

22. Rivero manifiesta su desacuerdo con el contenido del Art. 133 que nos ocupa. Que en el caso en ese precepto referido le quede vedada al padre o a la madre la acción de reclamación le parece a este autor “sumamente censurable”, porque de ese modo queda “en muchas ocasiones a capricho del hijo decidir el cómo y el cuándo determinar su verdadera filiación” (en Rams/Moreno, op.cit., p. 1325). Esta es su opinión respecto del contenido del precepto, contenido cuya claridad no discute (ibid., 1324) y del que admite que “es una cuestión de política legislativa, que depende de los principios que informan cada sistema jurídico de filiación y de la concepción más o menos estrecha o amplia que el legislador tenga de la relación paterno-filial” (ibid. 1324). Hasta ahí nada que objetar: se reconoce que la opción tomada por el legislador es constitucional y legítima, aunque se manifiesta el desacuerdo personal con ella. Lo que ya no parece tan justificado es el paso siguiente, pues de su opinión que, por la razón apuntada, “debería admitirse la posibilidad de que el progenitor reclame su paternidad o maternidad” aun cuando no haya matrimonio ni posesión de estado, da el salto a la siguiente afirmación, que se nos antoja fuertemente cuestionable: “Por ello debe propugnarse, como hace la doctrina más autorizada, una interpretación correctora e integradora del Art. 133 C.c. que admita la legitimación del progenitor no matrimonial para reclamar su propia paternidad o maternidad” (ibid., 1325). Así se manifestaba este autor también en 1991: F. Rivero Hernández, “De la paternidad y filiación”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 133, donde invoca en favor de su propuesta la no discriminación de los progenitores no matrimoniales y el Art. 24 I CE). Y la pregunta sólo puede ser, nuevamente, la de quién o qué legitima al intérprete para enmendarle de tal modo la plana al legislador legítimo, para “corregir” sus mandatos. El mismo autor utiliza esta descarnada expresión en otro trabajo, donde admite que el Tribunal Supremo en estos temas viene “enmendando la plana al legislador y saltándose los artículos 131 y sigs. CC”, cosa que, sin embargo, aprueba Rivero de modo entusiasta y sustenta en principios constitucionales (F. Rivero Hernández, “Comentario a la Sentencia de 8 de julio de 1991”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, septiembre-diciembre 1991, p. 836). Con alabanzas a la jurisprudencia por haber superado las rigideces formales en este tema y haberse inclinado por “lo auténtico” y “el triunfo de la verdad real”, puede verse también F. Rivero, “La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación”, en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 13, marzo 1989, pp. 110 ss. La misma cuestión podríamos plantear ante la postura que manifiesta Quicios Molina. Esta autora se declara contraria tanto a la solución del Art. 133, que considera muy clara y transparente en su literalidad (vid. op. cit. p. 432, 434), como a la tesis opuesta, esto es, otorgar legitimación activa en todo caso al progenitor no matrimonial. Opina que el Art. 133 contiene un injustificado trato discriminatorio y que la solución debe provenir de sopesar en cada caso los dos principales principios en pugna, el de verdad biológica y el de protección del interés del menor. Su propuesta, por tanto, se encamina a la defensa de la decisión casuística que pueda no ser respetuosa con el dictado legal, y su crítica a la jurisprudencia establecida se basaría precisamente en su carácter generalizador (en el sentido contrario al precepto) y no suficientemente casuístico. Nos hallamos, pues, ante una abierta opción en favor de una jurisprudencia atenta sólo a la justicia del caso concreto, que casuísticamente ponderaría aquellos dos principios y que se despreocuparía de la compatibilidad con la ley de la solución así hallada en sede de equidad. Oigamos los términos más significativos de tal propuesta: “Abortada, creo, cualquier excusa justificativa, aparece el principio de igualdad claramente conculcado en perjuicio de los progenitores no matrimoniales, lo que sirve como argumento para respaldar, siempre que se sopesen adecuadamente los respectivos intereses del hijo y del progenitor porque la restricción de la legitimación para accionar puede estar justificada en algunos casos, y a la espera de un pronunciamiento constitucional o de una reforma legislativa, la jurisprudencia ya citada que, en materia de legitimación activa del progenitor no matrimonial, desborda los límites fijados por el tenor literal, y puede que también el espíritu, de la ley” (op.cit., p. 438). Una auténtica llamada al casuismo, la equidad, la justicia del caso concreto, aun *contra legem*, se contiene en un trabajo de C. Prieto Fernández (“El interés del hijo en los

de contra legem, y que la sentencia tilda nuevamente como “interpretación más flexible”²³ va a ser legitimada mediante la idea de que por encima de la semántica de los enunciados legales y con superior jerarquía están otras cosas, tales como principios, valores, fines, etc. En concreto, vemos que la sentencia recurre a los principios, filosofía y finalidad de la institución de la filiación²⁴. ¿Estaríamos dispuestos a hacer un principio de validez general de ése que dice que sobre la dicción de la ley y sus significados más evidentes prevalece la filosofía de las instituciones, de modo que el juez deba atender antes a ésta que a aquélla? Porque quien en esto cambie su respuesta según el caso, se delata parcial y proclive a hablar de la feria según le vaya en ella.

iii) Pero como lo anterior suena a reconocimiento palmario e indeseado de activismo judicial, viene de inmediato una marcha atrás que contradice lo que se dijo en el punto i), pues se acaba pretendiendo que es la dicción del Art. 134 la que claramente respalda la legitimación activa del padre. Curioso ardiz también éste de hacer lo oscuro (el Art. 134) claro y lo claro (el Art. 133) irrelevante. Además, en los términos de ese razonamiento se estaría forzando una antinomia entre esos dos preceptos, cosa que no parece despertar excesiva inquietud.

iv) En ese ir y venir entre la letra y los principios para quedarse donde más convenga después de aparentar que todo se ha transitado debidamente, se procede luego a traer al caso la noción de interés legítimo de la parte como razón válida para enmendar el juicio legislativo sobre dicho interés. Si el interés es protegible, parece que se nos dice, ese carácter impera sobre la decisión legislativa de no protegerlo. Y el interrogante entonces sería el de qué cosa que no sea la norma positiva hace jurídicamente protegible un interés, hasta el punto de que tal naturaleza pesa más que la legalmente atribuida.

Más no se para ahí la sentencia y aun suma algún otro argumento, cuando dice que:

procesos de filiación: un interés de carácter preferente”, en *Actualidad Civil*, 1991, marginal 137 ss. Vid. especialmente marginal 142-143) en el que se glosa un caso que, sin embargo, hallaría la misma solución que se propugna mediante el simple respeto al contenido literal claro de los preceptos que nos ocupan. Lo que ocurre es que se prefiere invocar la equidad antes que la claridad para dejar a salvo que en otras ocasiones aquélla se imponga a ésta.

23. Siempre latirá en el fondo la duda de hasta dónde llega la flexibilidad posible de una interpretación para que siga siendo tal y no mera creación de una norma nueva que suplanta a la norma legalmente establecida; o, expresado de otra forma, cuándo podemos temer que una norma, de tanto doblarla por ser flexible, se ha roto, lo que en Derecho significa que ha sido vulnerada. En nuestro asunto, usa el término adecuado Bercovitz cuando explica que la interpretación “correctora” que el Tribunal Supremo ha impuesto “supone dejar prácticamente sin contenido el artículo 133, párr. 1º CC: equivale a una *derogación* del mismo basada en la primacía de la Constitución” (el subrayado es nuestro), y refuerza tal opinión afirmando que esa jurisprudencia no se puede apoyar en una interpretación literal, ni sistemática, ni finalista, ni histórica (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *op.cit.*, p. 1364).

24. Como si la de la filiación fuera una institución cuyos fines y filosofía resultaran evidentes para cualquiera y al margen de las ideologías y creencias que cada cual profese. Es más, la labor del legislador al reglamentar cualquier institución, y con mayor razón una sujeta a tanta posible discrepancia ideológica y filosófica

“La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (Art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo y sin perjuicio de que, como dice la S. 18 Dic. 1999, el hijo menor pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad, a lo que le autorizan los Arts. 137 y 140 CC”.

Sigamos con el análisis.

v) La invocación del Derecho natural posiblemente no merece más consideración que la de ser una no muy meditada floritura. Aunque, como cuestión teórica para consumir entretenidamente algún tiempo, es tentador preguntarse qué diría el Derecho natural de la reclamación de declaración de filiación por parte del padre no matrimonial que, como a menudo ocurre, simultáneamente implica impugnar la filiación matrimonial legalmente establecida. Si resulta que lo que la sentencia mantiene es lo que demanda el Derecho natural hoy en día, tenemos que, o bien mucho cambia el Derecho natural, lo cual resulta autodestructivo para el valor del mismo, o bien habremos de reconocer que la inatacable presunción de filiación matrimonial que se contenía en el Código Civil²⁵ antes de las reformas postconstitucionales era contraria a Derecho natural. Perplejos se quedarán con esto los civilistas del tiempo de Franco, por ejemplo, y si es que alguno hubiere. En cualquier caso, nos complace comprobar que el Derecho natural ha comenzado a sintonizar con la biología, después de tantos siglos de desencuentro. Convendría seguir explorando esa vía; seguro que tendríamos sorpresas.

como ésta, se explica y se justifica precisamente como medio para sentar una regulación sustraída a los vaivenes ideológicos de las personas, los grupos y, en particular, de los jueces de turno.

25. En el Art. 108, que disponía que se presumían hijos del marido, sin admitirse prueba en contrario, los nacidos de su mujer después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos de su disolución o separación conyugal, salvo que se demostrara la imposibilidad física del acceso carnal de los esposos en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento del hijo. Ni siquiera la demostración con pruebas biológicas podía atacar esa asignación legal de paternidad marital.

vi) Parece que la verdad biológica se ha tornado en supraprincipio en esta materia y fundamento del interés y del correspondiente derecho que en todo momento asiste al hijo para conocer quién sea su verdadero padre. No discutimos la gran relevancia de este principio, sino su prevalencia absoluta, capaz de eximirle de ser ponderado con otros principios que puedan venir al caso²⁶, y capaz de operar como justificación de la enmienda del juez al legislador. Además, si es tal la importancia y primacía de aquel principio, habrá que concluir que acabará viéndose reñido con otras restricciones, como la presente en el Art. 127-2º, donde se dice que “El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”. Se nos dirá, y estaremos de acuerdo, que detrás de ese precepto²⁷ está la necesaria consideración de la seguridad jurídica en varias de sus manifestaciones. Pues ciertamente, pero entonces tenemos un primer ejemplo de lo que estamos afirmando, esto es, de que el principio de verdad biológica no es absoluto, sino

26. En palabras de Quicios Molina, “que la investigación de la paternidad, si el sujeto activo es el progenitor, no sea un principio absoluto, implica que puedan estar justificadas restricciones a la misma, como la limitación de la legitimación para accionar en determinados supuestos en los que deban salvaguardarse, por ser más dignos de protección, los intereses del hijo” (op.cit., p. 434). Menciona esta autora su opinión que es la protección del interés del hijo “el principio que verdaderamente debe ser... el contrapeso del principio de verdad biológica” (ibid., 434). Igualmente Carbajo González hace ver que el principio de verdad biológica no tiene estatuto de “imperativo, absoluto ni unívoco”. lo que explica limitaciones contenidas en el Código Civil, como las procesales, o que se consagran a veces como verdadera e incontestable una filiación no biológica, como es la adoptiva, etc. (vid. J. Carbajo González, op.cit., p. 92). Y Díez-Picazo y Gullón señalan que “Las ideas cardinales que inspiran la regulación de esta materia oscilan entre dos polos, que son: el derecho a la averiguación y al establecimiento de la verdad biológica, que tiene que llevar a una ampliación del ámbito de las personas facultadas para ejercitar las acciones, y el deseo de preservar la paz de las familias, reduciendo para ello las posibilidades de modificación del *statu quo* y poniendo coto a la proliferación de este tipo de demandas, especialmente en aquellos casos en que para ponerlas en pie es necesario hurgar en los secretos de las familias y revelar conductas desconocidas u olvidadas” (op.cit., p. 275).

27. Resulta llamativo y merece ser resaltado que la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en alguna ocasión reciente ha relativizado su propia línea decisoria y sostenido el carácter no absoluto del principio de verdad biológica, pero lo ha hecho en un caso que no resolvía por la vía del Art. 133, sino del 131, por existir posesión de estado, con lo que no se sienta un precedente contrario a la orientación decisoria que venimos viendo y las afirmaciones del Tribunal no tienen más valor que el de un comentario incidental o un curioso *obiter dicta*. Pero véase de qué modo las razones así expresadas, en la Sentencia de 28 de mayo de 1997, desmontan y atacan los argumentos sostenedores de la jurisprudencia sobre el 133: “las normas sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba, tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, por ello el Código establece limitaciones en orden a la legitimación para interponer acción de filiación (vid. artículos 127, 131, 133, etc.), exige acompañar a la demanda principio de prueba de los hechos (artículo 129 del Código Civil), establece plazos de caducidad para su ejercicio (artículos 132, 133, 136 y 137 del Código Civil) que no existirían si fuere la verdad material el bien jurídico protegido” (fundamento 1º). Añade que “no es verdad absoluta entender que el bien del menor está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna” y recalca expresamente que “la reclamación de filiación extramatrimonial sólo la puede instar el padre cuando goce de la posesión constante de estado”. No se le escapa al redactor que de esa forma se desautoriza la jurisprudencia establecida, por lo que intenta salvar la justificación de ésta aduciendo, muy poco convincentemente, que en los respectivos casos el Tribunal “tuvo en cuenta determinadas y estrictas situaciones concretas y así valoró en algún supuesto que frente a la petición de paternidad, la madre mostraba su conformidad ..., o nada oponían ni la madre demandada ni su esposo ..., en otros identificó con el bien material y moral del menor la declaración de paternidad ..., o el bienestar del orden familiar de hecho o legal creado por las personas interesadas, o en la posesión de estado”. O sea, que, en la interpretación más favorable que podamos hacer, se nos está diciendo que la regla general es la sentada expresamente en el Art. 133, pero que la decisión casuística también es admisible, en detrimento de esa regla general.

que el legislador lo ha ponderado y matizado con y desde la consideración de otros principios y valores. E insisto, así lo ha hecho el legislador²⁸, y no consta que se haya declarado la inconstitucionalidad de los preceptos que estamos viendo.

vii) Se alude como justificación última de la posición que la sentencia adopta al bien del hijo y a la evitación de su daño. Y es bien cierto que en muchos casos sólo bienes se desprenderán para él de que la filiación biológica se declare. Por eso tiene tan buena justificación el hecho que el Código Civil le dé legitimación activa para reclamarla en cualquiera de las situaciones posibles, con o sin posesión de estado y siendo la filiación reclamada matrimonial o extramatrimonial. Pero da la casualidad que en el caso que esta sentencia resuelve no es el hijo el que reclama, sino que lo hace el que se pretende padre biológico de él. Y ninguna garantía existe que una tal reclamación en todo caso vaya a reportar beneficios al hijo si la pretensión triunfa. Por supuesto que en ocasiones acarreará ventajas “no sólo en el plano efectivo de los sentimientos, sino también en el económico y en el de su posición de miembro integrante de la sociedad”, como prosaicamente añade la sentencia. Tal sucederá verosíblemente si la pretensión de marras la ejercita Bill Gates, pongamos por caso. Pero es más que creíble que los efectos sean apabullantemente los opuestos si Bill Gates es el padre legal, cuyo estatuto de tal se impugna, y el que reclama la paternidad es un preso pobre y romántico que trató con la madre en un permiso

28. Un muy potente argumento interpretativo de tipo histórico o subjetivo avala lo que estamos sosteniendo, y no es casual que en esta materia el Alto Tribunal se venga absteniendo de mencionar la voluntas legislatoris como criterio de interpretación. En efecto, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se decía que “Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz en una determinada relación de parentesco. En la redacción de las nuevas normas se ha procurado conjugar equilibradamente, según las circunstancias, estos criterios, declarando admisibles toda clase de pruebas, y en particular las biológicas; confiriendo especial relevancia a la posesión de estado, tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen” (los subrayados son nuestros). Por otro lado, aun cuando esté pendiente la respuesta del Tribunal Constitucional a la cuestión de constitucionalidad planteada a propósito del Art. 133, tal Tribunal ya ha insinuado que el legislador actúa dentro de su normal competencia y legitimidad cuando extiende o restringe derechos como el que aquí se discute. Así, en su Sentencia de 16 de octubre de 2000, al resolver un recurso de amparo interpuesto por el padre extramatrimonial que en la Comunidad Foral de Navarra vio rechazada su legitimación activa por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el Tribunal señala que no hay la discriminación que en el recurso se alega, y dice, refiriéndose al Art. 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral, coincidente en lo que nos interesa con el 133 C.civ., lo siguiente (f.d. 4º): “Pues bien, el legislador, en este caso el foral de Navarra, ha ejercido su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida a la hora de proceder a la elección de quién está legitimado y de la designación de las personas que, en el ámbito específico de aplicación del Derecho Especial de Navarra, ostentan poder para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial”. Muy recientemente Bercovitz Rodríguez-Cano se ha expresado con razones de peso a favor de la constitucionalidad del Art. 133, alegando sobre todo lo infundado de su pretendida incompatibilidad con los Arts. 14 y 39 de la Constitución (op.cit., p. 1367-1368).

de fin de semana²⁹. Dicho sea el ejemplo con todo respeto para el preso. ¿Habrá que concluir, para ser plenamente fiel a los principios y fines, que la legitimación activa la tiene el padre extramatrimonial sin posesión de estado solamente cuando es rico y de buena posición?

Ya mencionamos antes que cabe pensar en otros principios que haya que sopesar con el de verdad biológica, comenzando por el de protección del hijo, especialmente cuando es menor, cuyo bien no siempre coincidirá con hacerle ver que su verdadero padre no es el que él tenía por tal y quería como tal³⁰. Ante la patente variedad de situaciones imaginables y no queriendo dejar el problema al albur del casuismo, cabe presumir razonablemente que el legislador ha tomado una de las opciones posibles y ha preferido restringir la legitimación del padre por el daño que en ocasiones pueda producir, antes que extenderla pensando en los beneficios que suscite en otras oportunidades, máxime cuando, all  donde estos beneficios son previsibles, se est  reconociendo al hijo durante toda su vida la posibilidad de reivindicar esa filiación. Y parece lógico suponer que será el hijo mismo quien mejor pueda sopesar su interés propio. Triste sería que se le pudiera imponer un padre que tal vez le perjudica (y que quizá quiere beneficiarse de él) con el argumento que su verdadero interés es la verdad biológica. Porque si hablamos de intereses, siempre hay mucho que hablar.

29. No se olvide, además, que beneficio económico (y hasta social en ciertos casos) también puede seguirse para el declarado padre, que no en vano pasa a ser posible heredero.

30. De acuerdo, pues, con la apreciación de Quicios Molina cuando señala que "si se conjuga la interpretación que se da al principio de prueba exigido y a la prueba de filiación, con la extensión de la legitimación activa a supuestos no expresamente previstos, puede llegarse a soluciones que, si bien son consecuentes con la jurisprudencia mantenida, resultan muy discutibles y, como hemos adelantado, injustas", y especialmente, añade, por la no consideración del interés del menor en determinadas situaciones de convivencia (S. Quicios Molina, *op.cit.*, p. 428).

GUÍA DE LECTURA No. 7.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica

Texto: ¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)?.

Acerca de la jurisprudencia sobre el Art. 133 del Código Civil.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando deberá:

- ü Conocer algunas de las posturas teóricas sobre la interpretación y aplicación del Derecho.
- ü Diferenciar los conceptos de “preferencia” y “prioridad *prima facie*” en la aplicación del Derecho.
- ü Determinar los casos en que una decisión jurídica puede ser una decisión *contra legem*.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuáles son las dos posturas que identifica el autor respecto al modo de entender el Derecho, la interpretación y el trabajo del juez?. ¿Cómo las denominaría usted?.
2. Señale las tesis principales de las posturas identificadas por el autor en cuanto al Derecho y su interpretación.

	POSTURA 1	POSTURA 2 ("CONSTITUCIONALISMO")
Derecho		
Interpretación del Derecho		
Trabajo del juez		

3. ¿Qué crítica formula el autor a la postura constitucionalista en cuanto a la aplicación de la ley?
4. ¿Qué significado tienen para el autor los términos “preferencia” y “prioridad *prima facie*” en la aplicación del Derecho?
5. ¿Qué principio(s) se vulnera(n), según el autor, con una decisión *contra legem*?
6. ¿Qué papel juega (debería jugar) para usted el tenor literal de los preceptos legales en la interpretación?
7. ¿Qué opinión le merece la afirmación siguiente. “Si la ley no significa lo que dice, sino lo que el juez quiere que diga, ninguna ley será inconstitucional...porque ya le dará el juez la vuelta a su significado para que encaje con lo que ese juez le parezca que la Constitución demanda, y mal que le pese al legislativo”. ?.
8. En una audiencia inicial un Juez de Paz aplica medidas sustitutivas a la detención previstas en el Art. 295 CPP en un delito que se encuentra en el catálogo de exclusiones del Art. 294 inc. 2 CPrPn ¿considera que es una decisión *contra legem*?, ¿podría el juez tener una razón (normativa) para “sortear” la aplicación del Art. 294 inc. 2 CPP?
9. Ponga dos ejemplos de la realidad jurídica salvadoreña, similar al expuesto por el autor, que usted considere que se puede producir una decisión *contra legem*.
10. ¿Cuál cree usted que es el argumento central del autor? ¿lo comparte?

8. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO, ENTRE MÉTODO Y ARGUMENTACIÓN. HACIA UNA TEORÍA NORMATIVA.

Juan Antonio García Amado
Universidad de León (España)
dpbaga@isidoro.unileon.es

A) Planteamiento.

1. La decisión jurídica y sus métodos.

1.1. El problema de la racionalidad.

Este trabajo pretende insertarse dentro de los intentos de construir una teoría de la decisión jurídica racional. Es éste el campo que en nuestros días suele transitar la llamada teoría de la argumentación jurídica. Pero dentro de ese marco nuestra propuesta tiene en común con aquella teoría la pretensión de superar los planteamientos puramente irracionalistas de la decisión judicial, esto es, de afirmar que existen parámetros y criterios mínimamente objetivos y operativos a los efectos de controlar dicha racionalidad y, por tanto, de fundamentar el juicio que se pueda realizar acerca de si una decisión judicial es racional o irracional. Mas, como luego insistiremos, no compartimos la ilusión que se puedan proporcionar tales parámetros para dirimir de la corrección material de las valoraciones que el juez lleva a cabo como base de su decisión. Sí pensamos, en cambio, que existen criterios formales que funcionan como exigencias mínimas de tal racionalidad, criterios que tienen que ver fundamentalmente con el modo como el correspondiente razonamiento decisorio se estructura y con el grado de sustento que se proporcione para las premisas que en el mismo concurren. Este enfoque no es original, sino muy habitual en nuestros días, y podría resumirse en la idea que decisión racional (o, al menos, o irracional) es aquella que va avalada por una motivación suficiente y que respeta las reglas de la lógica en el modo en que los argumentos que componen dicha motivación se conectan con la decisión final o fallo. El asunto principal estriba en saber qué notas ha de reunir una motivación que pueda tildarse de suficiente.

La cuestión de cómo y con qué elementos y base puede y debe razonar el juez para hallar y fundamentar adecuadamente sus decisiones es el tema tradicional de la metodología jurídica de interpretación y aplicación del Derecho. La doctrina metodológica propone guías para el razonamiento judicial y sus diferentes pasos y etapas: la interpretación de las normas, la valoración y prueba de los hechos, el colmado de lagunas, la resolución de antinomias, etc. Y ya sea por efecto del valor intrínseco de tales métodos o guías, ya por

el adoctrinamiento metodológico, ya por imperativo de la correspondiente cultura jurídica en que tales métodos se insertan y cobran sentido y utilidad, esos métodos gozan, al menos en su núcleo básico, de general aceptación en la doctrina y de habitual uso en la práctica judicial.

Podemos, pues, dar por sentado que la actividad judicial decisoria es una actividad metódica, que se estima que debe ser y de hecho es guiada por ciertos métodos o modos estandarizados de proceder.

1.2. La relación entre métodos y racionalidad de la decisión: tres puntos de vista.

Cuestión distinta es el debate sobre cuál sea el valor real y la razón de ser de dichos métodos generalmente operativos.

De la literatura metodológica de los siglos XIX y XX podemos entresacar tres maneras principales de concebir la función de los métodos de interpretación y aplicación del Derecho: los métodos como instrucción técnica precisa, como herramienta retórica y como argumento justificatorio de una decisión *prima facie* correcta.

- La primera de esas concepciones, la del método como instrucción técnica suficientemente precisa y operativa para conducir a la decisión judicial correcta, la vemos representada en la metodología jurídica dominante en el siglo XIX, desde Savigny a la Jurisprudencia de Conceptos o la Escuela de la Exégesis, y estaría presente, con algunos matices que suavizan tal optimismo, en lo que podemos llamar la metodología más “ortodoxa” del siglo XX, representada por ejemplo por la Jurisprudencia de Intereses o la Jurisprudencia de Valoraciones; por no hablar de cómo de este modo se presentan y exponen los métodos en la dogmática civilista. Los métodos que se proponen ahí equivalen a instrucciones de uso de las normas jurídicas y los casos, instrucciones que garantizan, cuando son cabalmente seguidas, el acierto de la correspondiente decisión.

- La perspectiva opuesta, la de los métodos como puras herramientas retóricas, es la que se deja ver en doctrinas de corte realista, como pueda ser la de Ross. Los métodos en este caso son contemplados como herramientas de las que el juez se vale para encubrir los verdaderos móviles de su decisión, con un ropaje de aparente objetividad y tecnicismo, con lo que realmente no guían el razonamiento y su función es meramente persuasiva e ideológica.

- En una posición intermedia se sitúan las actuales teorías de

la argumentación, como la de Alexy. Se parte de que la decisión correcta es la dotada de suficiente justificación expresa, la que va avalada por suficientes y buenos argumentos. Y los diferentes métodos proporcionan argumentos que gozan de amplio consenso y de un fundamento suficiente, por estar a su vez apoyados en ciertos valores jurídicos a cuya realización coadyuvan, como para que el resultado de su uso, la consiguiente decisión, pueda considerarse como admisible o racional *prima facie*, es decir, mientras no haya buenas razones que justifiquen un resultado contrario.

En cada una de esas tres concepciones hay algo de aprovechable. La primera sirve para poner de relieve la importancia de los métodos como cauce de un razonamiento judicial que, sin ellos, se perdería irremisiblemente en la arbitrariedad y el radical subjetivismo, con el consiguiente coste para la seguridad de las expectativas sociales sobre el Derecho. La segunda ha hecho tomar conciencia del carácter contradictorio de los métodos habituales, dado que sirven para justificar decisiones radicalmente distintas, con lo que el problema central pasa a ser el de si puede existir o no un control de la utilización racional de tales métodos, lo que ante todo alude a la necesidad de contar con metarreglas o metamétodos que eviten que la opción por un método u otro sea absolutamente discrecional y al albur de los gustos del juez de turno.

Por su parte, la tercera concepción ha servido sobre todo para centrar la discusión, mostrando que su naturaleza de los métodos jurídicos tienen más de tópicos que de otra cosa, que la justificación de cada uno radica en el consenso del que goza y que ese consenso va unido a los valores del ordenamiento jurídico que con cada método en el fondo se defiende. Además, estas doctrinas sitúan la discusión en el contexto de justificación intersubjetiva de la decisión, con lo que el debate logra desprenderse en buena medida del oscuro asunto de las intenciones o móviles personales del juez. Cosa distinta es que muchos de los cultivadores de la llamada teoría de la argumentación jurídica entiendan que la corrección *prima facie* que esos métodos garantizan pueda ceder ante razones más fuertes, entendidas como razones materiales con fundamento perfectamente objetivo. Ese cognitivismo que dichos autores profesan es un asunto que, en mi opinión, no empaña, aunque no se comparta, el acierto de ubicar el tema de la manera que hemos señalado.

1.3. ¿Una teoría normativa de los métodos jurídicos?.

Creemos que se puede sostener que la actividad judicial decisoria es una actividad metódica, guiada por ciertos métodos. Ese carácter metódico puede sostenerse, en primer lugar, como dato

empírico, pues es fácilmente constatable que en las sentencias de los tribunales se repite la invocación y uso de esos métodos generalmente admitidos en nuestra cultura jurídica. Pero nuestra afirmación del carácter metódico de la actividad judicial es también normativa, en el sentido que creemos posible una teoría de los métodos jurídicos que dé pautas suficientes para poder diferenciar entre una decisión metódicamente correcta y una incorrecta. Y la corrección metódica sería, para la perspectiva que aquí asumimos, el indicador más válido de la racionalidad de la decisión. Por supuesto, una tal teoría requiere la construcción de una teoría de cada método, de sus requisitos de correcta utilización y de la interrelación entre los métodos.

1.4. Presupuestos de la teoría normativa de los métodos jurídicos.

Como ya hemos señalado, nos interesa una teoría normativa de los métodos jurídicos. Delimitaremos este propósito mencionando algunas cosas que esta teoría no atiende y otras que presupone o que son su punto de partida.

- No se pretende una enumeración y descripción empírica de los métodos o argumentos usuales en la justificación de las decisiones. Esto significa que no se intenta:

i) Describir el modo en que los distintos métodos aparecen usados en una sentencia o conjunto de sentencias, ni la mayor o menor frecuencia de su uso, ni las jerarquías que en las sentencias los jueces suelen establecer entre ellos, etc.

ii) Exponer los factores sociales, políticos, económicos, etc. que llevan en cada momento y lugar a los jueces a usar unos métodos u otros.

iii) Exponer ni reglamentar el proceso mental, psicológico, que lleva a los jueces a decidir de un modo u otro o con base en unos u otros argumentos, ni los condicionamientos personales que pueden determinar tal proceso psicológico.

Estos tres asuntos tienen el mayor interés teórico, por supuesto. El primero, sería el objeto de una muy necesaria teoría descriptiva de la argumentación jurídica. El segundo, sería un tema de la sociología jurídica y de la historia de la jurisprudencia. El tercero, constituiría materia de la psicología jurídica, concretamente de la psicología judicial. De las investigaciones en los tres apartados se seguirían, sin duda, consecuencias importantes para cosas tales como la enseñanza del Derecho, los criterios de selección de los jueces, la

organización de la independencia judicial, la regulación de la responsabilidad penal y disciplinaria de los jueces, la relación entre Derecho, jueces y cambio social, la influencia de las ideologías y mentalidades en la eficacia del Derecho, etc.

- Positivamente, se presuponen una serie de cuestiones, sin las que este enfoque normativo no tendría sentido, y que conviene explicitar:

i) Es posible diferenciar buenas y malas justificaciones de la decisión jurídica y, sobre esa base, clasificar las decisiones (los fallos) como racionales o irracionales. Decisiones racionales serán, así, las que estén bien justificadas.

ii) A la hora de establecer el criterio de bondad de la justificación (y de racionalidad de la decisión) utilizamos el que llamaremos “parámetro de racionalidad argumentativa débil”. Lo podemos desglosar así, en los siguientes componentes:

a) El razonamiento decisorio ha de ser lógicamente correcto, en su articulación final, que va de los motivos al fallo, y en sus pasos intermedios, en los que se justifican decisiones relativas a cosas tales como la elección de la norma, aplicable, la interpretación de la norma, el acaecimiento y calificación de los hechos, etc.

Por tanto, partimos del carácter deductivo del razonamiento jurídico. El razonamiento decisorio que vulnere reglas de la lógica deductiva será incorrecto y la consiguiente decisión, irracional por deficientemente justificada. Con esto no tomamos partido por ningún tipo de formalismo lógico de la decisión jurídica¹. Esto nos sirve para rechazar tanto el irracionalismo

1. La etiqueta de formalistas se suele poner, con ánimo crítico, a aquellas teorías que sostienen que el razonamiento jurídico está regido por las reglas de la lógica deductiva y a las que defienden, como aquí hacemos, que la decisión judicial debe ser compatible con el tenor “literal” de la norma legal, cuestiones ambas que aquí aceptamos. Pero hay que hacer algunas puntualizaciones. En cuanto al carácter deductivo, hay que repetir una y mil veces que la lógica no es árbitro de la corrección material del razonamiento, que afirmar ese carácter deductivo no equivale a creer, de modo absolutamente ingenuo, que el juez encuentra dadas y acabadas las premisas con las que el fallo debe ser lógicamente compatible. La lógica no elimina los amplios márgenes de libertad decisoria del juez, sólo le veta que los razonamientos con que justifica el uso de esa libertad sean formalmente incorrectos. Que el razonamiento jurídico decisorio tenga un carácter deductivo no significa, en absoluto, que la decisión tenga que seguirse de la norma legal en sus términos estrictos. Significa que el fallo ha de ser conclusión lógica a partir de las premisa o premisas normativas que se establezcan y los hechos dados por probados. Pero esa premisa normativa puede perfectamente ser una norma de justicia o equidad que sustituya o enmiende a la norma legal. Pretender que la decisión sólo es “lógica” si se deduce, sin añadido ni trabajo ninguno, del puro enunciado de la norma legal es un planteamiento logicista ingenuo, y es la equiparación entre tal logicismo deductivista ingenuo y el formalismo ingenuo lo que ha llevado a cuestionar el carácter deductivo del razonamiento. Ninguna regla lógica impone que la premisa normativa del razonamiento tenga que ser una premisa legal. Tal exigencia sería una exigencia del formalismo o de alguna doctrina jurídica similar, no una exigencia de la lógica. En segundo lugar, defender que la decisión del

empirista² como el irracionalismo iusnaturalista³ (tipo realismo “clásico”, à la Villey, D’Ors, etc.).

b) La justificación de las decisiones judiciales ha de hacer uso de métodos o argumentos admisibles. Esta idea de admisibilidad de los métodos implica una toma de postura normativa que ha de ser justificada⁴. Partamos de un ejemplo. Sería posible concebir un método de interpretación teológico (que estableciera que se ha de dar a la norma el significado que esté más en consonancia con la voluntad de Dios) o un método de interpretación estético (que dispusiera que se debe otorgar a la norma el significado que permita a la norma configurarse como más aceptable desde un punto de vista estético). Prácticamente todos estaríamos de acuerdo en que estos dos métodos no son admisibles. ¿Con qué base fundaríamos tal rechazo?. Podríamos argumentarlo así:

- Dichos métodos no son habituales en nuestros días, están al margen de nuestra cultura jurídica, y hasta se oponen a valores fundamentales de la misma (como la diferenciación entre conciencia o gusto individual y patrones de comportamiento colectivo, y como pluralismo de creencias, etc.), aunque pudo no ser así en otro tiempo. Hay ahí, si se quiere, una cierta “fuerza normativa de lo fáctico”.

juez debe ser compatible con el tenor literal de la ley no significa volver al viejo sueño que la ley sea perfectamente clara y unívoca, capaz de determinar por sí misma y sin más el fallo para el caso que bajo ella se subsume. Significa sólo propugnar que el significado que el juez asigne a la norma que interpreta y aplica no sea inventado y desentonante del significado “normal” o técnico-jurídico de sus términos y enunciados, pero reconociendo que los significados posibles, no discordantes, pueden ser plurales, con lo que tampoco aquí se está insinuando que la interpretación no sea necesaria o que no quepan distintas interpretaciones igualmente válidas en lo que a su relación con la semántica de los términos se refiere. Como dice Luzzatti, “el “sentido literal” no es de ningún modo aquel sentido claro y absolutamente unívoco que sería necesario para transformar al juez en una máquina silogística cuyo funcionamiento estuviese exactamente predeterminado” (C. Luzzatti, *La vaghezza delle norme*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 239).

2. Para éstos el peso de los móviles personales del decididor hace la justificación irrelevante en términos de racionalidad (sería irrelevantes, todo lo más, en términos de eficacia retórica), y con ello hasta la validez lógica del razonamiento no es sino parte del encubrimiento de esos móviles, arbitrarios e incontrolables por definición.

3. Para éstos sólo cuenta la validez material de la decisión, resultado de una intuición de lo justo, un sano sentimiento jurídico, la sumisión a un modelo material de ser humano y sociedad dictado por Dios, el Derecho natural, etc., por lo que dicha corrección material anula toda importancia del rigor lógico: por ser lógicamente incorrecto el razonamiento decisorio no perdería su valor racional si da en el clavo de la verdadera justicia.

4. Como dicen MacCormick y Wróblewski, “The practice of offering justifications is one which acknowledges that one’s actions and opinions are a subject of legitimate concern to some others, and that they may be open to challenge or objection. (...) Justification in the practical context plainly presupposes some normative setting. Without standards discriminating between right and wrong in action, there could be no difference between the justified and the unjustified, hence no premises to adduce or oppose in the giving or contesting of justification. The question of justification is therefore open always to the further question: justification by what standards?” (J. Wróblewski, N. MacCormick, “On Justification and Interpretation”, ARSP, Bñf 53, 1994, p. 256). Los que aquí estamos llamando métodos serían standards de justificación.

- Dichos métodos son incompatibles con los presupuestos valorativos básicos del moderno Estado de Derecho, constitucional y democrático y, por lo mismo, incompatibles con el modelo de sistema jurídico-político de tal Estado. No pretendemos sostener la tesis fuerte que en sí sean fuente de injusticia o que encierren valores en sí erróneos, sino que tienen que resultar inaceptables para quien asuma, con el fundamento que se quiera, las reglas del juego jurídico-político vigentes en tal Estado y que se traducen en una cierta concepción mínima de los poderes como controlables y del ordenamiento jurídico como coherente y consistente y al servicio de valores como la igualdad de los ciudadanos, la seguridad jurídica y una justicia de las normas y decisiones que resulte de procesos democráticos compatibles con la libertad individual y el pluralismo.

La admisibilidad de unos u otros métodos tiene que ver con su sustrato valorativo. De los diversos métodos que habitualmente se utilizan (o de los que se quiera proponer, aun no siendo habituales) cabe preguntarse el porqué se entienda que pueden conducir a decisiones correctas. La respuesta remitirá siempre a algún valor que se considera defendible, tanto en su carácter general como en su compatibilidad con los presupuestos que se asume que el ordenamiento jurídico debe cumplir.

Por consiguiente, una teoría de los métodos jurídicos que no se plantee en términos pura y absolutamente descriptivos de la jurisprudencia, no podrá nunca ser totalmente neutral. Una simple enumeración y explicación de los métodos generalmente admitidos, del tipo de la que se suele contener en los manuales y tratados de metodología jurídica, es ya una toma de partido, al menos tácita, en cuanto que consagra y da por buenos ciertos métodos (y su correspondiente sustrato valorativo) propios de una determinada situación o cultura jurídica.

Por eso, una teoría de los métodos que se pretenda completa y coherente ha de mostrarse consciente de tales implicaciones y explicitar en la mayor medida posible sus presupuestos valorativos. En concreto:

-Al seleccionar unos métodos u otros, el tratadista está tácita o explícitamente manifestando dos cosas: un determinado ideal social, en el que el Derecho y su práctica se insertan, y una determinada idea del Derecho.

- Cuando el tratadista expone jerarquías u órdenes de preferencia entre los métodos concurrentes, esas sus opciones valorativas se hacen aun más patentes. La exigencia de fundamentar en la mayor medida posible eso que son opciones, y no puras descripciones, se acrecienta, por tanto.

Por todas estas razones, cualquier doctrina de los métodos jurídicos es necesariamente normativa y parte de una determinada concepción del Derecho y la sociedad.

Se impone, pues, justificar nuestra aproximación al tema: partimos de un planteamiento positivista en lo jurídico y de defensa de los valores del constitucionalismo democrático, por otro. Creemos, además, que lo segundo exige lo primero, pero justificar esto sería tema de otro trabajo. En suma, como métodos admisibles consideraremos aquellos métodos habituales que son compatibles con la idea del Derecho y su aplicación propios del Estado de Derecho, puesto que recogen valores que éste consagra, exige o, al menos, permite.

c) El uso de esos métodos admisibles ha de ser correcto. A la necesidad de corrección lógica del consiguiente razonamiento ya hemos aludido. Aquí nos referimos a otros parámetros de corrección que también son, al menos en buena medida, formales. Concretamente:

- Cada método supone una determinada estructura del razonamiento que lo aplica. En tal estructura hay siempre una premisa normativa de ese razonamiento, y una serie de condiciones que se han de acreditar, en las consiguientes premisas, para mostrar que se dan los requisitos o circunstancias a los que la premisa normativa liga la consecuencia que se pretende imponer. Pues bien, el primer requisito del correcto uso de cada método es el que podemos llamar *requisito de plenitud estructural*: el razonamiento ha de recoger explícitamente todos esos pasos que el método exige. Al fin y al cabo, este requisito no es sino una manifestación de la exigencia de corrección lógica del razonamiento, con el añadido que se han de evitar razonamientos entimemáticos, salvo en cuestiones de absoluta evidencia.

- El segundo requisito lo podemos llamar de *saturación de las premisas*. En la estructura de todo razonamiento aplicativo de un método hay siempre afirmaciones que recogen juicios singulares. Tales afirmaciones pueden versar sobre hechos,

ya sean relativas a hechos lingüísticos, ya a objetos del mundo empírico o a relaciones entre objetos, ya a datos del sistema jurídico, o ya se trate de afirmaciones que califican valorativamente un hecho o acción. El uso correcto de un método significa, en lo que a este requisito se refiere, que se ha de fundamentar y acreditar tales afirmaciones en la mayor medida razonablemente posible. Por tanto, un mal uso de un método se da cuando cualquiera de las premisas, salvo la premisa mayor normativa⁵, se afirma dogmáticamente, sin aducir prueba o argumento razonable de apoyo.

Lo anterior puede llevarnos a entender que nos planteamos una cadena al infinito de justificación de las justificaciones. Obviamente, tal exigencia es absurdo que se plantee para la justificación de la decisión judicial y de las razones o subdecisiones en que se apoye. Pero trazar un límite preciso es imposible. Por eso hemos hablado de “la mayor medida razonablemente posible”. ¿Cuál sería una justificación razonablemente suficiente?. Aquella que aporte datos, indicios o razones bastantes como para poder pensar que quien argumenta realmente se esfuerza en que su argumentación pueda resultar admisible para cualquier interlocutor suficientemente formado e informado, de modo que éste pueda discrepar en la verdad u oportunidad de tales datos, indicios o razones, pero no afirmar tajantemente y sin fundamento que el otro no ha fundado mínimamente su afirmación. Con esto estamos asumiendo una de las aportaciones más positivas de las teorías de la argumentación.

iii) ¿Estamos con todo esto y sin más dando por buena la distinción entre justificación interna y justificación externa⁶, tal como suele emplearse en las teorías de la argumentación jurídica?. La respuesta debe ser matizada. Con nuestra propuesta admitimos, efectivamente, que el razonamiento judicial ha de ser lógicamente correcto (justificación interna), y que la corrección lógica no basta como parámetro de corrección de la decisión, y que, por tanto, hay que aportar razones sustanciales fundamentadas. Aceptamos también que esas razones deberán justificarse de modo diverso según que sean empíricas, jurídico-positivas, lingüísticas, morales, políticas, etc. Pero ya hemos dicho que nuestro enfoque sigue siendo en buena medida formal. Lo que no afirmamos es que exista procedimiento ninguno para ponderar objetivamente entre esas razones suficientemente fundamentadas. Esa

5. La justificación de ésta se opera a otro nivel, en el plano de la admisibilidad general de cada método, a que antes nos referimos.

6. Sobre la imprecisión y los problemas de esa distinción vid. recientemente, C. Redondo, “La justificación de decisiones judiciales”, *Isegoría*, 21, 1999, pp. 149-150.

es la parte de las teorías normativas de la argumentación jurídica con la que nuestro planteamiento no se compromete. No pensamos que quepa utilizar como parámetro mínimamente eficiente al respecto ni la hipótesis de un consenso idealmente racional, al modo de Alexy, ni un consenso fáctico correctamente alcanzado en el seno de una determinada cultura jurídica, al estilo de Aarnio, ni un “sentido de la adecuación” a la manera de Günther y Habermas, etc. Podríamos, pues, sintetizar diciendo que la justificación externa es necesaria, que la justificación externa ha de ser una justificación suficientemente desarrollada, pero que en todo lo que dicha justificación contenga valoraciones coherentemente defendidas no es posible dirimir su mayor o menor racionalidad. La discutibilidad es ineliminable de la justificación externa.

Más precisamente. Los juicios de valor concurren en la práctica judicial decisoria en múltiples momentos, suficientemente conocidos. Mencionemos ahora solamente los que tienen que ver con los momentos que hasta aquí hemos mencionado y que interesan para nuestro tema:

- Al elegir unos métodos u otros. Ya hemos dicho que tal elección está en función de la concepción de la sociedad y el Derecho que se profese. La exigencia “formal” que aquí rige es que el juez sea coherente con los presupuestos que asume al ser juez y serlo de un determinado sistema jurídico regido por ciertos valores jurídico-morales y jurídico-políticos.

- Al dar prioridad en cada caso a un método u otro de esos que son congruentes con tales presupuestos. Aquí el elemento de preferencia personal, dentro de esos límites y sentadas las exigencias antes aludidas es ineliminable. La exigencia “formal” de coherencia aquí se traduce únicamente en que tal preferencia caso por caso se pueda articular como aplicación de un orden de preferencia sentado con carácter general, sea el que sea.

- Al aplicar cada método el juez también realiza opciones valorativas. Por ejemplo, estimar que los datos que posee y muestra acreditan suficientemente que la voluntad del legislador era una u otra, o que el parecido entre el hecho normado y aquel no normado que se resuelve analógicamente es suficientemente relevante, etc. Podemos, como aquí se propugna, pedir que se maximice el rigor en la apreciación de la cantidad y calidad de los respectivos datos, pero también es aquí ineludible el elemento personal.

En suma, propugnamos como patrón de corrección o racionalidad de la decisión una justificación externa suficiente, sin

pretender que pueda existir nada parecido a un criterio de perfecta racionalidad material u objetiva de las valoraciones. Pero no por esto nos parece nuestro planteamiento modesto, pues se propugnan suficientes elementos de control de racionalidad.

iv) Por último, entendemos que lo que da sentido a una teoría normativa de los métodos o argumentos jurídicos, como la que aquí se propone, es el que pueda servir como herramienta de análisis crítico de las sentencias judiciales. Si queremos que tal análisis sea algo más que la habitual expresión de discrepancias o coincidencias ideológicas, debemos contar con conceptos metodológicos suficientemente desarrollados y precisos, a los fines que pueda estar claro en qué diferenciamos el juicio de corrección o incorrección de una sentencia del juicio de acuerdo o desacuerdo con su contenido material.

2. Herramientas conceptuales.

Así delimitado nuestro objeto y nuestro enfoque del mismo, pretendemos haber dejado claro que queremos poner las bases de una teoría de los métodos jurídicos, fuertemente inspirada en muchos de los planteamientos de las teorías de la argumentación jurídica pero que no participa de la noción fuerte de racionalidad práctica que algunas de las más representativas de esas teorías aplican.

Lo que a continuación se impone es sentar un adecuado instrumental conceptual. Nos ocuparemos solamente de los métodos o argumentos dirigidos al tratamiento de la premisa normativa del razonamiento jurídico decisorio. Es decir, no trataremos de los problemas, métodos o argumentos que se usan para configurar y fundamentar la premisa fáctica. Y en este trabajo aludiremos sólo a los métodos interpretativos.

Trataremos, pues, de los métodos o argumentos de que los jueces se valen para dotar de contenido a la premisa normativa con la que van a calificar los hechos que enjuician y a asignarles unas u otras consecuencias jurídicas. Comencemos por aclarar en qué sentido hablamos de métodos o argumentos, para después clasificarlos, empezando por la distinción más elemental entre argumentos interpretativos y creativos.

Con el término “método” se suelen designar cosas distintas en la literatura sobre estas materias. Por un lado, se suele denominar con este término a ciertas pautas, etiquetas o tópicos. Así se dice por ejemplo que los métodos interpretativos que propuso Savigny son el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. De esta forma, con

“métodos” se alude a ciertas sedes o “lugares” donde el intérprete va a hallar referencias o argumentos útiles o convenientes para su labor (la voluntad del legislador, la historia del precepto, etc.). En otras ocasiones al hablar de “métodos” se está haciendo referencia a determinadas fórmulas normativas, cuya función es encauzar la elección por el intérprete de la que será la premisa mayor de su razonamiento interpretativo. Por ejemplo, cuando se dice que la norma deberá interpretarse dándole aquel significado que se corresponda con y permita alcanzar el fin que el legislador pretendió con ella y que en tal consiste el método teleológico-subjetivo. Pero a esta segunda noción se le puede dar un alcance más amplio, entendiendo que “método” (interpretativo en este caso) significa una guía o pauta de corrección del razonamiento interpretativo que acaba en una decisión interpretativa justificada. Desde este punto de vista, el método teleológico-subjetivo no se limitaría a decir que hay que atender al fin que el legislador quiso para la norma, sino que daría también pautas para el razonamiento que aplica ese mandato metodológico, estableciendo cosas tales como dónde y cómo puede acreditarse esa voluntad. La función de guía o indicador del razonamiento que el método posee se maximiza con esta última noción. Es decir, con ella se atiende también al desarrollo argumentativo de aplicación de aquella regla metódica. Aquí adoptaremos esa perspectiva.

Para la teoría de la argumentación jurídica estos métodos son argumentos que necesitan, a su vez, ser argumentados, es decir, aplicados justificando argumentativamente los distintos pasos de tal aplicación. Por tanto, hablar de método en este sentido es hacer referencia a un procedimiento complejo, a un razonamiento con distintos pasos o etapas.

Así concebido, todo método posee:

- Una fórmula normativa que funciona como premisa normativa del razonamiento argumentativo, el cual es un razonamiento de aplicación de esa regla la fórmula normativa que se expresa. Por ejemplo, la fórmula normativa del método teleológico-subjetivo podría rezar así: las normas deben interpretarse atribuyéndoles el significado que permita alcanzar el fin que para ellas quiso el legislador.

- Una estructura mínima de razonamiento aplicativo, en la cual, junto la premisa mayor, formada por la fórmula normativa, hay siempre al menos un enunciado descriptivo (premis menor) y termina en una conclusión, que es un juicio individual. Veámoslo de nuevo con la forma más simplificada del razonamiento aplicativo del método teleológico-subjetivo:

P1: Las normas deben interpretarse atribuyéndoles el significado que permita alcanzar el fin que para ellas quiso el legislador.

P2: Para la norma N su autor quiso el significado S.

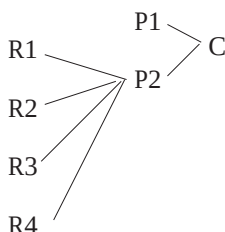
C: La norma N significa (debe entenderse como significando)

S.

- Las premisas de ese razonamiento deben estar y ser suficientemente justificadas si la aplicación del método se pretende que lleve a un resultado correcto:

P1, la fórmula normativa, no necesita justificación expresa, pues la tiene presupuesta en razón de su habitualidad y su carácter generalmente admitido, ligado a su sustrato valorativo. Se trata de tópicos. Esto no quiere decir que tales fórmulas no puedan discutirse, sino que su discusión, cuando se utilizan métodos generalmente aceptados y consolidados, tiene lugar en una etapa distinta y anterior, en términos jurídico-políticos.

La clave de la correcta aplicación del método está en la justificación de P2 (y en su caso P3...Pn). Por tanto, el razonamiento aplicativo correcto de un método ha de contener también una justificación suficiente de P2...Pn⁷.



Según el método de que se trate, el razonamiento aplicativo será más o menos complejo, por ser más o menos compleja la justificación de P2...Pn que se requiere.

P2 puede consistir en:

- Una afirmación de hechos, que pueden ser, a su vez:

7. Véase, por ejemplo, A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York, Springer, 1983, pp. 104ss.

- Hechos lingüísticos: justificación empírica, incluyendo en ella cosas tales como el invocar una definición contenida en un diccionario.
- Hechos históricos: justificación histórica: basada en la aportación e interpretación de datos históricos.
- Hechos prospectivos (futuros): justificación probabilística (Ej.: el argumento consecuencialista presente en el método teleológico-objetivo).
- Hechos normativos: justificación normativa: hay en el ordenamiento una norma válida que dice “x”.
- Etc.

- Una proposición valorativa (Ej.: que tal cosa se corresponde con la equidad, con la justicia, que tal consecuencia o estado de cosas es preferible a tal otro...). La justificación mínima requerida consistirá aquí en explicitar el orden o sistema de valores del que tal proposición se sigue o es concreción, mostrando, además, que tal sistema de valores es coherente con los presupuestos del sistema jurídico-político (Dworkin). Ej.: es preferible por más justa la interpretación no racista de n el racismo es malo teoría moral que sustente la igualdad de razas derecho fundamental del sistema...

Sentado lo anterior, debemos ahora poner a prueba nuestro enfoque mediante el análisis de los métodos. Nos queda añadir alguna puntualización.

Aquí analizaremos sólo los métodos interpretativos, no los creativos. Para justificar la selección que con esa base hacemos de los métodos que consideramos interpretativos, es necesario explicitar brevemente cuál es la pauta de distinción que usamos entre tales métodos y los creativos. Partimos de que interpretar es establecer cuál es el significado de un término o enunciado normativo, lo cual supone dos operaciones. Por un lado, averiguar lo que ese término significa con arreglo ya sea al uso lingüístico actual o ya sea en consonancia con la intención de su emisor, el legislador en este caso. Esa averiguación puede poner de relieve que dicho significado es plural (ambigüedad) o falta de certeza en cuanto a su exacta referencia (vaguedad). En ese caso tiene que acontecer la segunda operación de la interpretación, consistente en optar por uno de esos significados o precisar la referencia (normalmente a la luz del caso, estableciendo si dicho caso cae o no bajo los términos de la misma). Métodos interpretativos son los que sirven a ese objetivo que es la interpretación. Métodos creativos son los que se utilizan para justificar la creación de una norma nueva, con un determinado contenido. Norma nueva es aquella cuyo contenido no se corresponde con ninguna de las interpretaciones posibles de una norma preexistente. Y llamamos

interpretaciones posibles a aquellas atribuciones de significado a una norma que no van más allá del límite trazado por cualquiera de esas dos reglas de la semántica jurídica, es decir, la que dice que un término legal no puede significar nada distinto de lo marcado por el uso habitual del mismo o por la intención del legislador. Como veremos, esta última disyuntiva se resuelve según sea la doctrina interpretativa de la que se parta.

En segundo lugar, una teoría normativa de los métodos (interpretativos en este caso), como esta que pretendemos y en los términos que antes se expusieron, tiene que procurar una caracterización rigurosa de cada uno de ellos y, a partir de ahí, una adecuada clasificación en razón del modo en que operan, la función que cumplen y la manera en que se interrelacionan. Sólo así se podrá establecer con un mínimo rigor las exigencias de uso racional (esto es, suficientemente justificado de cada uno). Y sólo así evitaremos uno de los mayores defectos de las exposiciones al uso, que no pasan de asemejarse a puras enumeraciones de tópicos, sin mayor exigencia, tópicos perfectamente intercambiables y que aparentemente juegan del mismo modo y cumplen la misma función.

Por tales razones, nos parece importante distinguir entre criterios y reglas de la interpretación. Llamamos reglas de interpretación a aquellas reglas o pautas de la interpretación que o bien determinan cómo elegir entre interpretaciones posibles respaldadas por argumentos interpretativos, o bien prohíben las interpretaciones que lleven a ciertos resultados. En cambio, los criterios interpretativos son aquellos que establecen a qué ha de atenderse o qué debe tomar en consideración el intérprete para asignar positivamente significado a los enunciados normativos. Esta diferenciación se puede también ilustrar así: no es lo mismo decirle al intérprete que ha de tomar como referencia para la asignación del significado la voluntad del legislador o el fin de la norma, que decirle que no debe aplicar un significado que haga aparecer una antinomia. En este último caso no se le indica cómo puede positivamente hallar o establecer un significado, sino que se le veta un significado, sea cual sea el criterio mediante el que haya llegado a él.

En segundo lugar, diferenciaremos métodos positivos y métodos negativos. Los primeros sostienen decisiones interpretativas admisibles. Los segundos excluyen, por inadmisibles en ciertos casos, decisiones interpretativas que normalmente son admisibles.

Utilizaremos también la noción de doctrina metodológica. Llamamos doctrinas a las concepciones generales acerca de los fines, funciones y pautas de la aplicación del Derecho. Dichas doctrinas se basan en consideraciones jurídico-morales y jurídico-políticas y en una

determinada concepción del Derecho y su papel. Simplificando, y sólo a título ejemplificador, podemos decir que hay una doctrina metodológica positivista y una doctrina metodológica iusmoralista o antipositivista, cada una de las cuales puede tener distintas variantes. En cada doctrina metodológica se contendrán apreciaciones específicas sobre la decisión judicial correcta, los métodos admisibles como justificación de la misma y, especialmente, la interrelación y jerarquía entre esos métodos. Una diferencia crucial entre las doctrinas positivistas y antipositivistas versa siempre sobre la medida en que el tenor de la norma legal limita la decisión justificada del juez.

La doctrina que asumimos es una doctrina metodológica positivista, que también podríamos llamar doctrina formalista no ingenua.

Por último, aclaramos que al exponer los métodos recurriremos a la formalización lógica del razonamiento aplicativo de los mismos, pues tal formalización es especialmente útil para poner de relieve qué premisas deben concurrir para la corrección de tal razonamiento y, sobre todos, cuáles precisan de una especial carga argumentativa de justificación.

A continuación haremos referencia a los distintos métodos interpretativos.

3. Los métodos y las exigencias mínimas de racionalidad o corrección del razonamiento que los aplica.

3. 1. Método de interpretación literal.

El llamado método de interpretación literal o gramatical se puede definir como aquel que lleva a asignar a los términos legales el significado que les es propio en cuanto términos o expresiones lingüísticas. Pero al hablar así hemos utilizado ya una idea problemática, la que los términos o expresiones tienen un significado propio. Hay autores muy destacados, como Guastini, que discuten que quepa hablar de un significado propio de las palabras. Hay que comenzar por aclarar este asunto. Si al hablar de “significado propio” se pretende tomar partido por una doctrina de las tradicionalmente llamadas realistas, es decir, de aquellas que afirman que existen los universales, que el significado de cada término se corresponde con un contenido necesario, idealmente prefigurado y que antecede a toda práctica lingüística, a toda actividad de los hablantes, estamos, efectivamente ante una tesis muy cuestionable. Pero también resultará sumamente problemático sostener que las palabras no significan nada antes o al margen del sentido que quiera darles o efectivamente les dé el receptor de las

mismas. Si esto fuera así, no cabría que nos entendiéramos cuando hablamos y el lenguaje no podría cumplir su función primaria de vehículo de coordinación de nuestras acciones intersubjetivas. Por eso nos parece más exacto concebir que en cada época o momento histórico y en el contexto de una determinada lengua hablada en un determinado ámbito geográfico, las palabras poseen un significado, que viene dado por el uso social o grupal.

El lenguaje del Derecho se compone básicamente de palabras del lenguaje social ordinario, y en esa medida su significado es dependiente del uso social. Pero también se contienen en las normas jurídicas términos técnicos. Ese carácter técnico de ciertos términos que aparecen en el lenguaje legal puede consistir o bien en que algunas palabras del lenguaje social usual cobren un significado propio y específico entre los juristas; o bien en que ciertos términos sean propios y exclusivos de ese lenguaje jurídico. En cualquiera de los dos casos, la pauta de su significado la da el uso, si bien se tratará entonces del uso grupal, del que se hace entre los juristas, que prevalece y se impone frente al uso social general cuando se trata de términos del primer tipo que hemos mencionado. Es más, estos términos técnicos acreditan aun en mayor medida que es el uso el criterio dirimente del significado, pues la compulsión que cualquier jurista usuario de esos términos tiene de utilizarlos en ese su sentido específicamente jurídico, tal como son entendidos entre quienes cultivan el Derecho, es aun mayor.

Por tanto, en una primera aproximación, que luego tendremos que matizar, la pauta interpretativa que este método establece se podría plantear así: asígnese a los términos legales el significado que se derive de su uso. Podríamos formalizar así esta fórmula, siendo T un texto legal y W el uso lingüístico:

(x) Tx OWx

El razonamiento aplicativo de este método, tendría la siguiente estructura formal:

(1)	(x)	Tx	OWx
(2)		Th	
(3)		Wh	Sh
(4) OSh			

Su lectura sería:

(1) Para todo término lingüístico x, si x es un término de un texto

legal T, entonces se debe dar a x su significado con arreglo al uso lingüístico establecido (W).

(2) h es un término de un texto legal T.

(3) El significado con arreglo al uso lingüístico establecido (W) del término h es Sh.

(4) Obligatorio Sh.

Es de sobra sabido que afirmar que los términos de nuestro lenguaje, ordinario y jurídico, reciben su significado del uso, no implica en modo alguno sostener que ese significado sea unívoco y preciso. Puede ocurrir que el término sea ambiguo. O, casi siempre, que sea vago. Normalmente el problema de la ambigüedad se resuelve con la pura lectura contextualizada del término. Por el momento concentrémonos en la cuestión de la vaguedad, tema suficientemente conocido que aquí no vamos a explicar, sino sólo a mostrar en sus implicaciones para este método.

Puede ocurrir que el término que es objeto de la interpretación sea, con arreglo al uso, excepcionalmente, perfectamente unívoco y preciso, único, que carezca de toda ambigüedad o vaguedad. En ese caso, que sería en realidad el que está reproduciendo la formalización anterior, lo que este método está prescribiendo es que el aplicador de la norma le asigne ese significado y ningún otro. Conforme a lo que ya hemos explicado al trazar la delimitación entre interpretación y creación de normas, si el aplicador le otorga cualquier otro significado estaría creando una norma nueva, que sustituye al enunciado normativo supuestamente interpretado. Pero ya hemos dicho que tal ausencia completa de vaguedad es un supuesto excepcional, aunque no inexistente (pensemos por ejemplo en que la norma contenga un nombre propio).

¿Pero qué ocurre cuando el término legal interpretado adolece de vaguedad?. Sabemos que tal fenómeno implica que la referencia del término se torna imprecisa. Se suele comúnmente describir esta situación, tal como lo hicieron magistralmente Hart o Carrió, diciendo que en tal caso hay objetos que claramente caen bajo la referencia del término, y que encajan por tanto en lo que se llama su núcleo de significado, objetos que caen fuera de toda posible referencia del término, que estarían en la zona exterior, y objetos de los que es dudoso si caen o no bajo la referencia de la norma, que son los que se sitúan en la zona de penumbra. En tales casos y conforme al criterio que hemos establecido, diremos que toda asignación de significado que suponga no aplicar el término a un objeto que caiga en su núcleo de significado, o aplicarlo a un objeto que caiga en la zona exterior, no será interpretación, sino creación de una norma nueva que suplanta a la anterior para ese caso que se decide. En cambio, respecto de los objetos que estén en la zona de penumbra, se podrá verdaderamente

interpretar, ya extendiendo a ellos la referencia del término, ya sustrayéndolos de tal referencia. En tal caso se hace, respectivamente, lo que se conoce como interpretación extensiva o restrictiva. Por tanto, en esos casos se decide asignar un significado u otro al término, de modo que abarque más o menos objetos. ¿Qué tiene que decir al respecto el método de interpretación literal?. Se limitaría a establecer que se puede asignar cualquiera de esos significados, pero sólo esos.

Esta situación la podríamos representar formalmente así:

- (1) (x) Tx OWx
- (2) Th
- (3) Wh S¹h, S²h, S³h...Sⁿh
- (4) O (S¹h v S²h v S³h v...Sⁿh)

Si entendemos que este método impone que el significado que se otorgue a un término sea un significado acorde con el uso, y sólo un significado acorde con el uso, está prescribiendo que se elija uno de tales significados (S¹h, S²h, S³h...Sⁿh) y excluyendo que se opte por cualquier otro significado Sⁿ⁺¹h.

Lo que este método no resuelve es cuál ha de ser la elección entre esos significados posibles con arreglo al uso. Por eso se suele decir que el método de interpretación literal fundamenta la decisión interpretativa cuando el término que se interpreta carece de vaguedad (y ambigüedad), pero en los restantes casos sirve sólo para circunscribir el marco de las interpretaciones posibles, para delimitar lo que propiamente será interpretación de ese término, pero no para atribuirle un determinado significado. En tal ocasión la decisión interpretativa tendrá que basarse en alguno de los otros métodos interpretativos, métodos que habrán sido habilitados por el de interpretación literal⁸.

Este método funciona como método autónomo, es decir, que se basta para sostener una decisión interpretativa que se pretende correcta y suficientemente fundamentada, cuando lleva a constatar el carácter no vago ni ambiguo de un término. En las demás ocasiones funcionará unido a otros métodos para justificar la decisión interpretativa. Entonces el método literal y aquél o aquéllos que se usen a dicho efecto serán complementarios, funcionando el literal como habilitador y el/los otro(s) como dirimente(s).

8. Todo esto es sobradamente conocido. Dice por ejemplo Larenz: "el sentido literal inferible del uso general del lenguaje o, siempre que exista, del uso especial del lenguaje de la ley o del uso del lenguaje jurídico general, sirve a la interpretación, en primer lugar, como primera orientación; en segundo lugar señala, en cuanto posible sentido literal -bien sea según el uso del lenguaje de entonces, bien según el actual- el límite de la interpretación propiamente dicha. En cierto modo amojona el campo en el que se lleva a cabo la ulterior actividad del intérprete" (K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 320).

Pero hasta aquí estamos tratando un supuesto un tanto forzado e inexacto, como es el que la actividad interpretativa se concentre en el análisis aislado de un término. En un término puede radicar la dificultad interpretativa de un enunciado legal, pero la interpretación será siempre de ese enunciado, que es al que en conjunto se ha de dar sentido, en tanto que se trata de establecer el contenido de una norma, y, además, la dificultad interpretativa que un término plantee será siempre por relación a y en cuanto parte de ese enunciado que lo contiene. Por tal razón, una definición más exacta de este método diría que es aquel que lleva a asignar a los términos legales el significado que les es propio en cuantos términos o expresiones lingüísticas y con arreglo al significado de los demás términos y expresiones del enunciado del que forman parte. De este modo, la llamada interpretación sintáctica sería parte también de la aplicación de este método, lo que no cabría si el método fuera aplicable a la interpretación aislada de términos. No vamos a extendernos aquí más sobre ese particular, bien conocido también.

Hemos dicho que entre los métodos diferenciamos, en razón de su función y modo de operar, reglas y criterios⁹. La cuestión ahora es si este método de interpretación literal es una regla o un criterio. Que se lo considere uno u otro dependerá de la doctrina de la interpretación que se maneje, con su consiguiente fundamento jurídico-político. Quienes no ven razón de peso para el respeto al significado “literal”, en el sentido en que aquí venimos hablando, es decir, como respeto al límite de los significados posibles con arreglo al uso, y por tanto aceptan que se llame interpretación a la asignación de cualquier otro significado, respaldado por cualquier otro método, ponen el método literal al mismo nivel que los otros, sin limitarlos en modo alguno ni prevalecer sobre ellos. Bajo este punto de vista, estaríamos ante un criterio¹⁰, lo que significa que no se prescribe al intérprete asignar el significado acorde con el uso, sino que se le permite, se le ofrece esa posibilidad entre las diversas admisibles (asignar un significado con arreglo al uso, asignarlo con arreglo al fin -sin límite en el uso-, etc.).

En cambio, con la doctrina de la interpretación que estamos defendiendo y que subyace a nuestros planteamientos, con el método de interpretación literal estaríamos ante una regla, regla que prescribe que se dé a los enunciados legales sólo aquel o aquellos significados que sean compatibles con el uso lingüístico establecido, lo cual, a su

9. Recordemos. Los criterios permiten asignar un significado; es decir, convierten ese significado en admisible, pero no lo imponen como el único admisible. Las reglas imponen (reglas positivas) o proscriben (reglas negativas) un determinado resultado interpretativo, una determinada asignación de significado basada en alguno de los criterios.

10. La formalización cambiarse, utilizando P por “permitido”: (x) Tx PWx. Pero en este momento vamos a dejar de lado esta posibilidad, quizá más conveniente y exacta.

vez, quiere decir que se excluye que cualquier otro método pueda servir como justificación de la atribución de un significado diferente. Así, este método sería una regla de interpretación que regula la actividad interpretativa estableciendo cuando los otros métodos pueden utilizarse para justificar una decisión interpretativa y cuales son las decisiones interpretativas justificadas con esos otros métodos que resultan admisibles (las compatibles con el significado “literal”). El método de interpretación literal funciona como regla positiva cuando sienta que el significado del término interpretado no es ambiguo ni vago y como regla negativa en los demás casos, vetando toda asignación de significado que no sea compatible con el tenor “literal”.

La afirmación del carácter de regla que poseería el método literal, choca con una constatación fácil de realizar: a menudo se considera y todos, hasta quienes defendemos este modo de operar de este método, admitimos, que puede estar plenamente justificado que en ciertos casos se haga una excepción a la aplicación “literal” de la ley; es decir, que la consecuencia prevista en la norma legal no se aplique a un objeto que cae sin duda bajo la referencia (con arreglo al uso) de los términos del supuesto de hecho de la norma. Por ejemplo, cuando tal aplicación dé lugar a resultados que generalmente serían considerados absurdos. Así, para justificar tal excepción, funciona el método o argumento de reducción al absurdo. ¿Cómo integrar este dato?

La respuesta sería que estamos ante el juego de dos reglas. La regla de interpretación literal prevalecería sobre cualquier criterio, pero puede estar limitada por otra regla.

Dejemos para más adelante la cuestión de cuántas y cuáles son las reglas que pueden interactuar con la de interpretación literal. Centrémonos por el momento únicamente en la que hemos mencionado, la regla del argumento ad absurdum (argumento apagógico), que, en cuanto regla interpretativa, se podría definir así: se debe evitar toda asignación a una norma de un significado que lleve a consecuencias absurdas en la práctica¹¹:

$$(x) (Sx \supset K) \supset O \neg Sx$$

Donde K está por producción de consecuencia absurda.

11. Bajo esta fórmula y ese género de reducción al absurdo encajarían argumentos como el de reducción teleológica, naturaleza de las cosas, evidencia, etc.

También podríamos representarlo así¹²:

$$(x) PSx \quad \neg(Sx \quad K)$$

¿Cómo se relacionan las dos reglas, la de interpretación literal y la de prohibición de resultados absurdos?. La segunda se incorpora a la primera excepcionándola¹³:

$$(x) (Tx \quad OWx) \quad (Wx \quad \neg K)$$

También se puede representar así: $(x) (Tx \quad \neg(Wx \quad K) \quad OWx)$

Así pues, vemos que una enunciación completa del método de interpretación literal como pauta de interpretación diría: se ha de asignar a los términos legales el significado que derive del uso lingüístico, salvo que dicho significado conduzca a consecuencias absurdas¹⁴.

La situación puede ser diferente según que, tal como antes hemos diferenciado, estemos ante términos vagos, que conforme al método literal puedan recibir varios significados, o frente a términos unívocos. En este último caso, la regla de interdicción del absurdo predominaría y estaríamos ante una excepción justificada al respeto al “tenor literal”¹⁵. Vemos ahí la regla de evitación del absurdo operando

12. Vemos que esta regla funciona con carácter general, frente al resultado de cualquier método interpretativo (o creativo).

13. Precisamente una ventaja de tener clara la diferencia entre reglas y criterios consiste en poder tasar las excepciones, es decir, en delimitar qué métodos o argumentos tienen que dominar sobre otros y cuáles pueden excepcionar a otros, con lo que se evita situar a todos los métodos al mismo nivel y como perfectamente intercambiables, con lo que todo resultado interpretativo sería igualmente válido con tal que se encontrara un método que lo sustentara. La pauta es: las reglas pueden limitar o excepcionar a los criterios, no a la inversa. Y las reglas pueden limitarse o excepcionarse entre sí.

14. Una importante cuestión teórica es la de cómo puede integrar esta regla una doctrina metodológica positivista, que en general objeta a que cualquier consideración valorativa pueda servir como justificación para enmendar el mandato legislativo. La respuesta sería que también el positivismo tiene que postular para el Derecho, en este caso el derecho legislado, unas mínimas condiciones de racionalidad. O, dicho de otra forma, que tiene que operar con ciertos presupuestos de racionalidad del legislador, ligados a la idea de legitimación de éste que sirve de base precisamente al postulado que se ha de respetar prioritariamente su voluntad. Así, del mismo modo que habrá que presuponer su voluntad de coherencia, habrá que presuponer también su racionalidad mínima, consistente en que no puede ser su propósito emitir mandatos absolutamente absurdos y contraintuitivos. En realidad, la diferencia entre las doctrinas metodológicas positivistas y antipositivistas no estriba en que las primeras hagan abstracción de toda consideración valorativa, sino que es una diferencia de grado: el tipo y la cantidad de valores que según unas y otras pueden legítimamente determinar la aplicación judicial del Derecho.

15. Un ejemplo. Una norma legal dice: “El esposo X deberá depositar mensualmente 100 dólares, destinados a pagar pensión de alimentos a Y”. Y resulta que “Y” no es el nombre de la esposa de X, sino de otra persona, y la esposa de X se llama Z. Y que la razón de ser de esa obligación que la norma establece es el pago de alimentos a la esposa, y sólo a la esposa. En ese caso podría pensarse que es el fin de la norma lo que dirime frente a la pura lectura “literal”. Pero ese fin sirve como dato justificatorio de la conclusión que es absurdo entender que X debe pagar a Y y no a Z.

como habilitadora del juego de los métodos creativos.

Cuando por ser vago el término interpretado las interpretaciones admisibles son varias, la regla de evitación del absurdo opera eliminando una de las interpretaciones posibles con arreglo al uso:

$$\begin{array}{l}
 (1) (x) (Tx \rightarrow (Wx \vee K) \vee OWx) \\
 (2) Th \\
 (3) Wh, S^1h, S^2h, S^3h \\
 (4) S^3h \rightarrow K \\
 \hline
 (4) O(S^1h \vee S^2h)
 \end{array}$$

En este supuesto las interpretaciones admisibles serían sólo las dos señaladas en (4). En cambio, si las interpretaciones posibles con arreglo al método literal son sólo dos, la eliminación de una por causa de sus consecuencias absurdas implica que se debe imponer necesariamente la otra, y no queda lugar para el juego de otros criterios interpretativos.

$$\begin{array}{l}
 (1) (x) (Tx \rightarrow (Wx \vee K) \vee OWx) \\
 (2) Th \\
 (3) Wh, S^1h, S^2h \\
 (4) S^2h \rightarrow K \\
 \hline
 (4) OS^1h
 \end{array}$$

Otra regla que prevalece sobre la regla de interpretación literal es la que entra en juego cuando del término interpretado existe una definición legal, pues en tal caso no es el uso el que determina el significado, sino esa definición: $(x) (Tx \rightarrow Lx) \rightarrow OLx$. Es un ejemplo de jerarquía entre las reglas. Ya hemos visto dos reglas que prevalecen sobre la regla literal.

Hemos caracterizado la interpretación literal como aquella que asigna significado a partir del uso actualmente establecido de los términos legales. Pero con ese elemento de actualidad estamos optando por una determinada doctrina interpretativa, aquella que tiene su contraria en la que afirma que el significado que debe asignarse es o bien el que estaba vigente (en uso) en el momento en que el legislador creó la norma, o bien el que el legislador quiso darle a la norma¹⁶.

16. Serían dos variantes posibles de una doctrina metodológica positivista.

Pero con cualquiera de estas dos variantes de esta segunda doctrina apenas cambia nada de lo que hemos dicho. Son eso, dos doctrinas, dos concepciones de base acerca de lo que debe ser la interpretación, dependientes de fundamentos jurídico-políticos distintos. La doctrina del uso actual (que podemos llamar literal-actual), la del uso histórico (que podemos llamar literal-histórica) y la de la voluntad de significado del legislador (que, siguiendo terminología establecida, podemos denominar subjetiva-semántica), compiten entre sí. Los métodos que proponen, en tanto funcionen como reglas, son alternativos y excluyentes. Pero cada una de esas doctrinas podrá sentar la regla que la representa y tomar los otros métodos ya no como reglas, sino como criterios. Así, para la doctrina que nosotros defendemos (la literal-actual), el método literal, basado en el uso actual, es la regla básica que se impone frente a los demás métodos-criterios. Pero el método subjetivo-semántico puede operar como criterio, en cuyo caso sería uno más de los que se pueden emplear para justificar una decisión interpretativa de asignación de uno de los significados posibles con arreglo al tenor “literal” cuando se trate de términos vagos o ambiguos. Lo que el método subjetivo semántico no podrá hacer será excepcionar al literal-actual. Y lo mismo ocurriría, a la inversa, si se defendiera la doctrina subjetivo-semántica y en aplicación de la correspondiente regla metódica se estableciera que no está claro cuál de varios significados quiso el legislador dar a sus palabras.

El esquema de uno y otro método es idéntico, como vamos a mostrar a continuación. Los que cambiarán serán los argumentos con que en el correspondiente razonamiento hayan de justificarse las concretas atribuciones de significado y, con ello, podrán variar los métodos que funcionen como auxiliares. Así, el método subjetivo-semántico podrá tener como auxiliar al método histórico, mientras que el literal-actual podrá justificar su aserto interpretativo echando mano de cosas tales como un diccionario del uso actual de la lengua.

En suma, las dos interpretaciones que estamos mencionando serían variantes de un mismo esquema, que podemos llamar de interpretación semántica. Esto se traduce en el isomorfismo con la forma del argumento literal que se expresa en la siguiente formalización del método subjetivo-semántico como regla¹⁷:

17. Si ese método se concibe como criterio, tal como antes hemos mencionado que puede hacerse, su forma sería:

(1)	(x) Tx	PVx
(2)		Th
(3)		Vh Sh
(4)		PSh

(1)	(x) Tx OVx
(2)	Th
(3)	Vh S
(4)	OS

Lectura:

(1) Para todo término lingüístico x, si x es un término de un texto legal T, entonces es obligatorio dar a x el significado que para ese término quiso el autor del texto (V).

(2) h es un término del texto legal T.

(3) El significado que para h quiso el autor del texto es el significado S.

(4) Obligatorio el significado S.

Hasta aquí nos hemos dedicado solamente a mostrar el estatuto que estos métodos de los que venimos hablando pueden poseer, en función de la doctrina de la interpretación que los conciba, y de la forma que adoptará el razonamiento de su aplicación. Pero en el planteamiento del trabajo hemos dicho que se ha de mostrar una condición adicional del uso racional de los métodos, como es la adecuada justificación de las premisas que componen ese razonamiento. Veamos ahora este punto respecto de los métodos de los que anteriormente hemos tratado.

3.2. Método teleológico.

Este método, posiblemente el más frecuentemente invocado en la jurisprudencia actual, se puede caracterizar de modo sencillo diciendo que propugna que al enunciado legal interpretado se le dé un significado que permita que la norma alcance, en el caso, su finalidad. La clave de la aplicación de este método estará, por tanto, en el establecimiento de la finalidad de la norma, dato desde el cual se justificará la decisión subsiguiente de incluir o no el caso que se enjuicie bajo la referencia de su supuesto de hecho.

Dos son las pautas que en la metodología jurídica compiten a la hora de dirigir esa asignación de un fin a la norma que se interpreta. Se corresponden con las llamadas interpretación subjetiva y objetiva. La primera, que denominaremos método teleológico-subjetivo, propone

que el fin que ha de ser tenido en cuenta es el que quiso el legislador que dictó la norma. La segunda, que llamaremos método teleológico-objetivo, defiende que el fin que se asigne a la norma ha de ser el que se corresponda con las opiniones y necesidades sociales actuales, que dicho fin sea, por tanto, el que razonablemente perseguiría un legislador que dictara la norma a día de hoy y buscara la adecuada sintonía con la sociedad presente¹⁸.

Estamos ante una alternativa como la que señalamos a propósito del método de interpretación literal. También aquí la preferencia por el método teleológico-objetivo o por el teleológico-subjetivo está determinada por doctrinas jurídico-políticas enfrentadas, en cuanto basadas en valores jurídico-políticos diversos. Cuando se sienta la preferencia de uno de estos dos métodos, el otro queda reducido al papel subordinado o complementario de entrar en juego solamente en lo que el método preferido no pueda determinar en cuanto al fin de la norma.

Cambia, pues, la base del método, y del consiguiente razonamiento, y con ello también el tipo de premisas que se han de justificar argumentativamente, pero su estructura es la misma en ambos casos. En los dos se trata, en primer lugar, de establecer el fin de la norma, para, a continuación, ponderar cuál de las interpretaciones posibles de la misma lleva a consecuencias que permitan, o permitan mejor, la realización de dicho fin.

Hemos de subrayar que estamos hablando de interpretaciones posibles, y el límite de las posibilidades viene dado aquí por la interpretación literal, en el sentido que anteriormente señalamos. Sin embargo, es cada vez más frecuente encontrar sentencias en las que, so pretexto de consideraciones finalistas y afirmando que se está haciendo una interpretación teleológica, se rebasa el límite de los significados posibles con arreglo al uso (o a la voluntad del legislador) y se sostiene que la norma impone algo distinto de lo que dicen sus palabras. En tal caso el método teleológico no funciona como método interpretativo, por mucho que así quiera presentarse, sino como vía o excusa para la creación judicial de una nueva norma. De nuevo el problema es de legitimidad y la cuestión tiene que ver con la concepción que se profese acerca de cuál debe ser el papel del juez. Lo que en cualquier caso nos parece claro es que si el “tenor literal” no es límite al juego del argumento teleológico, la aplicación del Derecho se convierte en libre ponderación de medios una vez que, libremente también, se ha asignado a la norma un fin. El texto legal habrá dejado

18. No hace falta decir que cuando la norma es muy reciente la disyuntiva pierde buena parte de su fundamento, aunque puede no desaparecer por completo.

totalmente de determinar la decisión judicial.

Veamos cuál es la estructura común al método teleológico, en cualquiera de sus dos versiones, objetiva y subjetiva (O/V):

$$(x) \quad Tx \quad (Sx \quad Fn^{O/V}) \quad OSx$$

Esto es: para todo término x de un texto legal T, si un significado de x conduce a la realización del fin de la norma n -ese fin puede ser el fin objetivo (o) o el que corresponda con la voluntad del legislador (v)-, entonces ése es el significado debido de x. En lo que sigue utilizaremos Fn, dejando de lado con cuál de esos dos criterios se establece el fin.

El razonamiento aplicativo de este método sería (donde h es un término de T y dicho texto legal conforma la norma n*):

$$(1) \quad (x) \quad Tx \quad (Sx \quad Fn) \quad OSx$$

$$(2) \quad \quad Sh \quad Fn^*$$

$$(3) \quad \quad OSh$$

La aplicación racional de este método supone la adecuada justificación de dos cosas: en primer lugar, de cuál sea el fin de la norma n* (Fn*); en segundo lugar, de que la interpretación en cuestión sea la que lleve a la realización de dicho fin, es decir, que sea verdadera la implicación $Sh \quad Fn^*$. Por tanto, el correcto razonamiento aplicativo ha de contener premisas que encierren razones que acrediten ambos extremos. Respecto del primero de esos dos pasos, la justificación de Fn*, cuando el método teleológico que se aplica es el subjetivo se ha de aportar los datos o indicios que acrediten que fue ese el fin que el legislador se propuso; cuando el método sea el objetivo, se han de dar las razones por las que es más adecuado o razonable preferir a día de hoy el fin que se afirma. Por tanto, la correcta aplicación del método presupone una estructura más compleja. Denominamos esos indicios, datos o razones genéricamente como $R^1, R^2 \dots R^n$.

$$(1) \quad (x) \quad Tx \quad (Sx \quad Fn) \quad OSx$$

$$(2) \quad \quad R^1, R^2 \dots R^n \quad Fn^*$$

$$(3) \quad \quad Sh \quad Fn^*$$

$$(4) \quad \quad OSh$$

En cuanto al segundo de los pasos citados, es decir, la justificación de $Sh \quad Fn^*$, tal justificación requiere una ponderación de las distintas interpretaciones posibles en cuanto medios adecuados o inadecuados para el fin señalado. Ese razonamiento es una estimación de consecuencias que se realiza en términos probabilísticos.

Pongamos que las interpretaciones posibles de h sean S^1h y S^2h . El razonamiento completo sería:

$$\begin{array}{ll}
 (1) (x) & Tx \quad (Sx \quad Fn) \quad OSx \\
 (2) & R^1, R^2 \dots R^n \quad Fn^* \\
 (3) & S^1h \quad \neg Fn^* \\
 (3) & S^2h \quad Fn^* \\
 \hline
 (4) & OS^2h
 \end{array}$$

En realidad, aún no estamos recogiendo con precisión la índole del razonamiento. Téngase en cuenta que las interpretaciones, con este método, se seleccionan en razón de que la aplicación subsiguiente de la norma lleve a consecuencias que supongan la realización del fin de la norma.

Por tanto, es más exacto sustituir $Sh \quad Fn^*$ por:

$$(Sh \quad C) \quad Fn^*$$

Si llamamos C' y C'' a las consecuencias a las que llevan las dos distintas interpretaciones posibles, tendríamos:

$$\begin{array}{ll}
 (1) (x) & Tx \quad (Sx \quad Fn) \quad OSx \\
 (2) & R^1, R^2 \dots R^n \quad Fn^* \\
 (3) & S^1h \quad C' \\
 (4) & S^2h \quad C'' \\
 (5) & C' \quad \neg Fn^* \\
 (6) & C'' \quad Fn^* \\
 \hline
 (7) & OS^2h
 \end{array}$$

Con esto recogemos pasos necesarios del correcto razonamiento aplicativo. Obviamente, aun habrá de aportarse en dicho

razonamiento (cuando no sean perfectamente evidentes) las razones que justifican la verdad o verosimilitud de (3), (4), (5) y (6). Con ello se comprueba la gran complejidad que reviste la correcta aplicación del método teleológico.

Pero tal complejidad aun puede ser mayor. Tal acontece si además de una estimación de consecuencias tiene que entrar en juego una ponderación de consecuencias. Así ocurre cuando son varios los significados que llevan a la realización del fin sentado, o cuando dicho fin es más de uno y esos fines plurales operan o bien alternativa o bien acumulativamente (cuando tratemos esto último supondremos que los fines son dos, en aras de la simplicidad). Veamos estos supuestos.

a) Cuando distintos significados de la norma interpretada llevan a la realización del fin.

Hemos dicho que el método teleológico, como método interpretativo, sólo entra en juego como pauta de elección de interpretaciones posibles, esto es, compatibles con los usos de los términos interpretados. Puede suceder que varias de esas interpretaciones posibles, aunque diversas, se estimen compatibles con el fin de la norma. En ese caso, este método serviría para descartar, en su caso, determinadas interpretaciones, aquellas que no sean congruentes con dicho fin, pero no operaría como pauta de decisión para elegir una de las interpretaciones compatibles.

Un ejemplo. Sea la norma *n* la siguiente: “Se castigará con multa de *x* pesetas a quien arroje basuras a las aguas”. El término *h* de ese texto legal del que se plantea la duda interpretativa es el término “aguas”. Asumamos que, con base en las razones consistentes que vengan al caso, hemos sentado que el fin de esa norma *n* que el legislador perseguía (*F_n*, por tanto) es: proteger las aguas contra la contaminación, para velar, así, por el medio ambiente.

Sentado ese fin, tenemos que el término “aguas” (*h*) de esa norma *n* podemos entenderlo tanto haciendo referencia a las aguas del mar (*S¹_h*) como a las aguas de los ríos (*S²_h*) o a ambas (*S³_h*)¹⁹. Por tanto, esos significados posibles de “aguas” quedarían así:

- S¹_h* = “aguas” quiere decir (en *n*) aguas del mar.
- S²_h* = “aguas” quiere decir (en *n*) aguas de los ríos.
- S³_h* = “aguas” quiere decir (en *n*) aguas del mar y de los ríos.

Es fácil argumentar que si el fin de la norma *n* es el citado

19. Tampoco hace falta insistir en que “aguas” ahí puede hacer referencia también a las aguas de los lagos, a las de los embalses, etc. Pero se trata de no complicar innecesariamente el ejemplo.

de evitar la contaminación y velar por el medio ambiente, ese fin se alcanza tanto con S^1h como con S^2h o S^3h . Por tanto, si el fin que hemos podido sentar como querido por el legislador es ése sin más²⁰, el argumento teleológico por sí solo no conduce a una decisión interpretativa unívoca y dicha decisión habrá de justificarse echando mano de otros argumentos. Por otro lado, aquí el argumento teleológico no está reñido con el de interpretación literal, dado que con éste se constata de modo evidente la vaguedad del término “aguas”. Tendríamos el siguiente esquema:

$$\begin{array}{ll}
 (1) & (x) \text{ Tx } (Sx \text{ Fn}) \text{ OSx} \\
 (2) & \text{Th} \\
 (3) & (S^1h \vee S^2h \vee \dots S^nh) \text{ Fn} \\
 \hline
 (4) & O(S^1h \vee S^2h \vee \dots S^nh)
 \end{array}$$

En tal situación, la afirmación que debe optarse por cualquiera de esas tres interpretaciones S^1h , S^2h , S^3h , podría válidamente atacarse alegando que cualquiera de las otras sirve también al mismo fin, por lo que no se justifica la preferencia por ninguna. Entonces, dicha preferencia por una de ellas sólo estaría justificada por una de estas dos vías:

i) Mostrando que cualquier otro método interpretativo admisible refuerza tal elección de entre las interpretaciones compatibles con el fin. Aquí tendríamos otro método funcionando como complementario del teleológico. Es un caso de complementación entre métodos.

ii) Aplicando como regla decisoria un argumento de maximización de consecuencias positivas. Conforme a tal regla, se habrá de optar por aquella interpretación, de las compatibles con el fin de la norma, que acarree unas consecuencias que supongan la más elevada realización de aquel fin. Esta regla no sería sino la ratio subyacente al método teleológico, su razón de ser.

Se trataría de ponderar medios para un fin, buscando el que en más alta medida realice este fin. Por supuesto, cualquier afirmación acerca de en qué medida cada medio contribuye a la realización de ese fin tendrá que justificarse con buenos argumentos. Pero el esquema formal del resultado de dicha ponderación se puede representar así

20. No es difícil imaginar una situación así. Pongamos, por ejemplo, que la norma n sea un artículo del código Penal. Por supuesto, si n fuera un artículo de una ley la cual llevara por título “Ley de protección de las aguas fluviales” tendríamos una situación distinta, pues resultaría evidente que el fin de n es evitar la contaminación de las aguas de los ríos, con lo que tendríamos un argumento muy potente para afirmar que “aguas” significa “aguas de los ríos”, y no de los mares o de ambos.

(donde Z representa “el medio más idóneo de los que llevan a la realización del fin F):

$$\begin{array}{l} (1) \quad (M^1 \vee M^2 \vee \dots M^n) \rightarrow F \rightarrow Z \\ (2) \quad M^2 \rightarrow Z \end{array}$$

$$(3) \quad OM^2$$

Lectura:

(1) Si el medio 1 (M^1) o el medio 2 (M^2) o el medio n (M^n) llevan a la realización del fin F, entonces se debe optar por el medio más idóneo de los que llevan al fin F (Z).

(2) M^2 es el medio más idóneo de los que llevan al fin F (Z).

(3) Se debe optar por el significado M^2 .

Tanto (1) como (2) requerirán, para su uso racional, una suficiente fundamentación argumentativa. Igualmente, puede ser necesario justificar que sólo esas y nada más que esas interpretaciones llevan a F y, especialmente, que ninguna otra interpretación fuera de éstas lleva a Z.

Repasemos, por tanto, todo el razonamiento, teniendo en cuenta los siguientes significados de las variables utilizadas:

- n = “Se castigará con multa de x pesetas a quien arroje basuras a las aguas”.

- Fn = proteger las aguas contra la contaminación, para velar, así, por el medio ambiente.

- h = “aguas”.

- S^1_h = “aguas” quiere decir (en n) aguas del mar.

S^2_h = “aguas” quiere decir (en n) aguas de los ríos.

S^3_h = “aguas” quiere decir (en n) aguas del mar y de los ríos.

Z = Significado de h que permite la mayor realización de Fn, es decir, el mayor grado de protección frente a la contaminación y de garantía del medio ambiente.

$$(1) \quad (x) \quad T_x \quad (S_x \rightarrow F_n) \rightarrow O S_x$$

$$(2) \quad T_h$$

$$(3) \quad (S^1_h \vee S^2_h \vee \dots S^n_h) \rightarrow F_n$$

$$(4) \quad O(S^1_h \vee S^2_h \vee S^3_h)$$

Si, ante esa situación, aplicamos la regla de preferencia antes enunciada, asumiendo que hemos podido argumentar convincentemente

que con S^3h se da el mayor grado de protección del medio ambiente y de lucha contra la contaminación, tenemos:

- (1) $(S^1h \vee S^2h \vee \dots S^nh \rightarrow Fn)$ OZ
 (2) $S^3h \rightarrow Z$
-

(3) OS^3h

b) Cuando a la norma se le pueden asignar razonablemente distintos fines alternativos.

A la norma se pueden asignar razonablemente distintos fines alternativos, ya sea porque el legislador pretendió conseguir con la norma cualquiera de ellos, ya porque ambos resulten razonables y admisibles a tenor de la opinión y las necesidades actuales. En tal caso, tendríamos que:

$$Fn = F^1n \vee F^2n$$

Pongamos que el fin que se ha atribuido a la norma sea el de reducir el paro o reducir la inflación, con lo que al término h de n podemos darle el significado S^1 , que llevaría a conseguir una reducción del paro, y el significado S^2 , que llevaría a la reducción de la inflación. O sea, con S^1 se consigue uno de los fines de la norma (F^1n) y con S^2 el otro (F^2n). La correspondiente fórmula del argumento interpretativo quedaría así en este caso:

- (1) $(Sx \rightarrow Fn) \rightarrow OSx$
 (2) $(F^1n \vee F^2n) \rightarrow Fn$
 (3) $S^1h \rightarrow F^1n$
 (4) $S^2h \rightarrow F^2n$
-

(5) $O(S^1h \vee S^2h)$

La misma ratio del método interpretativo lleva a un orden claro de preferencia entre interpretaciones, regla de maximización de las consecuencias realizativas del fin. Esto es, si una de las interpretaciones posibles sirve a la realización simultánea de ambos fines, esa interpretación ha de gozar de prioridad²¹.

21. En realidad el asunto es más complicado y nos lleva a expresar la máxima dificultad del argumento ponderativo. Supongamos varios escenarios. Utilizaremos una escala de 0 a 1 para representar el grado de realización del fin de la norma. Escenario 1. La interpretación S^1 lleva a la que la realización de F^1 sea 1 y la realización de F^2 sea también 1. En este caso, la prioridad de esta interpretación es total. Escenario 2. La interpretación S^1 lleva a una realización de F^1 de 0,5 y a una realización de F^2 de 0,5. Y la interpretación S^2 a una realización de F^1 de 1 y a una realización de F^2 de 0. ¿Cuál de las dos sería preferible? La regla general sería que es preferible aquella

$$\begin{array}{l} (S_x \quad F_n) \quad OS_x \\ \text{def. } F_n: F^1_n \vee F^2_n \\ S_x \quad (F^1_n \quad F^2_n) \quad OS_x \end{array}$$

Sentada la regla anterior, la asignación de un significado que sólo permita realizar uno de esos fines alternativos sólo estaría justificada cuando ninguno de los significados posibles permite conseguir acumulativamente ambos²². Esta regla se podría representar así:

$$\neg(S_x \quad F^1_n \quad F^2_n) \quad (S^1_x \quad F^1_n) \quad (S^2_x \quad F^2_n) \quad O(S^1_x \vee S^2_x).$$

c) Cuando la norma tiene varios fines que se han de alcanzar acumulativamente.

La norma tiene varios fines que se han de alcanzar acumulativamente, bien porque así lo haya querido el legislador, bien porque ese sea el sentido razonable de la norma con parámetros actuales. En tal caso, el significado que se ha de asignar a la norma, de entre los posibles, es el que permita la realización conjunta de esos fines. Para dar cuenta de esta situación bastará añadir al esquema general del razonamiento aplicativo del método teleológico una premisa, la (3), con lo que quedará del siguiente modo:

$$\begin{array}{l} (1) \quad (x) \quad T_x \quad (S_x \quad F_n) \quad OS_x \\ (2) \quad \text{def. } F_n^*: F^1_{n^*} \quad F^2_{n^*} \\ (3) \quad Sh \quad F^1_{n^*} \quad F^2_{n^*} \\ \hline (4) \quad OSh \end{array}$$

Como resumen del modo de operar del método teleológico podemos sentar:

- Sólo es un método interpretativo cuando sirve para elegir entre significados posibles, en el sentido de compatibles con el “tenor literal”.

- Su lógica interna, es decir, sus presupuestos justificatorios, lleva a presuponer en ocasiones el uso de ciertas reglas que lo

interpretación que maximice las consecuencias totales de realización de ambos fines. Pero cuando dicha suma total es idéntica en dos interpretaciones, ambas tendrían el mismo grado de admisibilidad. Obviamente, este modelo simplifica las cosas, pues normalmente será muy difícil cuantificar, y cuantificar comparativamente, el grado de realización de los fines. El razonamiento tiene más de intuitivo que de cálculo.

22. Habría que añadir: o cuando el grado de consecución de uno de ellos se entiende más importante o relevante que la suma de los grados de consecución de los dos.

complementan.

- Puede también en esas ocasiones funcionar con el auxilio de un método complementario, de modo que sólo unidos justificarán la decisión interpretativa.

- Sólo se basta para justificar la decisión interpretativa cuando siendo varias las interpretaciones posibles, sólo una de ellas se acredita como útil para la realización del fin de la norma.

- La justificación de las premisas que comparecen en el razonamiento aplicativo es especialmente difícil y, por tanto, merecedora de una argumentación particularmente exigente.

3.2.1. Algunas observaciones sobre el argumento consecuencialista.

Hemos visto aparecer el argumento consecuencialista, a propósito de la aplicación del método teleológico, en dos formas, esto es, como estimación de consecuencias y como ponderación de consecuencias, y actuando como regla de la decisión interpretativa basada en el método teleológico cuando éste habilita varias interpretaciones compatibles con el fin o cuando el fin es plural.

En un sentido trivial, se puede traducir todo método interpretativo a un esquema consecuencialista. Así, el método sistemático nos diría que se puede/debe optar por aquel significado de la norma que tenga como consecuencia la coherencia textual; etc.

Pero cuando nos hemos referido anteriormente al argumento consecuencialista, lo hemos visto funcionando como regla de decisión interpretativa, es decir, como pauta que sirve para determinar o bien la elección de una de las posibilidades que un método deja abiertas, o bien para determinar la elección entre distintos significados que se siguen de la aplicación de distintos métodos. Si se puede afirmar convincente y razonablemente la operatividad de reglas como ésta, tendríamos que la “elección de método” ya no queda enteramente al arbitrio del intérprete, sino que éste, si quiere ser racional, habrá de tomar en consideración tales reglas para dicha elección.

En cuanto regla de decisión interpretativa²³, ésta que llamaremos regla de preferencia de las consecuencias más favorables, establece que

23. Con otra terminología hablaríamos de directiva interpretativa de segundo grado.

entre dos interpretaciones posibles (derivadas del mismo método o de métodos distintos) se ha de optar por aquella que lleve a las consecuencias más beneficiosas.

Supongamos la siguiente situación: aplicando el argumento teleológico, bien fundamentado, tenemos que debemos asignar a la norma el significado S^1 ; aplicando el argumento de interpretación subjetiva-semántica, bien fundamentado también, tenemos que debemos asignar a la norma el significado S^2 ; y aplicando el argumento de interpretación sistemática, bien fundamentado, tenemos que debemos asignar a la misma norma el significado S^3 . Es decir, con base en los respectivos argumentos mencionados, podemos válida y justificadamente²⁴ sostener OS^1 , OS^2 y OS^3 . Por supuesto, la decisión interpretativa no puede consistir en afirmar como obligatorios esos tres significados distintos, pues la decisión interpretativa consistirá en optar por un solo significado. A esos efectos, como es bien sabido, son necesarias reglas o argumentos de segundo orden que guíen la elección entre uno de esos significados posibles en tanto que justificados por el buen uso de su respectivo argumento. De lo contrario, hay que concluir que es la valoración subjetiva del juez la que gobierna tal opción.

Pues bien, cabe postular la siguiente regla o argumento de segundo orden a ese efecto: si están justificadas varias interpretaciones distintas se debe optar por la que lleve a las consecuencias más beneficiosas²⁵. El esquema del razonamiento de aplicación de tal regla sería el siguiente:

(1)	$(OS^1 \ OS^2 \ OS^3 \ \dots OS^n) \ OSZ$
(2)	$S^3 \ C^3$
(3)	$C^3 \ Z$
(4)	OS^3

24. Justificadamente, o que los respectivos argumentos están bien fundamentados, quiere decir que hemos alegado buenas razones para sustentar las premisas de cada uno de estos argumentos, razones que han de ser respaldadas, a su vez, con pruebas o razones convincentes; esto es, que, por ejemplo, respecto de la segunda premisa del argumento subjetivo-semántico hemos acreditado suficientemente qué era lo que el legislador quería expresar con los términos de la norma, etc.

25. Conviene distinguir según la índole del fin que a la norma se asigne. Cuando dicho fin consiste en que se alcance un cierto estado de cosas, las distintas interpretaciones se ponderan en función de su capacidad respectiva para provocar esa consecuencia consistente en tal estado de cosas. En cambio, cuando se trata de “fines regulativos”, es decir de normas cuyo fin es que se procure el más alto grado posible de cosas tales como “bienestar general”, “protección de los derechos fundamentales”, “seguridad del tráfico jurídico”, “estabilidad de la familia”, etc. (cfr. K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, “Empirisches Wissen als Grundlage der teleologischen Interpretation”, ARSP, Bhf. 53, pp. 187-188), se tratará de ponderar las interpretaciones posibles según su grado de mayor o menor realización de esa consecuencia.

Z equivale a “consecuencias más beneficiosas” y SZ es el significado que permite lograr las consecuencias más beneficiosas.

Lectura:

(1) Si se debe asignar el significado S^1 y el significado S^2 y el significado S^3 y el significado $\dots S^n$ ²⁶, entonces se debe elegir el significado que permite alcanzar las consecuencias más beneficiosas.

(2) S^3 lleva a la consecuencia C^3 .

(3) La consecuencia C^3 es la consecuencia más beneficiosa (Z)

(3) Se debe optar por S^3 .

La premisa (1) es normativa, es la formulación de la regla o directiva de segundo orden. La premisa (2), como ya sabemos, requiere fundamentar por qué la consecuencia C^3 se considera alcanzable a partir de la asignación del significado S^3 . La premisa (3) exige la fundamentación de por qué se considera C^3 más beneficiosa o conveniente que las otras consecuencias en juego, derivadas de las otras interpretaciones posibles. También puede ser necesario dar razón de que C^3 se sigue sólo de S^3 y no también, o mejor, de S^1 y S^2 ²⁷.

26. Nuevamente recalco que el “se debe” que respalda a cada uno de esos significados viene dado por el fundamento normativo que alcanzan mediante su fundamentación en el respectivo argumento interpretativo.

27. En realidad, el argumento plenamente desarrollado sería el siguiente:

(1)	$(OS^1 \quad OS^2 \quad OS^3 \quad \dots OS^n) \quad OSZ$
(2)	$S^1 \quad C^1$
(3)	$S^2 \quad C^2$
(4)	$S^3 \quad C^3$
	
(5)	$S^n \quad C^n$
(6)	$C^3 \quad Z$
(7)	OS^3

Las premisas (2) a (6) necesitan estar suficientemente fundamentadas. Que una premisa esté suficientemente fundamentada significa que se apoya en datos, observaciones, indicios o razones que a) no sean demostrablemente falsos; b) estén suficientemente acreditados o respaldados; c) no expresen una percepción, preferencia u opinión puramente subjetiva y desentonante de la percepción, preferencia u opinión unánime o claramente mayoritaria; d) sean congruentes con el ordenamiento jurídico; e) sean consistentes con los datos, preferencias o apreciaciones que el emisor manifieste en su argumentación en la misma o en otras decisiones. Sólo la convicción fundada y fácilmente comprobable e que se aporta un dato o apreciación evidente y, por tanto, perfectamente compatible y compartido por todos sin necesidad de ulterior fundamento, puede exonerar de la correspondiente carga argumentativa. Cuestión

Naturalmente, la aplicación de esta regla presupone una previa escala con la que medir y jerarquizar las consecuencias según su condición de mejores o peores, de más o menos beneficiosas. Aquí nuevamente puede haber variaciones según cual sea la doctrina jurídico-política de la que se parta. Una doctrina como la que nosotros defendemos, partidaria del mayor respeto posible a los mandatos contenidos en las normas, establecerá la siguiente guía para la constitución de aquella escala:

- En primer lugar, hay que insistir en que hablamos de lo que venimos llamando interpretaciones posibles. Cuando se pretende que de la decisión jurídica se siga una consecuencia que no se puede alcanzar respetando ni el tenor del enunciado legislativo tomado aisladamente ni en su interpretación sistemática (a la que luego aludiremos), la única salida es la decisión contra legem, esto es, la creación de una norma nueva que suplante a la aplicable. Ahí no actúa como regla de decisión interpretativa, sino como fundamento (admisible o no en razón de la correspondiente doctrina jurídico-política) justificatorio de la creación de una norma nueva.

- Como regla de elección de entre las interpretaciones posibles, se debe actuar con arreglo a una escala de preferencia que, para una doctrina como la que defendemos, puede tener el siguiente orden. En primer lugar, se ha de dar prevalencia a los fines expresamente establecidos por el propio ordenamiento jurídico. En segundo lugar, a los fines concordantes con las preferencias socialmente dominantes. Y sólo en último lugar a los fines que prefiera el intérprete según su concepción de lo bueno y lo justo.

Esta regla de selección de interpretaciones la hemos visto hasta ahora operando de modo positivo (avalando la opción por una determinada interpretación). Pero también puede operar como criterio negativo, para excluir una determinada interpretación, sin dar ulteriores razones para elegir entre las otras interpretaciones subsistentes (en el caso que subsista más de una interpretación alternativa). En tales ocasiones el argumento consecuencialista no impone escoger la interpretación que lleve a las consecuencias más beneficiosas, sino descartar la que lleve a ciertas consecuencias especialmente rechazables.

crucial es la de dónde puede encontrar el intérprete esos datos o razones que avalen su afirmación que de determinada interpretación, que opera como causa, se seguirán determinadas consecuencias. Pleszka y Gizbert-Studnicki manejan dos posibilidades al respecto, las ciencias sociales y el saber común (*Alltagswissen*). Son escépticos respecto al rendimiento de las ciencias sociales para ese propósito y sostienen, por tanto, que la apoyatura del intérprete es y debe ser el saber común (vid. op.cit., pp. 188ss).

La fórmula en este caso sería:

$$\begin{array}{l}
 (1) (OS^1 OS^2 OS^3 \dots OS^n) O \neg SZ' \\
 (2) S^1 C^1 \\
 (3) C^1 Z' \\
 \hline
 (4) O \neg Sx
 \end{array}$$

Z' equivale a consecuencia rechazable, inadmisibles.

Una consecuencia puede aparecer como rechazable por distintas razones, fundamentalmente aquí tres: razones jurídicas, razones lógicas y razones de evidencia o sentido común.

- Una interpretación es rechazable en sus consecuencias jurídicas si sus efectos suponen un daño o menoscabo de algún valor o principio considerado esencial en el ordenamiento jurídico²⁸. Por supuesto, desde una doctrina positivista se atenderá sólo a principios positivados o que se puedan inducir de las normas positivas, mientras que desde doctrinas antipositivistas se invocarán también principios no positivos que se considere que forman parte del conjunto del Derecho. Ahí vemos cómo la que a veces se llama interpretación principialista puede verse, cuando opere negativamente, para excluir interpretaciones, como especie de un argumento consecuencialista²⁹.

En el caso que el principio en cuestión forme parte de una norma jerárquicamente superior a la que se interpreta³⁰, estaríamos ante el supuesto a que nos referimos a continuación.

- Las consecuencias de una interpretación aparecen como rechazables por razones lógicas cuando dicha interpretación lleva a

28. El ejemplo que Dworkin maneja a propósito de *Riggs vs. Palmer* encajaría aquí: si se interpreta la correspondiente norma sucesoria sin excepción, admitiendo que el nieto debe heredar, se provoca un efecto dañino para el principio, tenido por fundamental del sistema jurídico, que nadie debe beneficiarse de su propio acto ilícito.

Un buen ejemplo, indiscutiblemente jurídico, en Looschelders y Roth (D. Looschelders, W. Roth, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 108).

29. Un ejemplo. STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5: "no es discutible que en nuestra Constitución la libertad se encuentra erigida, en el Art. 1, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, entendida no sólo en su dimensión política, sino en su más amplia y comprensiva dimensión de libertad personal. Precisamente por ello, en el fundamento jurídico segundo de esta Sentencia hemos insistido en la necesidad de llevar a cabo una interpretación de las normas legales favorecedora de tal valor superior".

30. Hay que tener en cuenta que con la concepción de los principios que propugna Luzzati, los principios, que serían "las normas-base, las normas inspiradoras de un campo del derecho o del entero ordenamiento jurídico" (C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milán, Giuffrè, 1990, pp 262), estarían siempre en una cierta posición de prevalencia frente al resto de la normas, al margen de su jerarquía formal.

una antinomia. De este modo se aprecia que también en el argumento lógico-sistemático, que luego analizaremos, se puede ver funcionando un argumento consecuencialista. Sería una muestra más del carácter transversal del argumento consecuencialista.

- En cuanto a las razones de evidencia o sentido común, aparecen cuando las consecuencias de una interpretación se consideran rechazables por constituir un sinsentido, un absurdo, por dar lugar a una situación que nadie puede razonablemente querer defender. Así se aprecia que el llamado argumento de reducción al absurdo es una forma de argumento consecuencialista³¹.

La potencia del argumento de reducción al absurdo, en cuanto argumento consecuencialista negativo que es, resulta muy grande, precisamente a esos efectos de excluir interpretaciones. Tanto es así, que resulta el mejor instrumento incluso para descartar la interpretación literal, lo cual han de reconocer incluso quienes pretenden una fuerte preeminencia de la interpretación literal. Si interpretar una norma, al pie de la letra, es decir, respetando plenamente el significado usual y las reglas sintácticas del enunciado en que dicha norma se expresa, lleva a aplicaciones o consecuencias abiertamente contraintuitivas, absurdas, se rechaza tal interpretación. Ese absurdo puede ser tanto un absurdo jurídico³² o empírico. A menudo, cuando se invoca la “naturaleza de las cosas” para rechazar una determinada interpretación, se está realizando un razonamiento al absurdo³³.

31. Así lo mantienen Looschelders y Roth (D. Looschelders, W. Roth, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 107ss.).

32. Pensemos en lo que sería una interpretación absolutamente literal del Art. 14 CE: llevaría a tener que eliminar por inconstitucionales prácticamente todas las normas del ordenamiento jurídico español, desde tal norma del sistema se sabotearía el sistema mismo. Toda una cadena de razonamientos al absurdo como base para rechazar por sus contraintuitivos efectos ciertas pretensiones de las partes se contiene en la STC 16/1981, de 18 de mayo, f.j. 10: “Sentado lo anterior, bastará referirse brevemente a las supuestas infracciones de otros derechos fundamentales alegados por los recurrentes. Respecto al derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución y que habría sido violado al ordenar la sentencia impugnada el internamiento del señor X.Y.Z. en un establecimiento adecuado, del que no podrá salir sin previa autorización del Tribunal, es de señalar que la privación de libertad es posible, según el mismo artículo, cuando se hace en los casos y la forma prevista por la Ley, y en este caso el artículo 8.1 del Código Penal ordena esa interpretación por razones fácilmente comprensibles, en casos como el presente, en que se declara la exención de responsabilidad criminal por enajenamiento mental. En cuanto a la lesión del derecho al honor reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución, y que aquí se habría producido en relación con el señor X.Y.Z., al considerarle autor material de dos delitos de asesinato consumado, y respecto a su padre, porque al declararle responsable civil directo, con arreglo al artículo 20.1 del Código Penal, se le atribuye el haber desatendido sus deberes de guarda o custodia de su hijo, es evidente que en ambos casos se alegan consecuencias necesarias de la sentencia en virtud de los hechos que en ella se declaran probados y que estas consecuencias objetivas de una sentencia no pueden constituir una lesión al honor protegido por el artículo 18.1, pues la opinión contraria llevaría al absurdo de que una gran parte de los condenados penalmente podrían invocar dicho derecho para librarse de la condena. Citan también los recurrentes el artículo 33.1 de la Constitución, que reconoce la propiedad privada, pero aparte de que este precepto no se encuentra entre los protegidos por el recurso de amparo, es también evidente que la imposición de una indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la responsabilidad civil fijada por sentencia no constituye una lesión al derecho constitucional de la propiedad privada”.

33. Por ejemplo, si una determinada interpretación llevara a entender que para el disfrute de cierto derecho que la norma concede el titular ha de medir más de tres metros de altura, o ser capaz de vivir sin respirar,

El llamado argumento de reducción teleológica sería una manifestación del razonamiento al absurdo. Con aquel argumento se rechaza la aplicación de una norma a un caso con el argumento que interpretarla como aplicable al caso chocaría con lo que razonablemente la norma puede exigir, a tenor de lo que es su fin. Por supuesto, aquí ha tenido que anteceder una interpretación teleológica de la norma, ya sea teleológico-subjetiva o teleológico-objetiva, y una vez sentado así lo que la norma persigue, se acredita que resulta absurdo, a la vista de ese fin, aplicarla de cierta manera o a ciertos casos. Por tanto, el argumento de reducción teleológica no es sino la síntesis o acumulación de un argumento de interpretación teleológica y un argumento al absurdo. Con ello se ve también como el argumento al absurdo puede llevar al surgimiento de una laguna, en cuanto que puede reforzar la no aplicación de una norma a un caso y si no hay otra norma que se justifique como aplicable habrá surgido una laguna.

Rige, por consiguiente, para el argumento al absurdo lo que con carácter general se ha dicho para el argumento consecuencialista, en el sentido que se ha de justificar de modo argumentativamente satisfactorio que la consecuencia, la consecuencia absurda en este caso, se seguirá con elevada probabilidad y, además y para esta modalidad, es necesario justificar también que el absurdo es tal, alegando las correspondientes razones (jurídicas, empíricas...). Ahí la argumentación tendrá que ser tanto más exigente cuanto menos evidente sea el absurdo.

3.3. Argumento sistemático.

No resulta fácil dar una caracterización general de estos argumentos, dada la heterogeneidad de los que de una u otra manera suelen recogerse bajo esa denominación genérica³⁴. Posiblemente lo más aproximado, es decir, que argumentos de interpretación sistemática son aquellos que para otorgar significado a un enunciado normativo toman en cuenta (el significado de) otros enunciados normativos del mismo sistema, de modo que el significado que se haya de dar al enunciado normativo que se interpreta se torna dependiente, de algún modo, de lo que se diga en otros enunciados normativos del mismo

o carecer de sexo, etc., etc., muchos dirían que se atenta contra la naturaleza de las cosas, que es tanto como decir que la norma así interpretada resulta absurda.

34. Véase por ejemplo la gran diversidad de variantes que menciona Alexy en su artículo sobre interpretación. Ese carácter "heterogéneo" de los argumentos que se suelen acoger a la etiqueta de argumentos de interpretación sistemática lo resalta Velluzzi (V.Velluzzi, "«Interpretación sistemática»: ¿Un concepto realmente útil?", en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 72-73). Ello sería debido a que "detrás de cada técnica interpretativa hay una noción particular de sistema" (ibid., 72-73). En nota 24 de ibid., p. 73 menciona ejemplos de los distintos argumentos que autores diversos reconducen a la interpretación sistemática.

sistema de normas en vigor³⁵.

Bajo tal noción general encajarían tres argumentos independientes y diferenciados: el lógico-sistemático, el topográfico y el sistemático en sentido propio.

3.3.1.- Argumento lógico-sistemático.

Mediante este argumento interpretativo se postula que entre varias interpretaciones posibles de una norma se debe elegir aquella que evita que la norma que se interpreta entre en contradicción con otra norma del sistema. En otros términos, si la norma N^1 puede tener dos significados ($S^1 N^1$ y $S^2 N^1$) y existe otra norma N^2 cuyo significado es opuesto (deónticamente) a $S^1 N^1$ o $S^2 N^1$, se debe optar por el significado de N^1 que no se oponga (deónticamente) al significado de N^2 . Más precisamente, desarrollando este esquema: si tenemos que:

$$S^1 N^1 \quad O_x$$

$$S^2 N^1 \quad \neg O_x$$

y hemos establecido que:

$$N^2 \quad O_x$$

35. Con esas notas definitorias hemos introducido matices que permitirán diferenciar los argumentos interpretativos sistemáticos de otros argumentos interpretativos:

- Al sostener que los otros enunciados que se consideran han de ser también enunciados propiamente normativos estamos excluyendo lo que puede significar para argumentos interpretativos como el subjetivo-semántico o el subjetivo-teleológico la toma en consideración, por ejemplo, de lo que se diga en la exposición de motivos de la ley. Aquí se pueden plantear supuestos curiosos, al margen de la discusión que cabe sobre si las exposiciones de motivos tienen o no carácter normativo propiamente dicho, es decir, sobre si establecen obligaciones vinculantes para algún tipo de destinatario. Supongamos que en la exposición de motivos el legislador ha sentado la definición del término "x". ¿Estaría el aplicador de la norma N de ese cuerpo legal obligado a atribuir a dicho término x, relevante para la interpretación de la norma N, el mismo significado dado con aquella definición?. Creo que, si mantenemos el carácter no normativo de la exposición de motivos, hemos de concluir que la toma en consideración de dicha definición no podría apoyarse en un argumento sistemático, sino en otro tipo de argumentos, como el subjetivo-semántico. (De todos modos hay que tener en cuenta que una definición legislativa sólo es plenamente vinculante desde una teoría subjetiva de la interpretación).

- Cuando decimos que los enunciados normativos que se consideran en la interpretación sistemática han de ser del mismo sistema de normas en vigor, estamos trazando la frontera entre los argumentos sistemáticos y el argumento histórico, tal como muchos autores lo caracterizan. En efecto, puede ser relevante para establecer el significado de la norma en vigor N' conocer lo que anteriormente decía la norma N, ya derogada por N' , pero ese sería un argumento histórico.

- Cuando postulamos que las normas que conjuntamente se toman en consideración en la interpretación sistemática han de ser del mismo sistema jurídico, estamos diferenciando los argumentos sistemáticos de los argumentos comparativos, es decir, de los que para dar significado a la norma N de un determinado sistema de un Estado se apoyan en lo que normas iguales o similares significan en los sistemas jurídicos de otros Estados.

no podemos, en virtud de este argumento, elegir la interpretación $S^2 N^1$.

Con lo que hemos dicho tenemos una base para precisar cual es el peculiar estatuto de este argumento interpretativo lógico-sistemático. En efecto, sería un criterio interpretativo de segundo orden³⁶ o, quizá mejor expresado, no sería propiamente un criterio interpretativo, sino una regla de interpretación. Por ejemplo, si $S^2 N^1$ se puede sostener fundadamente a partir de la voluntad del legislador autor de N^1 , tendríamos que, con base en tal argumento, $S^2 N^1$ es una interpretación admisible. Pero la regla de interpretación lógico-sistemática prohibiría dicho resultado interpretativo porque da lugar a una antinomia con N^2 . Y la regla de interpretación lógico-sistemática se aplicaría para elegir entre los resultados de argumentos interpretativos admitidos. Ni a $S^1 N^1$ ni a $S^2 N^1$ se llega mediante un “argumento” lógico-sistemático, sino que $S^1 N^1$ y $S^2 N^1$ se toman en consideración a partir de sostenerse respectivamente en argumentos interpretativos admitidos. Por ejemplo, $S^1 N^1$ está respaldado por un argumento teleológico-objetivo y $S^2 N^1$ está respaldado por un argumento subjetivo-semántico. Pues bien, la regla de interpretación lógico-sistemática fundamenta la elección de una de esas interpretaciones, pero no fundamenta por sí una interpretación, no propone significados, sino que elimina³⁷ significados.

36. Coincide en esta idea V.Velluzzi, que distingue entre argumentos de primer grado, que “son aquellos por medio de los cuales se atribuya significado a un texto normativo”; y argumentos de segundo grado, que son “los métodos, las técnicas interpretativas utilizadas para elegir, o para apoyar, una determinada atribución de significado respecto a otras atribuciones efectuadas con los argumentos” (V.Velluzzi, “«Interpretación sistemática»: ¿Un concepto realmente útil?”, en *Doxa*, 21-1, 1998, p. 77, nota 38).

37. Merece subrayarse este aspecto que la regla de interpretación lógico-sistemática *elimina* significados posibles, que su función es negativa, que por sí no fundamenta ni siquiera la elección de un significado determinado, salvo, naturalmente, cuando los significados en discusión son sólo dos y eliminar uno necesariamente implica optar por el otro. Supongamos la siguiente situación:

Estamos interpretando la norma N^1 y sus significados posibles (cada uno respaldado sólidamente por un argumento interpretativo admitido), son:

$S^1 N^1$	$S^2 N^1$ y $S^3 N^1$.
$S^1 N^1$	Ox
$S^2 N^1$	$\neg Ox$
$S^3 N^1$	$O \neg x$

Y pongamos que la norma N^2 tiene el siguiente contenido:

N^2 ($Ox \vee \neg Ox$)

De esa manera, N^2 sería antinómica con $S^3 N^1$, pero no con $S^1 N^1$ ni $S^2 N^1$. Ahí, el criterio de interpretación lógico-sistemática excluye $S^3 N^1$, pero no dirime entre $S^1 N^1$ y $S^2 N^1$.

Veámoslo con el contenido de un ejemplo.

Sea N^1 : “La autoridad pública decidirá caso por caso si las fiestas populares deben realizarse en los jardines públicos (Ox) o si pueden realizarse en otros recintos públicos ($\neg Ox$)”. (No se pierda de vista que x aquí significa “fiestas en los jardines públicos”).

Sea N^1 : “La autoridad deberá evitar en los jardines públicos toda actividad que los dañe o deteriore”.

Pues bien, si interpretamos N^1 en el sentido que la autoridad debe prohibir toda fiesta popular en los jardines públicos ($S N^1$) (por ejemplo, porque esa fuera la voluntad del autor de la norma), estamos haciendo aparecer una antinomia, dado que N^2 diría que las fiestas populares en los jardines públicos pueden permitirse y N^1 querría decir (así interpretada) que en todo caso deben prohibirse. Por tanto, la decisión concreta sobre si la fiesta

En una completa teoría de la interpretación es sumamente necesario clasificar adecuadamente lo que son criterios y lo que son reglas de la interpretación. Pero, con independencia de eso, se puede asumir que también las reglas de la interpretación han de aplicarse en un razonamiento cuyas condiciones formales velen por su racionalidad. Y también aquí, por tanto, ayudará la formalización.

En la formalización de esta regla no podemos perder de vista, en primer lugar, que no estamos formalizando un método de solución de antinomias, sino una regla que prohíbe la interpretación que dé lugar a antinomias, con lo cual la antinomia no surge (y por tanto no tiene que solucionarse), sino que se evita que surja. Por tanto, en la formulación de la regla (regla que será, como siempre, la premisa mayor del razonamiento en que dicha regla se aplique) debe aparecer la referencia a la interpretación, a la cuestión del significado. Podemos formular la regla así:

$$(n) (S_n \supset A) \supset \neg S_n$$

n es la norma, S_n es un significado (interpretación) de la norma y A es una situación de antinomia entre normas del sistema jurídico.

La fórmula anterior está precisamente presuponiendo un marco en el cual cabe más de una interpretación de n y en el que al menos una de las interpretaciones posibles no provoca la antinomia. Si no fuera así, si ocurriera que o bien la interpretación posible e indubitada de n es sólo una o bien todas las varias interpretaciones posibles³⁸ condujeran a una antinomia, estaríamos ante la existencia inevitable de una antinomia, con lo que no habría lugar para el juego de esta regla interpretativa lógico-sistemática, sino que habría que echar mano de las reglas de resolución de antinomias (*lex posterior*, etc.), que son cosa distinta. En consecuencia, siempre que la regla se usa con la forma que hemos visto es presuponiendo que hay una interpretación S'_n que no lleva a A . Es decir, en su planteamiento más completo, incluyendo ese supuesto, la fórmula sería:

popular F debe ser prohibida por la autoridad en los jardines públicos no puede ampararse en esa interpretación, sino que la autoridad que quiera prohibirla deberá dar ulteriores argumentos que muestren las razones por las que en ese caso estima que debe prohibirse, dado que, en virtud de N^2 tales fiestas no están prohibidas y es la autoridad la que ha de decidir caso por caso si las prohíbe o no, y N^1 sólo ampararía la prohibición basada en la concurrencia de daños.

38. Hay que insistir una vez más: si interpretación es cualquier atribución de sentido, sin límite alguno, las interpretaciones posibles de n son infinitas. Pero aquí llamamos interpretaciones posibles únicamente a aquellas que encuentren sustento en la correcta aplicación de algún argumento interpretativo admitido. Entre nosotros un argumento interpretativo finalista está admitido, por ejemplo; un argumento de interpretación estética, no.

$$(n) (S_n \supset A) (S'_n \supset \neg A) \supset O \neg S_n$$

Pero como tal presuposición es una constante, podemos utilizar la fórmula en su versión simple.

También conviene no perder de vista que una antinomia (A) puede presentarse de tres formas: cuando una norma afirma que algo es obligatorio y otra que está prohibido ($Ox \supset O\neg x$); cuando una norma afirma que algo es obligatorio y otra que está permitido (en el sentido de permiso fuerte, permiso de hacer o no hacer) ($Ox \supset (\neg Ox \supset \neg O\neg x)$); y cuando una norma afirma que algo está prohibido y otra que está permitido (en el sentido de permiso fuerte) ($O\neg x \supset (\neg Ox \supset \neg O\neg x)$). Por consiguiente, si en la formalización que venimos utilizando sustituimos A por esas sus tres posibilidades definitorias, tendríamos:

$$(n) S_n (Ox \supset O\neg x) \vee (Ox \supset (\neg Ox \supset \neg O\neg x)) \vee (O\neg x \supset (\neg Ox \supset \neg O\neg x)) \\ O \neg S_n$$

En lo que sigue tomaremos como campo de análisis solamente el caso en que la antinomia de que se trata versa sobre la primera de las situaciones mencionadas, es decir, sea una contradicción entre mandato y prohibición ($Ox \supset O\neg x$).

Formulada la regla, queda examinar como opera el razonamiento de su aplicación, del mismo modo que venimos haciendo con los principios de la interpretación. En esta ocasión es inevitable operar con más variables, ya que se han de introducir también las referencias a dos normas (entre las cuales se plantea si surge o no la antinomia). Si simplemente estableciéramos un modelo de razonamiento así:

$$\begin{array}{ll} (1) & (n) (S_n \supset A) \supset O \neg S_n \\ (2) & S_n^1 \supset A \\ \hline (3) & O \neg S_n^1 \end{array}$$

no estaríamos recogiendo todos los elementos que tienen que comparecer en la práctica en el razonamiento y, por tanto, la formalización sería inútil a efectos de controlar si en dicho razonamiento se recogen todos los pasos necesarios y a efectos de reparar en los elementos o momentos que están necesitados de fundamentación si se pretende un uso racional de la regla.

Hagamos un primer intento de formalizar ese razonamiento aplicativo. Llamaremos a las dos normas n^1 y n^2 .

- (1) (n) (Sn A) O¬Sn
 - (2) def. A: Ox O¬x
 - (3) Sn¹ Ox
 - (4) Sn² O¬x
-
- (5) O¬Sn¹

Este primer esquema nos muestra ya algo importante a partir del error que contiene. Ese error reside en que (5) debería rezar así:

$$(5') \quad O¬Sn^1 \vee O¬Sn^2$$

pues tanto eliminando Sn¹ como eliminando Sn² se evita la antinomia. ¿A qué nos lleva esto?. Nos lleva a tomar conciencia de que, en principio, la antinomia entre dos normas n¹ y n² se puede evitar tanto cambiando la interpretación de n como cambiando la interpretación de n². Esto, en términos de argumentación, indica que siempre que se opta por tomar como referencia firme e indiscutida el significado de una norma, de modo que la única alternativa que se maneja para evitar la antinomia es la de vetar una cierta interpretación de la otra norma, es necesario justificar por qué se entiende como firme y establecido el significado de la primera. De lo contrario, se puede sospechar que la atribución de un determinado significado a ésta no es sino una forma interesada de excluir precisamente una cierta interpretación de la otra³⁹.

39. Pensemos en lo que ocurre en el caso de las sentencias de los tribunales constitucionales llamadas sentencias interpretativas. En ellas los tribunales constitucionales excluyen una interpretación de la ley cuya constitucionalidad se examina, por cuanto que la otra interpretación (supongamos que sólo son dos las interpretaciones en litigio) llevaría a entender aquella ley como contraria a la Constitución, con lo que surgiría una antinomia que habría que resolver mediante el criterio de *lex superior*, que es el que justifica la prevalencia de la norma constitucional y la nulidad de la legal. Pero si en tales sentencias el tribunal no se para a justificar su interpretación de la norma constitucional, dando su significado por único e indiscutible, existe un déficit de fundamentación, ya que no se justifica uno de los elementos cruciales del razonamiento, y por tanto un defecto de racionalidad que hace pensar que sin justificación el tribunal se convierte en intérprete autorizado de la ley y, por tanto, colegislador, mientras que su función es la de intérprete autorizado de la Constitución y, a partir de ahí, de la ley sólo en la medida en que deba juzgar de la compatibilidad de ésta con aquella, en cuanto Constitución *interpretada* por él. Cuestión distinta es que la práctica de sentencias interpretativas está justificada desde un punto de vista jurídico-político en el principio de conservación de las normas legales, que no es sino una de las manifestaciones del principio de respeto al legislador democrático. Aquí no podemos decir que sea un principio de búsqueda de coherencia del ordenamiento el que guía dicha práctica, porque la coherencia del ordenamiento, es decir, la no existencia de mandatos contradictorios dentro de él, queda garantizada por la mera declaración de inconstitucionalidad, esto es, por el principio de *lex superior*. Por tanto y generalizando en mayor medida, podría sostenerse que siempre que se aplica la regla de interpretación lógico-sistemática para evitar que surja una antinomia entre una norma inferior y una superior, se está velando por la conservación de las normas más que por la coherencia. Por la coherencia no vela tal regla interpretativa, sino las reglas de resolución de antinomias. La regla de interpretación lógico-sistemática sólo se convierte en salvaguarda de la coherencia del sistema cuando las dos normas en cuestión son de igual jerarquía, de igual antigüedad y del mismo grado de especialidad, es decir, cuando no hay lugar a que entre en juego ninguna de las reglas de resolución de antinomias.

Pero a efectos de simplificar, demos por sentado en adelante que una de las normas ya está dotada de una interpretación plenamente asentada y no discutida. Llamaremos a esa norma n^2 . Dando por sentada también la definición de A que antes manejamos, el esquema del razonamiento aplicativo de la regla de interpretación lógico sistemática quedaría así:

$$\begin{array}{ll}
 (1) & (n) (S_n \supset A) \supset \neg S_n \\
 (2) & n^2 \supset O_x \\
 (3) & S_n^1 \supset \neg O_x \\
 (4) & (O_x \supset \neg O_x) \supset A \\
 \hline
 (5) & O \supset S_n^1
 \end{array}$$

Hay que insistir en que la situación en la que este razonamiento opera es la planteada por la necesidad de elegir entre interpretaciones posibles. Por eso, S_n^1 equivale a una interpretación posible de n^1 , en el sobreentendido que también cabe, al menos, otra interpretación de n ($S^1 n^1$), y que esa interpretación $S^1 n^1$ no lleva a la antinomia. Si no fuera este el caso, tendríamos dos normas, n^1 y n^2 con significados ya indiscutibles y estaríamos ante una antinomia ya existente y no evitable por vía interpretativa, y habría que aplicar una regla de resolución de antinomias. Por tanto, si en nuestro esquema queremos prescindir de sobreentendidos hemos de completarlo del siguiente modo:

$$\begin{array}{ll}
 (1) & (n) (S_n \supset A) \supset \neg S_n \\
 (2) & n^2 \supset O_x \\
 (3) & S_n^1 \supset \neg O_x \\
 (4) & S^1 n^1 \supset O_x \\
 (5) & (O_x \supset \neg O_x) \supset A \\
 \hline
 (6) & O \supset S_n^1
 \end{array}$$

Si, como antes ya se explicó, la decisión interpretativa de n^1 se dirime entre sólo dos interpretaciones posibles, y dando por sentado que la decisión interpretativa tiene obligatoriamente que acontecer (se podría formalizar esta regla y añadirla a la cadena de premisas), tenemos que (6) equivale a:

$$(7) \quad O S^1 n^1$$

En cambio, si las interpretaciones posibles de n^1 son varias y sólo una de ella provoca la antinomia, ya no se puede en ese razonamiento prescribir ninguna interpretación como debida.

- (1) (n) ($S_n \quad A$) $O \neg S_n$
- (2) $n^2 \quad O_x$
- (3) $S^1_n n^1 \quad \neg O_x$
- (4) $S^2_n n^1 \quad O_x$
- (5) $S^3_n n^1 \quad O_x$
- (6) $(O_x \quad \neg O_x) \quad A$

$$(6) \quad O \neg S^1_n n^1$$

En este caso, la prohibición de S_n contenida en (6) equivale a:

$$(7) \quad O (S^2_n n^1 \vee S^3_n n^1).$$

Y esa alternativa hay que dirimirla, materialmente, echando mano de otras reglas o argumentos decisorios. Nunca podrá escudarse la elección de $S^2_n n^1$ o $S^3_n n^1$ exclusivamente en la mención que es descartable $S^1_n n^1$.

¿Dónde tiene que realizarse el esfuerzo argumentativo de justificación?. A efectos de simplificar, retomemos el esquema más sencillo de los dos últimos, que se refiere a la situación en que caben sólo dos interpretaciones admisibles de n .

- (1) (n) ($S_n \quad A$) $O \neg S_n$
- (2) $n^2 \quad O_x$
- (3) $S^1_n n^1 \quad \neg O_x$
- (4) $S^2_n n^1 \quad O_x$
- (5) $(O_x \quad \neg O_x) \quad A$

$$(6) \quad O \neg S^1_n n^1$$

Se ha de justificar (2), acreditando que existe la norma n^2 respecto de la cual n puede ser antinómica. Justificar esa norma es por supuesto mencionarla, pero también, en caso de duda razonable, mostrar que está vigente, que es aplicable en el campo jurídico del

que se trata, etc. También, como ya se indicó antes, es preciso justificar que no cabe salvar la antinomia modificando la interpretación de esa norma n^2 , esto es, hay que dar la razón o razones de por qué esa norma se considera dotada de un significado firme.

Respecto de (3) y (4) se impone justificar, cuando no sea plenamente evidente, que los respectivos significados (S^1n^1 y S^2n^1) respectivamente conducen y no conducen a la contradicción con el significado dado a n^2 .

3.3.2. Argumento topográfico.

Este argumento, una de las variantes clásicas del canon sistemático⁴⁰, parte de que se ha de dar a las normas el significado que deriva o se infiere de su ubicación dentro de un cuerpo legal determinado o de una determinada parte del cuerpo legal (títulos, capítulos, secciones, etc.). Veamos un ejemplo aclaratorio⁴¹. Supongamos que una norma dice lo siguiente: “Los mamíferos sólo podrán tenerse en las viviendas con una autorización especial de la autoridad competente y previa constatación de su no peligrosidad”. Así tomada en su literalidad, parece bien obvio que la norma puede referirse a gatos, perros, leones, hipopótamos, etc. Por tanto, la tenencia de gatos o perros estaría sometida al límite que la norma sienta. Pero pongamos que dicha norma está inserta dentro de una ley sobre la tenencia de animales, que dicha ley tiene dos capítulos o apartados, el primero “Condiciones de la tenencia de animales domésticos” y el segundo “Condiciones de la tenencia de animales salvajes”, y que la norma en cuestión está dentro de este último apartado. Es fácil en ese caso concluir que tal norma al utilizar el término “mamíferos” se refiere a mamíferos salvajes (leones, hipopótamos...), pero no a mamíferos domésticos, con lo que las restricciones que establece no se aplicarían a los gatos o los perros.

Formalización de este argumento:

40. Para Velluzzi, “En realidad, este argumento es de naturaleza textual y no propiamente sistemática, en cuanto que la idea de sistema aquí no desempeña un papel determinante en la atribución de significado, sino que, en buena medida, está ligada al contexto literal-textual, es decir, al significado que las disposiciones asumen en el lenguaje ordinario o técnico-jurídico y en su conexión sintáctica, así como a la indagación de la intención del legislador, sin que haya aquí una relación estrecha entre la atribución de significado al texto normativo y el sistema jurídico entendido como un sistema tendencialmente coherente. Además, la referencia topográfica no recurre al sistema jurídico sino al sistema de la ley o al subsistema en el cual se sitúa la disposición. Este argumento es sistemático en sentido débil” (V.Velluzzi, “«Interpretación sistemática»: ¿Un concepto realmente útil?”, en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 78).

41. Según Velluzzi, “Esta técnica interpretativa se fundamenta en el presupuesto de la racionalidad del legislador conforme al cual este dispone de manera ordenada y no casual” (V.Velluzzi, “«Interpretación sistemática»: ¿Un concepto realmente útil?”, en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 78).

Comencemos con la premisa normativa del argumento, la que nos dice que a la hora de interpretar un término debemos elegir el significado que derive de la inserción sistemática (capítulo, sección, etc.) de la norma a la que ese término pertenezca. Tendremos que utilizar como símbolo de pertenencia:

$$(1) \quad (x) \quad Tx \quad (x \ C \ Sx) \quad OSx$$

Lectura de (1): para todo x que sea un término legal, si x pertenece al capítulo (o título o sección...) C y de ahí se deriva el significado Sx, entonces es obligatorio el significado Sx.

El razonamiento completo de aplicación de este argumento tendría esta estructura:

$$\begin{array}{rcl} (1) & (x) \quad Tx & (x \ C \ Sx) \quad OSx \\ (2) & a \ C & \\ (3) & a \ C \quad Sa & \\ \hline (4) & & OSa \end{array}$$

En cuanto a la justificación argumentativa para la utilización racional de este argumento, la justificación de (2) es puramente empírica y normalmente no ofrecerá dificultades. Mayor esfuerzo puede requerir la justificación de (3), mostrando las razones que hacen que sea razonable inferir el significado de a a partir de su inserción en C.

3.3.3. Argumento sistemático en sentido propio.

Se trata del argumento interpretativo que propugna que el significado de una norma puede establecerse, en ocasiones, a partir de los datos o referencias contenidos en otras normas del mismo sistema jurídico. Se trata de establecer el significado de la norma a interpretar poniéndola en su contexto normativo, en lugar de proceder mediante una lectura aislada de dicha norma.

La más sencilla formulación formal de este argumento podría ser:

$$\begin{array}{rcl} (1) & (x) \quad Tx & OMx \\ (2) & Th & \\ (3) & Mh \quad Sh & \\ \hline (4) & & OSh \end{array}$$

Lectura:

(1) Para todo término x , si x es un término de un texto legal T , entonces se debe dar a x el significado que deriva del contexto normativo (M).

(2) h es un término del texto legal T .

(3) El significado que para h deriva del contexto normativo (M_h) es Sh .

(4) Es debido el significado Sh .

Conviene no quedarse en este nivel, de muy escasa profundidad analítica, y distinguir algunas variantes de este argumento, al tiempo que, con ello, se detallan de modo más útil sus condiciones de correcta utilización.

A) Una primera variante se da cuando el dato que se toma del contexto normativo consiste en que otras normas del mismo contexto contienen los mismos términos que se interpretan. Esto es, si estamos interpretando la norma N que contiene el término x , y el mismo término x se contiene también en la norma N' del mismo sistema jurídico, se ha de tomar en consideración el modo en que se usa ese término en N' a efectos de otorgarle significado en N .

En su empleo más común, desde este argumento se presupone que, en virtud de una presunción de consistencia lingüística del legislador, habrá que darle a x en N el mismo significado que posee en N' , salvo que concurran y se acrediten razones de peso para mostrar que x en N' significa algo distinto de lo que puede significar en N .

Si asumimos la expresión general del argumento sistemático propiamente dicho que acabamos de mencionar, esto es

(x) $T_x \quad OM_x$

hemos, en este supuesto que examinamos, de especificar M , cuyo significado sería “significado que se deriva de la presencia del mismo término en otra norma del contexto normativo”. Se impone, pues, definir M en términos formales:

def. M : ($N_x \quad N'x$) ($N'x = S$) $\neg(C1, C2...Cn) \quad SN_x$

Lectura: Si es el caso que el término x forma parte de la norma N y forma parte también de la norma N' y que el significado de x en N es S , y si no se dan las circunstancias $C1, C2... Cn$, entonces el significado del término x en la norma N es S .

Con la mención de $C1, C2...Cn$ hacemos alusión a aquellas circunstancias o razones que pueden operar en contra de la atribución del mismo significado a x en N y N' . Imaginemos, poniendo un supuesto muy simple, que en N' se establece un determinado trato legal para x y a continuación se añade que “únicamente a los efectos de esta norma se entenderá por $x...$ ”; o que se deriven significados distintos de x a partir de la diferente inserción topográfica de N y N' .

Así pues, la formalización del razonamiento completo de aplicación de este argumento sería:

- (1) $(x) Nx \quad OMx$
- (2) def. M: $(Nx \quad N'x) \quad (N'x = S) \quad \neg(C1, C2...Cn) \quad SNx$
- (3) $Nh \quad N'h$
- (4) $N'h = S$
- (5) $\neg(C1, C2...Cn)$

- (6) OS

Sobre la misma base podemos formalizar el supuesto en que se afirme que concurre alguna circunstancia de las que operan en contra de que se asigne al término h de la N el mismo significado que tiene en N' :

- (1) $(x) Nx \quad OMx$
- (2) def. M: $(Nx \quad N'x) \quad (N'x = S) \quad \neg(C1, C2...Cn) \quad SNx$
- (3) $Nh \quad N'h$
- (4) $N'h = S$
- (5) $C1 \vee C2 \vee ...Cn$

- (6) $\neg OS$

El esquema formal nos deja, nuevamente, apreciar qué premisas de ese razonamiento requieren un mayor esfuerzo de justificación argumentativa. La premisa (3) es puramente empírica y no presenta problemas su acreditación. La dificultad se sitúa en las premisas (4) y (5).

Respecto de (4), estamos ante la atribución de un significado a un término de una norma, es decir, ante una interpretación que va a servir de base para otra interpretación. Por así decir, este argumento que analizamos consiste en sostener que, salvo razones en contra, a un término de la norma que interpretamos (N) se le debe asignar el mismo significado que a ese término se le da en otra norma ya interpretada (N'). De este modo, la solución del problema interpretativo que plantea N se apoya en la previa solución del problema interpretativo que plantea N'. En consecuencia, es argumentativamente crucial en este argumento el mostrar con buenas razones por qué a h en N' se le atribuye precisamente el significado S y no otro, con lo que no será raro que haya que echar mano de argumentos interpretativos que sustenten la interpretación S de N'. Esa labor se puede ver facilitada en el caso, por ejemplo, que en N' se contenga una interpretación legal de h.

En cuanto a (5), la carga de la argumentación exigente, sobre la base de la presunción de consistencia lingüística del legislador que hemos mencionado, y que funciona como principio interpretativo, se da especialmente en el caso del último esquema que recogíamos, es decir, cuando se alega que la concurrencia de ciertas circunstancias o razones hace inapropiado dar a h en N el mismo significado que posee en N'. Tales circunstancias o razones habrán de acreditarse en concreto, no bastando la mención genérica.

B) Una segunda variante aparece cuando el dato contextual que se toma en cuenta para asignar significado a una norma es las referencias que a la misma materia que se regula en esta norma que se interpretan se hagan en otras normas del sistema. Esto es, que si se trata de interpretar la norma N que regula la materia M, se ha de tomar en consideración lo que sobre la misma materia M se diga también en otras normas que la regulen (N', N''...). Es en esta variante donde la exigencia de sistematicidad del Derecho se deja ver con más fuerza como sustrato de un argumento interpretativo. En este caso se presupone un principio de coherencia material del ordenamiento (no de mera consistencia lingüística del legislador, como en la variante anterior).

Un ejemplo. Supongamos que en la norma N se hace referencia a un contrato C y que para resolver un concreto caso de aplicación de N se suscita la duda de si C es un contrato gratuito u oneroso. Y supongamos que en N' sin mencionar en ningún momento el contrato C (no se usa el término que lo denomina, por tanto) se regulan los caracteres genéricos de los contratos onerosos, de modo tal que C encaja perfectamente dentro de esos caracteres.

Podemos intentar formalizar así la regla que conforma la premisa primera del argumento:

$$(x) (Tx \supset (\text{RegM} \supset Sx)) \supset OSx$$

Lectura: para todo x , si x es un término legal perteneciente a un cuerpo legal T y de la regulación de la materia M se deriva el significado S del término x , entonces es obligatorio el significado S de x .

Hemos de especificar que significa RegM . Con esa variable hacemos alusión al conjunto de normas que regulan la materia M . Podemos, pues, definir así RegM :

$$\text{Def. RegM} = N^{1M} \vee N^{2M} \vee \dots \vee N^{nM}$$

Es decir, la regulación de la materia M (RegM) la componen el número n de normas que regulan dicha materia.

Si en la fórmula del argumento sustituimos RegM por su definición, nos queda

$$(x) Tx \supset (N^{1M} \vee N^{2M} \vee \dots \vee N^{nM}) \supset Sx \supset OSx$$

Pongamos ahora que el término h es un término legal T , en cuanto forma parte de la norma N^{1M} , es decir, de una de las normas que regulan la materia M . Representaremos esa situación como N^{1M}_h . La duda interpretativa se manifiesta en que ese término h de N^{1M} puede tener varios significados:

$$N^{1M}_h \supset S^i_h \vee S^{ii}_h \vee \dots \vee S^n_h$$

Si de la consideración conjunta de las normas N^{nM} que regulan la materia M resulta el significado S^i_h , ese es el significado debido según este argumento. Representemos, pues, el argumento al completo:

- (1) $(x) (Tx \supset (\text{RegM} \supset Sx)) \supset OSx$
- (2) $\text{Def. RegM} = N^{1M} \vee N^{2M} \vee \dots \vee N^{nM}$
- (3) $N^{1M}_h \supset S^i_h \vee S^{ii}_h \vee \dots \vee S^n_h$
- (4) $(N^{1M}_h \vee N^{2M} \vee N^{3M}) \supset S^i_h$

$$(5) OS^i_h$$

La premisa (3) se limita a mostrar cuáles son los significados posibles y cómo el que luego resultará es uno de los significados posibles. La premisa (4) es la que requerirá un considerable esfuerzo argumentativo, pues habrá a su vez que fundamentar su resultado, es decir, dar ulteriores razones de por qué de la consideración conjunta de todas o algunas de las normas que regulan la materia en cuestión se desprende como apropiado o necesario precisamente ese significado que se señala. Las razones ahí pertinentes pueden ser múltiples y de diverso tipo. Pero siempre tendrá que haber alguna que se pueda invocar razonablemente en favor de ese resultado interpretativo. Ahí habrá que encontrar apoyo en algún otro argumento interpretativo. Por eso podemos pensar que este argumento de interpretación sistemática en sentido propio es de aquellos que tienen siempre que ir complementados con otros argumentos, es decir, que su esquema necesita subesquemas, subrazonamientos interpretativos. La premisa (4) tiene que justificarse con un subrazonamiento interpretativo en el que se haga uso de un argumento interpretativo, ya sea el literal, el finalista o cualquier otro⁴².

3.3.4. ¿Argumento principialista?.

Con cierta frecuencia se sostiene que la interpretación de las normas puede realizarse a partir de ciertos principios. Es decir

$$(x) \quad Tx \quad OSP$$

siendo P un principio.

Siempre que P sea una norma del correspondiente sistema jurídico, es decir, que esté recogido, formulado en una norma de ese sistema, estaríamos ante un argumento sistemático en sentido propio, posiblemente en su segunda variante. Basta con que en el esquema que ya conocemos

$$\begin{array}{ll}
 (1) & (N \quad S \vee S') \quad (N \quad N' \quad S) \quad OS \\
 (2) & n \quad S \vee S' \\
 (3) & n \quad n' \quad S \\
 \hline
 (4) & OS
 \end{array}$$

entendamos que n' es una norma de principio.

La peculiaridad deriva a menudo de dos cuestiones: que se suele asignar a los principios un papel o importancia superior al resto de las normas y que las normas que recogen los principios suelen poseer un grado de indeterminación muy elevado. En consecuencia, el esfuerzo argumentativo que se requiere para justificar que a la norma

42. Para el examen de un caso práctico, vid. "Apéndice AS".

que interpretamos le viene un cierto significado si la ponemos en relación con esa otra norma que recoge un principio -para justificar (3)-, por tanto es mucho mayor, si se quiere evitar la impresión de estar realizando una interpretación arbitraria.

Apéndice AS.

Análisis del argumento de interpretación sistemática en la STC 194/1989, de 16 de noviembre.

En dicha sentencia se plantea un recurso de amparo interpuesto por un cabo primero de la Guardia Civil con ocasión de una Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil que lo sanciona como autor de una “falta grave consistente en hacer peticiones contrarias a la disciplina”, falta prevista en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Una de las cuestiones, la que aquí interesa, que se suscita en el recurso es la de si es posible imponer a un miembro de la Guardia Civil una sanción prevista en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, lo cual presupondría que la Guardia Civil sería parte de las Fuerzas Armadas. El recurrente alega la improcedencia de la sanción sobre la base de negar, precisamente, que la Guardia Civil sea parte de las Fuerzas Armadas. En suma, “el punto en el que se produce la divergencia es el de la naturaleza militar de la Guardia Civil” (FJ 3). ¿Qué datos maneja el TC para responder a esa cuestión?. Los siguientes (todos en FJ 3):

- La Constitución nada dice al respecto. Con ese silencio, según el TC, quedan abiertas distintas posibilidades, igualmente constitucionales, al legislador.

- El legislador ha elegido una de esas vías posibles, la de incluir a la Guardia Civil entre la Fuerza y Cuerpos de Seguridad, pero con un régimen estatutario peculiar derivado de su definición como “Instituto armado de naturaleza militar”, a tenor de los Arts. 9 b, 13 y 15 de la LO 2/1986.

¿Cuál será su régimen disciplinario? El TC comienza, en el FJ 4, aclarando que nada hay de inconstitucional en que el legislador pueda someter a la Guardia Civil al régimen disciplinario militar.

Y aquí llegamos al núcleo de la cuestión que se va a responder con un argumento sistemático. En ningún momento ninguna ley establece taxativa y literalmente que el régimen disciplinario de la Guardia Civil sea el régimen militar. Tampoco la LO 2/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas dice expresamente que sus régimen sancionador se aplique a los miembros de la Guardia

Civil⁴³.

El TC va a acoger la tesis que a los efectos de esta Ley disciplinaria los guardias civiles sí son militares y que el régimen que la misma dispone les es de plena aplicación, y esta opción interpretativa la va a basar en los siguientes datos normativos, que componen un argumento sistemático: “Y es que ciertamente así se desprende (...) de los artículos 5º, 19.2, 21, 22 y 29 de la LO 2/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”⁴⁴ (FJ 4). Sistematicemos los datos relevantes contenidos en dichos preceptos:

43. El ámbito subjetivo de dicha ley queda definido así en la misma:

Artículo 3. Están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los militares profesionales comprendidos en cualesquiera de las situaciones que integran las de actividad y las de reserva con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica. A los militares no profesionales les será de aplicación mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas. A tenor de este artículo, por tanto, la cuestión referida a la Guardia Civil queda abierta y se trata de saber si sus miembros son o no, a estos efectos, “militares”.

44. LO 2/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Artículo 5. La facultad de sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas se atribuye al Ministro de Defensa, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y a las demás Autoridades y Mandos a quienes por su función o cargo corresponda, según lo regulado en la presente Ley.

“Artículo 19. Tienen potestad para imponer sanciones al personal a sus órdenes:

1. El Ministro de Defensa.

2. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Subsecretario de Defensa y el Director General de la Guardia Civil.

3. Los Oficiales Generales Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima y Región o Mando Aéreo, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, el Comandante General de la Flota, los Comandantes de Mandos Unificados o Especificados y el Subdirector general de la Guardia Civil.

4. Los Oficiales Generales que ejerzan mando de Unidad o desempeñen Jefatura o Dirección de Organismo o Centro.

5. Los Jefes o Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar y los Directores o Jefes de Centro u Organismo.

6. Los Jefes de Batallón, Grupo, Escuadrón Aéreo o Unidad similar.

7. Los Jefes de Compañía o Unidad similar.

8. Los Jefes de Sección o Unidad similar.

9. Los Jefes de Pelotón o Unidad similar.

Artículo 21. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Subsecretario de Defensa y el Director General de la Guardia Civil podrán imponer, en el ámbito de sus respectivas competencias, las sanciones de represión, arresto de uno a treinta días, arresto de un mes y un día a tres meses y pérdida de destino.

Artículo 22. Los Oficiales Generales Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima o Región o Mando Aéreo, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, el Comandante General de la Flota, los Comandantes de los Mandos Unificados o Especificados y el Subdirector General de la Guardia Civil, podrán sancionar a los Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que estén a sus órdenes, con represión, arresto de uno a treinta días y arresto de un mes y un día a tres meses, y a las Clases de Tropa y Marinería, en igual caso, con represión, arresto de uno a treinta días y arresto de un mes y un día a tres meses.

Artículo 29. Las faltas disciplinarias cometidas por Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que se encuentren en situaciones militares de actividad o reserva en que no se ocupe destino serán sancionados por los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Región o Mando Aéreo o el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina en cuyas demarcaciones se cometió la falta, o en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo o Director General de la Guardia Civil. Igualmente dicha competencia podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa.

- Art. 5: Uno de los titulares de “La facultad de sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas” es el Director General de la Guardia Civil.
- Art. 19.2: El Director General de la Guardia Civil tiene potestad para imponer sanciones al personal a sus órdenes.
- Art. 21: Establece el margen de las sanciones que podrá imponer el Director General de la Guardia Civil.
- Art. 22: Establece lo mismo para el Subdirector General de la Guardia Civil.
- Art. 29: “Las faltas disciplinarias cometidas por Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que se encuentren en situaciones militares de actividad o reserva en que no se ocupe destino serán sancionados por los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Región o Mando Aéreo o el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina en cuyas demarcaciones se cometió la falta, o en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo o Director General de la Guardia Civil. Igualmente dicha competencia podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa”.

De la consideración conjunta de todos los datos normativos anteriores, de lo establecido en todas esas disposiciones, deriva el TC la respuesta afirmativa a la cuestión de si los guardias civiles son militares a los efectos de la aplicación de dicho régimen sancionatorio. Existirían argumentos interpretativos para discutir esto, es decir, las interpretaciones posibles eran también otras, como se comprueba en los argumentos interpretativos de la demanda, pero el TC considera que las razones contenidas en este argumento sistemático son más fuertes que las que pueden avalar otras opciones interpretativas de las posibles.

Por detrás de este argumento interpretativo del TC se halla la idea de coherencia sistemática del legislador, que queda de relieve con sólo plantearse la siguiente pregunta: ¿qué sentido tendrían las menciones que en ese artículo se hacen a la posibilidad que la Dirección de la Guardia Civil imponga sanciones al personal bajo su mando si a este personal no se le aplicase la ley disciplinaria en que se contienen dichas menciones?

Ahora apliquemos el esquema formal de esta variante (la B) del argumento sistemático al análisis de esta sentencia. La estructura general del argumento, recordemos, es:

(x) (Tx (RegM Sx) OSx.

Para que el argumento funcione necesitaremos, por tanto, un término legal x perteneciente al cuerpo legal T y una serie de normas que regulen la misma materia que la norma en que aparece el término x, de modo que de la consideración conjunta de esas normas o parte de ellas se desprenda un significado Sx.

La duda interpretativa surge a propósito del término “militares” del Art. 3, cuyo contenido antes recogimos, de modo que se pueda saber si con tal término quedan designados o no los guardias civiles. Las normas que regulan la materia de modo relevante para resolver esta duda interpretativa son, además del mencionado Art. 3, los Arts. 5, 19.2, 21, 22 y 29; por tanto, seis normas en total. Las representaremos respectivamente como N^{1M} , N^{2M} , N^{3M} , N^{4M} , N^{5M} y N^{6M} .

En consecuencia

$\text{RegM} = N^{1M} \ N^{2M} \ N^{3M} \ N^{4M} \ N^{5M} \ N^{6M}$.

Si es h el término “militares” del Art. 3 y éste es N^{1M} , lo representamos como $N^{1M}h$.

El interrogante es si el término “militares” abarca o no a los guardias civiles, con lo que las alternativas interpretativas aquí son dos, la respuesta afirmativa y la negativa. Por tanto:

$N^{1M}h \ S^i h \vee S^{ii}h$

Tenemos ya todos los elementos para rellenar el esquema del razonamiento interpretativo correspondiente a la aplicación de este argumento:

- (1) (x) (Tx (RegM Sx) OSx
- (2) $\text{RegM} = N^{1M} \ N^{2M} \ N^{3M} \ N^{4M} \ N^{5M} \ N^{6M}$
- (3) $N^{1M}h \ S^i h \vee S^{ii}h$
- (4) $(N^{1M}h \ N^{2M} \ N^{3M} \ N^{4M} \ N^{5M} \ N^{6M}) \ S^i h$

(5) $OS^i h$

Planteémonos ahora las dos preguntas habituales. ¿Es lógicamente correcto este argumento del TC?. Parece claro que sí. ¿Es materialmente suficiente al argumentación?, es decir, ¿está bien justificada desde el punto de vista de la justificación externa?. La

respuesta afirmativa presupone tres cosas: 1ª) que la enumeración contenida en (2) sea correcta, es decir, que todas las normas que se invocan como pertinentes en la materia realmente lo sean y que estén en la enumeración todas las que realmente lo sean; 2ª) que la premisa (3) es correcta, en cuanto que sólo caben dos significados posibles de n en lo que importa. Parece claro que así es, pues a los efectos que cuentan en aquella situación legal o se aplica a los guardias civiles el régimen disciplinario de los “militares” o no se les aplica. Y 3ª), capital, que la premisa (4) sea convincente. A este respecto el TC no se detiene a explicitar por qué el significado en cuestión se deriva de las referidas disposiciones. Una tal ausencia de explicación o justificación sólo es argumentativamente admisible cuando estemos ante evidencias de tal grado que todo argumento ulterior resulte ocioso o redundante. Posiblemente tal sea el caso en esta ocasión. Por tanto parece que sí se puede considerar bien utilizado aquí el argumento interpretativo sistemático.

Más argumentos sistemáticos fáciles de analizar:

- En la STC 227/1988 se contienen varios. Uno de ellos queda reflejado en el siguiente párrafo:

La Constitución sanciona una garantía de la propiedad y de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (Art. 33). Pero esta garantía no es absoluta, ya que el Art. 128.1 establece que «toda la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general», y, por lo que aquí interesa, el Art. 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». De una interpretación sistemática de estos preceptos no cabe derivar la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual. Más en concreto, la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes. Antes bien, el Art. 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros. Conforme a esta previsión constitucional, la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso.

- STC 142/88

Véase el siguiente párrafo de esta sentencia (conviene mirar el resto):

Realmente, la simple lectura del artículo transcrito no permite tan radicales conclusiones, sino que, por el contrario, admite sin dificultad una interpretación conforme con la Constitución y con los preceptos del Estatuto que desarrolla. Equiparar el término «supervisión», que utiliza el precepto en sus núms. 1 y 2 al referirse a la Administración Autónoma y a los entes locales aragoneses, con la expresión «dirigirse a» que emplea el núm. 3 para «cualquier otra Administración con sede en la Comunidad Autónoma», es contrario al sentido gramatical de las palabras, a la interpretación sistemática del propio precepto y de la Ley en su conjunto, y al criterio hermenéutico reiterado por este Tribunal y recogido por el Art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ([RCL 1985\1578](#), 2635 y [ApNDL 8375](#)), de interpretar y aplicar las normas según los preceptos y principios constitucionales.

Pues bien, como sostienen en sus escritos los representantes de las Cortes de Aragón y de la Diputación General, interpretando el núm. 3 del Art. 2 de la Ley impugnada «según el sentido propio de sus palabras» (Art. 3.1 del Código Civil), no puede atribuirse al término utilizado «dirigirse a» más de lo que el mismo significa y deducir de él un sometimiento de la Administración del Estado a la supervisión del Justicia de Aragón. El precepto se limita a autorizar o hacer posible que el Justicia se ponga en comunicación con cualquier órgano o dependencia de las Administraciones presentes en la Comunidad Autónoma, bien a efectos de solicitar de ellas la información o ayuda que puedan resultar necesarias para el desempeño de la función que le atribuye el apartado a) del Art. 33.1 del E. A. A. -«la protección y defensa de los derechos individuales y colectivos reconocidos en este Estatuto»-, respecto de la Administración que está colocada bajo su supervisión; o bien para el cumplimiento de las otras misiones que se le asignan en los apartados b) y c) del mismo precepto: La tutela del ordenamiento jurídico aragonés y la defensa del Estatuto. Funciones todas recogidas en el Art. 1 de la Ley impugnada. Los organismos o personas a quienes se dirija el Justicia, en virtud de lo dispuesto en el Art. 2.3, le prestarán o facilitarán tal información o auxilio en función de las normas que les sean aplicables, pero no, ciertamente, como consecuencia de este precepto de la Ley impugnada, que no establece la subordinación de todas las Administraciones presentes en la Comunidad Autónoma a la Supervisión del Justicia de Aragón, ni impone obligación alguna para tales Administraciones.

Y si esto es lo que gramaticalmente se deduce del propio apartado 3 del Art. 2, esta interpretación se confirma sin género de duda si se recurre a una interpretación sistemática del mismo, tanto en relación con los dos primeros apartados del Art. 2, como en relación con otros preceptos de la Ley impugnada y con su Exposición de Motivos. Así, frente a la dicción de los dos primeros apartados, en los que claramente se establece que el Justicia «podrá supervisar» la actuación de la Administración de la Comunidad (ap. 1) y la de los entes locales aragoneses en lo que afecte a ciertas materias (ap. 2), en el ahora discutido se dice simplemente que el Justicia «podrá dirigirse» a todo funcionario un órgano de cualquier Administración presente en la Comunidad. Es evidente, por lo demás, que si este inciso implicase la capacidad de supervisión sobre todas las dependencias administrativas de cualquier Administración residenciadas en la Comunidad Autónoma, los dos primeros apartados resultarían prácticamente innecesarios, e innecesario sería también el Art. 5, que al referirse a la *obligación de auxilio*, lo hace con referencia a «los órganos y entes sujetos a la supervisión del Justicia».

Si a lo expuesto se añade lo que indica el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos, que circunscribe la competencia del Justicia a las actuaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma y de los entes locales en las materias transferidas a la Comunidad, y a la voluntad de la Ley que señala el párrafo sexto respecto de sus actuaciones «de no interferir en las competencias de otros poderes públicos, sean o no aragoneses», habrá de concluirse que, frente a lo afirmado por el Letrado del Estado, no es inconstitucional el Art. 2.3 de la Ley impugnada.

Este puede ser un magnífico ejemplo de otra variante o reverso negativo de la interpretación sistemática, basada en la presunción de consistencia lingüística del legislador: cuando un mismo cuerpo legal utiliza dos expresiones diferentes que no sean perfectamente sinónimas, hay que entender, salvo “prueba” en contrario, que lo hace para referirse a dos cosas también diferentes.

- Otro ejemplo bastante majo: STC 95/1988, fj4:

4. Si, como ya se ha indicado, se acepta la pertinencia del juicio de relevancia efectuado por la Sala de la Audiencia Provincial, a partir de la operación interpretativa que le lleva a determinar que la norma competencial aplicable al supuesto de autos es el Real Decreto-Ley 19/1979, que amplió las competencias de la Audiencia Nacional, no es posible esquivar el juicio de constitucionalidad propuesto por dicha Sala. Es necesario, por tanto, pronunciarse sobre si la incorporación que efectúa su Art. 1 de determinados delitos a las competencias de

la Audiencia Nacional (ampliación competencial de la que según el juicio de relevancia realizado por la Sala depende la resolución de la declinatoria), es inconstitucional por poseer una categoría normativa inadecuada para su objeto como consecuencia de lo preceptuado en los Arts. 24.2 y 86.1 de la Constitución.

La cuestión, por tanto, versa en este aspecto sobre el tema -del que ya ha debido ocuparse este Tribunal en otras ocasiones [así SSTC 29/1982, de 31 de mayo ([RTC 1982\29](#)), 111/1983, de 2 de diciembre ([RTC 1983\111](#)); 3/1988, de 21 de enero ([RTC 1988\3](#))]- de los límites constitucionales a la normativa mediante Decreto-Ley, que resultan del Art. 86 C.E. En este caso concreto ha de partirse de que el derecho reconocido en el Art. 24.2 C. E. es al Juez ordinario «predeterminado por la ley», y a este respecto ha de recordarse que ese Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar el significado y alcance de esa remisión a la ley. Por una parte, en el sentido que la predeterminación por ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de Jueces ad hoc -STC 101/1984, de 8 de noviembre, fundamento jurídico 4º; STC 199/1987, de 16 de diciembre, fundamento jurídico 8º ([RTC 1987\199](#))-. Por otro lado, y en relación con el rango de la norma en que han de contenerse dichos criterios generales, el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender que se trata de ley en sentido estricto, como resulta tanto de la dicción literal del precepto como de su interpretación sistemática. Así en la STC 101/1984, de 8 de noviembre, este Tribunal afirmó que «la referencia del Art. 24.2 a la Ley, coherente con lo también dispuesto en los Arts.. 53.1 y 86.1 de la Constitución, exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el Juez del caso es la ley en sentido estricto» y ello porque, según se indicaba en la mencionada Sentencia, «la interpretación sistemática entre el Art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado -STC 47/1983, de 31 de mayo, fundamento jurídico 2.º, in fine ([RTC 1983\47](#))-, radica en la ley» (STC 101/1984, fundamento jurídico 4.º): La referencia expresa a la ley que lleva a cabo el Art. 24.2 C. E., se corresponde así con la reserva de ley que efectúa el Art. 53.1, y la reserva similar contenida en el Art. 117.3, y refleja, en relación con la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, una exclusión de otras normas -Decretos-leyes o disposiciones de carácter reglamentario- distintas de la ley en sentido estricto, por cuanto que ésta se configura como la garantía de la independencia e imparcialidad judicial.

Al integrar el contenido del derecho en cuestión la predeterminación por ley del Juez competente, es claro que la intervención del Decreto-Ley en este aspecto supone, no sólo una afectación de ese derecho prohibida por el Art. 86.1 C.E., sino su misma negación, al excluir un aspecto esencial del mismo, como es la cualidad de ley formal de la norma que establezca los criterios fundamentales para la determinación de cuál sea el Juez competente. Lo que implica la exclusión del Decreto-Ley, y en conclusión, la inconstitucionalidad del Art. 1 del Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre, en lo que respecta al inciso cuestionado, en cuanto amplía las competencias de la Audiencia Nacional en relación con los delitos comprendidos en el Capítulo I del Título I del Libro II del Código Penal.

GUÍA DE LECTURA No. 8.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: La interpretación judicial del Derecho, entre método y argumentación. Hacia una teoría normativa.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando deberá:

- ü Conocer la utilidad de las posturas sobre interpretación y aplicación del Derecho respecto a la forma de concebir los métodos interpretativos.
- ü Identificar los presupuestos de una teoría normativa de los métodos interpretativos.
- ü Reconocer los momentos en los cuales se manifiesta el carácter valorativo de los métodos interpretativos.
- ü Identificar los criterios de una adecuada utilización de los métodos interpretativos como parámetro de una justificación racional de las decisiones jurídicas.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuáles son para el autor las tres formas principales de concebir la función de los métodos de interpretación y aplicación del Derecho?

POSTURA TEÓRICA	UTILIDAD
Formalismo jurídico	
Realismo jurídico	
Teorías actuales de la argumentación (Alexy)	

2. Señale la utilidad (“lo aprovechable”) de las siguientes posturas teóricas respecto a los métodos de interpretación.
3. ¿En qué consiste el carácter normativo de una teoría de los métodos interpretativos?
4. ¿Cuáles son los presupuestos (positivos/ negativos) de una teoría normativa de los métodos jurídicos?
5. ¿Qué utilidad tiene el llamado “parámetro de racionalidad argumentativamente débil”? ¿Cuáles son los componentes del mencionado parámetro?
6. ¿En qué sentido entiende el autor el carácter deductivo del razonamiento jurídico y la compatibilidad de la decisión jurídica con el tenor “literal” de la norma?
7. ¿Cuándo un argumento o método interpretativo es admisible/ inadmisible?
8. Proporcione dos ejemplos, similares a los expuestos por el autor, de métodos interpretativos inadmisibles.
9. ¿De qué depende la admisibilidad de los métodos interpretativos?
10. ¿En qué momentos se explicita el carácter valorativo (no neutral) de una teoría de los métodos interpretativos?
11. ¿Qué valores cree usted que se potencian en los siguientes métodos o argumentos interpretativos ?.

MÉTODO/ ARGUMENTO	VALOR QUE PRESERVA
Literal	
Teleológico	
Sistemático	
<i>In dubio pro libertate</i>	

12. ¿Qué significa que el método interpretativo admisible tiene que ser correcto?
13. Explique los dos requisitos que debe tener el uso correcto de un método interpretativo.
14. ¿Cuál es el punto de vista del autor respecto a la distinción entre justificación interna/externa?
15. ¿En cuáles momentos de la práctica judicial decisoria (interpretativa) concurren juicios de valor?
16. Defina los conceptos siguientes:

CONCEPTO	DEFINICIÓN
Interpretar	
Argumento interpretativo	
Argumento creativo	
Metodo	
Interpretaciones posibles	
Criterios de interpretacion	
Reglas de interpretacion	

17. ¿Cómo define el autor el método de interpretación literal?.
18. ¿Considera usted que la pauta o regla interpretativa que el método literal utiliza se corresponde con la contenida en el Art. 20 CC?.
19. ¿Cuál es la función del método literal cuando el término legal interpretado adolece de vaguedad?.
20. ¿En qué casos el método literal funciona como método autónomo?.
21. Exprese con sus palabras la diferencia entre método literal e interpretación sintáctica.
22. El método de interpretación literal ¿es una regla o un criterio?.
23. ¿En qué sentido el argumento de reducción al absurdo excepciona la interpretación literal?.
24. ¿Qué rol juegan las definiciones legales en relación con la interpretación literal?.
25. ¿Qué crítica podría hacerse al Art. 20 CC en cuanto considera que cuando el legislador ha definido un término se le dará el significado que mediante la definición se le asignó?.
26. ¿Cómo define el autor el método teleológico?.
27. Redacte la forma de asignación del fin al Art. 34 inc. últ. CPP teniendo en cuenta las dos pautas que en la metodología jurídica se utilizan para asignar el fin a una norma.

DISPOSICIÓN LEGAL	TELEOLÓGICO-SUBJETIVO	TELEOLÓGICO-OBJETIVO
Art. 34 inc. últ. CPP “No prescribe la acción penal en los casos siguientes... siempre que se tratare de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del presente Código”.		

28. ¿Cuáles son las dos operaciones que deben realizarse para estimar que se ha aplicado adecuadamente el método teleológico?
29. ¿En qué casos se evidencia la complejidad del uso del método teleológico en la interpretación?
30. En una audiencia inicial el juez sobresee provisionalmente al imputado por los delitos de daños del Art. 221 CP y disparo de arma de fuego del Art. 147-A CP. ¿Cuál de los dos efectos de los previstos en el Art. 312 CPP debe aplicar el juez?. Utilice el método teleológico para justificar la respuesta.

9. EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO: LAS CONSECUENCIAS Y LOS PRINCIPIOS.

Juan Antonio García Amado

I. Herramientas y definiciones.

Comenzaré por explicitar la concepción del Derecho y de su interpretación, a la que me adscribo. Seguidamente precisaré algunos de los términos o expresiones de los que me valdré a lo largo de estas páginas.

Me sumo a la que llamo concepción lingüística del Derecho. Es aquella que ve el Derecho como un conjunto de enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y provenientes de ciertas instancias o fuentes “reconocidas” como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última instancia, por la sociedad que se trate.

El significado de esos enunciados señala los límites externos o el marco de lo que en Derecho puede establecerse en cada momento. Cuando estemos ante un Estado de Derecho Constitucional y Democrático y que mínimamente funcione como tal, añadido que esos significados ponen el límite externo o marco de lo que en Derecho puede legítimamente establecerse en cada momento.

Que la materia prima del Derecho sean enunciados no significa ni que esos enunciados tengan que ser perfectamente exentos de indeterminación semántica ni que, por tanto, no haya nada que añadir a esa materia prima a efectos de resolver los casos en sede de enjuiciamiento judicial. Y tampoco quiere decirse que dichos enunciados cubran todos los casos posibles. El conjunto de esos enunciados válidos y/o aplicables (no es ese el asunto aquí y podemos evitarnos los matices) ni resuelve todos los casos ni los resuelve unívocamente y con plena determinación. Lo que la concepción que defiendo sostiene es tan sólo que no es aplicación del Derecho¹ la resolución de un caso contra lo dispuesto en lo que de determinado haya en un enunciado jurídico positivo válido y/o aplicable. Por tanto, vulnerar un enunciado jurídico positivo (es decir, decidir lo que según su semántica -en conjunción con la sintaxis y la pragmática, por supuesto-) en nombre de cualesquiera otros valores, principios, reglas de otros sistemas -moral, religión..., cálculos, etc. no es aplicar Derecho ni decidir en Derecho².

1. Y que en un Estado de Derecho no es, además, legítimo proceder así.

2. Y, además, en un Estado de Derecho es ilegítimo.

Puesto que la inmensa mayoría de los enunciados legales no son ni totalmente determinados ni totalmente indeterminados, es posible atribuirles más de uno y menos de infinitos significados. Más cuanto más indeterminados, menos cuanto menos indeterminados. Pero al que no sea totalmente indeterminado no se le puede atribuir cualquier significado. La frontera de los significados posibles la marca la semántica. Puede ser una frontera un poco permeable, pero hay frontera. Si de hecho se correlaciona con un enunciado un significado que desdice totalmente de su semántica, no se está interpretando, se estará haciendo cualquier otra cosa, que se puede llamar como se quiera. Y si luego ese significado se aplica a la resolución de un caso, no cabe decir con propiedad que se ha aplicado aquel enunciado legal así interpretado. Se ha aplicado un enunciado inventado gratuitamente para el caso.

Por tanto de todo enunciado legal caben varias interpretaciones posibles: tantas como no sean incompatibles con su semántica.

La teoría normativa de la interpretación jurídica intenta dar criterios (métodos, cánones) para dirigir la elección entre las interpretaciones posibles. Aquí los llamaré argumentos interpretativos. En cada momento y cada cultura jurídica está sustancialmente acotada la lista de los argumentos interpretativos admisibles, que quedan, así, diferenciados frente a otros posibles pero no admisibles. Los argumentos interpretativos admisibles lo son por su habitualidad (son tópicos, en el sentido de Viehweg) y por su sustrato valorativo, es decir, por ser susceptibles de justificación con base en algún valor que se considera esencial para el sistema jurídico y jurídico-político.

La utilización de un argumento interpretativo admisible da lugar a una interpretación justificada. Una interpretación justificada es aquella que se apoya en un argumento interpretativo admisible y bien utilizado en el caso. Un argumento interpretativo admisible está bien utilizado cuando se dan en su uso las siguientes condiciones: i) Los datos que se invocan son pertinentes; ii) los datos que se invocan son verdaderos, o, si son de tal tipo que su verdad no puede demostrarse, verosímiles o probables; y iii) sus datos o premisas demostrables se saturan hasta donde sea razonablemente posible.

Puede ocurrir, y así es a menudo, que las interpretaciones justificadas sean varias. En ese caso se necesitan pautas o directivas de un grado más alto para dirimir la elección entre las interpretaciones justificadas. Aquí es donde entran en juego las que llamaré reglas interpretativas.

Reglas interpretativas son las que sirven o bien para eliminar

interpretaciones posibles (que pueden ser también interpretaciones justificadas), en cuyo caso son reglas interpretativas negativas, o para establecer preferencias entre interpretaciones posibles (que pueden ser también interpretaciones justificadas), en cuyo caso se trata de reglas interpretativas positivas. En suma, las reglas de interpretación dirimen elecciones entre interpretaciones (justificadas) posibles.

Algunos de los que suelen ser recogidos como cánones de la interpretación pertenecen a este conjunto de las que llamamos reglas de la interpretación. Por tanto, dentro de los cánones o criterios de interpretación estamos diferenciando entre argumentos interpretativos y reglas interpretativas. Ambos tienen que ser admisibles en el sentido que dijimos antes para los argumentos. La admisibilidad de las reglas deriva, igualmente, de su habitualidad (tópicos) y de su sustrato valorativo, es decir, su servicio o funcionalidad para valores o bienes que se consideran consustanciales de nuestros ordenamientos jurídicos.

Con base en lo anterior, partimos de las siguientes reglas de la interpretación, esenciales a nuestra concepción del Derecho y su práctica pero que no puedo justificar aquí más extensamente:

R.1: *El intérprete debe elegir una interpretación de entre las posibles.*

R.2: *El intérprete debe elegir, de entre las posibles, la/una interpretación que esté justificada.*

R.3: i) *El intérprete debe elegir, de entre las interpretaciones posibles, la/una que esté justificada y que no quede excluida por una regla interpretativa negativa.*

ii) *El intérprete debe dar preferencia a la(s) interpretación(es) posible(s) que esté(n) respaldada(s) por una regla interpretativa positiva.*

En lo que sigue me referiré al juego del argumento teleológico, por un lado, y de la regla interpretativa positiva de maximización de las consecuencias positivas, por otro.

II. El argumento teleológico.

El argumento teleológico tiene dos variantes, teleológico-subjetiva y teleológico objetiva.

Definición del argumento teleológico-subjetivo: está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines) que con ellos quiso su autor.

Definición de argumento teleológico-objetivo: está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita

alcanzar el fin (o los fines) que una persona razonable hoy querría lograr al formular tales enunciados.

Los resultados de aplicar una u otra de esas dos variantes pueden ser coincidentes o divergentes. Es fácil que coincidan cuando la norma es reciente y democráticamente creada; pueden no coincidir cuando faltan esas dos notas.

La estructura de ambas variantes del argumento es idéntica (al menos en lo que aquí nos importa), aunque sean diversos los datos con que hayan de rellenarse los apartados de esa estructura argumentativa. Esa estructura común puede describirse así³:

Si el significado S de un enunciado legal permite (en la mejor medida posible) el cumplimiento del fin de dicho enunciado, está justificado asignarle ese significado S.

Esto es:

$F_n (S_n \rightarrow F_n) \rightarrow S_n$

El empleo racional de este argumento requiere la justificación suficiente de las dos aserciones que componen su antecedente: que el fin de n es F (F_n) y la implicación entre el significado S y el cumplimiento de dicho fin ($S_n \rightarrow F_n$).

i) La atribución a n del fin F , y no por ejemplo del fin F' , F'' ...
 F^n .

El tipo de justificación requerido depende de la variante del argumento que se esté utilizando. Cuando se trata del teleológico-subjetivo serían de enunciados históricos. El esquema del enunciado finalístico aquí es: “el legislador L quiso para la norma n el fin F ”. La adecuada justificación de dichos enunciados (y con ello de la primera parte del argumento) requiere que a) dichos enunciados existan; b) que sean expresamente fundados en datos coherentes y suficientes; c) que esos datos sean verdaderos o, al menos, que no se demuestre su falsedad.

3. Cabría plantearlo en términos negativos, como hacen Koch y Rüssmann. Su esquema de este argumento, adaptado a nuestros términos, quedaría así (vid. Koch/Rüssmann, p. 216).

(1) $O F_n$

(2) $\neg S_n \rightarrow \neg F_n$

(3) $O S_n$

Cuando se trata de la variante teleológico-objetiva este asunto es aun más complicado, pues pueden mezclarse enunciados normativos y empíricos, dependiendo de los matices o variaciones con que, a su vez, este argumento teleológico suele aparecer. Tomemos sólo dos de sus modelos más usuales:

a) A veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el que una determinada sociedad, a día de hoy, unánime o mayoritariamente les daría. Por tanto, el esquema aquí es: “Esta sociedad S quiere para la norma n el fin F”. Aquí se trata de afirmaciones empíricas que tienen que estar sostenidas por los correspondientes datos o indicios suficientemente acreditados; el esfuerzo demostrativo de la verdad de esos datos tendrá que ser tanto mayor cuanto menor sea la evidencia de la verdad de lo afirmado. No es igual de evidente afirmar “en esta sociedad todos aspiran a tener una buena vivienda” que afirmar “en esta sociedad todos son partidarios de que el Estado subvencione las confesiones religiosas”.

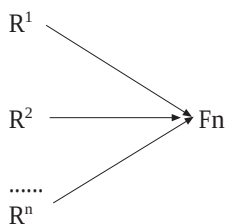
b) Otras veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el que una (cualquier) persona razonable les daría. En la medida en que el sujeto al que se imputa esa preferencia entre fines no es un sujeto real y empírico, sino uno hipotético y construido con datos normativos, resulta crucial la fundamentación que se proponga para estos últimos. Es decir, se parte de una definición de sujeto razonable (o cualquier sinónimo) y habrá que justificar de modo suficiente y suficientemente convincente los datos de esa definición. No es lo mismo definir como sujeto razonable, a estos efectos, al que posee una psicología propia de adulto que al que respeta las reglas de un determinado sistema moral. Cuando esto último ocurriera estaríamos ante el tan frecuente uso del argumento teleológico-objetivo para la imposición dogmática y camuflada de un determinado código moral con pretensiones de “objetividad”.

Sea cual sea la variante, subjetiva u objetiva, quiere decirse que la afirmación F_n sólo estará justificada cuando en el razonamiento interpretativo que la contenga se expliciten las razones en que se apoya. Es una cuestión gradual: el argumento será tanto más fuerte (y la correspondiente interpretación resultante tanto más justificada) cuanto más y mejores (menos discutibles o dudosas) sean esas razones. Las mismas podrán ser empíricas (históricas, sociológicas, psicológicas...) o normativas (morales, políticas...). Sólo es prescindible sin daño de la racionalidad argumentativa la explicitación de aquella razón de total evidencia, indiscutible.

Podemos representarlo así:

$(R_1 \ R^2 \ ... \ R^n) \ F_n$

O así:



ii) En segundo lugar, el empleo racional de este argumento requiere la demostración o fundamentación suficiente de la implicación causal que contiene, la afirmación que la aplicación de la norma n con el sentido S tiene como efecto o consecuencia el cumplimiento del fin F_n .

El pleno desarrollo argumentativo de ese extremo en el contexto de un razonamiento interpretativo en que se sopesen diversas interpretaciones posibles (y, en su caso, justificadas), supone algo más que el mero mostrar que de la aplicación de la norma n interpretada con el significado S se sigue la realización del fin F . Porque pudiera ocurrir que de otro significado S' se pudiera mostrar también que se sigue la realización del fin F , o incluso una realización en más alta medida.

Por tanto para la justificación racional del argumento interpretativo teleológico, es decir, para su correcto uso, tiene que quedar suficientemente claro y fundado que sólo la interpretación de n con el significado S permite la realización del fin F_n ; o que ese es el significado que permite una mejor realización de F_n . En consecuencia, es argumentativa y racionalmente deficiente el uso de este argumento con la mera justificación de que $S_n \ F_n$. Esto es condición necesaria, pero no suficiente. También se ha de acreditar que ninguna otra interpretación de S_n lleva a la realización de F_n .

Pongamos que las interpretaciones posibles en litigio sean S^1_n y S^2_n . Ha de quedar suficientemente justificado que:

- (1) $S^1_n \ F_n$
- (2) $S^2_n \ \neg F_n$

Si queremos ser aun más minuciosos y precisos debemos reparar en que los contenidos totales del razonamiento serían así (uso C por “consecuencia”, en el sentido de efecto).

- (1) $S^1n \quad C$
- (2) $S^2n \quad C'$
- (3) $C \quad Fn$
- (4) $C' \quad \neg Fn$
-
- (5) $S^1n \quad Fn$

Son necesarios, pues, razonamientos de corte empírico, generalmente prospectivos o probabilísticos. Podemos establecer la siguiente regla para estos razonamientos en cuanto parte del correcto uso del argumento interpretativo teleológico:

Tendrán que ser tanto más y/o mejores las pruebas o indicios que expresamente se aporten en favor de la implicación causal entre S_n y F_n cuanto menos evidente o indiscutible sea dicha implicación.

El reverso de esta regla, o su complemento, es la exigencia de que en la misma medida tiene que quedar suficientemente justificado que dicho efecto de realización de F_n no se sigue (o no se sigue en tal medida) de $S^1n...S^nn$.

Estamos, pues, ante necesarios razonamientos de ponderación de consecuencias: muestran qué consecuencias se siguen de cada interpretación en litigio y, segundo paso, se justifica cuál de esas consecuencias se corresponde mejor con la realización del fin del enunciado legal interpretado⁴.

III. La regla de maximización de las consecuencias positivas.

Puede darse también el caso que el fin del enunciado legal se realice aplicándolo con distintos significados, si bien tal regulación acontecería en grado diverso por cada uno. Es decir, podríamos estar ante una situación como esta:

- $S^1n \quad Fn^{+1}$
- $S^2n \quad Fn^{+2}$
- $S^3n \quad Fn^{+3}$

4. Dejo de lado aquí el análisis de los casos en los que sean varios los fines que se han adscrito al enunciado legal, ya se trate de fines que se hayan de alcanzar alternativa o acumulativamente. No se me escapa que son los supuestos más complejos, pero considero que para ellos vale, con esa mayor complicación de análisis y argumentación, lo que en general afirmo.

Parece bastante obvio que la *ratio* del argumento teleológico nos llevaría a todos a la preferencia de S^3n , es decir, de aquella interpretación que en más alta medida realiza el fin del enunciado legal. Las interpretaciones que satisfacían la definición del argumento interpretativo teleológico (está justificado dar a los enunciados legales el significado que permita la realización de su fin) son varias, pero preferimos una. ¿Por qué la preferimos?. Porque aplicamos una regla de interpretación que podemos formular así: de entre las interpretaciones posibles *se debe* elegir la que lleve a las mejores consecuencias. Llamaré a esta regla interpretativa *regla interpretativa de maximización de las consecuencias positivas* (en adelante RMC). De la RMC sostendré en lo que sigue tres cosas: i) que es la *ratio* del argumento teleológico y donde tiene una aplicación más evidente; ii) que a la RMC se puede traducir, un tanto trivialmente, pero de modo útil a efectos analíticos, la *ratio* de todo argumento interpretativo; y iii) que la RMC no sólo constituye la *ratio* peculiar de cada argumento interpretativo, sino que conforma también, en un metanivel sobre los anteriores, la más importante directiva de segundo grado o regla directora de la interpretación entre interpretaciones posibles justificadas, es decir, de preferencia de una u otra interpretación en cada caso. Recordemos que los argumentos interpretativos justifican interpretaciones y las reglas interpretativas señalan preferencias o exclusiones entre las interpretaciones justificadas. Con ello veremos que, contrariamente a lo que se suele escribir, lo que la teoría de la interpretación necesita no es una jerarquización entre los argumentos interpretativos (cánones...), sino una regla con la que sentar su orden en cada caso. Tal sería la función de la RMC.

Vayamos por partes.

i) Todo argumento interpretativo admisible recibe esta última condición de su sustrato valorativo. Un argumento interpretativo es siempre un punto de vista, un criterio, una escala desde la que se ofrece una determinada referencia, pauta u óptica a cuyo tenor dar un significado a un enunciado legal. Un argumento interpretativo le dice al intérprete que puede atenerse a X a la hora de asignar un significado a la norma. Los distintos argumentos interpretativos se diferencian según lo que pongan en el lugar de X: lo que el legislador quiso decir, lo que el legislador quiso conseguir (fin), lo que es razonable querer conseguir o lo que la mayoría querría conseguir, etc.

Pero en ninguna sociedad y en ninguna cultura jurídica se admite cualquier pauta al efecto, cualquier canon de todos los posibles e imaginables. Pensemos en un canon teológico que nos dijera que está justificado dar al enunciado legal el significado que sea acorde con la voluntad de Dios. En otro tiempo pudo tener y tuvo (y en otros

lugares tiene) plena vigencia y operatividad; entre nosotros, aquí y ahora, no lo contamos entre los argumentos interpretativos admisibles. ¿Por qué?. Porque su sustrato valorativo, la razón por la que se considera bueno (que los preceptos humanos se atengan -o al menos no contradigan- la voluntad divina) es rechazable en nuestra cultura jurídica por incompatible con presupuestos valorativos básicos en nuestros sistemas jurídico-políticos, tales como el pluralismo, la libertad de conciencia e ideológica, la aconfesionalidad del Estado, etc.

Pensemos ahora en el argumento interpretativo teleológico. ¿Por qué es tenido por admisible?. Creo que todos coincidiríamos en explicaciones muy parecidas al respecto. En su versión subjetiva se invoca el valor positivo de respeto al legislador, considerado el único o supremamente legitimado para dictar las pautas normativas de nuestra vida en común. En su versión objetiva se alude a cosas tales (según las subvariantes que antes señalamos, de entre las posibles) como el respeto al sentir de la sociedad en cada momento o a la racionalidad práctica de la institución jurídica.

Así pues, la *ratio* del argumento teleológico es que resulta bueno, deseable, que el fin de la norma se cumpla, por lo que dicho cumplimiento supone la realización del respectivo valor que funciona como sustrato del argumento (obediencia al legislador, a la sociedad...). Pues bien, si tal cumplimiento del fin es bueno, se presupone, al tiempo, que tal cumplimiento del fin debe darse en la mayor medida posible. Por tanto, y como ya sabemos, de entre todas las interpretaciones posibles se debe optar, en la aplicación del argumento teleológico, por la que tenga consecuencias que en medida mayor realicen dicho fin. Ahí está funcionando la RMC interna al argumento teleológico. Y así, como luego veremos, funciona en todos, pues a todos subyace la siguiente regla: es preferible siempre y en todo caso la mayor realización de V, siendo V el valor o valores que conforman el sustrato valorativo del argumento.

Si llamamos Z a “la más alta posible realización del fin de la norma -Fn-” podemos representar así el juego aquí de RMC:

- (1) $S^1n \quad Fn^{+1} \quad (S^2n \quad Fn^{+2}) \quad (S^3n \quad Fn^{+3}) \quad OZ$
- (2) $F_n^3 = Z$
- (3) OZ

ii) La RMC opera en todo argumento interpretativo, pues todo argumento interpretativo tiene en su fondo un valor (o varios interrelacionados) y el presupuesto que se debe optar, de entre todas las interpretaciones posibles que con ese argumento se pueden justificar,

por la que suponga la realización mayor de ese valor. Pensemos en el argumento interpretativo sistemático, aunque sea sin entrar en grandes matices. El sustrato valorativo de este argumento, en todas sus variantes, alude siempre a los valores enlazados de coherencia lógica y consistencia lingüística. Pues bien, traduciendo al lenguaje de la RMC este argumento diríamos que de entre las interpretaciones que eviten incoherencias y/o inconsistencias se debe elegir aquella que maximice ese objetivo.

Un ejemplo sencillo. Pongamos que S^1 da lugar a una antinomia total-total con otra norma n' del sistema, que S^2 da lugar a una autonomía parcial-parcial con n' , y que S^3 no da lugar a ninguna antinomia. En aplicación de la RMC el orden de preferencia que se debe imponer entre estas tres interpretaciones posibles es S^3 , S^2 , S^1 .

Vemos así que el llamado canon o argumento de interpretación lógico-sistemática, que dice que se debe optar por la interpretación, de las posibles, que mejor evite las antinomias con otra norma, no es en realidad un argumento sino una regla, y que, en realidad, es una subregla o aplicación parcial de la regla de RMC.

¿Cuál es la diferencia de este ejemplo de aplicación de RMC con su funcionamiento en el argumento teleológico?. Que en este argumento sistemático la justificación argumentativa de las consecuencias que se derivan de cada interpretación y de cuál es la que mejor realiza el valor de fondo del argumento echará mano de argumentos lógicos y lingüísticos (semánticos, sintácticos, pragmáticos), mientras que en el argumento teleológico esas razones serán de índole principalmente empírica y, sobre todo, probabilística.

iii) La RMC funciona, además, como metaregla con la que dirimir la preferencia entre interpretaciones justificadas con distintos criterios. La doctrina repite siempre que distintos argumentos interpretativos o cánones pueden presentar como justificadas, respectivamente, distintas interpretaciones y que, además, cada uno de ellos puede dar lugar a varias interpretaciones justificadas. Esto último se evitará en muchos casos (no siempre) mediante la aplicación interna de RMC al respectivo canon, como acabamos de ver. Lo otro se puede solventar en muchos casos, no siempre, con la aplicación externa o como metaregla o regla de decisión interpretativa última de RMC. En esta función RMC podría enunciarse así:

De entre todas las interpretaciones posibles y justificadas se debe elegir aquella cuya aplicación tenga las mejores consecuencias.

Llamemos interpretaciones justificadas a S^1 ... S^n y M a la

interpretación justificada que tiene las mejores consecuencias. Tenemos que:

$$(S^1 \ S^2 \ \dots \ S^n) \text{ OM.}$$

Todo esto suena perfectamente trivial si no añadimos rápidamente que el *quid* del asunto y la fuente de todas las divergencias se encuentran en el patrón de medida de las consecuencias. Al fin y al cabo, lo que hasta aquí vengo diciendo es que, una vez que asumimos qué es lo bueno, todos estaremos de acuerdo en que de lo bueno aquí cuanto más, mejor. ¿Pero cómo sabemos lo que es bueno?. En el caso de la aplicación interna de RMC a los distintos argumentos interpretativos admisibles se trabaja sobre la base de un consenso social muy firme y a tenor del cual poca discusión existe sobre que es bueno que se obedezca al legislador, que se salguarde la coherencia del sistema, que se garantice que las normas son eficientes para sus objetivos, etc. El problema, como es bien sabido, se torna mucho más serio cuando todos o algunos de esos valores chocan y hay que optar por una determinada interpretación de entre las que están, respectivamente, justificadas por unos u otros de ellos. Se suele pensar, ya lo he dicho, que el problema debe resolverse, si es que se puede, mediante jerarquías estables de esos valores, lo que es tanto como decir, de los respectivos argumentos interpretativos. Así es como, por ejemplo, para unos cuenta más la eficiencia de la norma para las necesidades actuales que la obediencia a las intenciones prácticas o semánticas del legislador, y para otros al contrario.

Por tanto, mientras no salgamos de ese marasmo la RMC no nos sirve de nada, pues nos diría meramente que se debe elegir la interpretación que mejor realice el valor que hayamos elegido como superior, y así sucesivamente en la escala, hacia abajo. Si queremos que RMC tenga la función cierta de metaregla mínimamente efectiva hemos de darle un anclaje más sólido y objetivo a la pauta de jerarquización de las consecuencias justificadas.

A partir de los años setenta en Alemania hubo una fuerte corriente doctrinal propugnadora de la colaboración de las ciencias sociales en la práctica jurídica, tanto legislativa como judicial. En la literatura iusmetodológica alemana, en ese marco, cobró cierta fuerza la llamada doctrina de la “orientación por las consecuencias” (*Folgenorientierung*) o “consideración de las consecuencias” (*Folgenberücksichtigung*). También se habla de “interpretación orientada a las consecuencias” (*folgenorientierte Auslegung*). Pero la concepción allí dominante se diferencia de mi propuesta en lo siguiente: propugna que el intérprete se guíe por la consideración de las consecuencias sociales de su decisión. Se trataría de analizar los efectos sociales de

la decisión y de optar por la que los tenga mejores. Aquel análisis podría y debería echar mano de las herramientas proporcionadas por las ciencias sociales. Es más, las ciencias sociales constituyen incluso el mejor auxilio para establecer cuáles son los estados de cosas más deseables o justificados en la sociedad y ofrecen, por tanto, la pauta con la que jerarquizar las preferencias. Aquel optimismo de las ciencias sociales (sociología, psicología social, estadística...) se perdió en gran medida en las décadas inmediatamente siguientes, pero en ciertos ámbitos su lugar lo ocuparon las doctrinas del análisis económico del Derecho. Éstas adoptan como pauta general de valoración de las normas y de las decisiones jurídicas el criterio económico de coste-beneficio y sobre tal base consideran posible graduar la preferencia de las opciones decisorias. A más caro, peor, podríamos decir, simplificando, que es su criterio.

Hay en todo eso varias diferencias con la teoría que propongo.

i) En primer lugar, muchos de esos autores estarían dispuestos a defender que la escala de valores que sienta la economía o cualesquiera otras ciencias vale más que la escala de preferencia manifestada por el legislador mediante los términos y enunciados de sus leyes, de modo que, en caso de conflicto (conflicto que existe entre dos determinaciones, no entre lo claro y lo indeterminado, no se pierda esto de vista) entre ambas jerarquías, la “científica” debe prevalecer. Es decir, si el mandato del legislador (en lo que sea claro y no caiga en la “zona de penumbra”) es claro pero caro (o contrario a la opinión pública del momento del caso, o que supone un riesgo para ciertos estados psicológicos colectivos, etc.) debe ceder ante las consecuencias mejores de decisiones que le son contrarias (*contra legem*). En lo mismo andan algunos rehabilitadores de la razón práctica en el Derecho, que estiman que cuando las consecuencias de toda decisión de un caso acorde con el mandato legislativo son de grave injusticia deben evitarse tal injusticia y decidirse contra el tenor del mandato legislativo. Son doctrinas paralelas, pues ambas creen en la objetividad y cognoscibilidad de una verdad práctica distinta del Derecho y por encima de él. Se diferencian en la fuente de la que abrevan: aquéllos en las ciencias sociales; éstos en las éticas cognoscitivistas. Caben también síntesis de ambas fuentes, al estilo habermasiano.

Frente a lo anterior, aquí defiendo que en un Estado de Derecho Constitucional y Democrático no se debe rebasar el límite de las interpretaciones posibles y que, por lo mismo, la escala de preferencias que el legislador ha trazado prevalece para el juez⁵

5. Y en tanto que juez; supongo que nadie me saldrá aquí con la cantinela del positivismo ideológico, que no viene en absoluto a cuento porque i) la desobediencia puede estar éticamente justificada, por supuesto, pero aquí no estamos hablando de ética individual sino de lo que conviene a ese medio de organización colectiva que es

absolutamente sobre cualquier otra, ya la proporcione la ciencia, la ética o la religión. Pero quede claro que también para aquellos partidarios de las ciencias sociales o de la razón práctica opera una regla de maximización de las consecuencias favorables, sólo que, repito, sus contenidos y escala los fijan las ciencias o la razón práctica, no el Derecho, y, por lo mismo, pueden usarse incluso *contra legem*.

ii) ¿Significa lo anterior que pretendo aplicar una RMC al margen de las ciencias o, si acaso, de cualquier rastro de racionalidad práctica?. No. Para acabar de perfilar (en lo posible) mi propuesta faltan tres precisiones: a) el propio ordenamiento jurídico establece

las pautas o referencias con las que poder en muchas ocasiones medir las consecuencias de las decisiones interpretativas; b) las pautas establecidas por el propio sistema pueden y deben prevalecer (en el Estado de Derecho) contra las extrasistemáticas, vengan de donde vengan; c) las ciencias sociales -y hasta las naturales- pueden y deben ser usadas para respaldar los juicios probabilísticos en que se correlacionen interpretaciones posibles, consecuencias y fines preferibles; d) allí donde el propio sistema no dé indicaciones mínimamente definidas y útiles para fundar la preferencia de unas u otras consecuencias, o donde las dé contradictorias y no haya jerarquización posible para el caso (que es lo más común), o allí donde aunque esté clara la escala de las consecuencias sea imposible pronosticar con un mínimo rigor el acaecimiento de unas u otras, nos hayamos en supuestos de discrecionalidad judicial pura y simple, e inevitable. Será lícito al juez decidir según sus valores y fundamentar del modo mejor posible la aplicación de los mismos; no lo será, en cambio, que intente presentar como conocimiento objetivo lo que sólo puede ser de su cosecha.

Explicaré brevemente algunas cosas de estos puntos anteriores.

El ordenamiento jurídico positivo contiene numerosos enunciados que, en lugar de la habitual estructura de supuesto de hecho/consecuencia jurídica, o en lugar de la atribución de algún género de competencias o poderes, se limitan a proclamar la deseabilidad de ciertos fines o estados de cosas. De esas proclamaciones están bien repletas las Constituciones, aunque no sólo. Así es como se declara deseable según nuestro Derecho que todos tengamos un trabajo, una vivienda digna, un medio ambiente limpio, una administración de justicia

el Derecho; ii) no estoy diciendo que todo Derecho sea justo por el hecho de ser Derecho, sino que todo juez, y en tanto que actúe como juez, carece de legitimidad para reemplazar los valores democráticamente anclados en la ley por sus valores, por muy verdaderos que considere los suyos y muy descarriados que vea a la mayoría democrática o al legislador que la representa; sí puede un juez, y es éticamente loable también, dimitir o practicar la desobediencia civil, pero a cara descubierta, no como uso alternativo del Derecho. El uso alternativo del Derecho es digno de alabanza y propio de demócratas en un Estado autoritario o totalitario, pero reprochable y propio de antidemócratas en un Estado de Derecho.

independiente, una infancia protegida, etc. El viejo positivismo *a la* Kelsen consideraba estos enunciados meras proclamaciones literarias sin apenas valor jurídico. Por contra, muchos de los actuales “constitucionalistas” y antipositivistas las tienen por la columna vertebral del sistema jurídico y la razón de ser de sus mandatos, y cuanto más indeterminadas, mejor.

Lo que defiendo, y no es nada original, es el valor interpretativo de dichas cláusulas, en cuanto que proclaman fines por relación a los que medir las consecuencias respectivas de las interpretaciones posibles y justificadas de cada enunciado jurídico. Así, entre dos interpretaciones justificadas cada una por un (o varios) argumentos interpretativos admisibles, la RMC impone que se elija aquella que mejor realice aquel de estos fines jurídicamente sentados que entre en juego. Un ejemplo muy simple: si de dos interpretaciones posibles de una norma resulta que una provocaría la consecuencia que más personas accedieran a una vivienda digna y otra que menos, y si no hay ningún otro principio de igual jerarquía en liza, deberá darse preferencia a la primera, en aplicación de RMC.

Cuando, como es muy común, sean dos o más de ellos los que vengan al caso y estén en conflicto en él, no sirve gran cosa lo que estoy diciendo y hay que desarrollar reglas de optimización para las que no es este el lugar.

Esos que llamo enunciados jurídicos teleológicos tienen utilidad como pauta de fijación de fines para la aplicación de la RMC en función de dos de sus características: su jerarquía y su nivel de concreción.

Con su jerarquía aludo al lugar que ocupe en la jerarquía de fuentes el documento que contenga el respectivo enunciado teleológico: la Constitución, una ley, etc. El fin superior prevalece sobre el inferior. La protección de la familia o del medio ambiente, proclamados como objetivos en la Constitución, deberán pesar más que la protección de la confianza en el tráfico mercantil, por ejemplo⁶.

6. Un ejemplo jurisprudencial. Un empresario “entra” en el ordenador de un empleado en la empresa y examina los mensajes que éste ha recibido y enviado. Lo hace sin mandato judicial. Se plantea la cuestión de si medida semejante se justifica conforme al Art. 20.3 LET, que otorga al empresario las competencias de control y vigilancia sobre la actividad laboral de sus trabajadores y el uso de los medios empresariales (a favor de esta tesis, STS SS Cataluña 5 jul. 2000, País Vasco 31 oct. 2000, Galicia 4 oct. 2001, Madrid 4 dic. 2001...), o si, por el contrario, supone una vulneración del Art. 18.3 CE, que protege el secreto de las comunicaciones (en este sentido STS SS Andalucía 25 feb. 2002, Madrid 31 enero 2002). (Vid. Sent. del Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona de 16 sept. de 2002, que acoge esta última tesis) (archivo SENTALUM4). Mi tesis coincidiría con esta última postura jurisprudencial, pues entre dos fines se opta por el establecido en la norma superior. Es un ej. más de interpretación favorable a los ds.fs.

Al hablar de su concreción me refiero al grado en que los contenidos semánticos del enunciado teleológico en cuestión estén determinados. A mayor determinación, cuanto menor su zona de penumbra, mejor utilidad como base de una aplicación objetiva de RMC. El fin que todos puedan tener un puesto de trabajo es mucho mas preciso y, por tanto, determinable en su grado de cumplimiento, que el que todos sean poseedores de una dignidad. Un enunciado teleológico completamente abierto no establece ningún fin (sólo el que el intérprete libremente guste darle) y por tanto, no sirve como pauta por referencia a la cual medir las consecuencias de las interpretaciones en liza.

La jurisprudencia, con base en esos enunciados teleológicos, suele formular reglas interpretativas más precisas, las cuales son concreciones de aquéllos y se usan para dirimir entre interpretaciones dentro de distintas áreas temáticas del Derecho. Así es como nacen, se justifican y funcionan reglas interpretativas como la de favor laboratoris en Derecho Laboral, favor minoris en Derecho de Menores, etc. No son argumentos interpretativos, sino reglas de interpretación y subreglas de la metaregla de maximización de las consecuencias positivas.

GUÍA DE LECTURA No. 9.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: El argumento teleológico: las consecuencias y los principios.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando deberá:

- ü Conocer el significado de algunas definiciones relativos a la aplicación del método o argumento teleológico.
- ü Identificar las variantes de aplicación del método teleológico.
- ü Conocer los requisitos de la aplicación adecuada del método teleológico.
- ü Aplicar adecuadamente en la interpretación de disposiciones legales las variantes del método teleológico.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuál es la visión del Derecho que sostiene la “concepción lingüística” a la que se adscribe el autor?.
2. ¿Cuál es la “frontera” de los significados posibles en la interpretación?.
3. ¿Cuáles son los criterios de los que depende la admisibilidad de los argumentos interpretativos?. ¿Le parecen suficientes?.
4. ¿Qué se entiende en el texto por una interpretación justificada?.

5. Explique los requisitos que debe tener la correcta utilización de un argumento interpretativo admisible.

6. Señale la utilidad de las reglas interpretativas.

REGLA INTERPRETATIVA	UTILIDAD
Regla interpretativa negativa	
Regla interpretativa positiva	

7. ¿Cuáles son las dos variantes del argumento teleológico?.

8. ¿Cuál es la “estructura común” de ambas variantes del método teleológico?.

9. ¿Cuáles son los dos requisitos (“aserciones que componen su antecedente”) que debe cumplir la adecuada utilización del método teleológico?. Ejemplifique con un caso.

10. Señale cómo se atribuye el fin a la norma en las dos variantes del método teleológico.

VARIANTE DEL MÉTODO	ASIGNACIÓN DEL FIN
Teleológico-subjetivo	
Teleológico-objetivo (modelo de “determinada sociedad”)	
Teleológico-objetivo (modelo de “persona razonable”)	

11. Proporcione dos ejemplos de utilización del método teleológico por cada una de las variantes de aplicación. Utilice disposiciones legales para ello.

12. ¿Qué significa la regla de maximización de las consecuencias positivas en la aplicación del método teleológico?.

13. Explique en sus palabras las siguientes afirmaciones:

Ø Todo argumento interpretativo admisible recibe esta última condición de su sustrato valorativo.

Ø La regla de maximización de las consecuencias opera en todo argumento interpretativo.

Ø La regla de maximización de las consecuencias funciona como metaregla.

10. SOBRE EL ARGUMENTO A CONTRARIO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO¹.

Juan Antonio García Amado

Hay mucho de cierto en la afirmación que hace décadas hiciera Spindel, en el sentido que “bajo prestigiosas palabras como «lógicamente fundado», «consecuencia necesaria», «analogía o razonamiento a contrario» se esconde a menudo no otra cosa que ideas oscuras o pseudoargumentos” (Spindel, 1957, 442). Resulta curioso en grado sumo que reine una tan grande oscuridad en un campo como el de la metodología de interpretación y aplicación del Derecho, en el que han corrido y corren ríos de tinta. En este trabajo pretendo fundamentar semejante veredicto sólo en lo que tiene que ver con el llamado argumento a contrario.

Trataré de desentrañar algunos equívocos habituales o de combatir enfoques que considero erróneos, y de sustentar lo que estimo tesis más adecuadas y correctas sobre los caracteres de este argumento, su estructura y la función que cumple en el razonamiento jurídico. Pero antes de entrar en todo ello, se impone tomar conciencia de un dato crucial: de este, como de cualquier otro asunto relativo a la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho y a los medios o instrumentos que en los correspondientes razonamientos decisorios se utilizan, apenas es posible hablar al margen de una determinada concepción del Derecho y de las reglas rectoras de su práctica. Ciertamente que los teóricos no suelen explicitar su postura al respecto, pero ésta siempre opera en el trasfondo, condicionando las tesis que se sostienen, con lo que se incurre en el poco recomendable defecto de presentar como verdades universales lo que no es sino dependiente de prejuicios o “aprioris” que no se justifican expresamente. De ahí que comience esta exposición trazando un muy elemental panorama de ciertas concepciones básicas del Derecho y explicitando aquélla con la que teóricamente me identifico.

I. Tres modos de concebir el Derecho y la decisión jurídica correcta.

Entre quienes piensan que tiene sentido hablar de algo llamado Derecho, en cuanto realidad de algún género y no mera ficción ideológica que encubre engañosamente la simple fuerza o el mero sinsentido, podemos diferenciar tres concepciones básicas acerca de esa realidad de lo jurídico, de la materia prima que de un modo u otro determina o dirige la decisión judicial o, cuando menos, aporta el

1. Agradezco a Rafael Hernández Marín sus muy valiosos y atentos comentarios al borrador de este artículo. Los defectos que aún contenga se deben, por supuesto, a mi responsabilidad o, incluso, a mi empecinamiento.

elemento de contraste que nos permite sostener cosas tales como que el juez aplica correctamente el Derecho, decide racionalmente en sede jurídica, respeta la legalidad establecida, acata el sistema de fuentes, etc. Las denominaré concepción lingüística, concepción intencionalista y concepción material. Las tres comparten la idea que hay algo preestablecido a la decisión judicial y que le sirve o le debe servir de pauta, y que ese algo tiene, por tanto, valor normativo. En aras de la simplificación, llamaremos a ese algo normas jurídicas, sin entrar, por no ser aquí el tema central, en ulteriores discusiones terminológicas.

La concepción lingüística ve el Derecho como normas cuya realidad originaria es la de enunciados lingüísticos contenidos en ciertos textos² a los que es atribuido valor autoritativo, es decir, reconocidos como “fuentes” o receptáculos de normas que son Derecho y no otra cosa (no mera moral, no mera política, no meros usos, no meras afirmaciones, etc.). El Derecho, así, es primariamente lenguaje. No es algo anterior o distinto que se exprese a través del lenguaje, sino que está constituido en y por el lenguaje. Las normas jurídicas son fragmentos del lenguaje a los que se reconoce en una determinada comunidad o cultura ese especial status de ser Derecho y no (meramente) otra cosa.

Para esta concepción, los problemas del tránsito de la norma jurídica, así vista, a la decisión jurídica que la aplica o en ella se basa son fundamentalmente los problemas que plantea todo lenguaje no formal, son problemas de interpretación. Al lenguaje de las normas, de los enunciados que las constituyen, ha de suponerse necesariamente un significado, pues en otro caso no tiene sentido ni razón de ser la producción normativa como emisión lingüística. Si los enunciados legislativos fueran por definición crípticos, inasibles y carentes de toda determinación significativa, la práctica legislativa (y la práctica jurídica toda) sólo podría explicarse como el más cruel y maquiavélico camuflaje de la arbitrariedad y la manipulación, como ideología en el más negativo de los sentidos. Y, con ello, caería por la misma pendiente todo el entramado de ideas que hablan de principio de legalidad, democracia, separación de poderes, derechos, garantías, etc.

Mas decir que al lenguaje legislativo se le ha de suponer la capacidad de significación no implica en modo alguno caer en la ingenuidad de imaginarse que tal lenguaje es o puede llegar a ser perfectamente preciso, determinado e inequívoco. La semántica del lenguaje jurídico padece los mismos problemas que la semántica del lenguaje ordinario, si acaso con algunas peculiaridades y matizaciones (la existencia de terminología técnica, la presencia de definiciones

2. En la teoría del Derecho española, una concepción lingüística mantenida con muy coherente radicalidad es la de Hernández Marín (vid. 1998, 114ss.).

legales, etc.). Ahora bien, así como en la vida diaria podemos entendernos, dentro de ciertos márgenes, a partir de nuestro lenguaje, podemos también entender, dentro de ciertos márgenes, lo que las normas nos dicen y lo que le dicen al juez que ha de aplicarlas. Pero no podemos desconocer que existen en el lenguaje de las normas términos vagos y ambiguos e incluso, a menudo, conceptos total o casi totalmente indeterminados. La teoría y la práctica del Derecho han desarrollado, como respuesta a este problema, la teoría de la interpretación jurídica, que da o trata de dar pautas y reglas para concretar y precisar los enunciados de las normas jurídicas en lo que tengan de indeterminado.

Para esta concepción lingüística, la interpretación jurídica es aquella actividad que los teóricos del Derecho o sus operadores prácticos llevan a cabo para aclarar y precisar el significado de los enunciados en que las normas jurídicas se contienen. El teórico suele realizar esta labor redefiniendo los términos o enunciados legales, utilizando expresiones sinónimas, etc. El práctico, por su parte, suele partir del problema que supone saber si un determinado hecho cae o no bajo la referencia del significado del enunciado normativo, si es subsumible bajo el mismo. Pero lo característico de esta concepción es que la semántica pone un límite a las interpretaciones posibles, a las concretas atribuciones de significado. Las interpretaciones posibles de un término legal son tantas como resulten compatibles con los límites de su significado en nuestro lenguaje (nuestro lenguaje ordinario y/o nuestro lenguaje técnico-jurídico) y con la lectura contextualizada de ese término, pero no más. Todo lo que traspase ese límite ya no será interpretación de esa norma, sino creación de una norma nueva. Y la decisión que se base en esta norma nueva ya no podrá presentarse como aplicación de aquella otra, como aplicación obediente de la misma o respetuosa con la vinculación a la misma.

Un ejemplo bien simple. Pongamos que la norma jurídica N dice: “se prohíbe el uso de gafas en todo tipo de embarcaciones marítimas”. Sin chocar con el “sentido común lingüístico” podemos dar distintas definiciones de lo que en N se haya de entender por “gafas”; y podemos, en estrecha relación con lo anterior, establecer que bajo la referencia de ese término de N caen solamente los lentes con montura de uso diario, o también las “gafas” que se utilizan por ejemplo para soldar, o también las “gafas” de buceo, etc. Que le demos a ese término una u otra extensión estará justificado en razón del fundamento que podamos aducir para dicha elección (el fin de la norma, la intención del legislador, etc.), pero en cualquiera de esos casos estaremos cumpliendo con el mandato legislativo, con el respeto al texto normativo. En cambio, si alguien, alegando cualesquiera razones (de justicia, de equidad, de fidelidad al propósito del legislador, de conveniencia económica, etc.) sostiene que se puede entender que N

prohíbe también el uso de pistolas en las embarcaciones, estaría creando una norma nueva, y al ejecutar esa prohibición frente a quien porta una pistola en una embarcación no estaría cumpliendo N, sino la norma nueva por él creada.

El partidario de la concepción lingüística no tiene necesariamente que ser opuesto a esa actividad creativa, ni siquiera opuesto a la decisión contra legem. Puede, por ejemplo, entender que el Derecho es lenguaje y no otra cosa, pero defender desde consideraciones políticas que cierto Derecho (por ejemplo el de una dictadura) no debe ser obedecido. A lo que el partidario de esta concepción se opone es a que se llame aplicación de una norma jurídica a lo que, por no respetar los límites de su significado posible, es suplantación larvada de esa norma. Esta concepción, como tal, no se compromete necesariamente con ningún orden de valores ni ninguna política, y mucho menos es expresión de positivismo ideológico. Sus tesis de partida son ontológicas (el Derecho es lenguaje y no ningún tipo de esencia pre o extralingüística), epistemológicas (no podemos conocer de modo fehaciente ningún tipo de realidad jurídica al margen del lenguaje) y conceptuales (se debe evitar la arbitrariedad terminológica y establecer criterios conceptuales precisos).

La concepción intencionalista contempla el núcleo o ser último del Derecho como contenido del pensamiento y la intención de ciertos sujetos dotados de autoridad, paradigmáticamente los legisladores. Las normas jurídicas no agotan sus contenidos posibles en los enunciados lingüísticos a través de los que primariamente se manifiestan. Comprender una norma no es averiguar el significado o los significados posibles de un enunciado legislativo, sino, en última instancia, desentrañar las intenciones que su emisor ligó a dicho enunciado. Las palabras de éste y su forma sintáctica, entonces, son un puro vehículo, más o menos fiel, más o menos certero, de esa otra realidad que es la que verdaderamente cuenta, la intención de su autor. La correcta interpretación de un enunciado legislativo, por tanto, es aquella que saca a la luz lo que el legislador quiso decir con sus palabras. Éstas permanecen para siempre unidas a aquellos contenidos de conciencia y nunca pueden llegar a hablar por sí solas. Sólo dan pistas, gozan de una presunción de certeza, pero tal presunción es derribable con argumentos que acrediten que para el legislador tuvieron un significado distinto del que tendrían para el hablante corriente (o el jurista corriente) aquí y ahora.

En esta concepción, la vinculación al Derecho no es vinculación a la semántica de los enunciados legales, sino atadura a la intención del legislador. La autoridad de la ley es la autoridad de su autor, y el Derecho no es definible como conjunto de enunciados legales, sino

como contenidos de voluntad cristalizados en esos enunciados, que, repito, nunca se independizan de aquellas intenciones. El ser último del Derecho no está o no se agota en las palabras y los textos, sino que está por debajo, dándoles a aquéllas y a éstos su verdadero y único sentido posible. No es que la averiguación de las intenciones del legislador sea uno de los instrumentos aptos para precisar o elegir entre los significados posibles de los enunciados legales en lo que éstos tengan de indeterminado, como podría admitir sin problemas un defensor de la concepción lingüística. Se trata de que los significados posibles, la semántica del uso, cede ante aquella intención del autor, de modo que interpretación correcta podrá ser también aquella que dé a la norma un significado que vulnere abiertamente la semántica de nuestro lenguaje compartido. En un ejemplo caricaturesco, si al emplear en N el término “gafas” el legislador quiso realmente prohibir que en las embarcaciones se portasen lupas, esto y no otra cosa sería, según esta concepción, lo que N prohíbe.

En tercer lugar, tenemos la que denomino concepción material del Derecho. Para ésta, la materia prima del Derecho, su núcleo, su componente primero, no son ni palabras con significado ni intenciones de sujetos, sino contenidos valorativos materiales. La realidad jurídica última no es ni lingüística ni psicológica, sino axiológica. La realidad del Derecho no es sino una parte de la realidad del mundo, y las reglas de fondo que ordenan el mundo están prefijadas, ya sea en un orden de la creación, ya sea en una armonía cósmica, ya sea en una ontología ideal subsistente al margen de las determinaciones empíricas, y ya sea esa realidad universal e inmutable o cambiante con los tiempos y las culturas. El Derecho, así, sólo se concibe como expresión de tales determinaciones objetivas que son independientes de contingencias tales como la semántica del uso lingüístico o los propósitos. Y, por tanto, las palabras de la ley (positiva) no son más, nuevamente, que (en el mejor de los casos) un intento más o menos afortunado, pero siempre inexacto e insuficiente, de reflejar esas pautas valorativas de fondo, esos valores. Interpretar rectamente la ley positiva es situarla en la mayor concordancia y armonía posibles con aquel orden de valores. Y, sobre todo, decidir con corrección jurídica un caso es otorgarle el tratamiento que desde ellos y a tenor de ellos merece. Cuando las palabras de la ley y su significado apunten en la misma dirección, será porque la ley acierta a transmitir los valores que importan, con lo que la consiguiente decisión del caso será conforme con la ley y el Derecho. Cuando el caso caiga bajo la referencia de los términos legales, pero la consecuencia que se siga de su aplicación vaya contra lo prescrito por los valores que cuentan, aquéllos cederán ante éstos, y podrá quizá decirse que la decisión es contra legem, pero no contra Derecho, pues la ley escrita no es sino la pura superficie o apariencia de lo que es el auténtico Derecho. Sin embargo, raramente

o sólo en casos extremos las cosas se presentarán hacia el exterior con esta claridad. Es más cómodo y persuasivo mantener que se ha hecho una interpretación de la ley y que se la respeta en su verdadera esencia, aunque se la haga “decir” cualquier cosa que nadie entendería de sus términos.

Y nuevamente hay que aclarar que no nos referimos a que el intérprete, a la hora de elegir entre los significados *posibles* de una norma vaga o ambigua, eche mano de consideraciones finalistas, de equidad, de ponderación valorativa de consecuencias, etc., lo cual tampoco plantearía reparos al defensor de la concepción lingüística. No, se trata de que, para este tipo de doctrina, posibles son cualesquiera sentidos que hagan justicia al caso y sólo aquellos significados que hagan justicia al caso. Y el trato que el caso “demanda” es, para esta concepción, algo que viene determinado por la justicia y no por las palabras de la ley o las intenciones del legislador.

Creo que las tres concepciones son merecedoras de consideración y análisis, con la única condición, difícil y no muy usual, que se mantengan coherentemente. Quien esto escribe se manifiesta (quizá se ha percibido ya) partidario de la concepción lingüística. No es lugar para entrar en más fundamentaciones y discusiones. Se pone de relieve solamente para que desde ahí se comprenda y, si es necesario, se relativice lo que a continuación expondré sobre el concreto tema del argumento a contrario.

II. Equívocos y confusiones con el argumento a contrario.

En este tema reina un profundo confusionismo³, fruto en muchas ocasiones de combinar acriticamente tesis sobre él, que provienen de esas distintas concepciones del Derecho y su práctica y, otras veces, de no explicitar suficiente y claramente los presupuestos iusfilosóficos desde los que cada autor razona sobre el asunto.

Intentaré pasar revista crítica a algunos de esos equívocos y de explicar su raíz en la respectiva concepción del Derecho. En el capítulo siguiente expondré, en términos positivos, la que me parece la forma más acertada de concebir la forma y el juego de este argumento.

1. El argumento a contrario y el silencio de la norma (o del legislador).

Es sumamente habitual sostener que el argumento a contrario

3. Una buena síntesis de todas las confusiones posibles, resultado del acrítico acopio de aportaciones heterogéneas, a menudo de segunda o tercera mano, puede comprobarse en Falcón y Tella, 1991, pp. 163ss.

entra en juego respecto de aquello de lo que la norma guarda silencio⁴. El acierto de tal afirmación depende de lo que se entienda por tal “silencio”. Hay que diferenciar el silencio como falta de mención (expresa) y el silencio como falta de regulación, es decir, como laguna, para, a continuación, puntualizar lo siguiente, contrariamente a lo que la doctrina acostumbra a mantener: i) no toda falta de mención (expresa) de un supuesto significa que el mismo carece de regulación preestablecida en el ordenamiento jurídico; y ii) cuando tal regulación falta y hay una laguna, es precisamente cuando el argumento a contrario no opera. Veámoslo a la luz de unos ejemplos que representen distintas situaciones regulativas.

Ejemplo 1: silencio como falta de mención, no de regulación. Pongamos que la norma N dice: “En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, sólo la viuda tendrá derecho a pensión de viudedad”. Supongamos que un viudo reclama tal pensión. El argumento a contrario ahí jugaría del siguiente modo: “viuda” sólo puede hacer referencia, con arreglo a las reglas y convenciones de nuestro lenguaje, a cónyuge supérstite femenino. Si la norma dice “viuda” no podemos entender que quiere decir “viudo” o “viuda” indistintamente, pues en ese caso habría dicho “viudo o viuda” o “viudo” como denominación genérica del cónyuge supérstite, o cualquier otra fórmula abarcadora.

¿Ha surgido una laguna en ese caso?. Para nada, pues queda claro que el asunto que hay que resolver, el del viudo reclamante, tiene su solución en la norma: no tiene derecho a pensión de viudedad, pues claramente rige en el ordenamiento que un derecho tal sólo lo poseen las personas a las que expresamente les sea atribuido por alguna norma⁵. Decir que hay ahí una laguna es incurrir en un absurdo total, sería como decir que en la normativa que regula los derechos de los estudiantes universitarios hay una laguna porque se concede expresamente el derecho a examen a quienes se han matriculado, pero no dice nada de los que no se han matriculado. En un caso como éste estamos jugando con candidatos positivos o negativos, no estamos moviéndonos en la zona de penumbra. Ahí el argumento a contrario es un puro argumento de respaldo de la legalidad vigente, frente a los intentos de obviarla con consideraciones o argumentos sustanciales (de justicia, etc.)⁶.

4. Tal planteamiento se ve con suma claridad por ejemplo en Ezquiaga Ganuzas 1987, 168-169; Pawlowski 1981, 35. También Nawiasky decía que tanto analogía como argumento a contrario son posibles en los mismos casos, los casos de laguna, que tienen igual valor y que la elección de uno u otro es una cuestión valorativa (Nawiasky 1962, 206-207). Entre los pocos con un planteamiento riguroso, Canaris 1983, 44, que explica que son frecuentes los casos en que el que la ley calle sobre un caso no significa que no se siga una consecuencia jurídica para él, sino que tal silencio implica que mediatamente la ley ofrece para el caso una solución negativa.

5. Véase Canaris 1983, 50ss, sobre la necesidad de que para que se pueda afirmar un derecho exista una norma que lo conceda. Un ejemplo similar, extrayendo similares conclusiones, maneja Ross (Ross, A. 1994, 145).

6. No hay que confundir eso con otra cuestión. Podemos pensar que esa norma del ejemplo es inconstitucional, porque establece una discriminación entre hombres y mujeres. Pero en ese caso no es que afirmemos

Estamos ante la función más normal del argumento a contrario, que vendría a apoyarse en que las expresiones legales significan lo que significan y que en ningún caso pueden significar otra cosa, y menos aún pueden significar lo contrario⁷.

En resumen, tenemos que en N no se menciona a los viudos, pero tal ausencia de mención no es falta de regulación. Esto, como veremos, se explica también entendiendo que el enunciado de N equivale a “sólo si se es viuda se tendrá derecho a pensión de viudedad”, lo que es tanto como decir que si se es viudo no se tendrá derecho a pensión de viudedad. Por supuesto que es imaginable que un tribunal, por consideraciones de justicia, decida otorgar tal derecho a un viudo. Pero que tal decisión nos resulte grata con arreglo a nuestros valores no implica que deje de ser una decisión *contra legem*⁸.

Ejemplo 2: silencio como falta de mención que no se traduce en laguna, sino en problema interpretativo, de opción entre interpretaciones posibles. Supongamos que los precios que los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios han de pagar por sus entradas se hallan regulados por la norma siguiente.

N: “Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar su entrada. Los que vayan hasta el estadio en moto pagarán una entrada de 1000 pesetas y todos los demás espectadores asistentes pagarán una entrada de 2000 pesetas”.

N configura el conjunto de casos posibles de modo exhaustivo. Para el conjunto de casos de asistencia como espectador a un partido de fútbol establece dos subconjuntos: el subconjunto *a*, formado por los casos de quienes asistan al estadio en moto, y el subconjunto *b*, integrado por *todos* los demás casos de asistentes al fútbol como espectadores, al margen del medio en el que realicen el viaje hasta el estadio. Es decir, la norma no menciona expresamente el caso de los que vayan a pie, en coche, en autobús, etc., pero esa falta de mención,

una laguna, sino que decimos que ha de ser eliminada por inconstitucional la norma que atribuye el derecho sólo a las mujeres. Si el TC la elimina por inconstitucional, habrá surgido, quizá (depende de otros datos del ordenamiento), una laguna (para todos, para viudos o viudas), pero en absoluto se puede decir que esté en ese caso el TC resolviendo una laguna cuando declara la inconstitucionalidad.

7. Desde la teoría intencionalista se diría que si el legislador dijo “viuda” fue porque sólo quiso dar ese derecho a las viudas, salvo que se demuestre que su intención era otra y cometió un error expresivo. Desde la concepción material se mantendrá que el que sean unos u otros los que posean el derecho depende de apreciaciones de justicia y equidad, siendo la referencia principal el tomar en consideración si viudos y viudas se encuentran en una situación similar, en cuyo caso con arreglo a la justicia poseerán el mismo derecho, o en una situación diferente, que justificaría el trato diverso, todo ello con independencia y al margen de la semántica y de los propósitos del legislador.

8. Ya sabemos que para los partidarios de la concepción material el *ius* es más que la *lex*, es *lex* más justicia, equidad, prudencia, etc. y subordinada a esto, por lo que aquella decisión no sería contraria a Derecho aunque sea contraria a la *lex*.

ese silencio, en modo alguno significa una laguna.

Imaginemos el siguiente caso: alguien que ha ido al estadio en ciclomotor reclama que se le cobre la entrada de 1000 pesetas, en lugar de la de 2000. Esto es, reclama el tratamiento correspondiente a los elementos del subconjunto *a*. Hemos quedado en que no hay laguna tampoco para este caso, pues el caso se integra o en el subconjunto *a* o en el subconjunto *b*, que son exhaustivos, por lo que no hay un subconjunto *c* de casos no resueltos para los que haya que crear una nueva norma, ya sea por entero o ya sea estableciendo para ella la misma consecuencia jurídica que *N* dispone para los supuestos de *a* o de *b*. Pero que no haya laguna no quiere decir que no se planteen problemas interpretativos para la aplicación de *N* a un asunto como este. En efecto, que el ciclomotor sea o no uno de los objetos designados por el término “motos” es algo que puede discutirse. No es descabellado pensar que forma parte de la zona de penumbra de este término. “Moto” tiene en nuestro medio lingüístico un significado ordinario y un significado técnico. Según que nos atengamos al primero o al segundo, el ciclomotor podrá formar parte o no de la referencia del término. Habrá pues que argumentar, con los medios normales de la interpretación jurídica (el método sistemático, la voluntad del legislador, el fin de la norma, etc.) la opción interpretativa que se adopte, y la consiguiente resolución del caso. Pero, repito, no se habrá colmado una laguna, sino que se habrá resuelto un problema interpretativo, y ninguna de las dos soluciones posibles sería calificable como contraria al tenor de *N*.

¿Cuándo y cómo podría entrar en juego el argumento a contrario en este ejemplo?. *Una vez que se ha interpretado N* dándole, por ejemplo, el siguiente significado: *N* establece que sólo si se viaja en moto al estadio se tiene derecho a pagar la entrada de 1000 pesetas; por moto se ha de entender lo que para este término establece el Código de la Circulación (determinadas características mecánicas, de cilindrada, etc.); el ciclomotor no tiene esas características, por lo que, en esos términos, el ciclomotor no es una moto; luego, si sólo los que acudan en moto, así entendido el significado de “moto”, tienen ese derecho, *a sensu contrario* los que van con ciclomotor no tienen ese derecho. Aquí vemos cómo el argumento a contrario es tributario de una previa y determinada interpretación, de la que se limita a extraer la consecuencia. El esquema del razonamiento podríamos representarlo así:

1. (x) Tx C
2. Vx ¬Tx
3. Vx

4. ¬C

Pero como N también dispone la solución de los supuestos distintos de Tx (ir en moto al estadio), tenemos que el caso se resuelve por obra de la misma norma. Representamos por Rx “asistente al estadio por cualquier otro medio”:

1. (x) Rx C'

2. $\forall x$ Rx

3. $\forall x$

4. C'

Ejemplo 3: existencia de una laguna que el argumento a contrario, por sí mismo, no colma, por lo que no compete directamente con el razonamiento analógico. Tomemos la norma N que dice: “Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar la entrada. Quienes asistan en coche pagarán una entrada de 2000 pesetas y quienes asistan a pie pagarán una entrada de 1000 pesetas”. Aceptemos que ninguna otra norma del sistema estipula la entrada que habrá de pagar quienes acudan por otros medios (en moto, en bicicleta, en autobús...). Es evidente, entonces, que hay una laguna respecto de todos estos otros casos. Es decir, se establece que todo el conjunto *a* de quienes acudan al fútbol como espectadores deben pagar entrada. De este conjunto *a* se regula la entrada que han de pagar los miembros del subconjunto *b* (los que acudan a pie) y del subconjunto *c* (los que acudan en coche). Si llamamos a los demás elementos del conjunto *a*, no abarcados por los subconjuntos *b* y *c*, subconjunto *d*, tenemos que para todos los elementos de este subconjunto *d* existe ausencia de concreta regulación en cuanto al precio de su entrada.

Supongamos que se plantea un caso de ese subconjunto *d*: alguien que acude al fútbol en bicicleta reclama que se le cobre el precio de 1000 pesetas de los que van a pie. ¿Cómo se puede resolver el caso?. Habrá, ineludiblemente que crear una norma nueva, pues el hecho no encaja bajo la referencia de ninguno de los supuestos que N concretamente regula. Para justificar la norma que se cree, se podrá argumentar de modos diversos, conforme a los métodos y argumentos habituales en estos casos. Entre los más socorridos estaría la analogía, que podría fácilmente aplicarse sobre la base de una determinada interpretación del fin de N (por ejemplo, si dicho fin fuera evitar la contaminación y los atascos producidos por los vehículos de motor en día de fútbol). Con ello se legitimaría la nueva norma que aplica al caso de las bicicletas la misma consecuencia jurídica que N establece para la asistencia a pie.

¿Tiene el argumento a contrario algo que decir en contra de

esa solución analógica o de cualquier otra similar?. En modo alguno. Invocar aquí tal argumento sería incurrir en un defecto lógico del razonamiento que, como luego veremos, ha sido resaltado por los mejores tratadistas del tema. Veámoslo. En aras de la simplicidad, tomemos sólo N como “si se asiste a los partidos de fútbol a pie se paga una entrada de 1000 pesetas”.

1. (x) Tx C
2. Bx $\neg$ Tx
3. Bx

4. $\neg$ C

Es decir, echar mano del argumento a contrario para defender que puesto que N establece la consecuencia “pagar entrada de 1000 pesetas” para el caso de ir a pie, y puesto que ir en bicicleta no es ir a pie, se debe excluir aplicar esa consecuencia al ir en bicicleta, es incurrir en el defecto lógico del razonamiento que traduce la fórmula anterior y que sería fácil de demostrar⁹.

¿Qué tendría que ocurrir para que el razonamiento en cuestión fuera correcto?. Que se interprete N en términos de “*si y sólo si* se acude al estadio a pie se tendrá derecho a pagar una entrada de mil pesetas”. Es decir, la premisa 1 debería tener la forma:

(x) Tx C

Y ese sentido a N no se lo da el argumento a contrario, sino la interpretación previa, más o menos admisible según el grado de razonabilidad o convicción que posean los argumentos con que la misma se sostenga. En consecuencia, no es el argumento a contrario por sí y sin más el que se opone a la analogía, sino que la posibilidad de ésta se desactiva por la previa interpretación de N. Expresado de otra manera, lo que el argumento a contrario vendría a hacer sería simplemente mostrar el carácter lógicamente incorrecto de la aplicación analógica una vez que la norma ha sido interpretada en términos de “si y sólo si”.

Todo esto es así para la concepción lingüística, que centra la cuestión en el tema del significado y la interpretación. Para la concepción intencionalista las cosas son también así, pero la pauta interpretativa determinante la da la voluntad del legislador. En cambio, para la concepción material lo que importa son las razones de justicia y equidad que sustenten la resolución del caso, por lo que la lógica y la semántica ceden ante el peso de esas razones. Esto es, por mucho que N se

9. Puede verse tal demostración, por ejemplo, en Schreiber 1992; 71-72; Klug 1998, 179-180.

interprete verosímilmente en términos de “si y sólo si”, o aun cuando el enunciado mismo de N fuera “si y sólo si”, al que acude en bicicleta se le debe reconocer el mismo derecho que al que acude a pie si la justicia del caso así lo impone, pues el Derecho es, antes que otra cosa, justicia, justo tratamiento de los merecimientos de cada caso. Quienes ven en la semántica o las reglas formales del razonamiento lógico un obstáculo para tal decisión, son despectivamente tildados de formalistas irredentos y lacayos del abuso y la insensibilidad. Y si con ellos sucumbe también el legislador democrático, poco importa. *Fiat iustitia, pereat mundus*.

Ejemplo 4: la existencia o no de una laguna depende de la previa interpretación y el argumento a contrario sólo opera cuando la interpretación ha establecido que no hay laguna. Supongamos que la tenencia de animales en los domicilios particulares está legalmente regulada en el sistema por esta única norma N: “Queda prohibida bajo sanción S la tenencia en los domicilios de animales salvajes. Está permitida la tenencia de animales domésticos”. Parece que la regulación legal es completa, pero se puede concebir una laguna respecto de los animales salvajes domesticados. Imaginemos que se impone la sanción S a un sujeto que tiene en su domicilio un tigre que ha sido recogido cuando era cachorro, al que se ha domesticado, que está perfectamente adaptado a la vida en el hogar y al que, además, se le han cortado las uñas y los colmillos para evitar cualquier riesgo para la integridad de las personas. ¿Es ese tigre un animal salvaje y está, por consiguiente, su tenencia prohibida bajo sanción, o encaja bajo la referencia de animal “doméstico”? Estamos planteando un interrogante interpretativo, y la respuesta interpretativa que se dé condiciona directamente la solución del caso. Las respuestas posibles son tres, y no es difícil imaginar buenos argumentos, con base en los criterios y métodos de interpretación admitidos, para mantener cualquiera de las tres. No nos paremos en la fácil invención de esos argumentos y sintetizamos meramente las tres respuestas posibles: a) ese tigre sigue siendo un animal salvaje a efectos de la norma, con lo que rige la prohibición: hemos realizado una interpretación extensiva de “animal salvaje” que no vulnera su tenor literal; b) ese tigre es un animal doméstico a efectos de la norma, con lo que opera el permiso: hemos hecho una interpretación extensiva de “animal doméstico”, que no vulnera su tenor literal; c) ese tigre es parte de un tercer género de casos que no se subsumen ni bajo “animal salvaje” ni bajo “animal doméstico”: hemos hecho una interpretación restrictiva de “animal salvaje” y de “animal doméstico”, de resultados de las que ha surgido una laguna. El combate, por así decir, de cuyo resultado va a depender el que el caso del tigre domesticado se pueda resolver en el sentido de la prohibición, el permiso o una tercera solución (por ejemplo el permiso sometido a particulares medidas o precauciones) se ha librado en el terreno de la interpretación, y ahí

el argumento a contrario no ha podido aún comparecer. Sólo podrá jugar una vez que una de esas tres interpretaciones se ha llevado a cabo. Veámoslo:

Si se ha sentado la interpretación a), hemos afirmado que el tigre domesticado es un animal salvaje a efectos de N, por lo que se sigue la consecuencia de la prohibición y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia del permiso o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación b), se mantiene que el tigre domesticado cae bajo el tipo legal de animal doméstico, por lo que se sigue la consecuencia legal del permiso y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia de la prohibición o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación c) y ese tigre no encaja ni bajo un supuesto ni bajo el otro, tenemos una laguna, y sobre el modo de resolverla el argumento a contrario no aporta nada. Por consiguiente, ahí un argumento a contrario no estaría en oposición ni a que se aplicara una norma de nueva creación que estableciera analógicamente la consecuencia de la prohibición, la del permiso o una tercera consecuencia distinta (por ejemplo, el permiso sometido a especiales controles o restricciones).

Con estos ejemplos comprobamos que el argumento a contrario no funciona cuando hay un silencio legislativo que significa falta de regulación de un caso, sino cuando por vía interpretativa se ha establecido que i) la mención de un caso asociándolo a una consecuencia supone que se le debe aplicar esa consecuencia; o ii), que la no mención de un caso no significa falta de regulación de ese caso. Por contra, cuando el silencio legal respecto de un caso significa laguna, el argumento a contrario no aporta nada al colmado de esa laguna, ni se opone por sí a la analogía.

Otras tres afirmaciones frecuentes pueden ser atacadas desde lo que acabamos de decir: que el argumento a contrario va más allá del significado posible de la norma, que es lo opuesto a la analogía y que es uno de los medios para colmar lagunas. La crítica a estas tres afirmaciones se desprende ya de lo que he mantenido hasta aquí, pero conviene explicitarla y ampliarla más.

2. El argumento a contrario como desbordamiento del tenor literal de la norma.

Se sostiene con alguna frecuencia que el argumento a contrario es creativo, es uno de los argumentos de desarrollo judicial del Derecho, pues va más allá del significado posible de la ley. Ahí, más allá del significado posible, es donde, como veremos que se dice, se enfrentarían

argumento a contrario y argumento analógico como medios para decidir “más allá” del texto legal¹⁰. Una afirmación tal sólo puede fundarse en alguna de las siguientes posturas o confusiones:

- Confusión entre lo que la ley menciona y lo que la ley “dice”, es decir, la regulación que contiene. Otra forma de expresarlo es diciendo que se trata de la confusión entre términos y significados. Ya me he referido a esta necesaria diferenciación. Tomemos el siguiente enunciado de la norma N: “Para todos los casos de H se debe aplicar la consecuencia C”. H es un término genérico, un tipo legal abstracto (ejemplo: H = “tenencia en domicilio de animales salvajes”). Cuando, sobre la base de que s es un caso de H se resuelve que “se debe aplicar a s la consecuencia C”, estaríamos, con tal planteamiento, integrando el Derecho y yendo más allá de lo que la norma “dice”, pues la norma no dice s, sino H. Parece obvio que tal forma de hablar representa un absurdo. Si s forma parte de la referencia de H, lo cual se establece mediante la interpretación, que puede ser más o menos dificultosa según que s forme parte del núcleo de significado de H o de la zona de penumbra, aplicar a s la consecuencia C, como resultado de aplicar N, no es ir más allá del significado posible. Sí sería ir más allá el negarle a s tal consecuencia mediante consideraciones valorativas. ¿Y qué diría el argumento a contrario ahí?. Simplemente que hay que estar al significado de H, el cual comprende a s, al menos mientras se quiera respetar la legalidad establecida y dicha legalidad se entienda basada en textos con significado. Por tanto, el argumento a contrario no va más allá de los significados posibles, sino que defiende que no se vaya más allá.

- Una parte de la teoría italiana de la interpretación, muy influyente, trabaja con la distinción conceptual entre disposición y norma. Tal distinción tiene una indudable utilidad teórica y puede clarificar bien el tránsito del enunciado legal a los enunciados interpretativos del mismo. Según esta distinción, toda interpretación sería productiva, y más si, como a veces se afirma, no existe cosa tal como los significados propios de las palabras de la ley. Es decir, si los términos legales no tienen un significado propio y si la norma la crea la interpretación en cada caso, los contenidos del Derecho no los da el legislador, sino el intérprete. Así las cosas, repito, toda interpretación crea una norma que va más allá de los significados posibles del enunciado legal, y más cuando el número de tales significados posibles (en cuanto propios o preestablecidos) es igual a cero. La consecuencia es que no resulta entonces viable trazar coherentemente una distinción entre interpretación de un enunciado legal y creación de una norma nueva, y esto explica que se mezclen indistintamente argumentos interpretativos y creativos, pues todos vienen a hacer lo mismo una vez que el

10. Véase por ejemplo, en ese sentido, Koller, P., 1992, p. 213ss.

significado posible no marca ningún límite a la actividad del intérprete y aplicador. Por eso puede Tarello mezclar en el listado de argumentos interpretativos los métodos tradicionales de interpretación en sentido estricto con cosas tales como la analogía, los argumentos a fortiori, los de equidad, naturaleza de las cosas, etc. (Tarello 1980, 341ss), incluyendo también el argumento a contrario entre los argumentos de la interpretación. Sólo cuenta la, ineludible, creación de la nueva norma y la lucha, sin límites prefijados, por el resultado. Desde esos presupuestos el argumento a contrario es “creativo¹¹” y no puede asumirse que tal argumento no crea una norma nueva sino que defiende una interpretación que es opción por uno de los significados posibles.

- Hemos visto en los dos párrafos anteriores que la confusión puede provenir de sostener que los términos legales no tienen referencia o que si la tienen no importa porque el intérprete por definición es libre para atribuir cualquier sentido a esos términos. Más coherente es la tesis de quienes piensan que dichos términos sí significan, pero que el límite formal que ese significado implica cede ante las consideraciones sustanciales que reflejan la verdadera esencia valorativa del Derecho. Desde un planteamiento así se justifica la afirmación de Lombardi que tanto la analogía como el argumento a contrario suponen ir más allá del tenor literal de la norma, pues ambas hacen “decir a la ley algo que ella, por definición no ha dicho” (Lombardi, 1981, 100). En tal marco teórico, la pugna entre el argumento a contrario y la analogía ya no es entre el respeto a los términos legales, interpretados sin vulnerar sus significados posibles, y la transgresión de esos significados, sino un enfrentamiento abierto entre dos valoraciones contrapuestas de la justa decisión del caso, con base en la consideración valorativa de las semejanzas y diferencias.

3. El argumento a contrario como directamente opuesto a la analogía.

Esta afirmación es un auténtico tópico, omnipresente en la doctrina¹². Ya he mencionado que, con arreglo a la concepción que llamo lingüística, estos dos argumentos nunca se enfrentan directamente. Y ello por las siguientes razones: porque cuando el argumento a contrario puede entrar en juego es porque se ha establecido mediante la interpretación previa que no hay laguna para el caso que se discute¹³ y que, por tanto, no ha lugar para que funcione justificadamente la analogía¹⁴, que sería entonces la base de una decisión contra legem;

11. En el mismo sentido, Diciotti, E. 1999, 458ss.

12. Véase, Larenz/Canaris 1995, 209; Rütters 1999, 494; Koller 1992, 215; Fikentscher 1977, 285-286; Iturralde Sesma 1989, 191; Lombardi Vallauri 1981, 97ss. Una excepción: Villar Palasi, 1975, 221ss.

13. Como bien apunta Schreiber, cuando el argumento a contrario tiene cabida es precisamente porque “no puede deducirse ninguna regulación jurídica faltante” (Schreiber, 1992, 73).

14. En ese sentido apuntan con acierto Larenz/Canaris 1995, 210.

y porque cuando la interpretación ha dado que sí hay laguna para el caso, el argumento a contrario no tiene nada que decir para colmarla, pues es un argumento que refuerza la idea que el caso ha de resolverse según la norma bajo cuyo significado se subsume y estamos diciendo que no hay tal norma y por eso existe laguna.

El presentar ambos argumentos como enfrentados es el resultado de una concepción material del Derecho. El esqueleto del razonamiento suele ser así. Tenemos una norma N que establece que el caso F debe recibir la consecuencia C. Y hemos de resolver un caso F' que no cae bajo la referencia de "F", pero que guarda algún tipo de similitud relevante con F. ¿Cómo se resuelve dicho caso F'? Se dice, desde esta concepción, que la base de esa solución ha de ser la apreciación de si F' merece o no la misma consecuencia C que N establece para F, y ese juicio de merecimiento se basará en la valoración de si la regla de justicia o el valor que da su razón de ser a N (según la versión de la concepción material que se maneje) impone o no que a F' se le aplique C. El argumento a contrario (según este planteamiento) diría que, a tenor de la regla de justicia o del valor jurídico correspondiente, F y F' no son similares y, por tanto, no merecen el mismo tratamiento, por lo que C no se debe aplicar a F'; y el argumento analógico diría que si lo son y se les ha de aplicar la misma consecuencia C. Con esta manera de ver las cosas, el problema ha dejado de ser de interpretación y es simple y llanamente de valoración de resultados materiales. La decisión de aplicar N no será expresión del respeto a la legalidad contenida en sus términos, con su significado, sino manifestación de acuerdo con el resultado que tal aplicación da para el caso; y a falta de tal acuerdo valorativo, plena admisibilidad de la decisión contra legem.

Desde el desprecio que la concepción material profesa por la semántica y la lógica, se explica también el empeño en presentar, en los casos como el que acabamos de exponer, el argumento a contrario enfrentado con la analogía. Y al llevar dicho enfrentamiento al plano axiológico de la justicia del caso se escamotea hábilmente el problema del principio de legalidad y de la decisión contra legem. Veámoslo brevemente. Tal como deliberadamente he presentado el caso anterior, el argumento a contrario como tal nada puede suponer contra la aplicación de la consecuencia C a F' si es que respecto de F' existe una laguna. En tal caso, el juicio valorativo sobre la relevancia de la similitud entre F y F' es determinante de la pertinencia o no de la aplicación analógica de C a F', pero si tal juicio, en el que el argumento a contrario no comparece, concluye que no existe tal semejanza valorativamente relevante, la analogía no se justifica, pero porque no se da su condición esencial, no porque haya obrado en contra el argumento a contrario. Salvo, claro, que llamemos argumento a contrario al siguiente esquema de razonamiento: i) dos casos que sean

similares en lo que valorativamente importa deben recibir un tratamiento igual, y dos casos que no sean similares en lo que valorativamente importa no deben recibir un tratamiento igual; ii) los casos a y b no son similares en lo que valorativamente importa; iii) la norma N establece que el caso a debe recibir el tratamiento C; luego, “a contrario sensu”, el caso b no debe recibir el tratamiento C.

En realidad así es como se representa el papel del razonamiento a contrario en las concepciones materiales del Derecho¹⁵. Pero del mismo hay que decir que ya no se trata de un argumento “jurídico”, sino de sentido común o de razón práctica, según como se mire, pues el juicio no se realiza en términos de legalidad o ilegalidad, sino de justicia sustancial; que no es así como en la práctica jurídica suele utilizarse; y, desde luego, que así visto pierde todo el sentido la afirmación tan habitual de que el argumento a contrario es un argumento de fidelidad al texto legal, de interpretación restrictiva, de respeto al legislador¹⁶, etc. Es, simplemente, trivial, porque lo sustancial se resuelve en la ponderación de valores que determina que el argumento, en tales términos, sea aplicable o no.

La relación que en la práctica jurídica se da entre el argumento a contrario y el principio de legalidad, esa que se escamotea con los anteriores planteamientos, sólo se capta adecuadamente si no se pierde de vista que sólo representa un razonamiento correcto cuando la norma tiene (o recibe mediante una interpretación que fije así uno de sus significados posibles) la estructura formal de un bicondicional, como luego consideraremos con más calma. Por eso decía que la norma N anterior debe ser reformulada así para que el argumento a contrario funcione negando la posibilidad de una analogía contra legem. N: “Si y sólo si es el caso que F debe imponerse la consecuencia C”. Esa norma sí veta que al caso F', no subsumible bajo el término “F”, pueda extenderse la consecuencia C mediante la creación de una norma N' que ligue dicha consecuencia a F'. Solamente si es tal la estructura de N, el aplicar a F' la consecuencia C sobre la base de la justicia del caso en razón de la similitud valorativamente relevante de F' y F es una decisión contra legem. Los defensores de la concepción material tácitamente suelen asumir la admisibilidad de tal decisión contra legem, pero raramente lo dicen con todas las letras.

4. El argumento a contrario como instrumento para colmar lagunas.

Ya he insistido suficientemente en lo desenfocado de tal

15. Buenas ilustraciones de este modo de razonar pueden verse con claridad en Looschelders/Roth 1996, 100-102; Heller 1961, 135; Feteris 1999, 8; Bydlinski 1991, 476-477. Con tal idea coquettea, un tanto dubitativo, Aarnio 1991, 151-152. Del modo más radical ese enfoque está presente en Lombardi Vallauri 1981, 98ss.

16. Tales afirmaciones en Tarello, 1980, 346ss. Lo sigue ampliamente Ezquiaga Ganuzas 1987, 165ss.

aserto, también muy común¹⁷. Sólo es necesario poner de relieve que quienes ven en el argumento a contrario un medio para justificar decisiones en caso de laguna manejan un muy determinado concepto de laguna: no laguna como falta de regulación legal de un supuesto, sino laguna como falta de mención o como laguna axiológica. Sobre lo primero no voy a volver. Lo segundo requiere poca explicación.

Para la concepción lingüística hay una laguna cuando un caso no es subsumible bajo alguno de los significados posibles de alguna norma, *una vez interpretadas* con respeto a las reglas semánticas y sintácticas y vistas en su contexto regulativo¹⁸ las que, en principio, pudiera pensarse que vienen a cuento, si es el caso.

La concepción material del Derecho toma en cuenta el dato que el enunciado legal abarque o no el caso a resolver, pero no es eso lo determinante. Lo determinante, para esta concepción, es que la norma contenga o no la solución justa para el caso que se enjuicia y eso ocurre, al menos en buena medida, al margen de la semántica y la sintaxis (y de la lógica). Cuando un caso no recibe en los enunciados legales la solución justa, estaríamos ante una laguna. Esto puede suceder cuando:

- Los enunciados legales no prevén ninguna solución para el caso: se argumentará la decisión más aceptable valorativamente, integrando el Derecho. Aquí el argumento a contrario no tiene nada que decir (salvo en la versión deformada que acabamos de ver), por lo que en modo alguno concurre como alternativa para colmar esa laguna.

- Un enunciado legal establece una solución para el caso, pero tal decisión (en cualquiera de sus interpretaciones posibles y compatibles con el significado lingüístico) se estima contraria a la justicia o al valor determinante del que se trate: se subsumirá el caso bajo tal valor y se dictará la consiguiente solución por él requerida, al margen de las palabras de la ley y sus significados. Aquí el argumento a contrario aparecería para mantener que la regulación del caso es la que establece aquel enunciado, no otra. Pero *no está colmando la laguna, sino negando que exista*. El enfrentamiento ahí entre quien mantenga el argumento a contrario y quien propugne, por valorativamente mejor, la decisión *contra legem* del caso, tiene lugar en planos diferentes: no en el de la discusión de la justa decisión del caso, sino en el de la concepción de base del Derecho. El argumento a contrario lo invocará quien entienda

17. Véase, por ejemplo, Röhl 1995, 651.

18. Téngase en cuenta que el significado de la norma no es sólo el de los términos con que tipifica el supuesto de hecho o las consecuencias jurídicas, sino también el significado de sus conectores, pues, como hemos visto, no es lo mismo que se trate de un condicional simple, un bicondicional, etc. Insiste en el papel central de este objeto de interpretación Amato 1969, 398.

el principio de legalidad como respeto a los significados posibles de los enunciados legales y, además, tenga un punto de vista favorable a valores tales como la certeza del Derecho, el principio de separación de poderes, el respeto al legislador democrático, la soberanía popular, etc. Y a él se opondrá quien por encima de todas esas consideraciones sitúe un orden axiológico que no puede ser cuestionado por obra de ningún género (tampoco el democrático) de poder y soberanía, orden cuya certeza se tiene por más patente y accesible, tanto para jueces como para ciudadanos, que la dudosa semántica de los enunciados legales o sus consecuencias lógicas. Claro, si les preguntamos a continuación para qué se supone que sirve entonces el legislador, con toda la parafernalia de elecciones, parlamentos, etc., y para qué entretenerse en sancionar, promulgar y publicar textos legales, se nos responderá (o se nos debería responder con sinceridad) que para servir a la verdad. En Derecho, la fe no mueve montañas, pero puede convertir códigos enteros en “maculatura”.

III. Tesis sobre el argumento a contrario.

Trataré ahora de sistematizar las tesis que he venido defendiendo como base de las críticas anteriores. Cabe resumirlas en dos: i) el argumento a contrario sólo es válido como sustento de una solución cuando toma pie en una norma cuya estructura es la del bicondicional, y ii) dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo en sí mismo.

1. El argumento a contrario y las normas como bicondicionales.

Esta tesis no es en absoluto original. Klug la planteó ya con toda claridad desde la primera edición de su *Lógica jurídica*. Muchos otros la acogieron más tarde¹⁹.

Lo que se sostiene con esta tesis es el carácter lógicamente defectuoso del razonamiento que “aplique” a contrario una norma cuya estructura sea la del condicional simple, “si...entonces”.

Veámoslo con algún ejemplo de nuestra jurisprudencia constitucional. El Art. 9.3 de la Constitución dice que “La Constitución

19. Véase Koch/Rüßmann 1982, 260-261 (En la teoría de Koch y Rüßmann, quienes tratan de fundamentar la estructura deductiva de cualquier razonamiento jurídico correcto, el carácter de bicondicional que ha de tener la premisa primera normativa se aplica en todo caso, no sólo en este que estamos viendo. Resulta que la premisa primera de un razonamiento jurídico decisorio, la norma condicional universal, tiene que ser concebida como bicondicional si ha de poder obtenerse un enunciado sobre la consecuencia jurídica tanto para el caso que se cumpla como que no se cumpla el supuesto de hecho -ibid. 55-. Para la justificación de este planteamiento, ibid. 48ss. Un resumen de los problemas de esta teoría y de algunas críticas que ha recibido, puede verse en Ratschow 1998, 134ss); Herberger/Simon 1980, 60ss.

garantiza...la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. ¿Se contiene, a contrario sensu, en ese artículo alguna regulación, para el caso disposiciones sancionadoras favorables, determinando si deben o no ser retroactivas?. El Tribunal Constitucional ha dicho que sí, que tal caso está regulado a contrario por dicho precepto constitucional²⁰. ¿De qué modo se extrae tal conclusión de aquel artículo?. ¿Se “impone” a contrario sensu realmente?.

Podemos representar así la referida norma, siendo SNF “disposición sancionadora no favorable” y R retroactividad (por tanto, $\neg R$ = irretroactividad):

SNF $O \rightarrow R$

¿Cómo cae bajo ese *dictum* una disposición sancionadora favorable?. El razonamiento que lleva a cabo el TC tendría esta estructura (usamos SF por “disposición sancionadora favorable”):

1. SNF $O \rightarrow R$

2. SF

3. OR

En tales términos lógicos, la conclusión es lógicamente arbitraria. Pero eso no cambia si añadimos una premisa 2 Con la negación del antecedente de 1:

1. SNF $O \rightarrow R$

2. $\neg$ SNF

3. SF

4. OR

La Constitución guarda silencio respecto de la retroactividad o no de las disposiciones sancionadoras favorables, y de ese silencio no se sigue nada para ellas²¹. La norma expresada en 4 es una invención

20. En su Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, el TC manifiesta (f.j.3) que “El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (...) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretando «a contrario sensu» este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable”.

21. El tema no es pacífico. En su voto particular a la STC 203/1994, de 11 de julio, el Magistrado Cruz Villalón mantiene que el mandato de retroactividad de la norma penal favorable estaría contenido en el Art. 25.1 CE. La cuestión es de suma relevancia práctica, pues según que tal mandato se extraiga de un precepto u otro, su vulneración será o no susceptible de amparo. Como se lee en la STC 15/1981, de 7 de mayo (f.j. 7), “La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a «contrario sensu» en el artículo 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de

del Tribunal, invención que puede considerarse avalada por buenas razones morales o políticas, pero no por argumentos de otro género. La Constitución no dispone nada sobre si deben o no ser retroactivas las disposiciones sancionadoras favorables²².

¿Cambia algo si reformulamos la norma expresada en 1 como bicondicional?. Veamos que no:

1. SNF $O \rightarrow R$
2. $\neg$ SNF
3. $\neg O \rightarrow R$

Es claro que “no obligatorio no R” equivale lógicamente a “permitido R” y “permitido no-R”, pero en ningún caso a “prohibido R”. O sea, que de la negación de la cual una norma sancionadora sea desfavorable, esto es, de la afirmación que sea favorable, no se sigue con arreglo a 1 que sea obligatoria para ella la retroactividad. Es lógicamente inválido el siguiente razonamiento:

1. SNF $O \rightarrow R$
2. $\neg$ SNF SF
3. OR

El razonamiento sólo sería válido si a la norma recogida en 1 se le añadiese una previsión relativa a SF:

1. (SNF $O \rightarrow R$) (SF R)

De ese modo sí se contendría en la norma una regulación perentoria de todos los casos posibles de normas sancionadoras en cuanto a los efectos de su favorabilidad sobre la retroactividad. Pero, repito, la segunda parte de esa fórmula no se contiene en el Art. 9.3.

¿Qué consecuencia extraemos para nuestro tema?. Que el argumento a contrario juega ahí en falso, que no tiene ninguno de sus sustentos posibles (la semántica más la lógica del razonamiento en que

derechos individuales. No es, pues invocable, en vía de amparo, reservada a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución”. La misma posición se puede comprobar, por ejemplo, en las SSTC 131/1986, de 29 de octubre (f.j. 2), 22/1990, de 15 de febrero (f.j. 7).

22. Sería improcedente mantener que existe por ello una laguna. La Constitución pone límites a la actividad posible de los poderes públicos (en este caso del legislador y los jueces). En lo que no los limita, les reconoce libertad para regular los asuntos de un modo u otro, en este caso, para establecer en la ley el carácter retroactivo o no de la disposición sancionadora favorable que la ley contenga. En cambio, para la concepción material, si la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables es un mandato de justicia y la Constitución es antes que nada constitución material, expresión, tácita o explícita, de ciertos valores, de la Constitución se puede extraer contenidos que en modo alguno enuncia.

se aplica), y que es un puro subterfugio retórico para proporcionar una pseudojustificación de la creación de una nueva norma constitucional, que, si pudiera estar justificada, tendría que estarlo sobre otros argumentos o razones, y eso admitiendo que el TC pueda crear normas constitucionales.

¿Y no venimos sosteniendo, con la que estimamos mejor doctrina, que el argumento a contrario puede jugar sólo y siempre que la norma tiene la estructura del bicondicional?. La respuesta es que sí, en efecto, pero no de cualquier manera. Y en este caso jugaría de la manera opuesta a la que engañosamente muestra el TC. Si el Art. 9.3 se interpreta²³ en términos de “si y sólo si una norma sancionadora es no favorable es obligatoria la irretroactividad de esa norma”, lo único que a contrario puede mantenerse válidamente es que “si una norma sancionadora es favorable no es obligatoria la irretroactividad de esa norma”. Por tanto, a la única pretensión a la que dicho argumento se opondría sería a la que sostuviera que una norma sancionadora favorable es obligatoriamente irretroactiva. Es decir, sólo puede defender que puede esa norma ser retroactiva, pero no determina que deba serlo. O sea, lo contrario de lo afirmado por el TC.

Este que estamos analizando es un ejemplo de cómo una decisión que valorativamente nos resulta grata se dota de un fundamento erróneo y falsamente objetivo. Se quiere presentar con la fuerza de la semántica y la lógica lo que precisamente desde ellas se desautoriza²⁴.

Veamos ahora un segundo ejemplo, también de nuestra jurisprudencia constitucional. El Art. 25.3 CE dice que “La Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. El TC, en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio (f.j.8), dice que “La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. *Del artículo 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración Militar puede imponer sanciones*

23. Hay que insistir en que tal interpretación es previa y habría de hacerse con los argumentos interpretativos admisibles y oportunos. Que resulte convincente o no, no depende de ningún argumento a contrario.

24. Puede ser interesante plantear el asunto también desde el prisma de la coherencia decisoria. No olvidemos que el Art. 9.3 recoge también “la irretroactividad de las disposiciones... restrictivas de derechos individuales”. Si el argumento a contrario que el TC usa para establecer la obligatoriedad de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables fuera válido, tendría que serlo también para fundar la obligatoria retroactividad de las disposiciones ampliatorias de derechos individuales, lo que en la práctica significaría un caos jurídico inimaginable. Pero, entonces ¿por qué en un caso sí y en el otro no?. Porque en el primer caso el argumento a contrario es una pura fórmula retórica que encubre las consideraciones axiológicas que verdaderamente cuentan para el TC. Mas no es correcto querer dotar falsamente del rigor de la lógica algo que forma parte de lo opinable. El declarar la obligatoriedad constitucional de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables o bien se basa en otros preceptos constitucionales que la sustenten (lo cual no sería, en principio, descartable) o bien deja de ser aplicación de la Constitución y pasa a ser creación de nuevas normas constitucionales. Y el problema de legitimidad política que esto plantea no debe quedarnos oculto por la simpatía que nos despierte el carácter “progresista” de la decisión.

que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Y el artículo 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos”.

Si el Art. 25.3 significa que “si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad” (AC $O \rightarrow SPL$), estamos ante un condicional que no impone ni excluye ninguna solución para otros supuestos, que nada “dice” ni significa para la Administración Militar. Negando el antecedente no se niega lógicamente el consecuente.

¿Qué ocurriría si interpretáramos esa norma como bicondicional (si y sólo si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad)? AC $O \rightarrow SPL$. Aquí negar el antecedente implica negar el consecuente:

1. AC $O \rightarrow SPL$
2. AM $\neg AC$
3. AM

4. $\neg O \rightarrow SPL$

La conclusión expresada en 4, lógicamente correcta, nos dice pues que (dado 3, Administración Militar) no es obligatorio no imponer sanciones privativas de libertad, lo que equivale a que está permitido imponer sanciones privativas de libertad.

En este caso vemos que el argumento a contrario está correctamente empleado, pero a condición que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de “si y sólo si”. Por el hecho de aplicar el argumento a contrario de modo lógicamente competente, el Tribunal no tiene garantizada la corrección de su decisión. Para que lo esté, repito, hay que ver si realmente da argumentos interpretativos a ese respecto o si falazmente los sustituye por la mera apariencia de interpretación que da el argumento a contrario.

Un ejemplo de decisión que hace uso del argumento a contrario sobre la base de una interpretación de la norma en términos de “si y sólo si” y que justifica dicha interpretación con argumentos interpretativos bien desarrollados, lo ofrece la STC 184/1994, de 20 de junio. La norma es el Art. 894.1 de la LECrim., según el cual la incomparecencia injustificada de los defensores de las partes no será motivo de suspensión de la vista. En el caso que se examina se planteaba la cuestión de si debe ser causa de suspensión de la vista la incomparecencia *justificada*

de los defensores (en el caso, el defensor tenía señalada otra vista de casación para el mismo día y hora, lo cual el propio tribunal, en la sentencia que motiva el amparo, había reconocido como causa justificada de incomparecencia). Representemos así el Art. 894.1 LECrim. (II = incomparecencia injustificada de defensores; SV = suspensión de la vista):

II $\neg$ SV

En tales términos, como condicional simple, nada se sigue para el caso de incomparecencia justificada (II), como ya sabemos. Pero el TC realiza un razonamiento a contrario y extrae del Art. 894.1 el mandato que debe ser motivo de suspensión la incomparecencia justificada. Para ello, está interpretando dicho artículo en términos de “si y sólo si la incomparecencia de los defensores es injustificada no será esa incomparecencia motivo de suspensión de la vista”. Es decir:

II $\neg$ SV

Y el razonamiento queda de la siguiente forma, lógicamente correcta:

1. II $\neg$ SV
2. II $\neg$ II
3. II

4. $\neg(\neg$ SV)

La interpretación del Art. 894.1 LECrim. en la forma reflejada en 1 la sustenta en TC en diversos argumentos atinentes a “principios como el de contradicción y de igualdad entre las partes que han de presidir el procedimiento penal en cualquier instancia” (f.j. 3). Se podrá opinar sobre el carácter convincente o no de dicha justificación de aquella interpretación, pero no se puede discutir que se ofrecen razones admisibles para la misma y que el razonamiento a contrario que sobre ella se lleva a cabo es correcto. Quien quiera desactivarlo deberá atacar aquellos argumentos interpretativos y fundar una interpretación diversa.

En suma, tenemos que el argumento a contrario se constituye en determinante de la corrección del fallo cuando o bien el propio enunciado de la norma tiene el carácter de “si y sólo si”, o bien mediante la interpretación se le asigna dicho carácter en términos generales²⁵. Sobre esa base, tienen razón los que dicen que el argumento

25. La cuestión se suscita a menudo cuando el enunciado legal contiene una lista de objetos o acciones a los que se liga la consecuencia jurídica. El problema interpretativo, a falta de expresiones como “sólo”, “únicamente” o similares, será determinar si esa lista constituye una enumeración meramente ejemplificativa o exhaustiva, pues

posee cierto carácter trivial, pues no es sino explicitación de una consecuencia que se impone con necesidad lógica²⁶. Para cualquier concepción del razonamiento jurídico decisorio que admita que este sólo puede ser correcto (condición necesaria, aunque no suficiente) cuando es respetuoso con las reglas de la lógica, no será correcta la decisión que se base en una aplicación lógicamente defectuosa del argumento a contrario. Pero con esto de ninguna manera se quiere indicar que la lógica aporte nada más que esto. *En sí*, el argumento a contrario sólo puede ser atacado o admitido por razones de corrección lógica de su aplicación, pero tal cosa no quiere decir que toda decisión que aplique de manera lógicamente correcta dicho argumento sea ya, sin más, una decisión correcta y admisible. Pues ya sabemos que la corrección material de la decisión o su admisibilidad requerirá que se entienda correcta o admisible la interpretación de la norma de base, interpretación en términos de bicondicional que habilita el uso del argumento a contrario. Cuestionado el resultado de esa interpretación, se cuestiona la conclusión que se infiere mediante lo que se llama el razonamiento a contrario.

No es extraño que los que propugnan una concepción material del Derecho nieguen que el razonamiento a contrario exija la estructura bicondicional de la norma²⁷. Para ellos, las reglas de la lógica no pueden constituir un límite a la realización de la justicia. Si una norma N dice “única y exclusivamente poseerán el derecho D los sujetos que se encuentren en las situaciones *a* o *b* o *c*” y hay un sujeto que no se halla en ninguna de esas situaciones, pero se encuentra en la situación

sólo en este último caso cabe trabajar con el argumento a contrario (véase Herberger/Simon 1980, 61-62; Canaris 1983, 48). Un ejemplo. La STC 102/1995, fj 30, al enjuiciar en conflicto de competencias la constitucionalidad del Art. 33.1 del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, que desarrolla en materia de caza y pesca la Ley 4/1989, relativa a la normativa básica de protección del medio ambiente, parte de que en dicho artículo 33 se dice que se considera “objeto de caza y pesca las especies que se relacionan en los anexos I y II”. Y mantiene el TC: “A contrario *sensu* las especies excluidas de ellos no pueden ser capturadas o muertas”, diciendo que se trata, pues, de una “prohibición implícita”. Por tanto, esa relación de especies es una lista cerrada, y la corrección de tal interpretación se acredita fácilmente tomando en cuenta que el Art. 33.1 de aquella Ley 4/1989 dice que “La caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza y pesca”. No hay, pues, ninguna laguna respecto de las especies no mencionadas: rige la prohibición de su caza y pesca. Más claramente aún, la STC 138/1994, fj.4, dice que no se puede aplicar la analogía a una lista exhaustiva contenida en la norma (en este caso, las causas de recusación de un magistrado ex 219.10 LOPJ). Es interesante preguntarse qué ocurre cuando la lista es o se interpreta como abierta. ¿Hay una laguna respecto de lo que no se enumera pero es similar a lo que se enumera? Sugierentemente dice Pattaro que no es que se aplique la analogía, sino que el caso se subsume bajo la norma que se construye inductivamente a partir de los ejemplos enumerados: bajo un principio (Pattaro 1988).

26. Sin embargo, Herberger/Simon (1980, 63) sostienen que el argumento tiene su propia utilidad, pues “el razonamiento a contrario es necesario justamente para el control de la previa interpretación, pues hace ver qué consecuencias tiene la asunción de una replicación (o equivalencia)”. Horowitz, en su crítica a las tesis de Klug sobre este tema, asigna ese carácter trivial y carente de interés al argumento a contrario lógicamente correcto que, así, no sería el “argumento especial” que interesa en la argumentación jurídica. Como tal argumento especial interesa sólo en su disputa con la analogía y ahí el merecimiento de un trato y otro, y no la corrección en términos de lógica formal, sería lo relevante (vid. Horowitz 1972, 32ss, especialmente 44ss.). Una buena síntesis de la polémica entre Horowitz y Klug puede verse en Atienza 1986, 101-103.

27. Así, Lombardi Vallauri 1981, 99.

d que, por su similitud esencial desde un punto de vista valorativo con cualquiera de las otras situaciones, se considera que en justicia es acreedor al disfrute del mismo derecho D, se dirá desde esta concepción que el juez debe reconocer a dicho sujeto tal derecho, aunque del tenor de la norma (“si y sólo si...”) se siga lo contrario, es decir, aunque razonando a contrario a partir de ese tenor se imponga con contundencia lógica lo opuesto²⁸.

2. Dependencia del argumento a contrario respecto de la previa interpretación de la norma.

También esta tesis ha sido resaltada ampliamente por la mejor doctrina²⁹, y en particular por los cultivadores de la lógica jurídica. Así, Kalinowski plantea el tema con singular claridad, cuando dice que el argumento a contrario “es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora «solamente» o de uno de sus sinónimos, tales como «únicamente», «exclusivamente», «...sólo... que», etcétera, empleados *expressis verbis* por el legislador, o que permanecen sobreentendidos” (Kalinowski 1973, 176). Y añade que “difícilmente se puede hablar aquí de interpretación del derecho. Porque la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador «solamente», que hace posible la aplicación de la regla arriba mencionada” (ibid., 178).

Así pues, el argumento a contrario no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que los argumentos interpretativos deben ser usados con anterioridad a que sea posible echar mano del argumento a contrario, ni un argumento creativo, pues no produce una norma nueva, sino que saca las consecuencias de la norma preexistente interpretada. El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el intérprete maneje. Aquí nuevamente se percibirá el enfrentamiento entre las tres concepciones que hemos esquemáticamente retratado.

Para la concepción intencionalista de la interpretación jurídica, hay que estar a la voluntad del legislador, más allá de la semántica del enunciado legal, para establecer si la norma liga al supuesto una consecuencia en términos de “solo si”, excluyendo dicha consecuencia

28. Estamos ante lo que, en los términos de Engisch, o bien es un ejemplo de Derecho natural clásico o general-abstracto, o bien de “Derecho natural individualizador”, descrito por ese autor así a propósito de Stammler: “propiamente para este caso, y para esta situación específica, es justo esto y sólo esto, mientras que, en otras circunstancias o «en general» puede valer otra cosa como «Derecho justo» (Engisch, 1968, 403).

29. Véase, Klug 1998, 183; Soeteman 1989, 239; Herberger/Simon 1980, 60ss.; Henket 1992, 156ss.; Amato 1969, 399-400.

para otros supuestos³⁰. Es curioso que son muchos los autores que, sin adscribirse a esta concepción, sin embargo describen esa interpretación habilitante del argumento a contrario en términos de voluntad del legislador.

Para la concepción material son las razones de valor las que, también más allá de los límites semánticos, determinan que un caso deba recibir o no la consecuencia establecida en la norma. Una postura tal puede mantenerse de modo abierto y coherente o de manera más larvada y, a veces, incurriendo en contradicciones. Buen ejemplo de lo primero es de nuevo Kalinowski, para quien esa interpretación, guiada por la prudencia, tiene que tomar en cuenta “la naturaleza de las cosas, con el fin de asegurar no solamente el respeto del derecho positivo, sino también su armonía total con el derecho natural. Es esta prudencia, que se ejerce a través de las reglas que ella ha producido, la que conduce al intérprete del derecho a explicitar y en caso de necesidad a desarrollar o aun a modificar el texto de la ley. Es ella la que le inspira las suposiciones gracias a las cuales se realiza la obra fundamental y esencial de la interpretación del derecho y que permiten luego la aplicación de una regla lógica del raciocinio *a contrario* en el caso del argumento *a contrario*. Porque es obedeciendo a estas reglas extra-lógicas de la prudencia jurídica que el intérprete del derecho, antes de seguir las reglas lógicas correspondientes, sobreentiende en el texto interpretado (...) en el caso del argumento *a contrario* la cláusula restrictiva «solamente»” (Kalinowski 1973, 179). Como dice Peczenik, la decisión sobre si se debe dar prevalencia a la analogía o al argumento a contrario “depende de que en la concreta situación se dé prioridad a la seguridad jurídica o a la justicia, o, en un sentido más amplio, de cómo se vea la relación entre *descripción de las fuentes del derecho y su justificación moral*” (Peczenik, 1983, 110-111). La concepción material del Derecho pasa las fuentes por el filtro de la moral- pretendidamente objetiva- del intérprete, para imponer la justicia del caso y al margen no sólo de la seguridad jurídica, sino también de cualquier teoría política de la legitimidad democrática.

Para la concepción lingüística, el tenor literal, esto es, los límites marcados por la semántica, traza el marco de las interpretaciones posibles. Así, por poner un ejemplo radical en que tales límites resulten bien patentes, si una norma N dice que “únicamente los X y nada más que los X tendrán derecho a D”, es obvio, para esta concepción, que otorgar tal derecho a quien no forma parte de la referencia de “X” supone vulnerar palmariamente N, pues es difícilmente discutible el evidente significado de “únicamente ... y nada más”. Así como para la concepción intencionalista o material el argumento a contrario, basado

30. Con toda claridad en este sentido, Zimmermann 1954, 626-627.

en los límites de significado posible de la norma, es un obstáculo, por lo que sólo admiten que su uso es correcto cuando lo querido por el legislador o lo valorativamente correcto coincide con ese significado posible, para la concepción lingüística el argumento a contrario funciona como guardián de la no vulneración del significado posible de la norma y como opuesto, por tanto, a la creación de una norma nueva para un caso subsumible bajo la norma existente. Por expresarlo de otra forma, este argumento, cuando se dan las condiciones para que opere, es un argumento de defensa del principio de legalidad³¹. Que la legalidad merezca o no ser defendida, es cuestión que cada cual juzgará desde sus particulares concepciones del bien y de la sociedad, si bien ya se habrá percibido que quien suscribe simpatiza con el respeto a la legalidad *democrática*, respeto compatible con la generosidad ante la desobediencia civil que cumpla con sus más propios requisitos.

Por último, se ha de señalar que la concepción lingüística no excluye la presencia de argumentos y consideraciones finalistas, de justicia, intencionalistas, etc., en la interpretación de las normas jurídicas y, por supuesto, también en la interpretación que hace o no posible la invocación del argumento a contrario. La diferencia está en que tales argumentos concurren legítimamente para fundar o justificar la opción por una de las interpretaciones posibles, es decir, compatibles con la semántica del enunciado normativo leído en su contexto³², pero no para justificar la palmaria vulneración de los límites del lenguaje en nombre de ninguna de aquellas razones.

31. Muy interesantes consideraciones sobre la relación entre argumento a contrario y principio de legalidad, siendo éste la base del límite que desde aquél se plantea a la analogía, en Pattaro, E., 1988, especialmente 155ss.

32. Un buen ejemplo de cómo la interpretación sistemática y contextual de un precepto puede impedir la operatividad del argumento a contrario lo ofrece la STC 209/1993, de 28 de junio. Muestra que si bien la lectura aislada del Art. 97 del anterior Código Penal podría permitir que jugara el argumento a contrario para autorizar la condena condicional en los casos en que la pena principal fuera de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, la lectura conjunta con el Art. 93 impide tal conclusión, pues sólo autoriza la suspensión de pena en los casos de penas privativas de libertad (vid. f.j. 6).

REFERENCIAS.

- Aarnio, A. 1991. *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Amato, N. 1969. *Lógica simbólica e diritto*, Milán, Giuffè.- Atienza Rodríguez, M.1986. *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid, Civitas.
- Bydlinski, F. 1991. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, Springer, 2ª ed.
- Canaris, C-W. 1983. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ª ed.
- Diciott, E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.
- Engisch, K. 1968. *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.
- Ezquiaga Ganuzas, F.J., 1987. *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.
- Falcón y Tella, Mª.J. 1991. *El argumento analógico en el Derecho*, Madrid, Civitas.
- Feteris, E.T. 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht, etc., Kluwer.
- Fikentscher, W. 1977. *Methoden des Rechts. Band IV. Dogmatischer Teil*, Tübingen, Mohr.
- Heller, T. 1961. *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, De Gruyter.
- Henket, M.1992. "On the logical analysis of judicial decisions", en *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, pp. 153-164.
- Herberger, M., Simon, D.1980. *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt M., Alfred Metzner.
- Hernández Marín, R. 1998. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- Horowitz, J.1972. *Law and Logic. A Critical Account of Legal Argument*, Wien, New York, Springer.

- Iturralde Sesma, V. 1989. *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos.
- Klug, U. 1998. *Lógica jurídica*, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpr.
- Koch, H-J., Rüßmann, H. 1982. *Juristische Begründungslehre*, München, Beck.
- Koller, P. 1992. *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien, etc., Böhlau.
- Larenz, K., Canaris, C-W. 1995. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, etc., Springer, 3ª ed.
- Lombardi Vallauri, L. 1981. *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam.
- Looschelders, D., Roth, W. 1996. *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Nawiasky, H. 1962. *Teoría general del Derecho*, Madrid, Rialp.
- Pattaro, E., 1988. "La completezza degli ordinamenti giuridici e i «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVIII-1, pp. 145-161.
- Pawlowski, H-M. 1981. *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg/Karlsruhe, C.F.Müller.
- Peczenik, A. 1983. *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York, Springer.
- Ratschow, E. 1998. *Rechtswissenschaft und formale Logik*, Baden-Baden, Nomos.
- Röhl, K.F. 1995, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, etc., Heymann.
- Ross, A. 1994. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 5ª ed.
- Rüthers, B. 1999. *Rechtstheorie*, München, Beck.
- Schreiber, R. 1992. *Lógica del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2ª ed.
- Soeteman, A. 1989. *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer.

- Spengel, G. 1957. "Der sogenannte Imkehrschluß aus § 59 StB nach der subjektiven Versuchstheorie", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 69.
- Tarello, G.1980. *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè.
- Villar Palasí, J.L., 1975. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos.
- Zimmermann, T. 1954. "Analogie oder Umkehrschluß?", en *NJW*, pp. 624-627.

GUIA DE LECTURA No. 10.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Sobre el argumento “a contrario” en la aplicación del Derecho.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando deberá:

- ü Identificar algunas de las teorías sobre el Derecho y la decisión jurídica racional.
- ü Aprender la correcta utilización del argumento a contrario en la interpretación jurídica.
- ü Diferenciar los casos de aplicación del argumento a contrario frente algunos equívocos y confusiones sobre la utilización del mismo.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuáles son las tres concepciones sobre el Derecho y la decisión jurídica que identifica el autor?.
2. A partir de los enunciados que se le proporcionan, identifique la concepción que los sostiene:

ENUNCIADO	CONCEPCIÓN QUE LO SOSTIENE
El Derecho está constituido por contenidos valorativos materiales	
La interpretación jurídica es la actividad tendiente a aclarar y precisar el significado de los enunciados en que las normas jurídicas se contienen	
El ser último del Derecho lo representa el pensamiento y la intención de sujetos dotados de autoridad	
Interpretar es desentrañar las intenciones del emisor de la norma	
El Derecho lo constituyen normas cuya realidad originaria es la de enunciados lingüísticos contenidos en textos con valor autoritativo	
Interpretar es armonizar la ley con un cierto orden de valores	

3. ¿Cuáles son los equívocos que se vinculan a la utilización del argumento a contrario?. Ejemplifique cada uno de ellos.
4. ¿Cuáles son los sentidos en que puede hablarse de “silencio de la norma”?.
5. ¿En cuál de los dos sentidos de “silencio de la norma” no se aplica el argumento a contrario?.
6. Con anterioridad a la reforma operada mediante decreto legislativo No. 215 de 4 de diciembre de 2003, el Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas prescribía “El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florescencias, plantas o partes de ellas, o drogas ilícitas en cantidades menores de dos gramos, a las que se refiere esta Ley, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes”. La disposición anterior y la Ley completa “guardaba silencio” en dos hipótesis diversas: a) cantidades iguales a dos gramos; b) cantidades mayores a dos gramos. ¿Qué tipo de silencio era la falta de mención de las dos hipótesis a que se ha hecho referencia?. ¿Qué papel jugaba el argumento a contrario en este caso?.
7. Enjuicie el valor de las siguientes afirmaciones indicando si son verdaderas o falsas:
 - ØEl argumento a contrario es creativo, es uno de los argumentos de desarrollo judicial del Derecho, pues va más allá del significado posible de la ley.
 - ØEl argumento a contrario es lo opuesto a la analogía.
 - ØEl argumento a contrario es un instrumento para colmar lagunas.
8. ¿Cuáles son las dos tesis sobre las que el autor asienta la utilización del argumento a contrario?.
9. ¿Qué significa la “estructura bicondicional” de una norma a efectos de posibilitar el uso del argumento a contrario?.
10. ¿Cómo resume el autor la forma correcta de utilizar el argumento a contrario?.
11. ¿ Por qué se dice que el argumento a contrario depende de la previa interpretación de la norma?.
12. Indique si en los casos siguientes está utilizado correctamente el argumento a contrario:
 - ØEl Art. 18 CP interpretado a contrario *sensu* implica que los delitos menos graves son aquellos sancionados con pena de prisión igual o inferior a tres años.
 - ØEl Art. 63 No. 5 CP interpretado a contrario implica que las circunstancias atenuantes y agravantes cuando la ley ya las considera como elementos del delito o como circunstancias especiales, no se tomarán en cuenta entre los criterios para la determinación de la pena.

1 1 . SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Juan Antonio García Amado

1. ¿Qué es interpretar?.

El manejo del Derecho tiene una de sus labores cruciales en la llamada interpretación jurídica. Que el Derecho tenga que ser objeto de interpretación supone que hay un “algo”, una materia prima, que no habla por sí mismo, o no lo hace con perfecta claridad y precisión, de modo que entre esa materia prima que se supone que encierra cierto mensaje y los destinatarios de ese mensaje, sean quienes sean, se hace necesaria esa labor llamada interpretación y que llevan a cabo los intérpretes. La interpretación, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del Derecho. La interpretación del Derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso *sentido* de ese “algo” del que el Derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese “algo” en cuanto precisado y aclarado.

La materia prima del Derecho son normas. Esas normas se diferencian de otras (normas morales, reglas del trato social, etc.) mediante ciertos atributos que las especifican como normas jurídicas. Cuáles sean exactamente dichos atributos es la cuestión más debatida en la teoría y filosofía del Derecho y constituye el tema central de la teoría de la validez jurídica. Para unas doctrinas dichos atributos son puramente formales y se traducen en el hecho que las normas en cuestión hayan sido creadas con arreglo a lo establecido por otras normas del mismo conjunto del Derecho, conjunto llamado sistema jurídico. Otras doctrinas sitúan el dato esencial en que las normas que sean Derecho se imponen efectivamente en la sociedad por el hecho de estar dictadas o aplicadas por ciertos sujetos tenidos socialmente por autoridades o afirmados fácticamente como tales por estar respaldados por el poder y la fuerza. Hay también doctrinas que entienden que lo que convierte a una norma en jurídica es cierta condición material, como su sintonía con la justicia, el Derecho natural, el bien común, etc. Y también se dan todo tipo de combinaciones entre esos tres planteamientos básicos. Pero ese no es nuestro tema en este trabajo.

Más allá de las referidas discrepancias iusfilosóficas, en nuestro tiempo y en las sociedades de nuestro ámbito cultural y jurídico-político, existe acuerdo básico en que o bien todo el Derecho o bien una parte muy sustancial de él se expresa en textos escritos revestidos de una peculiar publicidad y formalidad: Constituciones, leyes, decretos,

sentencias, etc. Así pues, una parte central del Derecho actual en nuestro ámbito es Derecho escrito y su interpretación es, por consiguiente, actividad que de algún modo tiene que ver con textos. A esa interpretación nos vamos a referir, aun cuando no se deba perder de vista que hay tipos de normas carentes de ese carácter textual, como ocurre con el Derecho consuetudinario, y que existen incluso Constituciones, como la inglesa, que participan de ese carácter consuetudinario y no escrito.

Pero que el Derecho del que vamos a hablar, el derecho escrito, se fije en textos, no permite decir, sin más, que la interpretación jurídica sea mero establecimiento del sentido de tales textos, que lo que el intérprete tenga que hacer sea lisa y llanamente limitarse a averiguar el significado de esos textos, en la idea que esos textos, y no otra cosa, son la materia primera y única del Derecho. La pregunta acerca de qué sea lo que el intérprete ha de averiguar se responde de modo distinto según el modo en que se entienda cuál es el componente básico o de fondo de las normas jurídicas, de esas normas con cierto carácter o sello especial (que las convierte en jurídicas) y que se expresan de algún modo en textos, en palabras y enunciados lingüísticos.

Según cómo se conciba ese componente básico o esencia última de las normas jurídicas, la actividad interpretativa revestirá caracteres distintos, lo que llevará a propugnar para ella diferentes métodos o modos de proceder para averiguar el sentido o contenido correcto o verdadero de tales normas. En función de esto, tres son las concepciones básicas de la interpretación, más allá de esa elemental idea común que interpretar es aclarar o precisar el contenido de las normas jurídicas.

La primera concepción es la propia, la que llamaremos teoría *lingüística* de la interpretación. Para esta teoría la realidad de las normas jurídicas coincide con esa su condición de enunciados lingüísticos. El Derecho, por así decir, es una cosa hecha con palabras y en esas palabras agota su ser. Las palabras en que las normas jurídicas se expresan no son mero vehículo de una realidad no lingüística que está por debajo y alimenta su sentido. Por tanto, la actividad interpretativa es, para esta teoría, desentrañamiento semántico, establecimiento de su significado. Los enunciados legales poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, del mismo modo que cualquier otro enunciado del lenguaje que a diario utilizamos. En consecuencia, la interpretación jurídica no tiene en esto ninguna especificidad y sus especialidades tienen que ver únicamente con el carácter técnico que posee en buena medida la actividad jurídica y con la importancia central que los contenidos del Derecho revisten para la organización social.

La segunda concepción la llamaremos *intencionalista*. Para las doctrinas de la interpretación que encajan bajo ese rótulo, los enunciados legales son el cauce a través del que se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones, que son los que constituyen el componente último del sentido de las normas jurídicas. El texto legal es solamente el vehículo, más o menos fiel o más o menos certero, de esas intenciones. Interpretar es, por tanto, en última instancia, averiguar y poner de relieve el contenido de tal intención, intención que es la del autor, la del creador de la norma, de aquella o aquellas personas que la dictaron. El texto es el punto de partida, la referencia primera y la mejor pista de dicha intención, pero ya no se trata, como para la teoría anterior, de limitarse a aclarar el significado de ese texto, o sea, de poner de relieve lo que el texto quiere decir, sino de conocer lo que el legislador quiso decir al dar a la luz dicho texto. Aquí el objeto de la interpretación es el enunciado legal, pero la materia prima del Derecho, desde la que el texto legal adquiere su sentido, es esa intención o contenido de voluntad.

Esta teoría tiene una honda tradición en la teoría de la interpretación jurídica y tuvo una de sus más altas expresiones en la llamada teoría subjetiva de la interpretación¹. En el debate norteamericano sobre la interpretación constitucional está presente de modo muy destacado en las tesis del llamado “originalismo”, que es la postura de quienes sostienen que la interpretación de la Constitución norteamericana ha de ceñirse a lo que pensaron y quisieron los “padres” de dicha Constitución.

Esta concepción obtiene su mejor justificación de la idea de máximo respeto al legislador. Cuando el legislador es tenido por legítimo, sea cual sea la base compartida de tal legitimidad, esa misma razón de legitimidad, que lo convierte en la autoridad admitida para

1. Como explica Schroth, el primero en desarrollar una metodología de la interpretación subjetiva fue Carl Georg von Wächter en su obra *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, de 1835. La polémica en las primeras décadas se va a centrar en el valor interpretativo de los materiales legislativos como indicio del verdadero sentido de la ley, radicado en la intención de su autor. El ataque a la teoría subjetiva y la formulación de la teoría objetiva como alternativa provino particularmente de Binding y Kohler, quienes, en torno a 1885, formulan la famosa idea que la ley, una vez promulgada, cobra vida propia independiente de la voluntad de su autor, puede ser más inteligente (o menos) que él y tiene su propia voluntad, la *voluntas legis*. Y de ahí provendrá el auge enorme, hasta hoy, del criterio teleológico. Como señala Schroth, en Kohler por ejemplo se ve muy bien cómo la voluntad de la ley no es voluntad en sentido psicológico, sino en sentido teleológico, como orientación orgánica a fines, como objetiva disposición constitutiva de su ontología en términos de “realidad espiritual”. Esto, como también explica Schroth, no hubiera sido posible sin la presuposición implícita que el Derecho es un tipo de realidad al tiempo espiritual y suprapersonal que vive en el “espíritu del pueblo”. Hay una muy compleja y problemática ontología detrás de esa idea de la voluntad de la ley que subyace a la propuesta de interpretación objetiva (sobre todo lo anterior véase U.Schroth, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, págs. 37ss). La teoría subjetiva renacerá a principios del siglo XX por obra de Bierling y Heck. Bierling convierte en factor interpretativo relevante los motivos que impulsan al legislador y le llevan a preferir ciertos fines; y Heck convierte en referencia central de la interpretación la preferencia que el legislador realiza entre los intereses en pugna en el conflicto que con la ley quiere resolverse.

establecer las normas básicas de la organización social, se torna en el mejor argumento para sostener que tales normas se han de entender y aplicar en concordancia con lo que fue su voluntad, y no del modo como quiera verlas cualquier otro individuo o grupo social². A lo largo del siglo XIX el que luego se conoció como “mito del legislador racional”, que se traducía en una plena y casi ciega confianza en la omnisciencia del legislador y en su capacidad para percibir los problemas y las necesidades sociales y en sintonizar con el sentir del grupo, prescribiendo lo que sin duda ninguna más convenía a la sociedad, hizo que el criterio de interpretación subjetiva contara prácticamente como pauta interpretativa única de interpretación del Código Civil francés de 1804, el llamado Código de Napoleón, tal como proponía en Francia la Escuela de la Exégesis³. El privilegio de la idea de autoridad personal

2. Es crucial no perder de vista, y es algo en lo que luego insistiremos, la dimensión política de esta polémica. Esa dimensión se aprecia bien, por ejemplo, cuando De Lora resume así la postura del originalismo en materia de interpretación constitucional: “me parece que la idea básica del originalismo puede resumirse en que la intención(es) o pretensión(es) original(es) que animó a los constituyentes ha de ser primordialmente tenida en cuenta (es vinculante) a la hora de interpretar la misma para de esta forma mitigar los que se consideran, por parte de los autores que han defendido esta alternativa, como muy serios cargos de ilegitimidad contra la institución de la «judicial review»” (P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 49). Esa indudable dimensión política y de lucha por los criterios dominantes de legitimidad que tiene esta discusión se aprecia muy bien, sin ir más lejos, en los textos de Robert H. Bork, uno de los más ferreos defensores del originalismo en Norteamérica. Nos dice que “una vez que la adhesión al significado original se debilita o abandona, un juez, quizá instruido por un teórico revisionista, puede alcanzar cualquier resultado, pues el entendimiento y la voluntad humanos, liberados de las ataduras de la historia y del «sedimento de la historia que es el derecho», puede llegar a cualquier resultado”. Cuando un juez o profesor se libera de la Constitución histórica no hay límite a lo que puede hacer decir a la Constitución (R.H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, The Free Press, 1990, p. 352). La preocupación, ya se ve, se refiere a quienes en nombre de principios, valores, etc. ajenos a los de las intenciones originarias de los constituyentes convierten a la Constitución en algo independiente de aquella voluntad primera y la utilizan así para controlar al legislador, con lo que es un punto de vista valorativo, del juez o del profesor, el que, haciéndose pasar por expresión objetiva de los mandatos constitucionales, ilegitimamente se contraponen y domina a la opción valorativa del legislador. Dice Bork que cuando abandonamos la Constitución históricamente arraigada y pasamos a considerarla como creada por un razonamiento constitucional de tipo abstracto y universalista, surgen graves peligros, como el que muchos profesores sostienen y muchos jueces creen que el legislador electo y el gobierno no son adecuados para decidir las cuestiones morales que dividen a los ciudadanos, y que, sin embargo, los jueces sí lo son y deben ocupar el sitio de aquéllos (ibid., 352). Desligar las libertades constitucionalmente protegidas de las circunstancias históricas que determinaron tal opción por su protección significaría, según Bork, desvincularlas del pueblo y su voluntad y someterlas a los diseños de supuestos especialistas en el pensamiento abstracto cuyos planteamientos raramente coinciden con el sentir del pueblo al que suplantán. Ahora bien, la pretensión que los originalistas mantienen de ser los más puros guardianes de la pureza democrática, frente a la ilegitimidad de un activismo judicial no democráticamente respaldado y basado en la presunta aprehensión de esencias axiológicas, ha sido a su vez cuestionada precisamente por disentir con los presupuestos de la democracia. La pregunta al respecto sería por qué los originalistas tratan de sustraer al acuerdo democrático, siempre renovado y en construcción, ya no el mero texto del acuerdo constituyente originario, delimitador de un marco de juego institucional, sino su concreto significado, petrificado en las intenciones originarias de sus autores. Frente a ello la alternativa para muchos autores sería elevar a clave última del sentido constitucional no la voluntad de los padres de la Constitución ni la de la Corte Constitucional, sino el proceso mismo de deliberación democrática y las garantías que las razones que en la misma operan tengan cierta cualidad formal que las libere de cualquier predominio del elitismo o la impostura (Al respecto véase, por muchos, S. Freeman, “Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution”, en *Philosophy & Public Affairs*, 21-1, 1992, pp. 3ss., especialmente pp. 29ss.).

3. “Los códigos de principios del siglo XIX tenían autores identificados, por lo común, grupos de redactores cuya obra era luego promulgada mediante acto legislativo de alguna autoridad. Así, se afirmaba, como cosa notoria, que Napoleón era el autor del *Code Civil*, que, si bien había sido confeccionado por una comisión

como base de esta concepción del Derecho llevó también a que los regímenes totalitarios, como el nazismo, simpatizaran ampliamente con estos planteamientos interpretativos⁴. Pero también en los regímenes constitucionales y democráticos actuales la legitimación democrática del legislador constituye un sólido sustento de la pretensión de que ninguna otra voluntad, salvo la suya, tenga preferencia a la hora de guiar la atribución de sentido a las normas jurídicas⁵.

Pero esta teoría intencionalista o subjetiva provoca también problemas que son bien conocidos⁶. El que más a menudo se menciona tiene que ver con los enigmas que plantea la idea de una voluntad colectiva, en los casos en que la norma no proviene de un legislador unipersonal, sino de un órgano colectivo.

redactora, sólo adquirió fuerza de ley por voluntad del emperador. Interpretar dicho código, por ende, implicaba hacer explícita la voluntad de ese legislador concreto, un legislador al que paulatinamente se le atribuyeron rasgos casi divinos: una voluntad enteramente racional, en cuanto no podía haber querido cosas contradictorias; una voluntad omnimoda, en cuanto no cabía pensar en situaciones que no hubieran sido previstas o que escaparan a su poder. Por ende, la única interpretación auténtica de tales textos debía reducirse a explicitar la voluntad real del legislador y, dado el carácter racional de la misma, a explayar sus consecuencias lógicas. La escuela exegetica, que prosperó sobre todo en Francia durante el siglo pasado, centró, por ende, el problema de la interpretación decisoria del derecho en la exégesis de la intención del legislador" (R. Vernengo, "Interpretación del Derecho", en E. Garzón Valdés, F.J. Laporta -eds.-, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 252-253).

4. Un par de textos significativos. Decía Karl Larenz en 1934: "Nadie más que el *Führer* puede (...) tomar la decisión última sobre si una determinada regla debe tener validez. Frente a él no se necesita ninguna garantía para el mantenimiento de la justicia, pues él es, en razón de su condición de líder, el guardián de la constitución, lo que aquí significa: de la concreta idea jurídica no escrita de su pueblo. Por tanto, una ley que sea fruto de su voluntad no está sometida a revisión judicial" (Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, p. 34). En España esta doctrina la recogió por ejemplo el procesalista Fenech: "En el Estado totalitario, el sujeto legislador es el Príncipe. Se podría objetar que lo debiera ser el titular de la soberanía, o sea, el Pueblo, ya que, como hemos visto, el Estado totalitario, como tipo ideal, descansa sobre una base democrática (...) SIEGERT estima como fuente suprema el espíritu del Pueblo (...), y como fuente formal su interpretación por el *Führer*. «Todo Derecho dimana del *Führer*», dice acertadamente FRANK. Las formas de aparición del Derecho son las órdenes de la autoridad (llámense leyes, decretos, órdenes, etc.) y el Derecho consuetudinario. El Estado totalitario conservará la norma general (Ley) y hasta la codificación. Una norma no puede pertenecer al Derecho consuetudinario si va contra la voluntad del Príncipe, que integra auténticamente la comunidad del Pueblo" (Fenech, M., *La posición del juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, p. 178-179).

5. Dentro de la literatura metodológica reciente que propugna esa orientación cabe destacar, por ejemplo, a Looschelders y Roth. Afirman a este propósito que lo que habilita la voluntad del legislador como criterio interpretativo es, entre otras razones, el que la legitimación democrática no es algo que la ley posea por sí misma, sino en cuanto derivada del carácter democrático de su autor. "Dado que una ley recibe su legitimación democrática del órgano legislativo, en caso de que sea necesaria su interpretación lo decisivo en el punto de partida, a la hora de sentar el contenido de la ley, ha de ser también la voluntad del legislador, pues también el contenido de la ley que mediante la interpretación se establece ha de estar democráticamente legitimado. Cuando se trate de establecer la pauta para la aclaración de las dudas sobre el contenido de la ley, ha de tener preferencia frente a cualquier otro aquel que ha dictado la ley y le ha prestado su legitimación democrática. Cualquier otro proceder metodológico desconectaría la determinación del contenido de la ley de la voluntad del legislador y pondría un supuesto «sentido objetivo» de la ley o la mera voluntad del aplicador por encima del telos del legislador". Y concluyen que no se ve por qué razón ha de predominar en la interpretación de la ley la voluntad de quien tiene una menor legitimación democrática (D. Looschelders, W. Roth, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 50).

6. Una buena y clara síntesis en J.J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 223ss.

Y aun en el caso que se piense que se puede salvar el mencionado escollo que puedan existir voluntades colectivas, el siguiente problema estriba en cómo pueden conocerse sus contenidos, más allá de lo que en los enunciados legales se expresa. Habrá que echar mano, para ello, de datos, documentos e indicios históricos, con lo que esta concepción de la interpretación tiene que proponer siempre el empleo de métodos auxiliares, como el llamado método histórico, que obtiene argumentos a partir de cosas tales como los debates parlamentarios, los trabajos preparatorios, el histórico estado de cosas en cuyo contexto la norma se dicta, el contenido de las normas anteriores a las que la norma deroga y sustituye, etc. Con ello, esta concepción comparte las dificultades y dilemas que lleva aparejada la interpretación histórica, por lo que le sería de aplicación buena parte de lo que los historiadores debaten sobre el método de su oficio.

Una ulterior dificultad de estas teorías se suscita cuando se trata de la interpretación de normas con una considerable antigüedad, de décadas o, incluso, de siglos. En tales ocasiones, lo que el legislador pensó y quiso puede haber quedado considerablemente desfasado a tenor del sentir de la sociedad presente o de las nuevas situaciones y necesidades. Pensemos que cuando el centenario Código Civil español habla de “moral” y “buenas costumbres”⁷, despertará ideas o representaciones bien distintas en nuestro tiempo de las que pudieron tener en mente sus autores. Y, por seguir con el ejemplo del debate constitucional norteamericano, la intención de los padres de la Constitución de los Estados Unidos de América o de enmiendas como la que establece el principio de igualdad formal, era sin duda bien opuesta a entender que el mandato de igualdad podía amparar la total equiparación jurídica entre blancos y negros o entre mujeres y hombres o, incluso, sustentar medidas de discriminación positiva para negros o mujeres. No en vano las tesis “originalistas” suelen ser defendidas por teóricos de actitud marcadamente conservadora.

Y en el marco constitucional el anterior problema se plantea como dificultad para articular la sintonía o compatibilidad entre poder constituyente y soberanía popular. Los autores de la Constitución establecieron unas reglas de juego de la soberanía popular, habilitando a ésta para, dentro de tales reglas, erigirse en guía y fundamento de los contenidos jurídicos en cada momento vigentes. Esto trae consigo dos problemas. Por un lado, el problema de si las propias reglas de juego delimitadas en la Constitución han de ser interpretadas desde los parámetros en cada momento acordes con los valores socialmente

7. Art. 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Art. 1271, párrafo tercero: “Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

imperantes o desde el modo como las entendió y quiso el legislador constitucional. Y, por otro, el de si a la hora de interpretar las normas de la legislación ordinaria ha de prevalecer la voluntad de su respectivo autor o la que mejor concuerde con la opinión y el sentir de cada momento. En ambos casos, la opción subjetivista o intencionalista puede suponer un anquilosamiento de las normas, convirtiéndolas en disfuncionales y no concordantes con la sociedad definida como soberana.

La tercera concepción de la interpretación jurídica es la que denominamos teoría *axiológica* o *material*. Para las doctrinas que se clasifican en este apartado, la sustancia última de las normas jurídicas es de carácter axiológico, el Derecho, en su fondo o ser último, es un sistema de valores. Por tanto, el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara o precisa es un sentido o contenido valorativo objetivo. No se trata, como en la concepción anterior, de un orden subjetivo de preferencias establecido por el legislador, sino de contenidos valorativos objetivos que dan su razón de ser a cada norma, a cada rama del ordenamiento y al ordenamiento jurídico en su conjunto. Aquí nuevamente, como en el caso anterior, las palabras y enunciados legales son la vía, en ocasiones imperfecta o insuficiente, a través de la que tales valores de fondo tratan de expresarse. En consecuencia, la interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad.

Este enfoque predomina dentro de la corriente de la metodología de interpretación y aplicación del Derecho que recibe el nombre de jurisprudencia de valores o valoraciones (*Wertungsjurisprudenz*) y que tiene amplio predicamento en Alemania desde mediados del siglo XX. Supone la culminación de una evolución que tiene sus hitos anteriores en la jurisprudencia teleológica y en la jurisprudencia de intereses. Se puede sintetizar muy breve y simplificada la evolución del siguiente modo. A lo largo de la segunda mitad del XIX Ihering rompe con el logicismo ontologista de la jurisprudencia de conceptos y convierte las normas jurídicas en expresión ya no de una razón intemporal o de conceptos ahistóricos, sino de un propósito histórico del legislador. El Derecho se sociologiza y pasa a ser visto como respuesta histórica y contingente a problemas cambiantes. Por consiguiente, el intérprete ya no es visto como quien realiza una labor cuasicientífica, de puro descubrimiento de contenidos conceptuales necesarios, expresión de una razón jurídica intemporal,

sino como quien busca el sentido de mandatos históricos de un legislador, también histórico, que persigue solucionar de la mejor manera problemas generados por la dinámica social. Si cada norma nace de la necesidad, sentida por el legislador, de solucionar un problema, el eje central de la interpretación pasa a ser el fin de la norma. Toda norma responde a un fin temporal y el intérprete deberá comenzar por hallar cuál es dicho fin de la norma para, desde ahí, otorgar a los enunciados en que la norma se expresa el sentido que permita a aquélla seguir operando como medio de consecución de dicha finalidad.

Con Philip Heck, máximo representante de la llamada jurisprudencia de intereses, se avanza un paso en la misma dirección. Asume que toda norma está al servicio de un fin, pero añade que ese fin se concreta siempre en dar solución a un conflicto de intereses. Toda norma responde al intento de poner término a un conflicto, que es un conflicto entre intereses sociales contrapuestos. Lo que el legislador hace con cada norma es optar por uno de esos intereses, haciéndolo prevalecer sobre el interés o los intereses rivales. Por tanto, el intérprete debe ante todo tomar conciencia de cual es el conflicto de intereses que hizo nacer la norma y de cual es la concreta preferencia del legislador por uno de esos intereses, preferencia expresada a través del correspondiente enunciado legal. Y desde ahí, en lo que Heck llama un acto de “obediencia pensante”, debe dar a la norma el sentido que permita que en cada caso se actualice e imponga ese orden de intereses querido por el legislador.

La doctrina de Heck tuvo un enorme eco, pero en la Alemania posterior a la Segunda Guerra Mundial su aplicación topaba con un importante problema. En efecto, como se trasluce de lo que acabamos de decir, la teoría interpretativa de Heck constituía una variante de la teoría subjetiva o intencionalista de la interpretación, elevando a suprema regla hermenéutica la voluntad del legislador en cuanto a la prevalencia de ciertos intereses, en función de los fines que el propio legislador tuvo por prioritarios. Más en la Alemania de postguerra se mantienen en vigor numerosas normas promulgadas en tiempos del nazismo y deudoras, por tanto, de los propósitos de Hitler y sus secuaces. Defender para esas normas una interpretación subjetiva resultaba, cuando menos, chocante y sospechoso. Serán los teóricos de la llamada jurisprudencia de valoraciones los que lograrán conectar con la evolución doctrinal que estamos exponiendo y, al mismo tiempo, sustituir la teoría subjetiva por una teoría objetiva, esto es, que no atienda a los fines del legislador sino a los fines objetivos del ordenamiento jurídico mismo y de cada una de sus normas. Veamos concisamente estos dos aspectos.

Desde la jurisprudencia de valoraciones se considera adecuado entender que toda norma responde a un fin y que ese fin es siempre dirimir un conflicto de intereses estableciendo una preferencia entre ellos. Ahora bien, tal preferencia no puede concebirse como aleatoria o contingente prioridad sentada por el legislador, sino que ha de entenderse como llevada a cabo desde un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto y que trasciende incluso a la voluntad del concreto autor de cada norma. Tales valores se articulan en un sistema, el verdadero sistema jurídico, que tiene en su cúspide aquellos que se relacionan con la razón de ser del Derecho mismo y le dan su sentido (justicia, protección de la vida y de los bienes básicos del individuo...). En el siguiente peldaño de esa jerarquía se ubicarían los valores que otorgan su sentido y directriz central a cada rama o sector del Derecho (la justicia conmutativa en Derecho Privado, la protección de ciertos bienes básicos en Derecho Penal, etc.). Y, por último, cada norma es expresión y concreción de esos valores más generales en una valoración singular para resolver un problema preciso⁸.

¿Dónde se hallan y cómo pueden conocerse esos valores que son la sustancia última del Derecho y que guían la interpretación de sus normas?. Los cultivadores de la jurisprudencia de valoraciones echaron mano del iusnaturalismo, por supuesto, pero también de teorías materiales de los valores del tipo de la de Max Scheler. Pero su argumento más fuerte lo hallaron en las Constituciones actuales, en particular en la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, leyeron la Constitución como cristalización y expresión de los valores básicos que componen el sistema jurídico. Para ello elevaron a la condición de normas constitucionales más relevantes las expresadas en artículos como el 1 de la Ley Fundamental de Bonn, donde se dice que “la dignidad humana es intangible”; e hicieron igualmente un importante caballo de batalla del artículo 20.3 de dicha Constitución, donde se dice que el juez está sometido a la ley y al Derecho, argumentando que así quedaba de manifiesto que en la misma Constitución se resaltaba suficientemente que el ordenamiento jurídico no se compone sola o meramente de derecho legislado, sino que existen valores que forman parte también del sistema, su parte más densa y crucial⁹.

8. La formulación posiblemente más elegante y estructurada de esta doctrina puede apreciarse en C. W. Canaris, *El sistema en la Jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, trad. de J.A. García Amado.

9. Merece la pena escuchar por extenso a uno de los más conspicuos representantes de esta doctrina, Karl Larenz, el segundo Karl Larenz. “Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios «materiales», aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un «supuesto de hecho» y una «consecuencia jurídica». Los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar” (K.Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1993, trad. de L.Díez-Picazo, pp. 32-33). “Si los principios del Derecho positivo son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos un pensamiento «más justo» y tienen que servir por lo menos de

Así pues, los representantes de la jurisprudencia de valoraciones desdoblán el ordenamiento jurídico en un conjunto de enunciados legales, lo que sería el sistema jurídico que podríamos llamar superficial, y un sistema de valores, que constituye lo que podríamos llamar el sistema jurídico profundo, que alimenta de sentido al otro y sirve de indicador y pauta de su interpretación y aplicación.

Que las normas jurídicas no caen del cielo, sino que son manifestación de preferencias valorativas de su autor o de la sociedad en la que pueden cobrar vigencia, no es un gran descubrimiento, sino que, en su indiscutible obviedad, resulta casi trivial. El problema de la jurisprudencia de valoraciones reside en que esos valores cobran vida propia, al margen incluso de los enunciados legales, con sus oscuridades, sus lagunas y sus antinomias, y se constituyen en un sistema que, además de ideal, es coherente y completo, con lo que se conforma como la clave de una labor interpretativa y aplicativa de un Derecho que puede confiar en la verdad y objetiva corrección de sus resultados, siempre que éstos reflejen dichos valores y su adecuado orden. Es una hermosa construcción, pero con los pies de barro. ¿Acaso puede pensarse, con un mínimo realismo, que las Constituciones son manifestación de una jerarquía coherente de valores? ¿No suelen ser más bien las Constituciones democráticas actuales expresión de un acuerdo de mínimos que recoge valores contrapuestos a efectos únicamente que el legislador, siguiendo las reglas del juego democrático, precise en cada momento la concreta relación de preferencia entre ellos?. Baste pensar, con el ejemplo más simple, en la permanente dialéctica entre libertad e igualdad, valores eminentemente enfrentados y cuya particular realización, dentro de ciertos límites, tendrá que ser obra del poder legislativo de cada momento. Pero, entonces, si eso es así, la interpretación de las singulares normas en la que dicha concreción de preferencias se lleve a cabo ya no podrá tener su segura

indicadores de los principios de Derecho justo. Si pensamos en serio que todo Derecho positivo, en la medida en que es «Derecho», está en el camino hacia el Derecho justo, su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios del Derecho justo hayan penetrado en él, aunque lo hagan sólo bajo las especiales condiciones de este ordenamiento jurídico y de este tiempo, se manifiesten de un modo especial y puedan ser comprendidos” (ibid. 34-35). “El principio no se obtiene mediante generalización de la regla. Es al revés: hay que hacer un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido, y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado” (ibid. 35). Es fácil imaginar cómo se trasladará toda esta interpretación a la teoría de la interpretación: “No debe olvidarse que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino «a la ley y al Derecho». Tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del legislador orientada hacia el pensamiento jurídico en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico y obviamente de los principios que el ordenamiento lleva consigo y que van más allá de la ley, cuando la ley presenta lagunas y necesita, según su propia intención, una limitación -por la vía de una reducción teleológica-, una ampliación -por la vía de una extensión teleológica o de una aplicación analógica- o una adaptación a la nueva situación normativa que ha quedado transformada. La vinculación del juez a la ley sólo es, por tanto, un aspecto parcial de su vinculación al Derecho en su conjunto” (ibid. 171). Parece bastante claro que ni al primer Larenz -véase la cita anteriormente recogida- ni a este Larenz posterior a la mitad del siglo le merecía plena confianza el legislador parlamentario.

guía en un orden valorativo preestablecido al mandato legislativo y presente con perfiles suficientemente nítidos en la Constitución. Y la misma dificultad se reproduce en los peldaños inferiores del ordenamiento, en las relaciones entre sus distintas ramas o sectores. ¿No son, por ejemplo el Derecho Civil y el Derecho Laboral sectores del ordenamiento jurídico en perpetua pugna, en cuanto regidos por valores en permanente tensión, la autonomía de la voluntad el primero y la protección de la parte más débil del contrato a costa de la autonomía contractual en el segundo? ¿Acaso está prefigurada en algún sistema axiológico material preestablecido la combinación exacta en que han de convivir esos dos valores y sectores opuestos?

2. Tres concepciones del Derecho.

De lo que hemos dicho hasta aquí ya se desprenden indicios suficientes de que esas divergencias entre los modos de concebir la interpretación están en conexión con tres concepciones más generales sobre qué sea el Derecho y cuál ha de ser su función prioritaria que lo justifica¹⁰.

Para la que hemos etiquetado como concepción intencionalista el Derecho es ante todo mandato proveniente de una voluntad que se asume como legítima. La idea central es, pues, la de autoridad, y se trata de maximizar el respeto a la autoridad personal de la que las normas emanan. Las razones de esa legitimación de la autoridad, como base de esta concepción voluntarista del Derecho, pueden ser diversas. Podemos clasificar estas doctrinas, de modo muy elemental, en función de cuál sea la razón que invoquen o presupongan como legitimadora del legislador. Así, cabe distinguir entre las que legitiman al legislador por sus atributos personales y las que lo legitiman por lo que representa. Las primeras ven en el legislador a un ser dotado de cierta cualidad personal que lo hace especialmente apto para captar cosas tales como la esencia del grupo social, los valores que identifican a la comunidad, las necesidades de la misma, lo que más le conviene al grupo y a cada uno de sus miembros, etc. Esa especial condición personal puede poseerla el legislador por estar ungido por algún tipo de sello o designio trascendente, lo que hace que la condición de legislador legítimo no sea fungible e intercambiable sino una condición estrictamente personal

10. Como menciona De Lora al explicar la polémica sobre el originalismo, “la pregunta relevante no es tanto si se ha de interpretar o no la Constitución (cosa que por otro lado hoy se admite comúnmente como algo ineludible pues son los significados de las formulaciones normativas y no éstas en «bruto» las que se aplican) o bajo qué condiciones puede afirmarse que se interpreta o se deja de interpretar, sino qué debemos entender que es la Constitución, o, en general las normas jurídicas. Es decir, qué componentes tiene esa premisa mayor, discernimiento éste que (...) parece depender en el caso de la norma fundamental, muy especialmente, del compromiso previo con respecto a ciertos principios de justicia política o, en otras palabras, de consideraciones que por una razón de orden lógico son necesariamente extra-constitucionales” (P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, cit., p. 47-48).

de ciertos seres. Las segundas, las que legitiman al legislador por lo que representa, ven su voluntad como expresión y cristalización de una voluntad social que se va decantando a través de distintos procedimientos y trámites, y de la que el legislador no es sino portavoz, con lo que su valor personal cede ante su representación institucional. A menudo ambos esquemas de legitimación se combinan en diferente proporción, pero siempre prevalece uno de ellos.

Esta concepción voluntarista del Derecho tiene hondas raíces culturales, pues reproduce los esquemas propios de la religión judeo-cristiana, con un dios personal omnisciente y omnipotente que dicta a su pueblo los mandamientos que han de redimirlo.

La concepción que denominamos axiológica o material ve el Derecho como expresión, en última instancia, de una razón que es razón moral objetiva. El componente último de lo jurídico son valores, pero no valores aleatoria o coyunturalmente derivados de o establecidos por una voluntad personal, sino preexistentes. El buen legislador se caracteriza, entonces, por su capacidad para captar tales valores y traducirlos a enunciados legales. Y el buen intérprete es el que acierta a colmar las indeterminaciones que en tales enunciados se contengan desde esos mismos valores que le dan su único verdadero sentido posible; o que incluso corrige lo que en los enunciados legales se pueda contener de errónea o desenfocada expresión de los mismos. Así la interpretación *contra legem* no tendrá por qué ser interpretación contra derecho, pues el derecho es algo más y algo distinto de los puros enunciados legales y de la mera voluntad del histórico legislador.

La concepción lingüística, que es la que defendemos, refleja una idea del Derecho como mensaje significativo que se contiene en ciertos enunciados que la comunidad “reconoce” (por razones que siempre son históricas y culturales) como jurídicos. No se desconoce que el derecho legislado tiene un autor o autores, ni que refleja determinadas preferencias valorativas. Pero su contenido normativo es el de sus propias palabras y no prioritariamente el de la autoridad que las dicta o el de la razón ideal y objetiva que supuestamente expresan. Frente a la metafísica que late bajo la entificación de una voluntad, colectiva además, que sobrevive a su propio autor y es capaz de perpetuarse a través de los tiempos, o a la fe en una razón moral, independiente en sus contenidos de las concretas representaciones del legislador, los ciudadanos o los intérpretes, esta concepción se asienta en el elemento más tangible y cognoscible, las palabras. Éstas dejan de verse como simple instrumento de expresión más o menos exacta o correcta de algo que las antecede y es la verdadera sustancia del Derecho, ya sea la autoridad, ya sean valores materiales objetivos, y se convierte en la sustancia, el ser del Derecho mismo. Las palabras

y enunciados legales expresan, ciertamente, significados, pero estos son significados de palabras y enunciados, no traducciones de voluntades o naturalezas axiológicas de ningún tipo. Que esos significados hagan referencia en múltiples ocasiones a conceptos morales no convierte a las respectivas palabras en entidades distintas de las que se refieren a cualesquiera objetos empíricos.

Por tanto, se arranca de que las palabras de la ley significan, y significan por sí mismas, y que tales significados son el objeto de la actividad interpretativa. Con ello se manifiesta una postura opuesta a la de tanta teoría jurídica posmoderna que pretende que las palabras de la ley nada significan y que, por tanto, la actividad interpretativa es libérrima decisión no atada a ningún dato previo, desapareciendo así toda posibilidad de crítica a sus resultados y el sentido de cualquier juicio de corrección o incorrección de los mismos. Lo curioso de tales planteamientos, que, para más *inri*, suelen adornarse de la vitola del progresismo, es que no se entiende por qué ese es un problema específico de los textos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro uso del lenguaje. Y se supone que no es un problema de todo uso del lenguaje porque quienes tal sostienen lo hacen valiéndose del lenguaje y pretendiendo ser entendidos, lo cual sería una pretensión absurda si cualquier término o enunciado fuera absolutamente indeterminado.

Una postura como ésta de las teorías lingüísticas del Derecho será de inmediato tildada de formalista e ingenua¹¹. Formalista porque se equipara la confianza en que las palabras y enunciados legales poseen un contenido significativo que vincula al intérprete y aplicador, con la tesis que en el razonamiento jurídico con la sola ayuda de la lógica se extrae sin más la decisión de esa premisa normativa significativa y de la premisa fáctica, que también vendría dada en su plenitud y con total claridad a partir de la simple contemplación de los hechos del caso. Pero una cosa no se sigue de la otra en absoluto, pues mantener que las palabras de la ley determinan en algo, mediante sus significados, la decisión, para nada implica que la determinen por completo y que no sean necesarias ulteriores premisas interpretativas para precisar el concreto significado dentro de los márgenes que abran la ambigüedad o vaguedad de sus términos. Mas que un término sea vago no significa que pueda significar cualquier cosa, sino que puede referirse a varias cosas, lo cual es bien distinto. Esta teoría lingüística es formalista en

11. Como ha mostrado Schauer, en realidad una de las manifestaciones más claras del formalismo es justamente la contraria a la tesis que aquí se sostiene, y se manifiesta en la teoría que denominamos material. En efecto, formalista sería aquella concepción para la cual las palabras tienen un contenido necesario, preestablecido e "inexorable", sin lugar para la indeterminación o a la existencia de zona de penumbra, con lo que en la interpretación no habría margen para elección ninguna entre distintos significados posibles y alternativos. Según ese punto de vista, una bicicleta "es" o "no es" un "vehículo" al margen de cualquier elección del intérprete (F. Schauer, "Formalism", *The Yale Law Journal*, 97-4, marzo 1988, pp. 511ss.).

el sentido que propugna que las palabras plantean el límite irrebutable de las interpretaciones posibles, de modo que quien salte esos límites de significado no interpreta sino que crea una norma nueva, cosa que se juzgará como positiva o negativa en función de la teoría de la legitimidad de la actuación judicial que se maneje. Pero no es formalista porque entienda que en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas sea la lógica el factor único y determinante. Tal tesis no la ha sostenido nadie, o al menos nadie mínimamente razonable e informado, en el siglo XX.

La acusación de ingenuidad se traduce en identificar la teoría lingüística con la tesis que las palabras de la ley son siempre y en todo caso perfectamente claras, unívocas y de significado indubitado. Pero nuevamente hay que insistir, ante esta simplificación que ningún partidario de la teoría lingüística ha mantenido, en que el que los términos legales tengan contenido significativo no supone que no existan problemas a la hora de establecer su concreta intención y extensión. Ahí es donde encuentra, justamente, su justificación y necesidad la interpretación del Derecho, en la circunstancia que los términos y enunciados legales pueden tener un alcance significativo diverso; pero no ilimitado. Si la ley dice “vehículo” podemos dudar de si se refiere a vehículos de motor solamente, o también a vehículos sin motor, a vehículos espaciales, a patinetes, a carros, a sillas de ruedas, etc., y la decisión al respecto se establece por vía de interpretación; pero nadie en su sano juicio pensaría que de la referencia de ese término pueda formar parte un balón de fútbol o una serpiente.

Por tanto, defendemos que los términos legales poseen un significado, que puede ser más o menos indeterminado en función de su mayor o menor grado de vaguedad, y que tal significado raramente es perfectamente determinado, pero también raramente es absolutamente indeterminado o abierto. ¿Y qué nos da la pauta para conocer ese significado?. Simplemente nuestra condición de hablantes competentes que forman parte de una comunidad lingüística que tiene en el lenguaje compartido el camino principal para el entendimiento y la coordinación. Será el uso social compartido el que marque cuál es el significado o cuáles son los significados posibles, el alcance significativo o la referencia posible de cada término, tomado en el contexto del correspondiente enunciado y de los que forman su marco.

Que el lenguaje jurídico que se ha de interpretar, como paso previo a la aplicación de las normas, posea márgenes de indeterminación se convierte en una importante ventaja práctica. Precisamente ese nivel de indeterminación es lo que mejor posibilita que los contenidos de las normas puedan ser actualizados por vía interpretativa, adaptándolos a las nuevas situaciones, necesidades y cambios en la semántica del

uso social de las palabras, y evitando así su anquilosamiento o desfase, con lo que se solventa uno de los mayores problemas que poseen las teorías voluntaristas o intencionalistas, a tenor de las cuales el significado de las normas se petrificaría en los contenidos de voluntad que las hicieron nacer. Pero todo ello dentro de los límites de los significados posibles con arreglo al uso de cada momento.

Apenas hace falta resaltar que en esta concepción prima el valor de seguridad jurídica, en cuanto certeza derivada de la comprensibilidad de las normas para el ciudadano. Por su parte, la concepción voluntarista hace prevalecer el valor autoridad (legítima), y la concepción material sitúa como preferente el valor justicia, pero entendido como adecuación del Derecho a un orden valorativo preestablecido y necesario. Mas ninguna de esas prioridades convierte necesariamente a ninguna de estas concepciones en antidemocrática, como se ha de puntualizar rápidamente para evitar otra crítica tan fácil como tópica. Ni la concepción lingüística tiene por qué ser incompatible con una teoría de la legitimidad referida a quién debe poseer y cómo la competencia para sentar los textos legales o para interpretarlos y aplicarlos legítimamente, ni la teoría voluntarista tiene por qué ir asociada a una legitimación no democrática de los detentadores de la voluntad normativa. Y, en cuanto a la teoría material, puede ser sostenida desde posturas cognitivistas de corte consensualista y dialógico, íntimamente vinculada a una profunda justificación de la democracia.

Ilustremos estas concepciones con un ejemplo sencillo. El artículo 39 de la Constitución Española de 1978 dispone que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. De qué se entienda por “familia”, qué signifique tal término en ese precepto, dependerá que se considere compatible o no con la Constitución el otorgamiento a las parejas de hecho y sus miembros de derechos y facultades parangonables o asimilados a los establecidos para la familia matrimonial. Desde posiciones materiales de corte radical, la interpretación de este precepto ha de estar guiada por la determinación del contenido conceptual necesario y preestablecido de “familia”, con lo que con ese término ni el legislador puede entender cualquier tipo de unión, ni el intérprete puede considerar familia cualquier relación que socialmente sea apreciada o vista como tal, sino únicamente lo que la familia en esencia y por necesidad ontológica “es”. Y así se ha podido sostener recientemente, por ejemplo, que esa institución “familia” a la que se refiere el Art. 39 CE es necesariamente la unión que comienza con el matrimonio, de manera que cualquier otra atribución de significado a ese término constituiría una aberración y una falsa e inaceptable interpretación¹².

12. “La familia es un hecho natural que el ordenamiento jurídico protege, desde el primer momento, revistiendo de solemnidad al matrimonio, como inicio o punto de partida de la vida familiar” (J.L. de los Mozos,

Para los enfoques voluntaristas o intencionalistas la correcta interpretación de ese término exigiría averiguar qué asociación significativa tenía en mente el autor de la norma al emplear el término “familia” o qué tipo de uniones quiso concretamente hacer objeto de protección al emplearlo. Que de entonces a hoy haya cambiado el sentir social y, sobre todo, el tipo de relación al que los hablantes competentes en nuestros días pudieran calificar, sin violentar sus convenciones lingüísticas, como familia, es algo que no debería ser tomado en consideración.

Las teorías lingüísticas partirían precisamente de ese último dato. El término “familia” en el Art. 39 CE posee vaguedad desde el momento en que cualquier hablante competente en este momento podría, como mínimo, tener dudas acerca de si, por ejemplo, las convivencia estable entre parejas no casadas puede ser denominada como familia. Tal vaguedad implica dos cosas cruciales. En primer lugar, que, siempre con arreglo al uso social del término, resultaría a día de hoy totalmente desenfocado y cuestionable que se calificara como “familia” la convivencia de hombre y perro o la de perro y gato (al margen, claro está, de usos metafóricos o literarios). Y, en segundo lugar, que no existe un patrón objetivo y definitivo para dirimir a priori, antes de una labor interpretativa que es determinante, si uniones como las de las parejas de hecho, hetero u homosexuales, caen dentro de la referencia del término familia en el mencionado precepto. Estaríamos dentro de lo que se viene llamando en la teoría jurídica “zona de penumbra” del concepto. ¿Qué hacer entonces?. Pues el intérprete ha

“Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, *La Ley*, 16-octubre-2000). “La familia, dentro de la estructura social, presenta un ámbito autónomo propio que escapa a la competencia del Estado y del Derecho, no otra cosa significa que se la considere una institución natural, anterior por ello al Estado y al Derecho” (ibid.). La familia no es un mero “hecho cultural” y “el Derecho no tiene por qué reconocer y aceptar por familia lo que no es, como resulta evidente en las llamadas uniones de hecho y, en particular, en las uniones homosexuales, por más que haya regulaciones que así lo pretendan” (ibid.). Un tratamiento legal de tales uniones como familia sería “monstruoso porque va en contra de los valores superiores en los que se fundamenta el Derecho” (ibid.). Por tanto, “por muy ignorantes que sean los legisladores”, el Derecho no puede desentonar de eso que es “conforme a un orden natural, propio y específico de la «naturaleza de las cosas»” (ibid.). En consecuencia, la familia de cuya protección habla el Art. 39 CE sólo puede ser “la familia conyugal que tiene su base en el matrimonio” (ibid.). Que las parejas de hecho se transformen en “categoría jurídica” constituye un dislate ontológico y una “anomalía” (ibid.). En la misma línea, con un lenguaje más moderado en la forma, J.L. Martínez López-Muñiz, “La familia en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pp. 11ss. Después de dar diversos argumentos sobre cómo el “modelo constitucional de familia”, a tenor del Art. 39 CE, tiene su clave en las ideas de matrimonio y generación, se pregunta por el fundamento último de ese necesario modelo. Y sucedería que la Constitución no puede sino estar reconociendo algo “natural” (p. 36), frente a lo que cualquier alternativa es una desviación intolerable, al margen de cualquier pluralismo. Porque, al fin y al cabo, “la naturaleza revela lo que la filosofía intuye -y la teología cristiana y hebrea conocen- como sabio designio divino de que todas esas delicadas funciones, vitalmente necesarias a todos los hombres, se lleven a cabo con la especial actitud de entrega y dedicación que es propia del amor, entendido como entrega incondicionada al otro por ser quien es, por su persona, con el que, en consecuencia, se experimenta la realidad de una vinculación indestructible, no alterable en lo esencial por ninguna circunstancia ni cambio alguno (porque la persona será siempre ella misma, haga lo que haga, cambie lo que cambie)” (p. 37). Por tanto, el deber de protección de la familia que la Constitución establece “habrá de impedir a los Poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles y aun netamente contrarias a ella y a sus funciones esenciales” (p. 39).

de decidir el alcance preciso de ese término, y tal decisión interpretativa será tanto más defendible, podrá considerarse tanto más correcta cuanto mayor sea la medida en que se presente avalada por métodos o criterios interpretativos admisibles y bien utilizados y cuantas más sean las razones con que esa opción se defienda, de modo tal que esa decisión interpretativa suscite la menor sospecha posible de decisión caprichosa y arbitraria del intérprete. Esa es la mejor aportación que en épocas recientes han realizado las llamadas teorías de la argumentación jurídica. En lo que los términos legales posean de indeterminación no hay más objetividad posible que la de las razones, los argumentos, y su calidad y capacidad de convicción.

Queda claro que ninguna de esas tres concepciones de la interpretación excluye, sino al contrario, que en la interpretación hayan de concurrir valoraciones, que tenga una dimensión valorativa y, por tanto, no puramente mecánica o lógica. Sin embargo, cambia el objeto de tales valoraciones. Para la concepción material el elemento valorativo se dirige a la aprehensión de los contenidos morales necesarios de las normas jurídicas; para la concepción voluntarista se trata ante todo de valorar o sopesar la relevancia de los datos que se puedan invocar como testimonio de los propósitos normativos del legislador; y para la concepción lingüística se habrá de valorar, dentro del marco acotado por los significados posibles con arreglo al uso, las razones o argumentos que avalen las opciones que caben dentro de ese marco. Cada una de las tres concepciones puede y suele admitir que se atienda a los elementos que las otras destacan, pero con carácter solamente complementario y en lo que el elemento para cada una preferente no sea capaz de dirimir. Así, por ejemplo, la concepción lingüística admitirá que la invocación de la voluntad del legislador o de argumentos de justicia o equidad pueden caer entre los argumentos admisibles dentro del mencionado marco que opera como límite de la interpretación posible.

No se puede perder de vista, si se quiere tener conciencia plena de lo que en el fondo se debate en la discusión sobre interpretación jurídica, que lo que se está contraponiendo son distintas concepciones del Derecho, más que tesis diversas sobre la interpretación de palabras o textos. En realidad, presentar la interpretación como averiguación de lo que las palabras y enunciados legales significan es camuflar y escamotear una parte crucial del verdadero problema. La verdadera polémica no es sobre el significado de términos y enunciados (materia que sería el objeto de una teoría de la interpretación en sentido propio), sino sobre la naturaleza del Derecho y, consiguientemente, sobre dónde y cómo hallar las normas jurídicas que sirvan de pauta a la decisión judicial correcta. Es necesario diferenciar claramente dos dimensiones y, consiguientemente, dos maneras de concebir la

interpretación jurídica. Las llamaremos interpretación de significado e interpretación de sentido. Para la doctrina de la interpretación de significado, la interpretación de términos y enunciados legales tiene su primer paso en la averiguación o comprobación del significado o significados que posee un término o enunciado. Y tal averiguación es siempre y necesariamente contextual, como ya hemos señalado. Esa averiguación finaliza siempre en la afirmación que el término o enunciado interpretado posee o no posee un margen, más o menos amplio, de indeterminación. ¿Desde dónde se realiza tal constatación?. Desde los mismos patrones lingüísticos que nos permiten en la vida diaria entender perfectamente, como receptores, una emisión lingüística o que nos llevan a dudar del significado exacto de la misma, es decir, desde el conjunto de reglas compartidas que en un determinado momento posibilitan el uso común del lenguaje como medio de entendimiento¹³. Cuando se aprecia que el término o enunciado interpretado, contextualmente, resulta con algún grado de indeterminación, entra en juego el segundo paso, que nos lleva a buscar los indicios y razones que nos permitan decidir cuál de los significados diversos que el término puede tener (caso de ambigüedad) es el pertinente en la ocasión, o si un determinado objeto cae o no bajo la referencia del término o enunciado (casos de vaguedad). Para la teoría de la interpretación jurídica como interpretación de significado, sería el momento en que podrían comparecer, como ya hemos señalado, los distintos criterios o argumentos interpretativos.

La teoría de la interpretación jurídica como interpretación de significado se topa en la doctrina con dos pertinaces objeciones. La primera, vendría de quienes afirman el carácter radicalmente indeterminado del lenguaje, en general, o del lenguaje jurídico en particular. En tiempos recientes, ésta ha sido una tesis sustentada por muchos representantes de *Critical Legal Studies*. La conclusión que extraen es que la radical indeterminación del Derecho no deja más salida que afirmar la inevitabilidad de la plena libertad judicial, con su consiguiente carácter político. Y sería un interés puramente político y manipulativo el que lleva a sustentar la engañosa ideología dominante que los enunciados legales determinan la decisión judicial y que el juez está de esa manera atado por la ley. Ya no se trata de que la limitación del juez por los textos legales sea conveniente o inconveniente, sino de que es un engaño. Igual que sería también un engaño pensar que existe algo como el Derecho que tiene un contenido firme y preestablecido más allá o por debajo de las palabras. Todo es ideología y por debajo de ella no hay más que un poder habilidoso para ocultar su verdadera y dramática faz. Por supuesto, llegados a este punto, seguir hablando, ya no de interpretación jurídica o constitucional, sino

13. Como sintetiza Schauer, inspirándose en Searle, “porque entendemos las reglas del lenguaje, entendemos el lenguaje de las reglas” (Cfr. F. Schauer, “Formalism”, *cit.*, p. 528).

mismamente de ley o Constitución como algo real más allá de unos textos que son sólo apariencia, pierde todo sentido sino es para “deconstruir” el discurso jurídico y constitucional: hay que acabar con cualquier pretensión “científica” o intelectualmente positiva de la dogmática jurídica y la teoría del Derecho, principales culpables del engaño por ser disciplinas que dan apariencia a un objeto inexistente o disfrazan con un discurso pseudotécnico su condición política y servil a la manipulación¹⁴.

Pero repárese en un dato importante. Este tipo de doctrinas que acabamos de mencionar parten de dos presupuestos de naturaleza empírica. El primero, que el lenguaje, o al menos el lenguaje legal, carece de hecho de cualquier contenido significativo que pueda funcionar como criterio de medida de la sumisión del juez a los enunciados legales; pero no creen que exista tampoco ninguna otra regla de determinación de lo jurídico¹⁵. En cambio, las concepciones a las que nos referiremos a continuación, las voluntarista y la axiológica o material, no sostienen en realidad que el lenguaje legal carezca de toda determinación significativa, sino que dicen que no es en el significado de los enunciados donde tiene su verdadero contenido el Derecho, por lo que el juez puede captar el significado de los enunciados, pero debe trascenderlo o prescindir de él cuando sea un obstáculo para imponer mediante su decisión esos verdaderos contenidos. La interpretación sí es posible, pero no como averiguación y concreción de significados.

14. Ilustremos esto, a título de ejemplo, con algunos pasajes de uno de los trabajos famosos en esa dirección. Dice Gary Peller que “el significado es indeterminado en cuanto que nunca está positivamente presente en una expresión; siempre está diferido o ausente. El intento de fijar el significado de una expresión lleva a un regreso infinito”, a expresiones que conducen a otras expresiones y así sin fin. “El significado no «existe» en ninguna parte; es construido en relaciones diferenciadas, en el espacio en blanco y los silencios de la comunicación” (G. Peller, “The Metaphysics of American Law”, en *California Law Review*, 73, 1985, pp. 1167, 1168). Y esto contradiría la pretensión del pensamiento jurídico y político liberal que se puede distinguir entre razón y voluntad, pretensión basada en negar la contingencia de las categorías representacionales. “Las ideas y objetos supuestamente significados por las categorías representacionales nunca están presentes separadamente de las categorías, pues las ideas y objetos son los efectos de las categorías, no la fuente de las mismas. El contenido significativo de la práctica representacional no tiene existencia positiva aparte de tal práctica” (ibid. 1169). “«Conocimiento» no es una adecuación de la conciencia al mundo. Lo que se llama «conocimiento» es el efecto producido por el poder social institucionalizado en convenciones sociales representacionales” (ibid. 1169-1170). “No se trata de sostener que no exista el mundo al margen de la conciencia; por supuesto que existe. Pero no hay manera de *conocer* ese mundo separado de los sistemas representacionales socialmente creados y a través de los que nos acercamos al mundo. Conocimiento y poder social son inseparables. De modo semejante, no estoy arguyendo que nunca nos comuniquemos o nos entendamos, lo que sería absurdo. Lo que sucede es que no hay forma de fijar, de cerrar el significado de expresiones y sucesos. La distribución del significado depende de convenciones representacionales socialmente creadas y contingentes (...) El significado depende de prácticas de significación artificiales y diferenciadas” (ibid. 1170).

15. Una versión más ajustada y menos radical en las tesis semánticas no negaría que puedan significar algo los enunciados legales, pero sostendría que la abundancia de antinomias y la posibilidad de echar mano como preferentes de enunciados absolutamente indeterminados, como numerosas cláusulas constitucionales, para dotarlos de cualquier contenido y erigirlos en guía de la decisión, convierte, de hecho, al juez en señor libre en su decisión.

El segundo presupuesto empírico, en la línea que abrieran los realistas, es que de hecho hay casos, y abundantes, en que el juez hace predominar sus móviles personales sobre el respeto a la ley y decide como quiere, invocando como encubrimiento cualquier valor. Pero con esto estaríamos en un terreno en el que, en primer lugar, habría que acudir al estudio empírico para acreditar la verdad o no de tal fenómeno y su frecuencia; y, en segundo lugar y sobre todo, ello en modo alguno responde a lo que es el objeto de una teoría normativa de la interpretación, que se pregunta cómo debe interpretar el juez para que su decisión sea correcta, a qué tiene que atender a la hora de establecer el contenido de la norma decisoria, si es que queremos dar algún sentido, al menos como ideal, al principio de sumisión del juez al ordenamiento¹⁶.

La segunda objeción a la idea de interpretación jurídica como interpretación de significado proviene de quienes contemplan el Derecho, o al menos cierto núcleo primordial del mismo, como no lingüístico. El Derecho no se agota en los textos constitucionales, legales, etc. Los textos no son más que un vehículo rudimentario, y a veces engañoso, por medio del cual la verdadera normatividad trata de manifestarse. Serían razones puramente pragmáticas y funcionales las que justifican el carácter textual que en su superficie revisten los ordenamientos jurídicos modernos. Y ese carácter textual explica que la labor del juez comience como interpretación del significado de esos textos. Mas esa labor es accesorio frente al verdadero fin, que es descubrir el sentido del Derecho, lo que el Derecho, que no se agota en los textos pero puede tratar de expresarse a través de ellos, determina. Así, el juez que interpreta busca significados de enunciados, en un primer paso; pero, en un segundo paso, tiene que poner en relación tales significados del texto con los verdaderos contenidos de sentido del derecho. De ese poner en relación se pueden desprender dos resultados. Puede ocurrir que no se aprecie discordancia entre significado del texto y sentido del Derecho, en cuyo caso el respeto al texto en la consiguiente decisión se encuentra plenamente justificado

16. Duncan Kennedy, uno de los fundadores del movimiento *Critical Legal Studies*, ha tratado de describir algo así como la fenomenología de la conciencia decisoria del juez. Trata de mostrar como el juez se mueve, en su propósito decisorio, entre dos polos, delimitados por lo que es, por un lado, el fallo que le parece, con arreglo a su ideología, justo para el caso y, por otro, por el "campo jurídico", en el que operan la ley, los precedentes, el entendimiento general de lo que establece el Derecho, etc. Y se inclinará el juez por uno u otro de los polos en función de cosas tales como su autopercepción como juez, su interés en que aumente o no su prestigio entre sus colegas o la opinión pública, etc. El lugar del Derecho, entonces, no estaría en realidad ni en los textos ni en la pura ideología, sino en la conciencia y experiencia del juez, sometida a esas tensiones y que resuelve entre ellas caso por caso. Pero, en cuanto se trata, de nuevo, de describir un proceso psicológico, no queda en la construcción de Kennedy lugar ninguno para dar cabida a la pregunta sobre el sentido y la oportunidad de una teoría acerca de cómo el juez debe proceder para que su decisión pueda reputarse como correcta. Y, también una vez más, su planteamiento psicológico pretende ser persuasivo, pero no está avalado por ningún tipo de dato empírico o experimental. Véase D. Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, etc., 1999, pp. 89ss.

en ese hecho que el texto ha acertado a traducir a palabras el sentido, los contenidos profundos y necesarios. O puede suceder que se detecte una discordancia entre significado y sentido, y entonces habrá que decidir desde el sentido y al margen o por encima del significado. Desde el momento en que el juez está sometido al Derecho y se piensa que el Derecho ni se agota en la ley ni puede, tan siquiera, manifestarse plenamente a través de ella, por múltiples razones (ignorancia, incapacidad o perversidad del legislador, insuficiencia del lenguaje para expresar sin duda o distorsión contenidos ideales e intangibles, rigidez del lenguaje para recoger el verdadero dinamismo de lo real determinante, etc.), el verdadero respeto al Derecho por parte del juez y su auténtica condición de aplicador de los dictados de lo jurídico se realiza precisamente cuando no se queda en las palabras y respeta la realidad de fondo. Aquí no está lingüísticamente determinado, pero sí está plenamente determinado en una instancia prelingüística o independiente del lenguaje, y tanto lo está que resulta congruente pretender que existe para cada caso una única solución correcta. Y el juez que aplique esa respuesta no estará creando Derecho, por lo que ahí la apología del activismo judicial no equivale a defensa del creacionismo judicial, sólo a sostener que el juez está por encima del texto de la ley, pero no por encima del Derecho. El creacionismo judicial es la salida que transitan los escépticos respecto a cualquier posibilidad de predeterminación, total o parcial, de la decisión judicial por obra de normas jurídicas preestablecidas, salida que aceptan o con resignación o con entusiasmo, según los casos. Pero no es el planteamiento de quienes profesan la fe en que el Derecho está materialmente predeterminado, ya sea en un mundo de intenciones, de esencias o de valores. La paradoja, pues, se completa: quienes a menudo tildan a los defensores del significado textual de formalistas ingenuos por pensar que los términos legales pueden limitar en algo la libertad decisoria del juez, acaban manifestando su confianza en que esa determinación pueda ser más efectiva y plena desde la metafísica de la percepción de esencias o la aprehensión de conciencias.

Otra cosa es que esa total determinación de la respuesta correcta proceda de uno u otro lugar. Esa base de la determinación plena puede ser mutable o inmutable. Será inmutable cuando se la conciba en términos de una ontología necesaria (por ejemplo, familia es por esencia y necesariamente la unión estable y consagrada de hombre y mujer) o, muy vinculado a lo anterior, de una axiología material atemporal (por ejemplo, la unión de parejas homosexuales es una perversión o una “monstruosidad” moral, ocurra en el tiempo o lugar que ocurra, al margen, por tanto, de opiniones o circunstancias sociales).

En cambio, aquella base será mutable con arreglo a dos

concepciones. En primer lugar cuando se identifique con los contenidos intencionales del autor de la norma. El Derecho consistirá en tales contenidos en tanto la norma esté vigente, es decir, en tanto aquella intención no se sustituya por otra, del mismo o de otro legislador autorizado o tenido por legítimo. En segundo lugar, cuando la base de los verdaderos contenidos de la normatividad jurídica se identifique con un orden axiológico dotado de historicidad, es decir, cuando el núcleo último de lo jurídico se coloque en los contenidos de la moral que se considere racional y válida para y en la sociedad del momento. En este último grupo se darían la mano, por ejemplo, dworkinianos y habermasianos, y, antes que éstos, los seguidores del segundo Radbruch.

Si proyectamos las tres concepciones del Derecho que hemos reseñado en el papel del juez en general, y de los tribunales constitucionales en particular, resultan tres imágenes claramente diferenciadas. Para la concepción lingüística o textual el juez, y el juez constitucional, es guardián de las palabras, vela por su significado haciendo que se respeten cuando son ciertas y determinadas, y las precisa y concreta en lo que tengan de indeterminadas; para la concepción voluntarista o intencional el juez es el albacea de las voluntades del legislador; y para la concepción material es el garante supremo del imperio del bien y la verdad en este dislocado mundo. Podríamos hablar, respectivamente, del juez hermano (por cuanto hijo del mismo lenguaje de todos o sometido a él como todos), del juez hijo (celoso vigilante de la memoria y la autoridad de los ancestros) y del juez padre (el que con su experiencia, formación y perspicacia sabe mejor que nadie lo que nos conviene y nos evita -también al legislador- el descarrío).

3. Sobre los métodos de interpretación.

La teoría de la interpretación jurídica tiene como uno de sus objetos de atención preferente la doctrina de los métodos de interpretación. Esto es, las concepciones mencionadas no se limitan a señalar a qué debe atender prioritariamente la actividad interpretativa o dónde están sus límites, sino que también indican mediante qué métodos o procedimientos, con atención a qué datos, se puede llevar a cabo correctamente el establecimiento de ese significado o sentido de los enunciados legales.

Los métodos de interpretación son un componente central de la metodología jurídica práctica, y ésta es una rama muy relevante de la teoría del Derecho. “Método” etimológicamente significa camino, vía hacia una determinada meta o destino. Toda disciplina metodológica tiene como cometido proporcionar los indicadores o referencias que

marcan el itinerario correcto hacia la meta que respectivamente se pretende. En el caso de la metodología de interpretación y aplicación del Derecho se trata de mostrar qué criterios, referencias y modos de operar pueden asegurar la obtención de una decisión jurídica que pueda tenerse por correcta, teniendo en cuenta que en este campo lo correcto se presenta como lo sinónimo de objetivo e imparcial y, por tanto, como lo opuesto a arbitrario, subjetivo o tendencioso. Y en lo que a la metodología de interpretación se refiere, la meta está en lograr la correcta atribución de significado a los enunciados legales, de manera que se obtenga una interpretación correcta que, unida a una adecuada valoración de los hechos, lleve a una también correcta decisión final o fallo de los litigios.

Tanto en la doctrina sobre los métodos interpretativos como en la práctica interpretativa de los dogmáticos y jueces hay un gran acuerdo sobre los métodos válidos de interpretación jurídica, acuerdo que, en su núcleo primero, se remonta a los cánones de Savigny, posteriormente complementados con algunos más, principalmente el teleológico. No es éste el momento para un tratamiento pormenorizado de tales métodos. Baste señalar que en lo básico se reconducen a los llamados literal o gramatical, sistemático, subjetivo y teleológico. Es decir, los métodos que señalan como criterios a tomar en cuenta para atribuir sentido a los enunciados legales cosas tales como el sentido más evidente o compartido de sus palabras, la inserción del enunciado en su contexto normativo en el que se usen las mismas palabras o se regulen los mismos asuntos, lo querido por el legislador o el fin que a tenor de las necesidades y creencias actuales quepa razonablemente atribuir a la norma en cuestión. Cada uno de estos métodos o criterios podría desglosarse en diversas especies o concreciones, pero repetimos que no es ese el tema en este instante.

Lo que sí interesa resaltar es que la mencionada coincidencia básica permite poner de relieve que en la cultura jurídica actual se diferencia con bastante nitidez entre criterios interpretativos admisibles e inadmisibles. Veámoslo con ejemplos. Si un juez invoca, como pauta de su interpretación, la atención a lo que quiso el legislador o a la finalidad que la norma ha de cumplir, nadie dirá que se atiene a criterios inválidos o rechazables, todo lo más se discutirá si los utiliza correctamente o si debió dar preferencia a otros criterios admisibles. En cambio, si un juez invocara, como fundamento de su adscripción de significado a un enunciado legal, cosas tales como la estética, alegando que se puede y se debe dar al enunciado el significado que sea literariamente más hermoso, o la teología, alegando que se ha de proporcionar a las normas el sentido que mejor concuerde con la voluntad divina, sin duda, hoy, habría general acuerdo en que ha perdido el seso y procede interpretando de modo inapropiado. Por tanto, un

método o criterio estético o uno teológico no resultarían admisibles.

¿Qué hace que unos métodos se tengan por admisibles y otros no?. Esa condición de generalmente admitidos y consolidados de ciertos métodos les confiere a estos el carácter de tópicos, es decir, de argumentos que gozan de un consenso general preestablecido y que se traspassa, en principio, a los resultados de su aplicación. Ese fue probablemente el más importante descubrimiento de la tópica jurídica de Theodor Viehweg, el resaltar que en el razonamiento jurídico se opera con argumentos que son tópicos o lugares comunes que disfrutan de un consenso presupuesto¹⁷. Pero podemos seguir interrogándonos acerca de las razones que convierten a algunos métodos en admisibles y a otros en inadmisibles. La tradición y la rutina desempeñan a ese propósito, sin duda, un importante papel, pero ha de haber algo más.

Cada método interpretativo generalmente admitido lo está en razón de su sustrato valorativo. Cuando en la ciencia natural, por ejemplo, se privilegian los métodos experimentales sobre otros posibles, como la adivinación, el espiritismo o la fe religiosa, se hace así por cuanto que se da prioridad al valor verdad, concretado en la idea de verdad empíricamente contrastable. De la misma manera, cuando en la metodología jurídica se consideran válidos ciertos métodos, se hace así porque se estima que sirven a los valores básicos que justifican el Derecho y su práctica. Detrás de los métodos admisibles de interpretación está la valoración positiva de cosas tales como la seguridad jurídica, el respeto a la autoridad legítima, la coherencia del sistema jurídico o la sintonía del Derecho con las necesidades y opiniones sociales (lo que algún autor ya clásico denominaba el valor de “adecuación”). ¿Y por qué se consideran inapropiados como métodos de interpretación el estético o teológico?. Porque servirían a valores que no se consideran propios del ordenamiento jurídico, sino personales de cada individuo, una vez que en la era moderna el gusto estético y el sentimiento religioso han pasado a verse como manifestaciones de la conciencia subjetiva. Por eso, invocarlos acarrea la sospecha cierta de subjetividad, lo que en el campo jurídico es sinónimo de arbitrariedad, de no consideración de argumentos aptos para la convicción y aceptación general en cuanto orientados a un interés general.

Cualquiera de las tres concepciones de la interpretación jurídica que hemos presentado admitiría sin inconveniente todos esos métodos ampliamente acreditados en nuestros días. Lo que cambiaría de una a otra es el orden de preferencia que entre ellos establezca. Con esto llegamos a una cuestión central de la teoría de la interpretación,

17. Sobre el tema véase J.A. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. Resumidamente, J.A. García Amado, “Retórica, argumentación y derecho”, en *Isegoría*, 21, 1999, p. 137ss.

como es la de si existe un orden de prelación entre los diversos métodos o si están todos al mismo nivel. El problema, como es bien conocido, deriva del hecho de que un mismo enunciado legal puede recibir distinto sentido según cuál sea el criterio de su interpretación que se tome en cuenta. Si esto es así, que lo es, y si no hay un orden de preferencia entre los métodos, que permita dar prioridad a uno u otro resultado interpretativo, la decisión interpretativa goza de un muy amplio margen de libertad. Como resaltaron realistas como Ross, a más métodos interpretativos más posibilidades de que el juez pueda inclinarse por la interpretación que personalmente más le agrada y encontrar un método que la justifique a posteriori, haciéndola entonces aparecer ya no como puro gusto personal, sino como resultado de una operación técnica y aséptica, encubriendo el componente de subjetivismo.

Tampoco es este el lugar para tratar de tomar partido en esa discusión y ver qué jerarquías se plantean o se pueden proponer entre esos métodos. Lo que se ha de recalcar es que cada una de las tres concepciones de la interpretación que hemos visto propugnarán un orden de preferencia, haciendo prevalecer como criterio interpretativo último uno de esos métodos.

Para la concepción voluntarista gozará de prioridad el método de interpretación subjetiva, en cualquiera de sus dos versiones. Una versión de este método, la subjetiva-semántica, establece que hay que estar en la interpretación a lo que el legislador pretendió significar al emplear los términos y expresiones legales; la otra, la subjetiva-teleológica, dispone que se ha de considerar prioritariamente el fin específico al que el legislador quiso que la norma sirviera. Los demás métodos interpretativos serán o bien auxiliares de este método principal (como el llamado método histórico, que manda atender a los trabajos preparatorios, el derecho anterior, los debates parlamentarios, etc.), o bien complementarios, en cuanto sólo pueden ser invocados para colmar las lagunas que queden en lo que de la voluntad del legislador no pueda conocerse o en cuanto resulte equívoca o indeterminada.

En la concepción material el método interpretativo es una subespecie del método general de la razón práctica, del método de conocimiento de valores, del conocimiento de qué sea lo bueno o lo justo. Puesto que, aquí, interpretar es determinar el contenido correcto de un enunciado legal, y el patrón de lo correcto lo proporciona en última instancia un sistema de valores morales, se parte de la confianza en que tal orden objetivo de valores puede ser conocido con una, al menos, mínima certeza. El trasfondo de esta concepción es, pues, la tesis del cognitivismo ético, en cualquiera de sus variantes. Tales variantes pueden ir desde la afirmación que existe y puede conocerse

un cuerpo de derecho natural o que existe una teoría material de los valores, al modo de Scheler, por ejemplo, hasta los planteamientos de la ética discursiva de corte habermasiano, con su confianza en que por vía de argumentación intersubjetiva respetuosa de ciertas reglas procedimentales, que aseguran la libertad y paridad de los interlocutores posibles, cabe idealmente alcanzar acuerdos que reflejen pautas objetivas de justicia.

En cualquier caso, para las concepciones materiales la preferencia que cabe otorgar a los métodos que toman en cuenta cosas tales como la voluntad del legislador, el significado usual de los términos y expresiones o la coherencia sistemática del ordenamiento es sólo una preferencia *prima facie*. Es decir, tales argumentos, y las correspondientes interpretaciones que avalan pueden y deben ser derrotados por razones de justicia material especialmente contundentes, ya sean razones de naturaleza deontológica o consecuencialista¹⁸. Por supuesto, el juicio sobre qué razones de justicia material sean suficientemente “contundentes” dependerá de la respectiva doctrina y no necesariamente coincidirá la apreciación de esa contundencia en los defensores del iusnaturalismo o los de la ética discursiva, pongamos por caso.

Así las cosas, estas teorías materiales simpatizan preferentemente con el método teleológico-objetivo, entendido con un esquema que más o menos podría ser el siguiente: las normas deben servir a fines sociales admisibles, la admisibilidad de los fines y su escala de prioridad viene determinada por patrones objetivos de razón práctica y, por consiguiente, la interpretación correcta es la que conceda al enunciado legal el sentido que sea acorde con tales patrones. Y ello, incluso, a costa de desbordar el límite marcado por cualquier otro método, es decir, a costa de la compatibilidad con la semántica del uso, con el propósito del legislador o con la coherencia del ordenamiento. Es decir, se presentaría como justificada, incluso, la interpretación *contra legem*, la contraria a cualquier contenido evidente de los enunciados legales.

Esta concepción que llamamos axiológica o material ha reaparecido con gran éxito en los escritos de la corriente doctrinal que suele equivocadamente denominarse “constitucionalismo”, por oposición al positivismo, y estaría representada por autores de éxito, como Zagrebelsky y otros¹⁹. Dicho constitucionalismo encierra a

18. Véase, por todos y de manera sumamente relevante, R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1995, pp. 89-91.

19. Véase G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, trad. de M. Gascón. Críticamente, en el sentido que a continuación se señala, véase J.A. García Amado, “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en J.A. García Amado, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1999, pp. 201ss. Para un muy adecuado tratamiento crítico del

menudo una especie de “criptoiusnaturalismo” disfrazado de veneración a los valores constitucionales. Así, se argumenta que el juez está sometido a la ley, ciertamente, pero también y en mayor medida aún a la Constitución; que la parte central y definitoria de la Constitución es aquella en que se recogen los valores superiores del ordenamiento jurídico-constitucional, tal como sucede paradigmáticamente en el Art.1 de la Constitución Española; que, por tanto, la interpretación judicial del Derecho ha de estar prioritariamente guiada por tales valores; y que, en fin, cuando el sentido claro o evidente del texto legal o de la voluntad legislativa choque con dichos valores, el juez podrá y deberá interpretar y decidir *contra legem*, decisión que estaría totalmente justificada por ser *pro constitutionem*, es decir, favorable a los valores constitucionales. Cómo puede el juez conocer el contenido exacto y preciso de esos valores es un misterio que no se desvela, pero que no impide sostener, volviendo al ejemplo antes utilizado, que la consagración constitucional del valor de dignidad de la persona veta cualquier lectura del término “familia”, en la ley ordinaria o en el Art. 39 CE, como referido también a las uniones de hecho, y más a las uniones homosexuales. Aquí, como se ve, la Constitución vale y cuenta en tanto que se la pueda hacer portavoz de la verdad moral, más que como sistema formal de garantías y de procedimientos de plasmación de la soberanía popular como cimiento de la legislación.

Por contra, para la concepción lingüística la preferencia la detenta el método literal. Es necesario aclarar rápidamente a que nos referimos, para evitar la inmediata sospecha de formalismo ingenuo. Se quiere decir que los significados que en la interpretación cabe asignar a los términos legales vienen delimitados por el uso, de modo que a un término legal absolutamente determinado y unívoco, con arreglo al uso social del mismo, no se le puede atribuir ningún significado que desdiga de tal uso unívoco, y a los términos legales que adolezcan de vaguedad se les podrá otorgar cualquiera de los significados que encajen en los márgenes de permisibilidad con arreglo a tal uso, pero nunca uno que vaya más allá de ese límite. Por ejemplo, si interpretamos el término “gafas”, podremos preguntarnos si su referencia en el enunciado en que se integra abarca cosas tales como las gafas de buceo o las gafas de soldador, y la respuesta podrá ser positiva o negativa, pero nunca será admisible entender que de su referencia forma parte un libro, un zapato o una corbata. Que en las decisiones jurídicas no sea difícil ver como por vía de analogía se extiende a objetos tales la regulación estipulada legalmente para las gafas, no implica que se esté realizando una interpretación en tal sentido, sino que se está creando una norma nueva para asignar determinada reglamentación a tales objetos, y tal creación irá avalada por razones que la hagan admisible

“constitucionalismo” y para su cotejo con el positivismo puede verse especialmente L.Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.

o inadmisibles, según el tipo de concepción jurídico-política que se sustente; pero nunca se podrá decir que se trata de una auténtica interpretación. Por tanto, ese criterio de los significados posibles con arreglo al uso marca las interpretaciones posibles y, en consecuencia, delimita la frontera entre interpretación, actividad cuya necesidad y legitimidad no se puede razonablemente discutir, y creación de nuevo Derecho; y los límites de la legítima creación de Derecho por los jueces constituyen objeto de una discusión mucho más intrincada y dependiente de consideraciones filosófico-políticas muy debatidas y entre las que siempre tendrán que venir a colación cuestiones tales como el sentido de la vinculación del juez a la ley, la separación de poderes, el principio democrático, etc.

No se puede perder de vista que en muchas ocasiones el término interpretado puede ser un término técnico específico del Derecho o un término que en Derecho adquiera significado técnico especial. En tales ocasiones habrá que tomar como dirimente el uso jurídico de tal término o, al menos, incorporarlo a la lista de usos posibles determinantes de significado, analizando y argumentando si en el enunciado legal del que se trate tiene sentido optar por uno u otro uso, en su caso, como central y determinante.

Ahora bien, no tiene sentido plantearse la interpretación aislada y autónoma de un término legal. Al igual que ocurre en el uso ordinario y cotidiano del lenguaje, también en el Derecho las palabras han de entenderse en el marco de su inserción contextual. Esto implica que los términos se interpretan en el marco de lo que es la interpretación de conjunto de los enunciados legales que los contienen, y tampoco los enunciados se analizan, al menos a efectos prácticos y decisorios, aisladamente, sino en el ámbito más amplio de un determinado capítulo, de un cuerpo legal y, en última instancia, del conjunto del ordenamiento jurídico-positivo. Así pues, la interpretación jurídica en la práctica es siempre interpretación “total”, en los términos de Hernández Marín²⁰. Por consiguiente, hay que reconocer que las que tradicionalmente se llaman interpretación literal e interpretación sistemática se funden en buena medida.

Cuando decimos que los significados posibles con arreglo al uso delimitan las interpretaciones posibles, no estamos, en consecuencia, sosteniendo que tal consideración semántica (y sintáctica) por sí baste para determinar la interpretación. Simplemente se trata de marcar los límites y, por tanto, el campo de juego de la interpretación. Pero en la inmensa mayor parte de las ocasiones ese campo admitirá distintas posibilidades y ahí sería donde comienza la verdadera interpretación.

20. Véase R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 35ss.

Y es en ese ámbito así delimitado donde han de entrar en juego los demás criterios interpretativos. Así, por ilustrarlo con el ejemplo anterior, a la hora de determinar si las gafas de buceo son también “gafas” a efectos de la correspondiente norma que interpretamos, se podrá atender a la voluntad del legislador en cuanto al fin de la norma, a lo que era el uso lingüístico cuando el legislador empleó tal término, al fin que razonablemente la norma puede tener en nuestro tiempo, etc. Lo que no sería verdadera interpretación sería mantener que cualquiera de esas consideraciones pueda servir para obviar y sobrepasar los límites de significado posible del término “gafas” conforme a los usos actuales, de modo, que por ejemplo, consideraciones finalistas lleven a entender que la norma se refiere también, bajo la expresión “gafas”, a los zapatos.

Nuestra opinión es que esta concepción lingüística es la requerida en un sistema jurídico democrático, basado en la soberanía popular a través del principio de representación, y organizado a partir de la idea de separación de poderes, con lo que implica la posibilidad de control entre poderes y de eliminación de la arbitrariedad no susceptible de ningún control. Lo cual, al tiempo, es tanto como afirmar que ésta es la concepción de la interpretación que mejor se adapta, por no decir la única que se adapta, a los valores inspiradores de los actuales ordenamientos constitucionales, valores que tan a menudo se invocan, en la teoría y en la práctica, para desactivar y boicotear desde dentro el propio orden constitucional que se dice defender. Se trata, en suma, que el Derecho sea algo que los ciudadanos puedan entender y no algo a lo que ciertos sacerdotes, imbuidos de no se sabe qué extraño don, tienen acceso exclusivo en virtud de su innata sintonía con la esencia de los conceptos o la verdad de los valores materiales.

4 ¿Y la interpretación de la Constitución?

Para la concepción lingüística que defendemos, la Constitución como objeto de interpretación no supone diferencias cualitativas, sino, todo lo más, cuantitativas²¹. Que no plantee diferencias cualitativas hace referencia a que la Constitución es también un conjunto de enunciados lingüísticos plasmados en un texto, el cual se tiene por jurídico y de la mayor jerarquía dentro de los textos jurídicos, en función de ciertas razones históricas, políticas, sociales, etc., que hacen que en nuestro tiempo, y a diferencia de otras épocas, así sea “reconocido” con carácter general. Con ello no se cuestiona ni la importancia de las Constituciones ni su papel en el ordenamiento.

21. Sobre el tema puede verse R. Guastini, “Specificità dell’interpretazione costituzionale”, en *Analisi e diritto*, 1996, pp. 169ss., donde se muestran particulares problemas relacionados con el modo de concebir la interpretación y la posición de sus intérpretes, pero sobre la base que “la especificidad de la interpretación constitucional no tiene que ver con la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal” (p. 169).

Simplemente no se reviste dicha importancia de ningún ropaje mítico o cuasitrascendente.

En cambio, para la concepción voluntarista la Constitución es la expresión de una suprema voluntad, individual o colectiva, cuyos designios concretos y más allá de la capacidad de expresión de las palabras se constituyen en límite infranqueable de la práctica jurídica en el ordenamiento. Sería voluntad cristalizada en palabras, contenido psicológico que intenta manifestarse hacia el exterior con más o menos acierto, con lo que interpretar sus cláusulas es intentar averiguar dichos contenidos de voluntad a través de las palabras pero sin tener que quedarse en ellas cuando se crea detectar discrepancia entre lo que significan y lo que con ellas se quiso expresar o conseguir.

Por su parte, para la concepción material la Constitución es en su fondo y realidad última un orden objetivo de valores que constituye una prefiguración ideal y permanente de los “mundos jurídicamente posibles”. Una forma habitual de expresar esto mismo, aunque con matices según el autor, es señalando que por debajo de la Constitución formal existe una Constitución material²². En este caso, el legislador constitucional habría sido el mediador a través del que ese orden valorativo de fondo se plasma en un texto, pero la interpretación de ese texto constitucional tiene que ser regresiva, es decir, operar hacia atrás, de las palabras al legislador y de éste a los valores que alimentan y dan sentido a su obra. Obviamente, a estos esquemas se acogen gustosos quienes piensan que por definición hay contenidos jurídicos indisponibles y que la Constitución viene a sancionar tal indisponibilidad. Este planteamiento se puede hacer desde las filas del iusnaturalismo, o desde algún tipo de teoría material de valores, o desde concepciones que vinculan la esencia del Derecho a la ineludible sintonía con la esencia de la nación, el espíritu del pueblo, la integración

22. En términos de Jiménez Campo, “tal «Constitución» -real, material o sustancial- sería, así, expresión inmediata, no elaborada, jurídicamente, del deber ser profundo que mostrarían las estructuras históricas y sociales de la convivencia y por ello, también, el punto de referencia permanente con el que contrastar la efectividad existencial de las disposiciones jurídico-constitucionales” (J. Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, volumen primero, Madrid, Tecnos, 1997, p. 42). No me resisto a citar algunos párrafos críticos de este autor: “La postulación de una juridicidad previa y potencialmente contraria a la racionalizada en la Constitución controvierte (...) los rasgos consustanciales a todo sistema jurídico. Controvierte, ante todo, su objetividad, que no es, sino la exigencia de que el querer del Derecho no sea querer singular, subjetivo, sino voluntad socialmente construida de la colectividad que, a partir de su acto constituyente, no reconoce más decisión vinculante ni más deber de acatamiento, en consecuencia, que el que traiga su razón de ser del orden de competencias constitucionalmente previsto de acuerdo con los procedimientos también configurados (...). Porque los procedimientos constitucionales -y la legitimación que de ellos proviene- no son, aunque lo contrario se haya afirmado enfáticamente, elementos disociados de toda opción de valor (de toda concepción «material» del Derecho, como suele decirse), sino, muy en primera línea, los modos en que, cotidianamente, creando el orden jurídico, se consuma -o fracasa- el reconocimiento de una sociedad en sus instituciones (...). Y quiebra, en fin, de la certeza y seguridad del Derecho, por lo mismo que las tesis que aquí se discuten no pueden ofrecer más garantía de sus conclusiones que el criterio personal del intérprete que invoca y hace aflorar, ante sus conciudadanos, la razón oculta en las orientaciones de las fuerzas políticas prevalentes” (ibid., p. 52-53).

bajo la forma de un Estado cuya realidad antecede a cualquier desarrollo jurídico, al modo de la teoría constitucional de Smend²³, etc. En todas estas configuraciones, las interpretaciones posibles de los enunciados constitucionales vienen acotadas en una doble dirección: no cabe atribuirles cualquier significado posible dentro del marco de su indeterminación, pues hay cosas que la Constitución no puede significar aunque parezca decirlos; y cabe atribuir significados que no estén expresados de modo manifiesto o semánticamente posible en ningún enunciado, pues la Constitución sería lo que dice (o parte de lo que dice), más lo que calla pero está presente en su evidencia última. Según los casos, la axiología o la política (pero siempre la metafísica) reemplazan a la semántica. Lo indeterminado (por ejemplo el “valor superior” justicia) se convierte en determinado, por imperativo material, y lo lingüísticamente determinado puede resultar erróneo y necesitado de corrección por su no correspondencia con la realidad (metafísica). Y los guardianes de la Constitución son guardianes del orden debido, que puede no coincidir con el orden expresamente estipulado. La Constitución, y el ordenamiento positivo todo, se hacen dúctiles en nombre de la firmeza de los valores rígidos.

Nuestra anterior afirmación, que las diferencias de la Constitución como objeto de interpretación son meramente cuantitativas, hace alusión a que los problemas usuales en la interpretación de cualquier enunciado de un texto jurídico se acrecientan cuando se trata de la Constitución²⁴. Esto se debe a que el grado de indeterminación de sus enunciados es en muchas ocasiones, aunque no siempre, en absoluto, más elevado de lo habitual²⁵. Ese mayor grado de indeterminación, con términos y expresiones de elevada vaguedad, con abundantes proclamaciones genéricas de fines y valores, etc., se traduce en un mayor margen de legítima libertad interpretativa y se convierte en la ventaja de una especial aptitud de muchas cláusulas constitucionales para ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas, opiniones y concepciones de lo justo. Es decir, que sin falta de “materializar” la Constitución ya goza ésta de por sí, en sus puros enunciados, de flexibilidad bastante como para poder ponerla al servicio de los fines y valores que se tengan por mejores. El límite estaría sólo en la evidencia de los límites de significado, amplios o amplísimos límites en muchos casos (mucho menos en

23. Sobre Smend, su teoría de la integración y su polémica con Kelsen véase J.A. García Amado, “Estudio preliminar” a H.Kelsen, *El Estado como integración*, Madrid, Tecnos, 1997, trad. de J.A. García Amado.

24. Como dice Scalia, aunque sea desde posturas que no exactamente coinciden con la tesis de fondo que sostenemos, el problema que suscita la interpretación constitucional es peculiar “no porque se apliquen especiales principios interpretativos, sino porque los principios usuales se aplican a un texto inusual” (A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 37).

25. Además, como señala Schauer, muchas cláusulas constitucionales no sólo son ampliamente indeterminadas, sino que tienen también un fuerte componente emotivo (F. Schauer, “An Essay on Constitutional Language”, *UCLA Law Review*, 29, 1982, p. 801).

otros), pero límites al fin y al cabo.

Por supuesto, la interpretación constitucional será en sus resultados dependiente también del modo como se solventa la discusión sobre el valor normativo de sus distintas cláusulas (reglas, principios, directrices, etc.), con lo que una teoría de la interpretación constitucional que se pretenda completa no podrá dejar de pronunciarse sobre esos extremos de teoría general del Derecho y de teoría constitucional. Pero este es ya un tema que desborda los límites de este trabajo.

GUIA DE LECTURA No. 11.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Sobre la interpretación constitucional.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- ü Identificar algunas de las teorías sobre el Derecho y la interpretación jurídica.
- ü Determinar la forma en que cada una de las teorías o concepciones del Derecho concibe el proceso interpretativo constitucional.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuáles son las tres concepciones o teorías básicas que sobre la interpretación identifica el autor?
2. A partir de la lectura del texto, identifique las tesis principales que sostienen las teorías sobre la interpretación jurídica.

TEORÍA INTERPRETATIVA	CONCEPCIÓN DEL DERECHO QUE SOSTIENE	FORMA DE ENTENDER LA INTERPRETACIÓN
Teoría lingüística		
Teoría intencionalista		
Teoría axiológica		

3. Señale las críticas que se le podrían formular a las teorías sobre la interpretación jurídica.

TEORÍA INTERPRETATIVA	CRÍTICAS
Teoría lingüística	
Teoría intencionalista	
Teoría axiológica	

4. Explique ¿Cómo se produce la evolución doctrinal de una “teoría subjetiva” hacia una “teoría objetiva” en la interpretación?.
5. ¿Qué teoría pareciera que está acogida en el Art. 268 de la Constitución respecto de la interpretación del texto constitucional?.
6. Ilustre con una disposición constitucional cómo opera el proceso interpretativo desde las tres concepciones sobre la interpretación.
7. ¿Qué opinión le merece la distinción entre “interpretación de significado” e interpretación de sentido” que realiza el autor?.
8. ¿Qué críticas se le han formulado a la teoría de la interpretación jurídica como “interpretación de significado”?.
9. Identifique el método interpretativo que prioriza cada una de las concepciones sobre la interpretación jurídica.

TEORÍA INTERPRETATIVA	MÉTODO INTERPRETATIVO QUE PRIORIZA
Teoría lingüística	
Teoría intencionalista	
Teoría axiológica	

10. ¿Cuál es la aclaración que formula el autor para que no se le censure de “formalismo ingenuo” la concepción interpretativa que sostiene?.
11. ¿Qué valor considera usted que tienen las disposiciones del Código Civil (Arts. 19 - 24) respecto a la interpretación constitucional?.
12. La inclusión de valores en el Art. 1 de la Constitución ¿Es una buena razón para estimar razonable los criterios de interpretación que propugna la teoría axiológica?.
13. Señale la forma de entender la interpretación constitucional por cada una de las concepciones sobre la interpretación jurídica?.

TEORÍA INTERPRETATIVA	FORMA DE ENTENDER LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Teoría lingüística	
Teoría intencionalista	
Teoría axiológica	

14. ¿Qué diferencia encuentra el autor entre la interpretación constitucional y la interpretación de otros textos legales?. ¿Le parece justificada la diferencia?.

