



DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

COLECCIÓN DIRIGIDA POR:
José Ramón Cossío, Jorge Gaxiola,
Rodolfo Vázquez y Arturo Zaldívar

Juan Carlos Mendonca B.

ABOGADO
Matrícula 1.762

INTERPRETACIÓN
JURÍDICA Y
DECISIÓN JUDICIAL

Rodolfo Vázquez
compilador



1

LA INTERPRETACIÓN: OBJETOS, CONCEPTOS Y TEORÍAS

Riccardo Guastini

1. 'Interpretación'

El vocablo 'interpretación', como en general los vocablos con el mismo sufijo, puede denotar bien una actividad –la actividad interpretativa– bien el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo, "las disposiciones legales sobre la interpretación" son disposiciones que disciplinan la actividad interpretativa; por el contrario, una "interpretación restrictiva" es el resultado de una cierta técnica interpretativa. El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el "significado" del objeto interpretado.

Se puede observar que el verbo 'interpretar' es comúnmente usado en el lenguaje de las ciencias sociales, acompañado de los más variados complementos-objeto, en diversos contextos y con distintos matices de significado. Según el uso corriente, muchas cosas heterogéneas pueden ser objeto de interpretación, y los significados que de vez en vez el vocablo puede asumir parecen depender principalmente del tipo de objeto sobre el que la actividad interpretativa versa. Conviene poner algún ejemplo.

1.1. *Objetos de la interpretación*

- 1) Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, interpretar a veces significa 1.1.) elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones, o a las intenciones del sujeto agente: otras veces significa 1.2.) adscribir un sentido o un valor a la acción considerada. En particular, en el ámbito del discurso jurídico, “interpretar un hecho” (como homicidio intencional, pongamos, en vez de muerte accidental) significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, o bien subsumir ese hecho en una norma, o incluso, calificar ese hecho bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica (por ejemplo la sanción) que esa norma prevé.
- 2) Cuando se habla de interpretar un acontecimiento histórico o social, comúnmente ‘interpretar’ significa conjeturar una relación de causa-efecto entre un cierto hecho (o conjunto de hechos) condicionante y un hecho (o conjunto de hechos) condicionado.
- 3) Cuando se habla de interpretar un texto, ‘interpretar’ significa atribuir sentido y/o significado a un determinado fragmento del lenguaje (vocablos, locuciones, enunciados). Conviene advertir, sin embargo, que a veces no se distingue –como sería oportuno hacerlo– entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del comportamiento humano consistente en producir ese texto (cfr. *supra* punto 1.1.). Naturalmente, la línea de demarcación entre las dos cosas es bastante sutil. No obstante, la distinción conceptual es clara: una cosa es preguntarse por el significado de las palabras, otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor. Por ejemplo, una cosa es preguntarse si el vocablo ‘hombre’ significa, en un contexto determinado, ser humano o bien masculino de la especie humana; otra cuestión es preguntarse si el autor, cuando dice ‘Atención al que haga esto’, entendía una advertencia o una amenaza.

La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como ‘interpretación jurídica’, ‘interpretación del derecho’, ‘interpretación de la ley’, ‘interpretación de los

actos (o documentos) normativos', 'interpretación de normas', y otras similares, el vocablo 'interpretación' denota *grosso modo*: o bien, la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico; o bien el resultado o producto de esa actividad, o sea el significado mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.

Naturalmente, existe una gran variedad de textos jurídicos sujetos a la interpretación: por ejemplo, leyes, reglamentos, contratos, testamentos, sentencias, actos administrativos, entre otros. Ahora bien, en la literatura sobre el tema de la interpretación se dedica gran parte de la atención, comúnmente, a la interpretación de la ley y de las fuentes del derecho en general. En concreto, cuando se habla de interpretación de fuentes del derecho (textos normativos, formulaciones de normas), como casi siempre sucede, 'interpretar' significa clarificar el "contenido" y/o el campo de aplicación de una norma.

Se puede observar lo siguiente: el modo de expresarse normalmente, según el cual la interpretación tiene como objeto *normas*, es correcto a condición de que, en este contexto, por 'norma' se entienda (como a veces se entiende) un *texto* normativo. Pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, si por 'norma' se entiende (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el *significado* que contiene. En tal caso, la norma constituye no el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa.

2. Conceptos de interpretación jurídica

La definición de 'interpretación (jurídica)' que se ha ofrecido líneas arriba en una primera aproximación requiere de alguna precisión, ya que el término en cuestión no es usado por los juristas de forma constante y unívoca.

2.1. Un concepto restringido de interpretación

En sentido estricto, 'interpretación' se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto, se dice,

requiere interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho. Bajo esta acepción, en suma, ‘interpretación’ significa en pocas palabras: decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa.

Este concepto de interpretación se refleja en esa directiva metodológica que se expresa en las máximas “*In claris non fit interpretatio*” e “*Interpretatio cessat in claris*” (entendiendo ‘interpretatio’ en sentido moderno): por lo anterior, no se da ni puede ocurrir interpretación siempre que un texto sea claro y no deje lugar a dudas o controversias. Este modo de utilizar el término en examen se fundamenta sobre una o sobre otra de las dos asunciones siguientes (que constituyen variantes de un mismo modo de ver las cosas).

Primera asunción posible: se debe distinguir entre dos tipos de formulaciones normativas. De un lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es claro y no controvertido. De otro lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es equívoco y despiertan perplejidad. Las formulaciones del segundo tipo, y sólo esas, requieren de interpretación.

Segunda asunción posible: se debe distinguir entre dos tipos de supuestos de hecho. Por una parte, se dan supuestos de hecho a los cuales una determinada norma se aplica de forma pacífica (controversias cuya solución es pacífica). Por otra parte, se dan supuestos de hecho en los cuales la aplicación de una cierta norma es dudosa o controvertida. O bien, en otros términos, dada una cierta norma existen: a) supuestos de hecho que seguramente recaen en su campo de aplicación (así como supuestos de hecho que de forma igualmente segura caen fuera de su campo de aplicación); y b) supuestos de hecho respecto de los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta, discutible o discutida. Los supuestos de hecho del primer inciso dan lugar a casos “claros” o “fáciles”; los del segundo inciso dan lugar a casos “dudosos” o “difíciles”; no se produce interpretación siempre que se resuelve un caso “claro”.

Se agrega que, según este modo de ver las cosas, en las situaciones del primer tipo, la decisión sobre el significado de la formulación normativa en cuestión no requiere una justificación; mientras tanto, en las del segundo tipo, tal decisión exige ser argumentada, o sea sostenida por

razones. Equivale a decir que no se da “verdadera” interpretación sin argumentación: una “interpretación” en favor de la que se necesite aducir argumentos no es una verdadera argumentación.

2.2. *Un concepto amplio de interpretación*

En un sentido amplio, ‘interpretación’ se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Según este modo de utilizar el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación.

Cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si es “claro” u “oscuro”, constituye interpretación. Atribuir a un texto un significado obvio o no controvertido, o bien resolver una controversia “fácil” puede no requerir argumentación. Sin embargo, también un significado obvio y cualquier significado, es el resultado de una variable dependiente de la interpretación. Incluir o excluir un determinado supuesto de hecho del campo de aplicación de una cierta norma, aunque la cuestión sea pacífica, presupone comúnmente una interpretación.

Desde ese punto de vista, se produce interpretación no ya en presencia de casos “difíciles”, sino en presencia de cualquier caso: la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación.

2.2.1. *Interpretación y traducción*

Según este modo de ver, la interpretación es una suerte de traducción. Más precisamente: interpretación y traducción son cogenéricos. Tanto la interpretación como la traducción, de hecho, no son sino reformulaciones de textos.

‘Traducir’ significa reformular un texto en una lengua diversa de aquélla en la que fue formulado. ‘Interpretar’ significa reformular un texto no importa si es en la misma lengua en el que fue formulado (como ocurre casi siempre) o en una lengua diversa. En derecho, la interpretación es típicamente reformulación de los textos normativos de las fuentes. Como la traducción, consiste en la producción de un enunciado en una determinada lengua, que el traductor asume como sinó-

nimo de un enunciado diverso pero en otra lengua; así, en la interpretación jurídica el intérprete produce un enunciado, que pertenece a su lenguaje, que él asume como sinónimo de otro enunciado diverso, perteneciente al lenguaje de las fuentes.

Tal como el texto traducido debe ser cuidadosamente distinguido de su traducción, así el lenguaje del texto interpretado debe ser cuidadosamente distinguido del lenguaje del intérprete (incluso si la autoridad legislativa y los intérpretes se expresan en la misma lengua natural).

Y es por esta razón por la que es altamente inoportuno designar indiferentemente con el mismo nombre de ‘norma’ tanto al texto interpretado (la disposición, como se suele decir), como al resultado de la interpretación (el significado adscrito al texto).

2.3. Posturas doctrinales bajo los dos conceptos de interpretación

Se puede comprender fácilmente que adoptar uno u otro de estos dos primeros conceptos de ‘interpretación’ comporta ofrecer diversas representaciones de las actividades intelectuales de los juristas (en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia).

En particular, quien adopta el primer concepto de interpretación fatalmente estará inducido a dejar de lado el componente volitivo o decisorio de las operaciones doctrinales y jurisprudenciales. Este modo de ver las cosas, de hecho, asume que existen fuentes “claras” (de significado pacífico) y fuentes “oscuras” (de significado dudoso). Este mismo modo de ver, además, sugiere que sólo la atribución de significado a una fuente “oscura” requiere valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente “clara” sería una actividad cognoscitiva, consistente en descubrir un significado preexistente en un cierto texto, y no en decidir qué significado (de entre los muchos posibles) convenga a ese texto determinado. Se sobreentiende que la atribución de significado a un texto “claro” es una cuestión susceptible de ser verdadera o falsa.

Generalmente, aunque no necesariamente, este modo de pensar se conecta a, y depende de, la opinión falaz según la cual las palabras (y los textos legislativos son siempre formulados en palabras) tienen un significado intrínseco o “propio”. Es decir, un significado independiente de los diversos modos de usar y de entender las mismas palabras,

preconstituido a los modos de usarlas y entenderlas. Según esta perspectiva, cada palabra “tiene” su significado: no son los hombres quienes le “dan” un significado (de vez en vez, uno con preferencia de otro).

Diversamente, quien adopta el segundo concepto de interpretación comúnmente quiere poner en evidencia que atribuir un significado a un texto siempre requiere de valoraciones, elecciones y decisiones. En ningún caso la interpretación, así entendida, puede ser representada como una actividad cognoscitiva. Y esto por la buena razón de que no existe algo así como el “significado propio” de las palabras: las palabras tienen sólo el significado que les viene atribuido por quien las utiliza y/o por quien las interpreta. Por tanto, el significado es mutable, y cada decisión interpretativa es siempre, si bien en distinta medida, arbitraria.

Se podría añadir que la misma distinción entre textos “claros” y textos “oscuros” es discutible. En el sentido de que claridad y oscuridad, bien visto, no son cualidades intrínsecas de un texto, precedentes a la interpretación: son, ellas mismas, fruto de la interpretación, entendida en un sentido amplio como adscripción de un significado a un texto. Esto es así por dos razones. Antes que nada, porque sólo después de haber interpretado un texto se podrá decir si es claro u oscuro. Por otra parte, sobre todo porque sobre la misma claridad u oscuridad del texto puede existir controversia: un texto puede resultar claro para alguno y oscuro para otros. Entonces, la claridad, más que excluir toda controversia, puede también ella ser objeto de controversia. Adicionando el argumento, se puede decir que un texto es claro sólo si, y en el sentido de que, sobre su significado los intérpretes concuerden. Pero esto quiere decir, apunto, que la supuesta claridad no es una propiedad del texto, sino el fruto de una decisión interpretativa (o de más decisiones interpretativas concordes).

En fin, importa subrayar que todos los que adoptan el primer concepto de interpretación, comúnmente, tienden a identificar textos legislativos y normas: todo texto o fragmento de texto expresa una norma. Tal norma puede ser, según los casos, clara y precisa u oscura y vaga, pero siempre es una norma preexistente a la actividad interpretativa. La interpretación tiene como objeto normas.

Por el contrario, quienes adoptan el segundo concepto de interpretación se inclinan a distinguir netamente entre textos legislativos y normas:

las normas (piensan) son el significado de los textos. La interpretación tiene como objeto no ya normas, sino textos. Interpretar es decidir el significado de un texto legislativo. Por tanto, interpretar es producir una norma. Por definición, las normas son producidas por los intérpretes.

2.4. Otros conceptos de interpretación

- a) En un sentido muy amplio, ‘interpretación’ es a veces utilizado para referirse genéricamente al conjunto de trabajos de los juristas, el cual incluye –junto a la interpretación propiamente dicha, en uno y otro de los sentidos ya enumerados– también otras operaciones, como por ejemplo: la identificación de las fuentes del derecho válidas y la llamada “sistematización” del derecho, o construcción en sistema de las normas jurídicas. A su vez, la sistematización del derecho abarca una serie de operaciones distintas, como la integración del derecho (en el caso de las lagunas), la solución de antinomias y la exposición “sistemática” (es decir, coordinada) de la disciplina jurídica de una determinada materia.
- b) En algunos contextos, ‘interpretación’ se utiliza para denotar un tratamiento de los textos jurídicos (percibido como) incorrecto, o manipulatorio. En tales contextos ‘interpretar’ significa *grosso modo* eludir una norma. En otras palabras, el término es usado a veces para sugerir que una cierta formulación normativa no es entendida o aplicada según su significado “natural”, sino que es alterada o falseada, para así evitarla y evitar las consecuencias.

En contextos semejantes, el uso del término ‘interpretación’ se conecta al primero de sus significados (adscripción de significado en situaciones de duda). La asunción subyacente, de hecho, es que un texto “claro” no requiere interpretación, y que la interpretación constituye una falsificación del significado “propio” (obvio, indiscutible) de las palabras. Este uso del término está implícito en la opinión (difundida entre nuestros especialistas) según la cual, cuando la ley es clara, es inútil, incluso dañoso, interpretarla.

- c) En fin, ocasionalmente, y de forma completamente inoportuna, ‘interpretación’ a veces es usado como sinónimo de ‘aplicación’. Esto

sucede cuando se refieren en particular a la interpretación judicial. Conviene subrayar, sin embargo, que en el uso prevalente el término ‘aplicación’ tiene un sentido diverso.

2.4.1. *Interpretación vs aplicación*

En primer lugar, mientras el verbo ‘interpretar’ concierne a cualquier sujeto (ya que cualquiera puede realizar una actividad interpretativa), el verbo ‘aplicar’ concierne sólo a aquellos sujetos que se desempeñan en órganos llamados precisamente de aplicación: principalmente jueces y funcionarios administrativos. Se puede decir de un jurista, o de un ciudadano común, que “interpreta” el derecho: pero no sería apropiado decir que un jurista, o un particular, “aplica” el derecho.

En segundo lugar, interpretación y aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes: hablando correctamente, la interpretación tiene como objeto (no ya normas, como se usa decir, sino más bien) textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos). Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone (o la incluye como una parte constitutiva).

En tercer lugar, el término ‘aplicación’, especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación propiamente dicha: ya sea la calificación de un supuesto de hecho concreto (“Tizio ha cometido tal delito”), ya sea la decisión de una específica controversia (“Tizio debe ser castigado con tal pena”).

3. Los enunciados interpretativos

La interpretación constituye, en rigor, una actividad mental: una actividad del “espíritu”, como suele decirse. Pero, considerada como actividad mental, la interpretación no sería susceptible de análisis lógico: a lo más podría ser sometida a indagación psicológica. Queriendo sin embargo someter la interpretación a una indagación lógica, conviene concebirla no ya como una actividad mental, sino más bien como una actividad discursiva; o, si se quiere, conviene examinar no la actividad

interpretativa en cuanto tal, sino su producto literario (ya se trate de un trabajo de doctrina, una provisión jurisdiccional, u otro). Desde este punto de vista, la interpretación toma relieve en cuanto expresión discursiva de una actividad intelectual: la interpretación es el discurso del intérprete.

Ahora bien, el discurso del intérprete está constituido, por un lado, por enunciados que adscriben significado al discurso de las fuentes; por otro lado, por enunciados que constituyen argumentos para justificar la interpretación preescogida.

Podemos llamar ‘enunciados interpretativos’ a los enunciados que adscriben significado a un texto normativo. La forma estándar de tales enunciados es la siguiente: “‘T’ significa S”. En esta fórmula, la variable T es un texto del discurso de las fuentes; la variable S es el sentido o significado adscrito a ese texto por el intérprete. En la fórmula, la variable T está puesta entre comillas por la obvia razón de que, dentro del enunciado interpretativo, o sea dentro del discurso del intérprete, constituye una cita textual del discurso de las fuentes.

Podemos llamar ‘disposición’ a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho y reservar el nombre de ‘norma’ para designar el contenido de sentido de la disposición, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación.

En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa y la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete: es un enunciado del lenguaje de los intérpretes. La distinción, como se ha dicho, es consecuencia necesaria del hecho de que entre las disposiciones y las normas no se da una correspondencia biunívoca.

3.1 *Dos usos de los enunciados interpretativos*

En el lenguaje común, sucede que los enunciados interpretativos son utilizados en dos modos (en dos sentidos) radicalmente diversos.

- a) De un lado, un enunciado interpretativo puede ser usado para *interpretar* en sentido estricto, o sea para adscribir significado a un texto normativo.

- b) De otro lado, un enunciado interpretativo puede ser usado para *referirse a una interpretación* (de otros), o sea para transmitir una información en torno al significado (dado por alguien) adscrito al texto en cuestión.

En un caso, tenemos que ver con un discurso *interpretativo* (es decir, el discurso de quien adscribe, atribuye o confiere significado a un texto). En otro caso, tenemos que ver con un discurso *descriptivo de interpretaciones* (el discurso de quien destaca o refiere que, de hecho, un texto ha sido interpretado de un cierto modo por parte de alguien).

Entre los dos tipos de discurso existe la misma diferencia que distingue a las definiciones lexicales de las estipulativas. Por “definición” se entiende la clarificación del significado de un vocablo (o de una locución) mediante (otras) palabras. Se llama lexical la definición de quien describe el modo en el que el vocablo en cuestión es utilizado por alguien. Se llama estipulativa la definición de quien propone que ese vocablo sea utilizado en un cierto modo. Podemos decir: quien ofrece una definición estipulativa define en sentido estricto; quien ofrece una definición lexical no hace más que referir –a nivel de metalenguaje– las definiciones estipulativas de otros.

Esta distinción, bien entendida, se encuentra del todo enraizada con el hecho de que el significado del que se habla sea pacífico o controvertido. Es irrelevante, en suma, que se incluya en el campo de aplicación de un texto normativo un caso “claro” o un caso “dudoso”. El intérprete que atribuya a un texto normativo un significado –por más obvio y pacífico que pueda ser ese significado– pronuncia un discurso interpretativo, y no descriptivo de interpretaciones (de otros). Por el contrario, el sociólogo empírico del derecho que se refiera a que a un cierto texto se ha atribuido un determinado significado –por más extravagante y controvertido que pueda ser ese significado– pronuncia un discurso no interpretativo, sino sólo descriptivo de interpretaciones (de otros).

Quien describe las interpretaciones de otros, cualquiera que sean estas interpretaciones, cumple un acto lingüístico descriptivo: a los enunciados del discurso descriptivo se asignan los valores de verdadero y falso. Por el contrario, quien interpreta un texto –de cualquier modo que lo interprete– lleva a cabo un acto del lenguaje del todo diferente: el

acto lingüístico llamado ‘interpretación’. A los enunciados del discurso interpretativo –a menos que se imagine que las palabras incorporan un significado “propio”– no pueden asignarse los valores de veracidad.

4. Teorías de la interpretación jurídica

Tres diversas teorías (o más bien: familias de teorías) de la interpretación se confrontan en la literatura jurídica moderna: una teoría “cognitiva” (o formalista), una teoría “escéptica” y una teoría intermedia entre las dos precedentes.

En este contexto, el vocablo ‘teoría’ se refiere a un discurso en torno a lo que la interpretación *es*: otra cosa son las doctrinas en torno a lo que la interpretación *debe ser* (o sea, en torno a los métodos que los intérpretes deben adoptar, a los objetivos que deben perseguir y demás).

Todas las teorías (o familias de teorías) en examen pueden ser representadas como un particular modo de entender los enunciados interpretativos, o sea los enunciados de la forma estándar: “El texto ‘T’ significa S”. Además, todas estas teorías implican una distinta concepción de la discrecionalidad judicial.

4.1 *La teoría cognitiva de la interpretación*

La teoría cognitiva –o, más comúnmente, “formalista”– de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores (típicamente: la autoridad legislativa). Esto equivale a decir que los enunciados de los intérpretes (“El texto ‘T’ significa S”) son enunciados del discurso descriptivo, o sea, enunciados de los cuales se puede comprobar la veracidad o falsedad.

Este modo de ver se funda sobre asunciones falaces. O sobre la creencia de que las palabras incorporan un significado “propio”, intrínseco, dependiente no del uso de las palabras mismas, sino de la relación “natural” entre palabra y realidad. O sobre la creencia de que las autoridades normativas (que comúnmente, en el mundo moderno, son órganos colegiados y, por eso mismo, internamente conflictivos) tienen una “voluntad” unívoca y reconocible como los individuos. Se entiende, en con-

secuencia, que el objetivo de la interpretación es simplemente “descubrir” este significado objetivo o esta voluntad subjetiva, preexistentes. Se entiende, además, que todo texto normativo admite una, y sólo una, interpretación “verdadera”.

Usualmente, también, la teoría cognitiva de la interpretación se acompaña de la opinión de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que toda controversia cae siempre sobre el dominio de una, y sólo una, norma preconstituida.

Del carácter cognoscitivo de la interpretación y de la necesaria plenitud y coherencia del derecho se sigue que no hay espacio alguno para la discrecionalidad judicial: las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes. A pesar de cualquier superficial indicio en contrario, los jueces de hecho aplican sólo el derecho que encuentran ya hecho, y no crean nada nuevo.

Evidentemente, la teoría cognitiva de la interpretación está estrechamente conectada con la doctrina de la separación de poderes, con el principio de sujeción del juez a la ley (principio de legalidad en la jurisdicción), y con el “mito” de la certeza del derecho. Esta teoría, difundida en la dogmática iuspositivista del siglo XIX, está hoy muy desacreditada a los ojos de cualquier jurista advertido. Aun así, sigue presente en el pensamiento jurídico común y en el estilo argumentativo (motivatorio) de las cortes de justicia. Además, algunos modos de ver ligados a la teoría cognitiva de la interpretación sobreviven, disfrazadamente, en la filosofía jurídica contemporánea: por ejemplo, en la tesis según la cual toda cuestión jurídica admite una y sólo una “respuesta correcta”.

4.2. La teoría escéptica de la interpretación

La teoría escéptica de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado “propio” de las palabras, ya que toda palabra puede tener, o el significado que le ha incorporado el emisor, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada.

Todo texto, según esta teoría puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las diversas posturas valorativas de los intérpretes. Además, en los sistemas jurídicos modernos no existen legisladores individuales cuya voluntad se pueda averiguar con métodos empíricos; y por otro lado, no existe algo así como una "voluntad colectiva" de los órganos colegiados.

De lo anterior se sigue que los enunciados interpretativos ("El texto "T" significa S") no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda de las definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una cierta expresión, sino que proponen conferir a ese término o a esa expresión un significado con preferencia sobre otro. Que las estipulaciones no son ni verdaderas ni falsas es algo que está fuera de discusión.

Se entiende que, desde este punto de vista, las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado. Comúnmente, a este modo de ver se acompaña la opinión de que los sistemas jurídicos no son necesariamente, y que de hecho no lo son nunca, ni completos ni coherentes. Frente a una laguna o una antinomia, los jueces crean derecho nuevo, tal como los legisladores. Por tanto, no se puede trazar una línea clara de demarcación entre Poder Judicial y Poder Legislativo.

La teoría escéptica es sostenida, en la literatura contemporánea, especialmente por las corrientes del llamado "realismo jurídico" (americano, escandinavo, italiano). Tal teoría evidentemente descuida los vínculos y los límites objetivos, a los cuales las elecciones de los intérpretes están fatalmente sujetas. Tales vínculos dependen de la circunstancia de que, en todo ambiente cultural determinado, los usos lingüísticos corrientes admiten una gama, si se quiere vasta, comúnmente limitada de posibles significados para toda expresión dada. Las atribuciones de significado que no caigan dentro de esta gama son difícilmente sostenibles, sujetas a crítica, probablemente destinadas al fracaso. Y es obvio que tras las habituaciones lingüísticas difundidas van incluidas, si es que existen, las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo. Es por otra parte obvio que son escasamente practicables todas aquellas interpretaciones en las que el intérprete no pueda argumentar (o motivar) de modo convincente según los estándares de racionalidad acogidos en su ambiente cultural.

4.3. *Una teoría intermedia*

La tercera teoría de la interpretación, intermedia entre las precedentes (si se quiere: un tentativo de conciliación entre las precedentes), sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y a veces una actividad de decisión discrecional.

Esta teoría subraya la irreducible “textura abierta” (es decir, la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales. Como puede ser difícil establecer si un sujeto es o no “calvo” o “joven” (¿cuántos cabellos hay que perder para convertirse en calvo?; ¿cuántos años hay que tener para ya no ser joven?), también puede ser difícil establecer si una determinada controversia recae o no bajo el dominio de una cierta norma. En el seno del significado de todo texto normativo se puede distinguir un “núcleo esencial” luminoso y, en torno suyo, una indefinida “zona de penumbra”.

De ahí se sigue que, para toda norma, existen casos “fáciles”, que seguramente recaen en su campo de aplicación, como también casos marginales, “difíciles”, respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que esos casos caen en la “zona de penumbra”. O bien, los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos de “penumbra”, ya que en esos casos la decisión de la controversia requiere de una elección entre al menos dos soluciones alternativas. Es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad (como quisiera la teoría cognitiva); pero es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y de cualquier modo (como quisiera la teoría escéptica).

Notoriamente, este modo de ver está conectado a uno de los significados del término ‘interpretación’ ya examinado: interpretación como atribución de significado en situaciones de duda.

Según la teoría en examen, se puede distinguir entre “descubrir” el significado de un texto normativo, y “adscribir” significado a un texto normativo. El intérprete decide el significado de un texto –adscribe un

significado a ese texto— cuando se mueve en el área de penumbra, es decir, cuando resuelve un caso dudoso. Por el contrario, el intérprete se limita a describir, o descubrir, el significado de un texto siempre que resuelve un caso claro. Por tanto, se pueden distinguir dos tipos de enunciados interpretativos, según el significado que de vez en vez se le atribuya a un cierto texto normativo. Cuando el significado atribuido recae en el ámbito del “núcleo esencial”, el enunciado interpretativo es verdadero, siendo el resultado de una simple verificación del significado preexistente aceptado. Por el contrario, cuando el significado atribuido recae en el área de “penumbra”, el enunciado interpretativo no es verdadero o falso, porque es el resultado de una decisión discrecional.

Esta teoría manifiestamente asume que la distinción entre casos fáciles (que caen en el “núcleo esencial”) y casos difíciles (que caen en la “penumbra”) es una distinción objetiva, no fruto a su vez de decisiones interpretativas. Se puede sostener, sin embargo, que los intérpretes (en particular, los jueces) usan la discrecionalidad no solamente al decidir la solución de controversias que caen en la “zona de penumbra”, sino también al decidir si una controversia cae, o no, en el “núcleo” luminoso; que, en suma, son fruto de decisiones interpretativas los mismos, inciertos, confines entre “núcleo” y “penumbra”, que la “penumbra” misma es el resultado de la discrecionalidad de los intérpretes.

4.4. *Variiedad de “juegos interpretativos”*

Las tres teorías (o familias de teorías) mencionadas parecen descuidar la posibilidad de que exista, por así decirlo, una multiplicidad de “juegos interpretativos”, cada uno regido por reglas diversas.

En particular, la teoría cognitiva (como también la teoría intermedia) abiertamente asume el punto de vista del juez “fiel a la ley”, mientras que la teoría escéptica hace suyo el punto de vista del abogado o del consultor legal, “fiel” no a la ley sino a los intereses del cliente. Pero es lícito preguntarse si estas dos categorías de sujetos, al interpretar los textos normativos, juegan el mismo juego. Y, si es que la respuesta es negativa, si es posible y sensata una teoría “general” de la interpretación, que pretenda abarcar actividades interpretativas tan heterogéneas (en tanto tienen diversos fines).

Evidentemente, cuestiones del tipo “¿cuál es el ‘verdadero’ significado de esta ley?”; “¿cuál es la ‘verdadera’ intención de legislador?”, y otras similares, pueden surgir sólo en el ámbito de ese particular juego interpretativo que es jugado por un juez fiel, legalitario, devoto a la observación y aplicación de la ley (de la ley en cuanto tal, cualquiera que pueda ser en concreto su contenido normativo)

Los abogados, sin embargo, tienen una postura distinta al enfrentarse a la ley: ellos no dan por descontado alguna obligación (moral), propia y de sus clientes, de obedecer la ley en cuanto tal. De hecho, ellos juegan un juego interpretativo bien distinto: no se preguntan cuál es el “verdadero” significado de la ley, o cuál sería la “verdadera” intención del legislador. Se preguntan: ¿cómo puedo yo interpretar o manipular las formulaciones normativas existentes en vista de los objetivos de mi cliente?

5. Variedad de intérpretes

En el sistema jurídico vigente la actividad interpretativa es ejercida prevalentemente, aunque no exclusivamente, por algunos operadores típicos. En correspondencia con las diversas figuras de los intérpretes, se suele distinguir entre interpretación auténtica, oficial, judicial y doctrinal.

- a) Por interpretación auténtica se entiende: en un sentido amplio, la interpretación realizada por el autor mismo del documento interpretado (sin referencia alguna a la identidad del autor y a la naturaleza del documento); en sentido estricto y por antonomasia, es la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante otra ley sucesiva (llamada ley interpretativa o ley de interpretación auténtica).
- b) Por interpretación oficial se entiende la interpretación realizada por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones.
- c) Por interpretación judicial (o jurisprudencial) se entiende la interpretación realizada por un órgano jurisdiccional.
- d) Por interpretación doctrinal se entiende la interpretación realizada por los juristas: sobre todo por los profesores de derecho en obras académicas.

Conviene decir algunas palabras para poner en evidencia algunos trazos distintivos entre la interpretación judicial y la interpretación doctrinal.

5.1. Interpretación doctrinal e interpretación judicial

- a) En primer lugar, la interpretación doctrinal y la judicial se distinguen –digámoslo así– por su “fuerza”.

La interpretación doctrinal de una determinada disposición, de hecho, puede ser entendida como una “recomendación”, dirigida a los jueces, para atribuir a una disposición un determinado significado (propuesta “de *sententia ferenda*”). En los sistemas jurídicos modernos, los juristas no están jurídicamente habilitados para “decidir” el significado de los textos normativos: pueden hacer solamente sugerencias o propuestas. Sus propuestas interpretativas pueden, de hecho, ejercer influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales (como pueden también no ejercerla), pero comúnmente no tienen efectos jurídicos. Es por esta razón que, según un cierto modo de ver, los juristas deberían limitarse a enunciar los posibles significados de los textos normativos, sin preescoger alguno.

La interpretación judicial de una determinada disposición, por el contrario, puede ser entendida como “decisión” en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces son obviamente productivas de efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto decidido.

- b) En segundo lugar, la aproximación a la interpretación que es propia del jurista, es distinta de la que es propia de los jueces.

La interpretación doctrinal puede ser caracterizada como una interpretación “orientada a los textos”. Con esto se quiere decir que, comúnmente, los juristas se preguntan –o eso se supone– sobre el significado de los textos normativos “en abstracto”, es decir, sin preocuparse de la solución de una específica controversia.

La interpretación judicial, por el contrario, puede ser caracterizada como una interpretación “orientada a los hechos”, en el sentido de

que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. Los jueces, en suma, no se preguntan cual es el significado de un texto normativo "en abstracto", sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta norma.

Dicho en otros términos: el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación del derecho requiere, juntas: a) la interpretación de las fuentes, y b) la calificación del supuesto de hecho. A su vez, la calificación del supuesto de hecho presupone c) la verificación de los hechos de la causa.

Bibliografía

Textos fundamentales sobre la noción de interpretación son los siguientes: G. Tarello, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, especialmente pp. 389 y ss., y 403 y ss.; del mismo autor, *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, caps. I y II. Cfr. también S. Castignone/ R. Guastini/ G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Genova, 1979, parte II.

Sobre los orígenes de la doctrina formalista de la interpretación: G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. (I) Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, II edic., Turin. 1979, cap. VI (hay trad. al castellano de Andrea Greppi y Rafael de Asís, Madrid, 1993). Un ejemplo de doctrina formalista puede verse en S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, reimpr., 1953, pp. 119 y ss. Sobre la doctrina realista de la interpretación, Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milán, 1962. Cfr. también P. Chiassoni, "Análisis económica del derecho, formularismo, realismo", en P. Comanducci/ R. Guastini (eds.), *Análisis e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turin, 1990.

Una teoría "intermedia" entre realismo y formalismo es sostenida, por ejemplo, por: H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford, 1961, hay trad. al castellano de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963; G. Carrió, *Sull' interpretazione giuridica* (1965), en P. Comanducci/ R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Turin, 1989; G. R. Carrió, *Notas sobre*

Sobre el derecho y la justicia

Alf Ross



EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES

yen una fuente importante e independiente al lado del derecho legislado.²¹

c) La escuela romántica o histórica del derecho (par. LVI y LXXXI) creyó hallar la fuente fundamental de la fuerza obligatoria del derecho no en una voluntad soberana ni en principios racionales abstractos, sino en la conciencia jurídica popular revelada en la historia y en la vida de una nación. La costumbre —como espejo del espíritu popular— es, en consecuencia, la fuente suprema del derecho. La legislación es posible no como un acto arbitrario de la voluntad soberana sino únicamente como un intento de conceptualizar la conciencia jurídica del espíritu popular.

²¹ Como ejemplo típico, puede citarse la teoría de las fuentes de Géný; sobre el particular véase ALF ROSS, *ibid.*, cap. III, 5-7.

CAPÍTULO IV

EL MÉTODO JURÍDICO (INTERPRETACIÓN)

XXIII DOCTRINA Y TEORÍA DEL MÉTODO

En el capítulo II se explicó cómo las proposiciones doctrinarias que aluden al derecho vigente según la fórmula

A = D es derecho vigente

pueden ser interpretadas como predicciones en el sentido de que bajo condiciones determinadas los tribunales tomarán a D como base para sus sentencias. En el capítulo III se intentó explicar el papel que desempeña la ideología de las fuentes del derecho en relación con tales predicciones.

La doctrina no se limita, empero, a proposiciones que responden a aquella fórmula. Entre otras contiene, por ejemplo, proposiciones referentes a la interpretación de D, esto es, de aquellas normas que son consideradas derecho vigente. Tales enunciados interpretativos, podemos decir en forma provisional, están dirigidos a determinar el significado de la directiva, indicando más específicamente bajo qué circunstancias ha de ser aplicada, y en tal caso cómo ha de conducirse el juez. El artículo 67 de la Constitución dinamarquesa, por ejemplo, garantiza a los ciudadanos la libertad religiosa. Si se sostiene que la palabra "ciudadano" ha de interpretarse aquí en el sentido de que incluye tanto a los nacionales de Dinamarca como a los que no lo son, ello significa que al aplicar el artículo 67 el juez no debe asignar importancia alguna a la nacionalidad de la persona que invoca el derecho a profesar su culto.

Debemos examinar ahora si esos enunciados, referentes a la interpretación, pueden ser considerados como aserciones sobre lo que es "interpretación vigente", análogas a aserciones acerca de lo que es "derecho vigente". Si éste es el caso, entonces también estos enun-

ciados, de acuerdo con su contenido real, han de ser entendidos como predicciones. Esto es, predicciones en el sentido de que tal interpretación recibirá la adhesión de los tribunales cuando la regla en cuestión sea adoptada como base para la decisión de un caso jurídico específico.

Una predicción de este tipo puede apoyarse en precedentes. En ese caso el pronunciamiento referente a la interpretación puede ser equiparado a pronunciamientos sobre el derecho vigente.

Quando los precedentes no proporcionan un criterio dotado de autoridad, hay que preguntarse si mediante el estudio de la práctica de los tribunales pueden descubrirse ciertos principios —una cierta ideología— que de hecho guía a aquéllos en su aplicación de las reglas generales a los casos específicos. Si esto es posible, entonces también lo es considerar a las proposiciones doctrinarias sobre la interpretación como aserciones acerca de la “interpretación vigente”. Esto es, predicciones que nos dicen cómo será aplicada la regla por los tribunales. En la medida, empero, en que la interpretación no pretende estar basada en principios de interpretación “vigentes”, ella es política jurídica y no ciencia del derecho.

Tenemos que analizar, por lo tanto, la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular. Esta actividad es denominada “método jurídico” o, en el caso de la aplicación de derecho formulado (derecho legislado en sentido amplio), “interpretación”.

Podríamos adelantar que no es posible enunciar una ideología del método con la misma precisión que una ideología de las fuentes del derecho, particularmente en lo que atañe a la interpretación del derecho legislado. No pueden darse reglas fijas. Lo más que puede alcanzarse es, digamos, un estilo de método o estilo de interpretación. Por ello el grado de certeza de las aserciones concernientes a la interpretación vigente es muy bajo. Siendo así las cosas, como se señaló en el parágrafo IX, los pronunciamientos teóricos referentes al derecho vigente se confunden con directivas de política jurídica. Por lo tanto es comprensible que muchos juristas no atribuyan a su interpretación el carácter de enunciados teóricos sobre cómo aplicará el juez el derecho, sino de consejos e instrucciones al juez sobre la forma cómo debe hacerlo. Es indudable, sin embargo, que incluso un jurista cuya intención es político-jurídica se deja guiar, consciente o inconscientemente, por el estilo o espíritu del método que en los hechos es “vigente” en los tribunales. Si no lo hace, sus interpretaciones no tienen posibilidad de ser atendidas por éstos. Por otra parte, mientras más inspirada esté su interpretación política por el mismo espíritu y estilo que anima el método de los tribunales, mayor será la probabilidad de que éstos sean permeables a la influencia de aquellos consejos. La interpretación del jurista se tor-

nará "verdadera", y, no obstante su intención en contrario, ella también podrá ser considerada como una predicción acerca de la forma en que los tribunales aplicarán efectivamente el derecho. En la interpretación del derecho vigente se demuestra con la máxima claridad que la ciencia jurídica y la política jurídica no pueden, en último análisis, ser separadas.

Al igual que la doctrina de las fuentes del derecho, una doctrina del método que se proponga servir como guía de la interpretación, tiene que referirse a la manera como se comportan de hecho los tribunales en la aplicación del derecho vigente a situaciones específicas. La doctrina del método debe ser descriptiva, no normativa (descriptiva de normas, no expresiva de éstas). Por supuesto, nada impide que, partiendo de algunos axiomas presupuestos, se establezcan directivas acerca de cómo deben proceder los tribunales en la aplicación práctica del derecho. Pero tal doctrina normativa del método sería el bosquejo de un estado diferente del derecho, sin valor como guía para la interpretación doctrinaria o para los cálculos del jurista práctico sobre la manera como será resuelta por los tribunales una determinada controversia jurídica.

El estudio del método, tal como el de las fuentes del derecho, tiene que ser dividido en una parte doctrinaria y una teoría general. La primera investiga el método seguido por los tribunales en un orden jurídico específico, y constituye una parte de la ciencia del derecho. No hay un método universal, como no hay una ideología universal de las fuentes del derecho. La tarea de la teoría general del método solo puede consistir en 1) explicar ciertas presuposiciones fácticas de los problemas de los métodos, y 2) subsumir y caracterizar dentro de una tipología general varios estilos de método e interpretación que de hecho se dan.

Las ideologías de las fuentes del derecho y del método están estrechamente conectadas, y por esta razón resulta claro que el estudio doctrinario del método tiene que asumir un carácter diferente en los diversos sistemas. Los problemas del método tienen que asumir una forma diferente, por ejemplo, en un sistema como el inglés, donde los precedentes son la fuente predominante del derecho, comparado con un sistema donde la legislación es la fuente principal.

En el primer sistema el juez no se encuentra con una formulación revestida de la autoridad de una regla general de derecho. El problema del método, por lo tanto, es cómo derivar una regla general de los precedentes existentes, y aplicarla al caso a decidir. La situación se complica por el hecho de que la regla general a menudo cambia en el curso de este desarrollo de un caso a otro. Que haya continuidad o cambio depende de que el juez, al considerar las semejanzas y las diferencias entre el caso presente y el precedente, entienda que los hechos relevantes pueden ser clasificados bajo los

mismos conceptos presupuestos en el precedente, o bien decida que es menester introducir una distinción con la ayuda de otros conceptos. En el último caso la regla general ha adquirido un contenido diferente. Al comienzo de una línea de precedentes la regla general presupuesta tendrá a menudo un contenido muy poco definido. No ha cristalizado aún una "doctrina". Por ello la tarea que el juez tiene ante sí no consiste tanto en aplicar una regla general a un caso específico, como en decidir si el caso difiere del precedente de manera tal que hay fundamentos para arribar a una decisión distinta. El "razonamiento jurídico" (método jurídico) en un sistema como éste es "razonamiento por vía de ejemplos", y la técnica de argumentación que este método requiere se dirige a mostrar los parecidos y diferencias que exhiben los casos, y a sostener que las diferencias son o no relevantes.¹

En el segundo sistema, en el que la legislación es la fuente predominante del derecho, el método tiene el carácter de interpretación de un texto dotado de autoridad. La atención se concentra aquí en la relación existente entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. La técnica de argumentación requerida por este método se dirige a descubrir el significado de la ley y a sostener que los hechos dados están comprendidos o no por el mismo.

Esta última es la forma típica que asumen los problemas del método en los sistemas jurídicos de Europa continental. La contribución a una teoría general del método contenida en este capítulo está limitada a la interpretación del derecho legislado (en sentido amplio).

XXIV EL FUNDAMENTO SEMÁNTICO²

Toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una fórmula lingüística escrita. Si las líneas y puntos

¹ Ver el excelente estudio hecho por Edward H. Levi en *An Introduction to Legal Reasoning*, 1949.

² En años recientes hemos asistido al desarrollo de la "semántica general", que se ocupa del lenguaje como medio de expresión y comunicación, su importancia respecto de la acción y la comprensión, el papel de las palabras como símbolos y su valor emotivo, y otros problemas conexos. Se ha formado una abundante literatura sobre el tema. Como introducción popular puede recomendarse S. I. HAYAKAWA, *Language in Thought and Action*, 1949. Entre las obras más conocidas pueden mencionarse también: C. K. OGDEN e I. A. RICHARDS, *The Meaning of Meaning*, 8ª ed., 1946; C. MORRIS, *Signs, Language and Behavior*, 1946; A. KORZYBSKI, *Science and Sanity*, 2ª ed., 1941; M. BLACK, *Language and Philosophy*, 1949; C. L. STEVENSON, *Ethics and Language*, 1945; ARNE NAESS, *Interpretation and Preciseness*, I-V, 1947-1951; STEPHEN ULLMAN, *Words and their Use*, 1951.

negros que constituyen el aspecto físico del texto de la ley son capaces de influir sobre el juez, esto es así, evidentemente, en razón de que ellos poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Ese significado es atribuido a lo impreso por la persona que mediante la facultad de la visión tiene experiencia de dichos caracteres. La función de éstos es la de ciertos símbolos, es decir, ellos "designan" o "apuntan a" algo distinto de sí mismos.

Hay muchas cosas que tienen una función simbólica entre las personas de un grupo determinado. Ciertos emblemas usados por un oficial indican su rango; un distintivo en la solapa acredita que quien lo usa pertenece a una cierta asociación; la hoz y el martillo son el símbolo de una convicción política; los químicos se han puesto de acuerdo en que H significa hidrógeno, O, oxígeno, etc. Los carteros, los militares, los policías, los *boy scouts*, los sacerdotes, los reyes y muchas otra personas usan vestimentas o condecoraciones que simbolizan su ocupación, dignidad o rango. Por todas partes, tanto en las comunidades primitivas como en las más civilizadas, nos encontramos con símbolos de los tipos más diversos.

Es posible formular una distinción entre signos y símbolos. La humedad de la tierra es un signo de que ha llovido recientemente, el trueno un signo del rayo, el llanto de una criatura un signo de que le ha ocurrido algo desagradable. La diferencia entre signo y símbolo consiste en el hecho de que el signo es "natural" mientras que el símbolo es "artificial", un producto elaborado por seres humanos. Más precisamente, la significación del signo está simplemente en mi conocimiento del curso de la naturaleza y del juego recíproco de las cosas. Sabiendo por experiencia que A y B ocurren por lo común juntos, tomo a A (la humedad de la tierra, el trueno, el llanto del niño) como signo de B (la lluvia, el rayo, la experiencia desagradable). Una luz roja que se alterna con otra verde y con otra amarilla en un cruce de calle es, para una persona que posee el conocimiento necesario, el signo de una instalación eléctrica y de un mecanismo que enciende y apaga las luces en un cierto orden regular. Sin embargo, que la luz roja sea también símbolo de una restricción policial respecto del cruce depende de una convención que muy bien podría haber dado al rojo un significado diferente. Todos los símbolos son convencionales; esto es, la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es producida por seres humanos mediante acuerdo o uso (costumbre).³

³ Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica derivan de la creencia de que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descrito por la filosofía. Partiendo de esta concepción, que se remonta al idealismo de Platón y a la teoría de la definición de Aristóteles (par. LII), el filósofo se pregunta qué "son realmente" "verdad", "belleza", "bondad", etc., y

De todos los sistemas de símbolos, el lenguaje es el que se encuentra más plenamente desarrollado, el más efectivo y el más complicado. El lenguaje puede manifestarse como una serie de formas auditivas o visuales (habla y escritura). El significado atribuido a estas formas es claramente convencional. Nada impediría que la palabra "gato" fuera usada para designar al animal doméstico de cuatro patas que hace "guau-guau", y "perro" para designar al que hace "miau". El significado atribuido a los símbolos lingüísticos está determinado por las costumbres de la comunidad referentes a las circunstancias en las que se considera adecuado emitir ciertos sonidos. Quienes se han hecho a los hábitos de una comunidad de habla española están tan acostumbrados a ellos que consideran adecuado decir: "mire, ahí hay un gato" cuando se aproxima el animal doméstico que maúlla, pero hallarían a esa expresión totalmente fuera de lugar si se la usara para aludir al animal que ladra.

Las costumbres o normas lingüísticas que establecen la función simbólica del lenguaje solo pueden ser descubiertas mediante un estudio de la manera en que la gente se expresa. Por "expresión" entiendo la unidad lingüística más pequeña que es soporte de significado por derecho propio. "Mire, ahí hay un gato" es una expresión. Ella, en su integridad, es el soporte de un significado. La comunicación lingüística entre los seres humanos tiene lugar por medio de tales unidades, y, en consecuencia, ellas deben constituir el punto de partida para el estudio de la función simbólica del lenguaje.

Es importante subrayar esto, porque de otra manera se puede fácilmente caer en el error de que el significado de una expresión es el resultado de la suma total de los significados de las palabras individuales que la forman. Las palabras individuales carecen de significado independiente, solo tienen un significado abstraído de las expresiones en las que aparecen. Si uno dice "gato" en forma aislada, esto nada significa. No es una expresión, a menos que la palabra, de acuerdo con las circunstancias (por ejemplo, si huelo y miro inquisitivamente en derredor), pueda ser interpretada como una forma abreviada de un juicio tal como: "debe haber un gato por aquí cerca".

¿Qué significa la palabra "mesa"? La respuesta solo puede ser dada estudiando un gran número de expresiones en las que aparece esta palabra. Tal es el procedimiento adoptado en la preparación de un diccionario. Se colecciona una vasta cantidad de material consistente en expresiones que constituyen ejemplos de usos de la pa-

cree posible establecer definiciones verdaderas. La filosofía tradicional del derecho, siguiendo este modelo, ha considerado que su principal tarea es dar una definición del "concepto del derecho".

labra. El contexto mostrará la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual. Si se anota así cada referencia individual, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto en la referencia. Hacia la periferia la densidad decrecerá gradualmente. La referencia semántica de la palabra tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no. No dudo por un instante que puedo llamar "mesa" al mueble a cuyo lado estoy sentado y sobre el que escribo. Del mismo modo usaré la palabra para otros objetos semejantes, pero de tamaño menor: la mesa del cuarto de los niños, la mesa de una casa de muñecas. Pero, ¿no hay un límite en cuanto a la pequeñez del objeto? En otros casos parece que es la función, y no la forma, lo que determina el uso lingüístico. "¿Colocamos la mesa?", pregunto a mi compañero de viaje en el compartimiento del ferrocarril, y aludo aquí a una tabla colgante. Normalmente no describiríamos a un cajón de madera como una mesa. Pero si por falta de algo mejor hemos tendido un mantel sobre ella y depositado allí la comida, podemos muy bien decir que "la mesa está puesta". ¿Podemos llamar mesa a una mesa de operaciones o solo puede usarse la expresión compuesta?

No tiene objeto, por lo tanto, preguntar qué es lo que una mesa "realmente es".⁴ Si en ciertos casos dudo si algo es o no una mesa, esta duda no revela falta de conocimiento acerca de la "naturaleza" del objeto; nace, simplemente, del hecho de que no estoy seguro si estará de acuerdo con el uso aplicar la palabra "mesa" para designar el objeto particular. Esta vacilación, a su vez, resulta del hecho de que es posible usar la palabra de esta manera en ciertas expresiones y ciertas circunstancias, pero no en otras expresiones y en otras circunstancias. Hemos visto, por ejemplo, que en ciertas circunstancias puedo describir un cajón de madera como una mesa, mientras que, claro está, generalmente no lo haría.

Estas observaciones acerca de la palabra "mesa" valen para todas las palabras en el uso ordinario cotidiano. Para todas ellas vale que su significado es *vago*, o que su campo de referencia es indefinido y consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas, que se transforma gradualmente en un círculo de incertidumbre que abarca posibles usos de la palabra en condiciones especiales no típicas.

La mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o más, cada uno de ellos construido en la forma de

⁴ Ver la nota 2 de este capítulo.

una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre. Talas palabras son llamadas *ambiguas*. Tal es el caso, por ejemplo, de la palabra inglesa *nail* que quiere decir "uña" y "clavo".

En resumen, los siguientes axiomas se aplican a las palabras en el uso cotidiano:

1) El significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido.

2) La mayor parte de las palabras son ambiguas.

3) El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte integrante de una determinada expresión.

4) El significado de una expresión —y con ello el significado de las palabras contenidas en la misma— se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en que es formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). A partir de 3) y 4) es posible formular la siguiente generalización: el significado de una palabra es una función de la conexión —*expresión, contexto, situación*— en que la palabra aparece. Para analizar más de cerca el papel que desempeña la conexión, veamos unos pocos ejemplos.

La palabra inglesa *nail* puede referirse a una parte del cuerpo humano y a un artículo de uso general. En la expresión "*my nail hurts*" ("me duele la uña" o "mi clavo hace doler") parecería claro que la palabra es usada en el primer sentido, porque solo en ese sentido la expresión parece tener un significado razonable. Partimos de la hipótesis, por lo tanto, de que la expresión tiene un significado razonable. Sobre la base de esta hipótesis la interpretación espontánea es la más obvia, pero no la única. Es posible imaginar circunstancias en las que una interpretación diferente sea la indicada; por ejemplo, si la expresión se formula cuando dos personas están tratando de ver si duele pincharse con diferentes tipos de clavos.

Lo mismo se aplica a la manera en que el significado de una expresión es especificado por el contexto o por la situación. Si tomamos la frase "*the nail is too long*" ("la uña es o está demasiado larga" o "el clavo es demasiado largo") en forma aislada, es imposible ver con qué significado se emplea la palabra *nail*. Pero si del contexto o de la situación resulta claro que la expresión se formula como preliminar de un pedido de que le corten a uno las uñas, entonces no cabe duda alguna.

De todo esto podemos deducir que el papel desempeñado por las conexiones en la determinación del significado consiste en que ellas proporcionan un fundamento para decidir, sobre la base de ciertas hipótesis, cuál de las varias interpretaciones —cada una de

ellas posible si solo se toma en cuenta el uso lingüístico— es la más probable. La interpretación por conexión no se apoya en el uso lingüístico y no utiliza como herramientas las palabras empleadas, sino otros datos. Ella trabaja con todos los hechos, hipótesis y experiencias que puedan arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar. La interpretación por conexión es un estudio de prueba indiciaria, que hace recordar a la labor de un detective que investiga un crimen.

En mérito a todo esto hay que decidir qué puede ser aceptado, de acuerdo con las circunstancias, como contexto y situación. El contexto se extiende hasta donde se pueda suponer que una expresión fue formulada teniendo otra en mente, y que el autor quiso que ambas se aplicaran en forma conjunta. A menudo se da por sentado, no sin optimismo, que ello ocurre con todas las expresiones que aparecen en una misma obra científica. Pero si las primeras obras de un autor se toman como datos de interpretación, hay que tener en cuenta que sus opiniones, junto con su terminología y su estilo, pueden haber cambiado con el correr del tiempo. En el campo jurídico es frecuente considerar que las expresiones que aparecen en una misma ley (decreto, contrato, etc.), forman parte del mismo contexto. Si se toman en consideración provisiones legales antiguas junto con otras más recientes, es menester hacer las mismas reservas. La situación abarca todos los hechos y circunstancias que pueden indicar cuál era la intención del autor. Incluye así la orientación política de éste, sus ideas filosóficas, las características de las personas a quienes estaban dirigidas sus declaraciones, la razón probable que lo movió a formularlas, los ademanes, las expresiones faciales, el énfasis, etc., además de toda la situación vital fáctica, física y social, que condicionó la expresión.

La actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión se llama interpretación. Esta palabra se usa también para designar el resultado de tal actividad. La interpretación puede asumir dos formas. Puede ser hecha de manera tal que el significado de una expresión sea definido más claramente por medio de una descripción formulada en palabras o expresiones diferentes, cuyo significado sea menos vago. O bien puede ser hecha de manera tal que frente a un conjunto de hechos concretos experimentados en forma definida sea posible decidir con un "sí", un "no" o un "quizás", si el conjunto de hechos constituye o no una referencia que corresponde a la expresión. Tomemos, por ejemplo, la expresión "cuando se combina ácido clorhídrico y zinc se libera hidrógeno". Una interpretación del primer tipo, apuntará a explicar en palabras, con más plenitud, qué es lo que ha de entenderse por cada una de las expresiones usadas. Podría mostrar, v. gr., que "se combina" significa que el zinc es puesto en contacto con el ácido pero no, por ejemplo, que un pedazo de zinc y una botella de ácido clorhídrico son envueltos

uno al lado del otro en un pedazo de papel. Una interpretación del segundo tipo estará dirigida a decidir si un cierto curso de hechos "satisface" el significado de la expresión, de modo que pueda afirmarse que nos hallamos en presencia de hechos que la expresión designa. La interpretación del primer tipo se llama interpretación por significado, y la del otro tipo interpretación por referencia.

El principio guía para toda interpretación es el de la primaria función determinativa de significado que cumplen la expresión, como una entidad, y las conexiones en que ella aparecen. El punto de partida de toda comprensión es la expresión como entidad, tal como es experimentada por la persona que la recibe en una situación concreta definida. A partir de ese punto la interpretación puede proseguir, parcialmente hacia un análisis de los elementos que constituyen la expresión: las palabras individuales y su conexión sintáctica, y parcialmente hacia un análisis del contexto en el que la expresión aparece, y de la situación en que fue formulada.

En el primer análisis —esto es, el que se dirige al significado de las palabras— es importante entender que el significado de una expresión no está construido como un mosaico con el significado de las palabras individuales que la componen. Por el contrario, el significado que el análisis puede atribuir a los elementos individuales es siempre una función del todo en el cual aparecen. A menudo nos encontramos con la opinión de que la interpretación de la ley puede o tiene que tomar como punto de partida el significado ordinario de las palabras tal como resulta de su uso. Este parecer es ilusorio. No existe tal significado. Solo el contexto y el deseo de hallar un significado "bueno" o "razonable" en relación con una situación dada, determinan el significado de las palabras individuales. Pero con frecuencia no nos hacemos cargo de la función del contexto. Si en una de las entradas de una exhibición ganadera hay un cartel que dice: "Por aquí solo pueden entrar cuidadores con animales", nadie imaginaria que el cartel autoriza la entrada a cuidadores que lleven consigo a sus canarios. Es fácil pasar por alto el hecho de que la palabra "animal" recibe aquí una interpretación condicionada por la situación y el propósito, que es mucho más restringida que una definición del significado de la palabra según el uso. Por supuesto que en otras situaciones la palabra podría incluir a los canarios.

En el segundo análisis, referente al contexto y a la situación en que la expresión es formulada, las cosas son algo diferentes. La conexión externa de la expresión no resulta dada en forma inmediata junto con ésta. El contexto no es aprehendido en forma simultánea, sino sucesiva. Cuando leo un libro, no es verdad que no atribuyo ningún significado a la primera frase hasta que he leído toda la obra. Pero, de todos modos, el contexto es co-determinativo. Ocurre a menudo que mi comprensión de las primeras páginas del libro ha cambiado cuando lo terminé y comienzo a leerlo de nuevo. Tiene lugar

una curiosa "vibración interpretativa". Mi comprensión de las primeras frases co-determina la comprensión de las siguientes. Pero mi aprehensión del libro en su totalidad, que surge como resultado, puede tener un efecto retroactivo modificador que influye sobre mi comprensión de las frases individuales, y esto, a su vez, ofrece la posibilidad de que mi concepción del todo pueda resultar cambiada, y así sucesivamente. Algo semejante puede ocurrir respecto del papel de la situación en que la expresión ha sido formulada.

En el lenguaje cotidiano el contexto y la situación constituyen los factores más importantes en la determinación del significado. Pero no son los únicos. El significado de las palabras es relativo o dependiente en un plano totalmente distinto, que podríamos llamar sinónimo o sistemático. Esto quiere decir que el significado de una palabra queda determinado más precisamente si se la compara con otras palabras que pueden ocupar el mismo lugar en una frase y que ofrecen un "campo de significado" más amplio. Por ejemplo, la escala de adjetivos: ardiente, caliente, tibio, fresco, frío, helado. Al comparar una determinada palabra con otras cercanas a ella o con palabras opuestas, podemos determinar su posición relativa en un campo de significado. El significado, por ejemplo, de la palabra "intencionalmente" en una expresión dada, es definido en forma más precisa imaginando qué otras palabras o giros pueden ocupar el mismo lugar en la expresión y determinando así la posición relativa ocupada por "intencionalmente" en el campo de significado deslindado de esa manera (accidentalmente, con negligencia, con negligencia grave, intencionalmente, con premeditación deliberada y así sucesivamente).

Para el lenguaje cotidiano, sin embargo, el método sinónimo nunca puede remplazar al contexto y a la situación como fundamento de la interpretación. El lenguaje científico, por otra parte, está caracterizado por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, solo en la forma más elevada del lenguaje científico, en el lenguaje símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito. Puesto que las directivas jurídicas están preponderantemente acuñadas en la terminología del lenguaje cotidiano, el contexto y la situación son los auxiliares fundamentales para la interpretación judicial. El método sinónimo-sistemático solo desempeña el papel más modesto que le cabe en otros usos lingüísticos no científicos.

Una interpretación, sea de un tipo o de otro, con frecuencia no nos conducirá a un resultado preciso exento de ambigüedad. Consideremos los siguientes ejemplos tomados del filósofo noruego Arne Naess.⁶ Algunos estudiantes creían que más del 25% de los candidatos que en un cierto año habían intentado aprobar un examen de filosofía habían fracasado. En este enunciado la frase "más del 25% de

⁶ ARNE NÆSS, *Interpretation and Preciseness*, I, 1947, 51.

los candidatos habían fracasado” puede interpretarse por lo menos de las siguientes maneras distintas:

1) “Más del 25% de los candidatos que se anotaron para el examen no obtuvieron una nota suficiente para aprobar.”

2) “Más del 25 % de los candidatos que efectivamente se presentaron a dar examen no aprobaron” (algunos candidatos no se presentaron por razones de enfermedad, etc.).

3) “Más del 25 % de los candidatos que se presentaron a dar examen y no abandonaron el aula en seguida de haber leído las preguntas, no aprobaron” (algunos candidatos se presentan para abandonar de inmediato si las preguntas les resultan demasiado difíciles).

4) “Más del 25% de los candidatos que intentaron contestar las preguntas no aprobaron.”

5) “Más del 25 % de los candidatos que entregaron respuestas no aprobaron.”

¿A cuál de estos posibles significados se refería la opinión de los estudiantes? Hay dos razones para que esta pregunta probablemente no pueda ser contestada. En primer lugar puede ocurrir que una interpretación basada en el contexto y en la situación no conduzca a resultado alguno, tal como puede ocurrir que un detective no sea capaz de encontrar pruebas concluyentes que permitan identificar al autor de un asesinato. En segundo lugar, puede ocurrir que el resultado negativo se deba al hecho de que los propios estudiantes no tenían conciencia clara de lo que exactamente querían decir. Esto puede hacerse visible si se los interroga al respecto, porque ellos pueden admitir que no se les habían ocurrido las diversas posibilidades y, por lo tanto, que no se habían decidido por ninguna de ellas. En una situación como ésta el detective no puede resolver el asesinato por la sencilla razón de que no se ha cometido asesinato alguno. Frente a estos casos Naess diría que el tema a interpretar posee menor “exactitud de intención o profundidad intencional” que las interpretaciones posibles.

Una falta de exactitud de intención no es necesariamente un defecto del autor. Probablemente un cierto grado de inexactitud es siempre inevitable, puesto que es posible imaginar en todos los casos determinaciones cada vez más sutiles. El propósito práctico de una expresión determina el grado de exactitud de intención apropiado. Es perfectamente sensato decirle a un automovilista que la distancia entre Nueva York y Boston es de 184 millas. Es verdad que la intención puede ser profundizada mediante precisión interpretativa (desde qué punto de Nueva York hasta qué punto de Boston y así sucesivamen-

te), de modo que podamos expresar la distancia en pulgadas, pero en la práctica esto carecería de objeto.

Si por una razón u otra (es decir ya sea porque no se puede hallar prueba concluyente o porque la intención no tiene suficiente profundidad) no es posible llevar adelante la interpretación más allá de un punto que deja abierto un número de posibilidades, entonces el intérprete debe abandonar. Si, con todo, elige una posibilidad en particular, ello no constituye el próximo paso dentro de una interpretación, sino que es una decisión motivada por consideraciones ajenas al deseo de aprehender el significado de una expresión. La interpretación de directivas, especialmente, exige decisiones de ese tipo. Si hay una regla, por ejemplo, en el sentido de que cuando más del 25 % de los candidatos fracasa en los exámenes de filosofía, el jefe del departamento debe tomar ciertas medidas, entonces éste puede verse forzado a elegir una u otra de las posibles interpretaciones especificadas. En tal caso, el jefe del departamento toma una decisión que nada tiene que ver con la interpretación de la directiva.

A menudo se hace una distinción entre las llamadas interpretación subjetiva e interpretación objetiva, en el sentido de que la primera se dirige a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar, mientras que la última se dirige a establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo. Un trabajo literario o científico, por ejemplo, puede ser interpretado tratando de llegar a lo que el autor realmente pensó y quiso expresar, o puede ser considerado como una manifestación intelectual objetiva, desligada de su autor, en cuyo caso la interpretación procura encontrar el significado que la obra puede transmitir a una persona que la lee. Del mismo modo una promesa puede ser interpretada teniendo en vista lo que el promitente realmente intentó expresar (aun cuando se haya expresado mal), o teniendo en vista el significado que sus palabras pueden haber transmitido al destinatario.

Tomada así como un contraste absoluto entre intención y comunicación, entre lo que se quiere decir y lo que se dice, la distinción es insostenible. Por una parte, la intención, siendo un fenómeno de conciencia interno del autor, es fundamentalmente inaccesible. Lo que entendemos por interpretación subjetiva es en realidad la interpretación que alcanzamos cuando tomamos en consideración no solo la expresión lingüística, sino todos los otros datos relevantes: el contexto y la situación, que incluye las opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guió al formular la expresión, etc. Podemos incluso interrogarlo, y su respuesta proporcionará datos interpretativos adicionales. Por otra parte, la comunicación como tal no tiene un significado

objetivo preciso, la comprensión que suscita en los demás varía con los datos de interpretación que el destinatario toma en cuenta.

La diferencia entre interpretación subjetiva y objetiva, por lo tanto, no ha de ser buscada en el contraste entre los propósitos de la interpretación (el significado intentado como cosa opuesta al significado comunicado). Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión. La diferencia es más significativa cuando la situación en que la expresión es aprehendida difiere de la situación en que ha sido formulada. Si, por ejemplo, el objeto de la interpretación es una obra literaria del pasado, una interpretación subjetiva investigará las opiniones culturales básicas del período y la vida del autor, con la esperanza de hallar allí indicios para la comprensión de la obra; una interpretación objetiva, en cambio, prescindirá de todo esto e intentará comprender la obra a partir de su contenido ideal "inmanente". Esto no quiere decir, empero, que la interpretación objetiva es puramente lingüística. Tal como señalaremos en los párrafos siguientes, la creencia en una "interpretación literal" es una ilusión. La interpretación se apoya siempre en otros factores; en particular, en conjeturas acerca de la "idea", el "propósito" o "la intención" asociados a la obra. La misma conciencia del hecho de que uno está ocupándose de un poema, de una obra científica, de una ley, etc., es en sí importante. La interpretación objetiva simplemente se rehúsa a investigar la intención estudiando la manera en que la obra llegó a producirse. De tal modo, la interpretación objetiva —en obvio contraste con lo que la terminología autorizaría a creer— adquiere un tono de mayor inexactitud y arbitrariedad que la interpretación subjetiva. La interpretación "objetiva" de obras poéticas tales como el *Fausto* de Goethe o el *Hamlet* de Shakespeare, tiende a transformarse en "subjetiva", en el sentido de que llega a ser la expresión de lo que épocas diferentes han visto en estas obras.

La interpretación objetiva puede llegar a ser una construcción ideal en conflicto directo con la intención del autor. Las diversas interpretaciones de Kant, por ejemplo, no se dirigen a verificar lo que Kant "realmente quiso decir". Incluso la respuesta de éste, si fuera posible interrogarlo, no sería decisiva para determinar cuál de las interpretaciones es la "correcta". Estas interpretaciones, por decir así, traspasan la obra del autor y poseen una profundidad intencional mayor que la de la propia obra. Ellas se apoyan en un ideal de

consistencia lógica interna al sistema, que no respeta los hechos, y apuntan a un significado hipotético-ideal, más que al significado de Kant en tanto que hecho histórico-psicológico. Pero ese "traspasar" con el pensamiento puede hacerse en más de una manera, según qué es lo que se considere de mayor importancia en el sistema. Las interpretaciones de este tipo son, pues, valorativas y creadoras, y están más allá de los límites de una interpretación genuina, en el sentido en que esta palabra ha sido entendida aquí.

XXV PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN. I: SINTÁCTICOS

El principio guía para toda interpretación, tal como vimos en el par. XXIV, es el de la primaria función determinativa de significado de las expresiones como entidad y de las conexiones en que ellas aparecen (principio de entidad). Esto debe tenerse en cuenta al distinguir los diferentes grupos de problemas de interpretación: problemas sintácticos, lógicos y semánticos (en sentido restringido). Es menester recordar que estamos hablando de abstracciones analíticas, y que los problemas de interpretación que aquí consideramos en forma aislada, en realidad son siempre aprehendidos como partes orgánicas dentro de la conexión de significado captada en forma simultánea o sucesiva.

El significado de una expresión depende del orden de las palabras y de la manera en que éstas se hallan conectadas. Los problemas que se refieren a la conexión de las palabras en la estructura de la frase se llaman problemas sintácticos de interpretación.

El principio de entidad se aplica también a la interpretación sintáctica; así como las palabras no tienen en sí mismas una referencia exacta, tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado. También aquí el sentido "natural" está condicionado por factores no lingüísticos: el deseo de hallar un significado "bueno" o "razonable" que concuerde con aquél que el contexto y la situación señalan como tal.

Los problemas sintácticos de interpretación no han sido objeto, que yo sepa, de una exposición y análisis sistemáticos. El presente estudio no pretende ser nada de eso. Mi objetivo es simplemente inducir a la comprensión de problemas de este tipo ofreciendo algunos ejemplos. Por cierto que los estudios sistemáticos serían importantes para la interpretación de las leyes y, en particular, para la redacción de éstas.

a) *Frasas adjetivales*

1 a) Fue un intento de hallar una solución *que* satisficiera a todos.

1 b) Fue un intento de hallar una solución *que*, sin embargo, no tuvo éxito.

2 a) Nadie puede tener un tutor *que* sea menor que él.

2 b) Nadie *que* no tenga por lo menos 21 años de edad puede ser designado tutor.*

Estos ejemplos muestran que no hay reglas sintácticas que especifiquen el antecedente de una cláusula de relativo. Sin embargo, los ejemplos no ofrecen lugar a dudas, porque solo hay una interpretación que arroja un significado razonable. Pero en otros casos el significado puede suscitar dudas. Si decimos, por ejemplo:

3) La instigación a un delito *que* ha tenido lugar en un país extranjero, no está incluida, no sabemos a ciencia cierta si el requisito de haber tenido lugar en un país extranjero se aplica a la instigación o al delito. La interpretación, en este caso, tiene que apoyarse en datos no lingüísticos, en particular en informaciones sobre el propósito de la regla. Si el intérprete permite que sus preferencias personales decidan la cuestión, excede los límites de una interpretación genuina (par. XXIV).

b) *El problema de si los adjetivos y las frases adjetivales califican dos o más palabras.*

4 a) No pueden importarse libros y periódicos *que* contengan ilustraciones indecentes.

4 b) Los oficiales y los soldados rasos *que* hayan sido llamados a las filas durante más de seis meses tienen derecho a un suplemento de remuneración.

5 a) Los hombres y las mujeres *jóvenes que* hayan aprobado el examen pueden ser designados.

5 b) Los hombres y las mujeres *jóvenes que* hayan prestado servicios en las organizaciones auxiliares femeninas pueden ser designados.**

6 a) El Rey puede hacer que proyectos *de* leyes y otras medidas se presenten en el Parlamento.

6 b) El Consejo se ocupa de proyectos *de* leyes y otras materias de importancia.

* El texto inglés dice: "Nobody can be appointed a guardian who is not at least twenty-one years old". En la traducción se pierde necesariamente el paralelo con el ejemplo (2a) — "Nobody can have a guardian who is younger than himself" — que el autor quiere destacar (N. del T.).

** En la traducción se pierde parte de la ambigüedad del original: "Young men and women who have served in the WACS can be appointed" (N. del T.).

Estos ejemplos demuestran que no hay reglas fijas que definan cuándo un adjetivo, un pronombre relativo o una preposición se refieren solamente a una palabra y cuándo se refieren a más de una. En estos ejemplos el significado es aceptablemente claro a la luz de la exigencia de un significado "razonable". Al interpretar 4 a), sin embargo, el propósito presumible del legislador o la propia actitud del intérprete habrán de desempeñar un papel; y en 4 b) será decisivo para la interpretación ver si de acuerdo con el contexto es posible que los oficiales sean "llamados a las filas". En otros casos pueden surgir serias dudas.

7) En el contexto "agencias e instituciones de caridad" la expresión "de caridad" se refiere, según el uso ordinario del idioma, tanto a las "agencias" como a las "instituciones". Pero puede haber dudas si, además de la conectiva, hay una palabra o giro que califica el primer miembro, como ocurre en la frase "organizaciones con personería jurídica e instituciones de caridad". Así, en el caso escocés *Symmers' Trustees vs. Symmers*, 1918 S. C. 337, los fideicomisarios recibieron instrucciones de dividir el remanente entre "*such charitable institutions or deserving agencies as they may select*". Se decidió que el legado era nulo por falta de certeza, ya que la descripción "*deserving agencies*" tenía que ser entendida en forma separada de "*charitable institutions*", y, de tal modo, el legado no era exclusivamente de caridad.⁶

8) Tenemos otro ejemplo en las siguientes palabras de la *British Road Traffic Act* (Ley inglesa de tránsito por caminos) de 1930, parágrafo 11, apartado 1:

"Si una persona conduce en un camino un vehículo a motor en forma descuidada, o a una velocidad o de una manera peligrosa para el público, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso la naturaleza, condición y uso del camino, y la densidad del tránsito que hay en el mismo, o que podría razonablemente esperarse que hubiera en él, será responsable etc."

Parece haberse aceptado sin problemas que las palabras subrayadas se refieren tanto a la conducción descuidada como a la velocidad y a la manera de conducir (ver, por ejemplo, *Elwes v. Hopkins*, 1906, 2 K. Bl.; *Justices' Manual* de Stone, 1950, vol. II, pág. 2056). Sin embargo, en relación con una ley australiana redactada en términos similares, se decidió en el caso *Kane v. Dureau*, 1911 V. D. R. 293, que aquellas palabras solo calificaban las frases 'a una velocidad' y 'de una manera'.⁷

⁶ Cita de E. L. PIESSE y J. GILCHRIST SMITH, *The Elements of Drafting*, 1928, 14.

⁷ Obra citada, 16-17.

c) *Pronombres demostrativos y relativos*

9 a) "El Rey citará anualmente a un parlamento ordinario y decidirá cuándo terminan las sesiones. *Esto*, sin embargo, no puede tener lugar hasta que, de acuerdo con el párrafo 48, se haya autorizado lícitamente el cobro de los impuestos y el pago de los gastos del gobierno." (Constitución dinamarquesa, 1920, par. XIX).

9 b) El presidente citará a una reunión e incluirá una copia de su informe. *Esto*, sin embargo, no puede tener lugar mientras el tesorero no haya confeccionado las cuentas.

10 a) "Si una de las Cámaras fuera disuelta cuando el Parlamento está en sesiones, las reuniones de la otra Cámara se suspenderán hasta que todo el Parlamento deba reunirse de nuevo. *Esto* tiene que ocurrir dentro de los dos meses posteriores a la disolución". (Constitución dinamarquesa, 1920, par. XXII).

10 b) Si la competencia del presidente fuera cuestionada, éste levantará la sesión hasta que el Consejo haya llegado a una decisión. *Esto* tendrá que hacerse aun cuando el presidente declare que está dispuesto a renunciar.

11 a) "Los ministros serán responsables ante el rey o el parlamento por el ejercicio de sus funciones" (Constitución dinamarquesa, 1920, par. 14.)

11 b) Los maestros hicieron un regalo a Juan y Pedro en su cumpleaños (del contexto resulta claro que Juan y Pedro son mellizos).

En las citas de la Constitución parece claro a qué se refieren las palabras subrayadas. Los párrafos concebidos como contrapartidas demuestran, sin embargo, que desde un punto de vista puramente sintáctico es posible que ellos sean entendidos de diversa manera, y que la "interpretación natural", por lo tanto, está en realidad determinada no solo por lo que puede leerse, sino también por un juicio sobre el significado que puede "razonablemente" presumirse. Pero este juicio no siempre tiene certeza. Han surgido, por ejemplo, difíciles problemas de interpretación respecto de la frase "la misma obligación" en el Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia, art. 36, 5, Sec. 2.⁸

d) *Frasas de modificación, excepción o condición*

Desde el punto de vista de la sintaxis a menudo será dudoso con qué miembro primario está conectada una frase de modifica-

⁸ Véase HANS KELSEN, *The Law of the United Nations*, 1950, 526.

ción, excepción o condición. En tales casos, la puntuación puede ser importante.

12) "En el ejercicio de sus funciones los jueces están limitados por el derecho. Los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio, ni serán trasladados en contra de su voluntad, excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales". (Constitución dinamarquesa, 1920, par. LXXI.)

La estructura de la frase en este enunciado no pone en claro si la excepción relativa a la reorganización de los tribunales se aplica solamente a la regla de que los jueces no pueden ser trasladados en contra de su voluntad, o también a la regla de que no pueden ser separados de sus cargos sin juicio. El factor decisivo es la coma después de la palabra "voluntad". Esto demuestra que la interpolación: "ni serán trasladados en contra de su voluntad" se encuentra en oposición respecto de (o es paralela a) la primera parte de la frase, y que la excepción se refiere por igual a ambas alternativas. Si la coma se suprime, la interpretación contraria sería natural.

La importancia de la puntuación se hace patente en el protocolo de Berlín del 6 de octubre de 1945, cuyo único objeto fue reemplazar un punto y coma por una coma! Los "crímenes contra la humanidad" fueron definidos de la manera siguiente en el art. 6º de la Carta del Tribunal Militar Internacional, contenida en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945:

13) "Los crímenes contra la humanidad, a saber: homicidio, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra; o las persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal, sean o no trasgresiones de las leyes internas del país donde fueron cometidos."

En el mencionado protocolo el punto y coma que estaba después de la palabra "guerra" fue reemplazado por una coma. La jurisdicción del tribunal quedó así sustancialmente circunscripta, porque la condición de que el acto fuera cometido en conexión con uno de los crímenes comprendidos dentro de la jurisdicción del tribunal se hizo aplicable a todos los casos de crímenes contra la humanidad, y no solamente a aquel grupo (persecuciones) mencionado después del punto y coma originarios. La corrección, sin embargo, no estuvo inspirada por un cambio de intención. Ocurrió simplemente que la función sintáctica del punto y coma no había sido advertida antes.

Los diversos grupos de ejemplos dados más arriba bastan, probablemente, para confirmar que las formas sintácticas conectivas no

tienen una función inequívoca, y que, por ende, los problemas sintácticos no pueden ser resueltos sobre la base de datos de interpretación puramente lingüísticos. En eso se asemejan a los problemas semánticos en sentido restringido. Por otra parte, difieren de ellos en un aspecto: aun cuando la vaguedad de significado de las palabras no tiene remedio, los problemas sintácticos, mediante una prolija, y quizás tediosa, composición lingüística, podrían limitarse a aquellos cuya solución se hace patente sin asomo de duda por el simple sentido común. Por ejemplo, que la palabra "sus" en 11 a) se refiere a "los ministros" y no al "rey o al parlamento". Los casos realmente dudosos de problemas sintácticos de interpretación, tales como los contenidos en la *British Road Traffic Act* de 1930 s. 11(1), y en el art. 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, podrían evitarse mediante una redacción más cuidadosa. Si acostumbramos a decir que un texto es claro o está exento de ambigüedad, esto, hablando con propiedad, solo puede referirse a la interpretación sintáctica. Desde el punto de vista de la semántica en sentido restringido, un texto se ve siempre afectado por la inevitable vaguedad de significado de las palabras, y en esa medida nunca resulta claro o libre de ambigüedad. Esto significa que siempre pueden surgir situaciones atípicas frente a las cuales es dudoso si el texto se aplica o no. Por otra parte, ello no excluye que en otras situaciones, de carácter típico, no haya lugar a dudas. Pero la certeza de aplicación en algunas situaciones no justifica la afirmación general de que el texto no es ambiguo.

XXVI PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN. II: LÓGICOS

Los problemas lógicos de la interpretación son aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto. Entre esos problemas tienen particular importancia la inconsistencia, la redundancia, y las presuposiciones.

Inconsistencia

Existe inconsistencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas.

Puede haber inconsistencia entre dos normas de tres maneras distintas.

1) Inconsistencia total-total, esto es, cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Si los hechos condicionantes de cada norma son simbolizados por un círculo, hay una inconsistencia de este tipo cuando ambos círculos coinciden.

2) Inconsistencia total-parcial, esto es, cuando una de las dos

normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. Tal inconsistencia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro.

3) Inconsistencia parcial-parcial, esto es, cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Tal inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes.

Para simplificar nuestro lenguaje, podemos usar también la siguiente terminología:

1) Inconsistencia total, o incompatibilidad absoluta.

2) Inconsistencia total-parcial, o inconsistencia entre la regla general y la particular. Las expresiones "regla general" y "regla particular" son correlativas. Una regla es particular en relación a otra si su hecho condicionante es un caso particular del hecho condicionante de la otra regla. Si el hecho condicionante de la última es H (a, b, c,), esto es, un hecho definido por las notas a, b, c, entonces el hecho condicionante de la regla particular es H (a, b, c, m, n,). Si, por ejemplo, hay una regla que dispone que los extranjeros no tienen derecho a pescar en las aguas territoriales de un país marítimo, y hay otra que establece que los extranjeros con más de dos años de residencia en el país tienen ese derecho, entonces la primera regla es general en relación con la segunda, y la segunda es particular en relación con la primera.

3) Inconsistencia parcial, o superposición de reglas.

Al juzgar las inconsistencias es un factor importante la relación que existe entre las leyes a las que pertenecen las normas en conflicto. Debe hacerse una distinción entre a) inconsistencias dentro de la misma ley y b) inconsistencias entre una ley anterior y otra posterior. En el último grupo hay que distinguir según que las dos leyes estén en el mismo nivel o en niveles diferentes (par. XVI).

I. Son raras las inconsistencias totales dentro de una misma ley. Sin embargo, la Constitución dinamarquesa, 1920, establece en la primera parte del parágrafo 36, que el número de los miembros de la Primera Cámara no puede exceder de setenta y ocho, mientras que en la segunda parte se establecen normas detalladas para su elección y distribución, de las que surge que el número a ser elegido es de setenta y nueve. No hay reglas generales que indiquen cómo resolver una incompatibilidad absoluta como ésta entre dos normas. La decisión, según las circunstancias, tendrá que descansar ya en una interpretación basada en datos ajenos al texto, ya en la discreción.

La relación entre una regla general y una regla particular dentro de la misma ley rara vez origina dudas. A menudo, como ocurre en el lenguaje hablado normal, la regla particular está conectada con la regla general mediante un nexo sintáctico ("sin embargo", "a menos que", "con excepción de", etc.), que indica que la regla general solo deberá aplicarse con la limitación impuesta por la particular. Aquí no hay una genuina inconsistencia, sino una forma de expresión lingüística que puede ser parafraseada en una regla.

Además, al redactar una ley se acepta una convención general casi fija, según la cual los nexos conectivos sintácticos pueden omitirse sin que se altere por ello el significado. La regla particular sigue limitando a la general. Es frecuente que la regla general esté contenida en una sección, y las excepciones en una o más secciones distintas. No se discute que la regla particular limita a la general. Tiene muy poca importancia determinar si esto ha de ser considerado como una simple interpretación lingüística que introduce una conjunción sintáctica implícita, o como un caso de una regla positiva de interpretación que puede ser llamada *lex specialis* (dentro de una misma ley).

Por otra parte, la superposición de normas dentro de una misma ley origina frecuentes problemas de interpretación. No hay reglas generales para su solución, y la decisión debe descansar en datos ajenos al texto, o en la discreción. De acuerdo con el art. 53 de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, no se puede tomar ninguna medida de fuerza dentro de los tratados regionales o por los organismos regionales, sin la autorización del Consejo de Seguridad. Según el art. 51, sin embargo, nada de lo establecido en la Carta restringe el derecho a la auto-defensa individual o colectiva en caso de ataque armado, y las medidas de defensa no están sujetas a autorización. Estas dos reglas se superponen parcialmente, y el problema es, en consecuencia, cuál de ellas debe ceder si, de acuerdo con un tratado regional, se desea poner en práctica una medida de fuerza que consiste en una auto-defensa colectiva contra un ataque armado. Este problema ha tenido carácter prominente en la discusión del Tratado del Atlántico y no puede ser resuelto por interpretación lingüística o construcción lógica. La respuesta al mismo ha de depender de la información relativa a las circunstancias que rodearon la creación de la Carta y de una valoración de las ventajas políticas de una u otra interpretación.

II. Se piensa a menudo que cuando se trata de la relación entre leyes diferentes las inconsistencias pueden ser resueltas mediante dos simples reglas convencionales de interpretación, conocidas como *lex posterior* y *lex superior*.

Lex posterior significa que de dos leyes del mismo nivel, la última prevalece sobre la anterior. Sin duda que es un principio jurí-

dico fundamental, aunque no esté expresado como norma positiva, que el legislador puede derogar una ley anterior, y que puede hacerlo creando una regla nueva incompatible con la anterior, que ocupe su lugar. Pero no es correcto elevar este principio a la categoría de axioma absoluto. La experiencia muestra que no se le presta adhesión incondicional, sino que puede dejárselo a un lado cuando choca con otras consideraciones. El principio de *lex posterior*, por lo tanto, solo puede ser caracterizado como un importante principio de interpretación, entre otros. Además, la fuerza del principio variará según los diferentes casos de inconsistencia.

1) En el caso de incompatibilidad absoluta es muy difícil concebir consideraciones de suficiente peso como para justificar que se deje a un lado el principio de *lex posterior*.

2 a) Lo mismo ocurre en aquellos casos de inconsistencia total-parcial en que la regla última es la particular. En tal supuesto *lex posterior* opera en conjunción con *lex specialis*.

2 b) En los casos de inconsistencia entre reglas particulares anteriores y reglas generales posteriores, *lex specialis* puede, según las circunstancias, prevalecer sobre *lex posterior*. Imaginemos, por ejemplo, una ley anterior que contiene una regla general, a la que en leyes posteriores se le han introducido varias excepciones para situaciones particulares. Más tarde la primitiva regla general es remplazada por otra que no menciona las excepciones. En tal situación, para determinar si las excepciones anteriores pueden todavía ser consideradas válidas habrá que recurrir a otros datos y a consideraciones valorativas.

3) En los casos en que las reglas se superponen parcialmente, *lex posterior* da apoyo, por cierto, a la presunción de que la regla más reciente se encontrará en una situación de preferencia respecto de la anterior, pero esto no es incondicionalmente así. *Lex posterior* solo se aplica en la medida en que, en términos subjetivos, el legislador "tuvo la intención" de remplazar la ley anterior. Pero puede también haber tenido la "intención" de que la nueva regla se incorporara en forma armónica al derecho existente, como un suplemento del mismo. La decisión acerca de cuál de las dos posibilidades se aplica en un caso concreto dependerá, como de costumbre, de una prueba ajena al texto, o de la discreción.

Lex superior quiere decir que en un conflicto entre provisiones legislativas de diferente nivel, la ley de nivel más alto, cualquiera sea el orden cronológico, se hallará en una situación de preferencia respecto de la de nivel más bajo: la constitución prevalece sobre una ley, una ley sobre un decreto, y así sucesivamente.

Pero en la experiencia jurídica tampoco este principio es incondicionalmente válido. En primer lugar, la prioridad de la Cons-

titución depende de que los tribunales tengan competencia para revisar la constitucionalidad material de las leyes. Y aun cuando los tribunales tengan tal competencia, a menudo se rehusarán en los hechos a hacerse cargo del conflicto y a declarar la invalidez. En tales casos, seguramente, prestarán acatamiento formal a *lex superior*, pero se negarán a admitir la existencia de un conflicto que en otras circunstancias habrían reconocido. En segundo lugar, la instancia legislativa superior puede ser competente para autorizar a la inferior a dictar reglas que tengan fuerza derogatoria respecto de normas de un nivel inmediatamente superior. Así, por ejemplo, una ley puede autorizar al Poder Ejecutivo a dictar decretos que puedan derogar leyes vigentes o apartarse de ellas, o autorizar a los particulares a celebrar transacciones contrarias a normas legislativas (de aquellas que no se aplican si las partes pactan otra cosa). No puede excluirse la posibilidad de que los tribunales, aun sin autoridad para ello, se aparten de *lex superior*.

Redundancia

Hay redundancia cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma. Una de las dos normas, en la medida en que ello ocurre, es redundante. En la conversación diaria, con frecuencia, salpicamos nuestras expresiones con redundancias (“¡No digas mentiras, cuéntanos cómo ocurrieron realmente las cosas!”) En la redacción de las leyes, donde se requiere mayor cuidado, se busca evitar decir más de lo necesario. Se da por presupuesto que una ley no contiene redundancias y una coincidencia aparente de dos normas, por lo tanto, lleva a interpretar a una de ellas de manera tal que la aparente redundancia desaparezca. Pero no es posible sostener que existe un principio incondicional de interpretación según el cual no puede haber redundancias. Es menester tomar en cuenta la posibilidad de que quien tuvo a su cargo redactar la ley no advirtiera la coincidencia (en especial si se trata de una redundancia que surge al comparar la ley con una norma anterior); o la posibilidad de que por razones históricas se deseó poner de relieve un punto de vista particular; o que para proporcionar un cuadro general (en beneficio, particularmente, del lector no experimentado) se consideró necesario incluir en un solo texto material que, de otro modo, tendría que ser buscado en otra parte (enunciados *ex tuto*).

En realidad, la teoría de la redundancia podría ser desarrollada en forma semejante a la teoría de la inconsistencia, pero tal desarrollo tendría poco interés. El punto esencial es que para la redundancia tampoco hay solución mecánica; la decisión tiene que basarse en consideraciones diversas, entre las que se encuentra la presuposición general de que no hay redundancias.

Presuposiciones

Si le digo a un niño que tiene una manzana en la mano: "Dame la manzana que robaste", y el niño no ha robado la manzana, la directiva no puede cumplirse. Sea que el chico decida entregar la manzana o retenerla consigo, su decisión estará fundada en motivos e ideas que nada tienen que ver con el acatamiento a la directiva. Algo similar ocurre cuando una regla hace presuposiciones incorrectas o defectuosas. Los problemas que surgen en tal caso no pueden ser resueltos por interpretación lingüística, sino que hay que recurrir a otros datos de interpretación o a la discreción.

Hay falsas presuposiciones fácticas cuando, por ejemplo, una ley califica a una sustancia inocua de veneno, o prohíbe la pesca en un área que ahora es desértica, o reglamenta la navegación en un río que ya no es más navegable, o dispone que la administración debe consultar a un organismo que ya no existe. Hay falsas presuposiciones jurídicas cuando una norma hace presuposiciones incorrectas o defectuosas sobre el contenido del derecho vigente o respecto de situaciones jurídicas específicas. Por ejemplo, que en California la mayoría de edad se adquiere a los 30 años, o que las mujeres no tienen derecho al sufragio, o que una cierta zona se encuentra bajo una autoridad municipal diferente de la que en realidad le corresponde. Por supuesto, no es probable que tales errores gruesos ocurran. Por otra parte, es fácil que se incurra en errores menos graves, especialmente cuando una ley hace referencia a leyes anteriores, que posteriormente son derogadas por otras, y se olvida que las referencias deben ser modificadas en forma concordante.

De las falsas presuposiciones fácticas o jurídicas surgen problemas de interpretación que no pueden ser resueltos mediante reglas mecánicas. También aquí la armonía se logra con la ayuda del sentido común y de la discreción. La regla puede ser aplicada a pesar de la presuposición incorrecta o defectuosa, o modificada o considerada nula. En el caso de un error jurídico se presenta la cuestión de si puede considerarse que la presuposición autoriza a crear derecho de conformidad con su contenido.

Recapitulando sobre lo que hemos dicho acerca del conflicto de normas, resulta claro que no hay en realidad principios fijos para la solución mecánica de estos problemas. Todos los problemas lógicos de la interpretación son lógicos en el sentido de que pueden ser determinados mediante un análisis lógico de la ley. Pero no son en modo alguno lógicos en el sentido de que puedan ser resueltos con ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operan en forma mecánica. *Lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior* no son axiomas, sino principios de relativo peso que gra-

vitan en la interpretación al lado de otras consideraciones, en particular una valoración sobre la mejor manera de hacer que la ley esté de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular, o con los objetivos sociales supuestos.

XXVII PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN. III: SEMÁNTICOS

Los problemas semánticos de la interpretación, en sentido restringido, son aquellos que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases.

Son de aplicación a este tópico, en lo principal, los comentarios hechos en el par. XXIV. Debe recordarse, en particular, que la mayor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas, esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre; y que el significado preciso de una palabra en una situación específica está siempre en función de la unidad total o entidad: la expresión como tal, el contexto y la situación.

Por lo tanto, es erróneo creer que la interpretación semántica comienza por establecer el significado de las palabras individuales y llega al de la expresión por la suma de los significados parciales. El punto de partida es la expresión como un todo con su contexto, y el problema del significado de las palabras individuales está siempre unido a este contexto. La palabra "casa" puede designar una gran variedad de objetos. Se habla de casa habitación, de la casa que lleva a cuestas un caracol, de casas de prisión, de casas de familias reales, etc. En ciertas circunstancias (como todo niño sabe) un zapato viejo puede ser una casa. Pero en una ley de la vivienda la mayor parte de tales posibilidades quedan descartadas por absurdas.

Es erróneo también, por lo tanto, creer que un texto puede ser tan claro que es imposible que suscite dudas en cuanto a su interpretación.⁹ Tal como vimos en el parágrafo XXV *in fine*, tal claridad solo es alcanzable —siempre que haya un cierto mínimo de

⁹ Este punto de vista erróneo está, empero, difundido. El proyecto del Code Civil del año VII contenía esta provisión: "*Quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder le texte sous prétexte d'en respecter l'esprit*". En relación con esto dice Henri Lévy-Bruhl en la obra colectiva *Introduction a l'étude du droit*, 1951, 283: "Si la norma es clara es inútil y hasta peligroso, interpretarla". La Corte Internacional (la Corte Permanente de Justicia Internacional) ha declarado repetidamente que "los trabajos preparatorios no pueden ser invocados para interpretar un texto que es, en sí mismo, suficientemente claro". Véase, por ejemplo, *Interpretation of the Statute of the Memel Territory*, C.P.J.I., Serie A/B, N° 47, pág. 249, y *Employment of Women during the Night*, C.P.J.I., Serie A/B, N° 50, pág. 378.

sentido común— respecto de la interpretación sintáctica, no respecto de la interpretación semántica en sentido restringido. En cuanto pasamos del mundo de las palabras al mundo de las cosas, encontramos una incertidumbre fundamentalmente insuperable¹⁰ aun cuando en situaciones típicas la aplicación del texto no ofrezca ninguna duda.

Por ello, tampoco la interpretación semántica es un proceso mecánico. Salvo en los casos de referencia clara y obvia, el juez tiene que tomar una decisión que no está motivada por el mero respeto a la letra de la ley.

XXVIII INTERPRETACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En los párrafos precedentes hemos dado ejemplos de aquellos problemas de interpretación que enfrentan los jueces y las otras autoridades de aplicación del derecho.

Dirigimos ahora nuestra atención al problema de cómo son resueltos esos problemas en la administración de justicia.

Con esto no queremos decir cómo deben ser resueltos. Tal como se verá con más detenimiento en el par. XXXI, las teorías en boga sobre la interpretación tienen un contenido normativo. Esto es, se proponen dar directivas que prescriben cómo debe ser interpretado el derecho en la administración de justicia. En la medida en que esas directivas derivan de ideas preconcebidas referentes a la “naturaleza del derecho”, “el concepto del derecho”, “el propósito de la administración del derecho”, y cosas semejantes, equivalen a postulados dogmáticos. En la medida en que están fundadas en consideraciones prácticas de ventajas y desventajas sociales apreciadas en relación con ciertos valores presupuestos, equivalen a sugerencias de política jurídica dirigidas al juez. En ambos casos —salvo cuando en forma más o menos casual reflejan el método seguido en la práctica por los tribunales —tales directivas carecen de valor para comprender el derecho positivo y para predecir decisiones jurídicas futuras.

Nuestro problema es de naturaleza analítico-descriptiva, esto es, intentamos describir cómo ocurre en la práctica la interpretación. Corresponde al estudio doctrinario de un sistema jurídico específico realizar un análisis más concienzudo. Una teoría general del método solo puede mostrar los factores generales que operan en toda administración de justicia y bosquejar una tipología general a fin de caracterizar las variedades de estilo de método e interpretación existentes. Además, tal descripción y tipología son requisito previo

¹⁰ Quizás haya que exceptuar las designaciones individuales (nombres) y los números.

esencial de un examen político-jurídico racional del método. Sin la comprensión de lo que realmente ocurre en la administración de justicia, falta la base necesaria para establecer objetivos de política jurídica bien fundados respecto de cómo debe tener lugar dicha tarea.

En primer lugar, es esencial tener una idea clara de la actividad del juez cuando hace frente a la tarea de interpretar y aplicar la ley a un caso específico.

Nuestro punto de partida es que la tarea del juez es un problema práctico. El juez tiene que decidir si habrá de ejercerse o no la fuerza contra el demandado (o el acusado). Por supuesto que el conocimiento de diversas cosas (los hechos del caso, el contenido de las normas jurídicas, etc.) desempeña un papel en esta decisión y, en esa medida, la administración de justicia se funda en procesos cognoscitivos. Pero esto no modifica el hecho de que la administración de justicia, aun cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia, sin lugar a dudas, una decisión, un acto de voluntad.

Como toda decisión deliberada —ver más en detalle en el par. LXX— ella surge de un sustrato de la conciencia constituido por dos componentes: 1) un motivo que da a la actividad su dirección en procura de una meta, 2) ciertas concepciones operativas, esto es, elementos cognoscitivos que dirigen la actividad hacia dicho fin. (Para ilustrar este punto: mi decisión de salir con paraguas brota del deseo de no mojarme, como motivo, en conexión con la concepción operativa de que probablemente lloverá y de que el paraguas es un instrumento de protección.)

La primitiva teoría de la función de la administración de justicia, de naturaleza positivista-mecanicista, ofrecía un cuadro muy simple de estos componentes. Se suponía que el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). Se suponía que las concepciones operativas consistían en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados. El significado de una ley, por supuesto, no es siempre claro. A menudo tiene que ser descubierto mediante interpretación, pero la interpretación —según este punto de vista— es fundamentalmente una tarea teórico-empírica. Puede ocurrir que no se pueda establecer con certeza el significado, y que, en razón de ello, el juez tenga libertad para estimar qué es lo que en las circunstancias debe ser presumido como lo más probable. Pero una incertidumbre de este tipo caracteriza a muchos otros problemas cognoscitivos, y no afecta el carácter teórico de la interpretación.

Según este cuadro de la administración de justicia, el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómatas. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente ra-

cional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir.

Este cuadro no se asemeja para nada a la realidad.

Es equivocado, y para advertirlo basta con señalar que la interpretación —en el sentido de determinación del significado como hecho empírico— con frecuencia no conduce a ningún resultado cierto (ver par. XXIV). La inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intencional hacen que, a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. El caso no es obvio. Es razonablemente posible definir el significado de las palabras de tal manera que los hechos resulten comprendidos por la ley. Pero también es posible, en forma igualmente razonable, definir el significado de las palabras de tal manera que el caso quede fuera del campo de referencia de aquélla. La interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que solo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar. Pero el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidirse, y esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración. Su interpretación de la ley (en un sentido más amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento. Sus motivos no se reducen al deseo de acatar una determinada directiva.

Pero el cuadro es falso también en otro aspecto, por cuanto se basa en una apreciación de la actividad del juez que es psicológicamente insostenible. El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es un autómata que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como "correctas", de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, *standards* o valoraciones que hemos denominado tradición cultural (par. XIX). Bajo el nombre de conciencia jurídica material esta tradición vive en el espíritu del juez, y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho. La crítica del juez puede dirigirse así contra la decisión en el caso específico, que siente como injusta, no obstante aprobar la regla; o puede dirigirse contra la regla misma. La crítica puede aparecer en la conciencia del juez como una reacción emocional es-

pontánea; o resultar de un análisis consciente de los efectos de la decisión, hecho en relación con *standards* presupuestos. En todos los casos, estas actitudes participan activamente en el espíritu del juez, como un factor que motiva su decisión. En la medida de lo posible el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material, a fin de que su decisión pueda ser aceptada no solo como "correcta" sino también como "justa" o "socialmente deseable". Si la discrepancia entre la conciencia jurídica formal y la material excede cierto límite, el juez puede llegar a prescindir de restricciones obviamente impuestas por las palabras o por la intención del legislador. Su interpretación constructiva, en tal caso, no se reduce a buscar una mayor precisión, sino que enmienda los resultados a que llegaría una interpretación de la ley que simplemente averiguase lo que ésta significa.

Puede decirse así que la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica.¹¹ Sería erróneo limitar la actividad valorativa a aquellas ocasiones, relativamente raras, en que ella se manifiesta como desviación del resultado a que llevaría una interpretación meramente cognoscitiva de la ley. La conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones. Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo "justo" o lo socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales. Si los postulados político-jurídico-morales de su conciencia jurídica hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría podido también, mediante una argumentación adecuada, hallar la vía para una mejor solución.

Aunque la tarea de administrar justicia es mucho más amplia que la de interpretar la ley, en el sentido genuino de esta expresión, es común, sin embargo, usar la palabra "interpretación" para designar la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos, que surge de actitudes que están más allá del simple respeto al texto legal. Este uso lingüístico responde al deseo de ocultar la

¹¹ Esto no significa que los dos vectores aparecen en el espíritu del juez como motivos independientes a ser balanceados, en un paso subsiguiente, el uno contra el otro. Esto podría ocurrir, pero es más probable que ellos se fusionen en la actividad subconsciente del juez.

función creadora del juez, preservando la apariencia de que éste no es otra cosa que un portavoz de la ley. El juez no admite en forma abierta, por lo tanto, que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley (para más detalles ver par. XXX).

Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad.

Para llegar a una verdadera comprensión de la función del juez es importante subrayar esta naturaleza doble. Pero al mismo tiempo hay que reconocer que la distinción entre la función cognoscitiva y la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica, lo que imposibilita decir con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra. Esto es así porque es imposible para el propio juez, así como para los demás, distinguir entre las valoraciones en las que se manifiestan las preferencias personales del juez y las valoraciones atribuidas al legislador, que son, por lo tanto, datos para una interpretación puramente cognoscitiva. Tal como señalamos en el par. XXIV, la función determinativa de significado del contexto consiste en el hecho mismo de que proporcionan un fundamento para presumir qué es lo que el autor puede razonablemente haber querido decir en la situación dada. Del mismo modo, toda interpretación jurídica en sentido propio incluye presunciones respecto de los criterios y valores sociales que motivaron al legislador. Si el juez, errónea o acertadamente, identifica sus propias valoraciones con las de aquél, los dos tipos de interpretación se fusionan en su espíritu. La situación es paralela a aquella de que hablamos en la parte final del parágrafo IX al ocuparnos del límite impreciso entre la intención teórico-jurídica y la intención político-jurídica que se advierte en la doctrina. De aquí se sigue que existe un límite borroso entre a) aquellos casos en los que el juez cree que hay —en la ley misma o en su historia legislativa— ciertos elementos que prueban que su interpretación concuerda con la intención del legislador; b) aquellos casos en los que, con acierto o con error y sin tener una clara conciencia de ello, el juez identifica sus propias actitudes pragmáticas con las del legislador; y finalmente c) aquellos casos en los que el juez se da cuenta de que está interpretando la ley a la luz de ideas que no pueden ser atribuidas al legislador, y que incluso posiblemente se hallan en oposición directa con las intenciones de este último.

En las páginas anteriores hemos enunciado los factores generales que están presentes en toda administración de justicia: por un lado, una actividad puramente cognoscitiva dirigida a expresar ciertos datos; por otro, una actividad emotivo-volitiva fundada en valoraciones sociales y en observaciones sociológico-jurídicas. Pero se pueden distinguir dentro de esta estructura diversos tipos de estilos de interpretación, que varían con la fuerza relativa de cada uno de estos factores y con los datos que convencionalmente se toman en consideración en el caso de la interpretación de la ley en sentido propio (el factor cognoscitivo).

a) De acuerdo con el grado de libertad que el juez se atribuye en la interpretación de la directiva de la ley, a la luz de los reclamos de la conciencia jurídica material y de las exigencias sociales, puede distinguirse entre un estilo de interpretación (relativamente) *libre* y un estilo (relativamente) *limitado*. Sin embargo, es difícil decidir si la diferencia en estilo es tan grande como puede parecer a primera vista. Puede que la diferencia no esté tanto en el grado de libertad de que goza el juez, como en la franqueza con la que esta libertad es reconocida.

A mediados del siglo pasado se desarrolló en Francia y Alemania un estilo de interpretación claramente limitado. En armonía con una doctrina de las fuentes del derecho estrictamente positivista, se quiso crear la apariencia de que, en todos los casos, era posible derivar una decisión de la ley con la ayuda de la interpretación lingüística y de los métodos lógicos de inferencia, o construirla por deducción a partir de conceptos jurídicos presupuestos ("jurisprudencia de concepciones" o "jurisprudencia mecánica").¹² Hacia fines del siglo pasado y a comienzos del presente, surgió una fuerte oposición en ambos países. En Francia fue conocida como *le combat pour la méthode* y en Alemania como *die Freirechtsbewegung*.¹³ El método tradicional fue calificado de "reverencia a los textos", y de "construcción de conceptos formalistas".¹⁴ Y sus opositores exigieron que el juez tuviera una mayor libertad para inspirarse en la vida, en las necesi-

¹² Véase, además, ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. II, 3 y IV, 6.

¹³ Véase, además, *ibid.*, cap. III, 4-9, y VII con bibliografía detallada.

¹⁴ Un ejemplo típico es la siguiente caricatura de la concepción positivista del juez:

"Este docto funcionario superior está sentado en su celda, equipado únicamente de una máquina de calcular, aunque, por cierto, de la mejor calidad. El único mueble de la habitación es una mesa verde sobre la que se encuentra, delante de él, el código. Podemos colocar ante sus ojos cualquier caso, real o ficticio, y él podrá, pues tal es su deber, establecer con exactitud absoluta la decisión predeterminada por el legislador, utilizando tan solo operaciones lógicas y una técnica secreta que solo él entiende". GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, 7.

dades y en los intereses prácticos. Esta exigencia estaba ligada a ideas de un "derecho natural", desarrollado por la ciencia sobre fundamentos filosóficos o sociológicos, para complementar el derecho positivo (*la libre recherche scientifique; das freie Recht*). No es fácil decidir en qué medida este movimiento fue expresión de una exigencia genuinamente político-jurídica en pro de un nuevo espíritu en la administración del derecho, y en qué medida fue meramente una transacción, en el campo de teoría jurídica, con las ficciones formalistas de la interpretación entonces en boga.¹⁵

b) Otra diferencia en estilo de interpretación es la amplitud con que se toman en consideración elementos de juicio ajenos a las palabras de la ley. En el párrafo XXIV se examinó la diferencia entre la llamada interpretación *subjetiva* y *objetiva*; de acuerdo con esto puede formularse una distinción entre estilo subjetivo y estilo objetivo de interpretación de la ley. Es inconcebible un estilo de interpretación completamente objetivo, en el sentido de que se funde exclusivamente en las palabras de la ley. La actitud del juez hacia la ley estará siempre influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho. Nunca podrá evitar tomar en cuenta que el texto que tiene ante sus ojos no es un trozo de ficción ni un artículo científico, sino precisamente una ley, esto es, un instrumento de dirección política, que se origina en intereses e ideas en conflicto, y que apunta a ciertos objetivos sociales. La comprensión de la ley por parte del juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquélla. Lo único que realmente distingue un estilo subjetivo de un estilo objetivo de interpretación es que de acuerdo con el primero, y no con el segundo, se admite echar mano de los antecedentes de la ley como prueba para demostrar el propósito de ésta y arrojar luz sobre los detalles de su significado.

Esta distinción entre interpretación subjetiva y objetiva no coincide con la distinción entre interpretación libre y limitada. La primera se refiere al modo en que tiene lugar la interpretación en sentido propio; la segunda, al grado de libertad con que el juez reacciona frente a los resultados de esta interpretación. Hay, empero, una conexión entre ambas. Precisamente porque la interpretación objetiva rechaza ciertos datos de interpretación (los antecedentes de la ley) y se atiene únicamente al texto mismo, conducirá frecuentemente a resultados menos precisos que la interpretación subjetiva,

¹⁵ Como un producto extremo de las ideas del derecho libre es frecuente citar al juez francés Magnaud, quien durante la última década del siglo pasado fue presidente del tribunal de Chateau-Thierry. Por sus decisiones, caracterizadas por una gran humanidad y por un escaso respeto a la letra de la ley, se ganó el apodo de *le bon juge*. Confróntese H. LEYRET, *Les Jugements du p.ésident Magnaud*, 1900.

dejando así mayor ámbito para la libertad del juez. En un cierto sentido, en consecuencia, la interpretación "objetiva" es más subjetiva que la subjetiva.

¿De qué modo los antecedentes de la ley pueden proporcionar información sobre las intenciones del "legislador"? Si el legislador fuera una persona individual, que preparara por sí misma las leyes, no habría problemas. Pero en la realidad no hay tal legislador unipersonal, y las leyes, así como el material aclaratorio de las mismas, son en gran medida producto del trabajo de personas que no integran la legislatura. Lo único decisivo para la aprobación de una ley es que el texto, en su versión final, obtenga el número requerido de votos en el parlamento. La real "voluntad del legislador" se encuentra, en último grado, en los miembros de la cámara que han votado el proyecto de ley. Pero, ¿cómo es posible que la historia del proyecto proporcione información acerca de las actitudes de estas personas que quizá ni siquiera lo conocen, sino que, como cosa de rutina, se limitaron a votarlo?

La respuesta se halla, quizá, en una convención. Una vez que se admite la importancia de los antecedentes legislativos, dicha convención sirve de base para la conclusión razonable de que la pasividad de los miembros que votaron puede ser considerada como expresión de que, al hacerlo, aprobaron las opiniones aclaratorias de la ley vertidas en el curso del proceso de sanción de ésta. Porque de acuerdo, precisamente, con esta convención, los miembros de la legislatura tienen un motivo para familiarizarse con lo que ocurre durante ese proceso, y si no se oponen a lo expresado en el curso del mismo, tal actitud será interpretada como aprobación. Puede también decirse que lo que se pone a votación no es únicamente el texto, sino el texto a la luz de las notas aclaratorias que lo acompañan y de otras partes de los antecedentes de la ley.

De acuerdo con estos puntos de vista, diversas circunstancias influyen en el peso que se acuerda a las diversas partes de los antecedentes legislativos. La importancia de las notas del proyecto depende de la medida en que éste fue modificado durante su paso por el Parlamento. Las notas no son vueltas a redactar si el proyecto se modifica. Mientras más cuidadosamente haya sido preparado el proyecto —particularmente si es obra de una comisión de expertos— mayor es el peso que se atribuye a las notas que lo acompañan. Dada la importancia del trabajo en comisión para la redacción de un proyecto de ley, se asigna, en general, mayor peso a las manifestaciones contenidas en un informe de comisión que a las manifestaciones vertidas en la cámara.

No puede negarse que la interpretación subjetiva se traduce en falta de certidumbre. Hace difícil a los ciudadanos saber cómo tienen que comportarse. Esta circunstancia y la tradicional aversión de los ingleses hacia el derecho legislado, (que es considerado como

una intrusión en el territorio del *common law*) explica por qué la teoría jurídica inglesa solo admite un uso muy limitado de la historia de la ley para la interpretación de ésta. Los diarios de sesiones no son admitidos como prueba del propósito perseguido por una ley, y el informe de una Comisión Real solo puede ser usado para mostrar en qué estado se encontraba el derecho antes de la aprobación de la ley. Los jueces ingleses, por lo tanto, tienen que formarse opinión acerca de los propósitos de la ley únicamente en base a la ley misma.¹⁶

En Europa continental y en los Estados Unidos, es usual que se reconozca a los antecedentes de la ley el carácter de elemento de interpretación. Por supuesto esto no significa que la historia de la ley sea "obligatoria" para el juez; ella constituye, en la interpretación en sentido propio, solo un elemento entre otros, que puede ser contrabalanceado por valoraciones y consideraciones en sentido contrario. Mientras más libre es la interpretación, más fácilmente puede suceder que el juez llegue a prescindir de manifestaciones claras que aparecen en los antecedentes legislativos. Estos últimos son primariamente importantes para la elección entre alternativas cuando el juez no tiene una preferencia particular.

Los antecedentes legislativos se tornan menos importantes a medida que la ley envejece. La interpretación subjetiva de la ley asume entonces el carácter de interpretación histórica de la ley. A pesar de ciertas ideas dogmáticas referentes a "la voluntad del legislador", es prácticamente inevitable que el juez se resista al poder de los muertos si las condiciones de la vida presente favorecen una interpretación animada de un nuevo espíritu.¹⁷ Esto es particularmente importante para la interpretación de las leyes constitucionales que a menudo permanecen estáticas, mientras las condiciones de la vida política siguen evolucionando. En tales circunstancias puede tener lugar una amplia *Verfassungswandlung*¹⁸ o metamorfosis de la Constitución sin que se opere ningún cambio en el texto de ésta.

¹⁶ Ver, por ejemplo, G. W. PATON, *Jurisprudence*, 1946, 191; W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2ª ed. 1949, 282; C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 4ª ed., 1946, 404 y sigs.

¹⁷ Ballot-Beaupré, presidente de la Corte de Casación, en oportunidad del centenario del Code Civil, en 1905, expresó vivamente este punto de vista en las siguientes palabras, tantas veces citadas: "(El Juez) no debe dejarse llevar por una búsqueda obstinada de lo que era, hace cien años, la idea de los autores del Código; debe preguntarse cuál sería esta idea si aquéllos tuvieran que redactar hoy el mismo artículo; debe comprender que, tomando en cuenta todos los cambios ocurridos, durante un siglo, en la moral, en las instituciones y en las condiciones económicas y sociales de Francia, la justicia y la razón exigen una adaptación liberal del texto a las realidades y a las necesidades de la vida moderna".

¹⁸ GEORG JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1908.

XXIX LOS FACTORES PRAGMÁTICOS EN LA INTERPRETACIÓN

En los parfs. XXIV y XXVII se destacó que toda interpretación tiene su punto de partida en la expresión como un todo, en combinación con el contexto y la situación en la que aquélla se da. Es erróneo creer, pues, que el punto de partida son las palabras individuales consideradas en su significado lingüístico natural. Este significado lingüístico tiene una amplia aplicación, pero tan pronto como una palabra se da en un contexto, su campo de referencia queda restringido. Por ejemplo, la palabra "casa", desde un punto de vista puramente lingüístico, ¿qué es lo que no puede abarcar? Pero si aparece en una ley de la vivienda, la mayor parte de esas posibilidades quedan automáticamente excluidas (par. XXVII).

Se sugirió también que la función determinativa de significado del contexto consiste en el hecho de que éste ofrece una base para conclusiones acerca de lo que el autor razonablemente puede haber querido decir. Específicamente, al interpretar las leyes, "razonable" significa lo que es en la práctica razonable. La interpretación se basa aquí en la suposición de que el legislador quiso sancionar provisiones que en sus efectos prácticos armonizaran con las exigencias, valoraciones o actitudes que presumiblemente gravitaban sobre él.

Los factores pragmáticos en la administración de justicia son consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas. Los factores pragmáticos son colocados aquí en contraste con los factores puramente lingüísticos. Su influencia se hace sentir en un grado mucho mayor del que generalmente se admite. Como regla, el "cero" de la escala de medida de la interpretación pragmática se coloca al nivel del "sentido lingüístico natural en consonancia con el significado usual de las palabras". Pero, tal como dijimos más arriba (par. XXIV y XXV), este *standard* mismo está en realidad teñido, aun cuando en forma más o menos inconsciente, por la razonabilidad práctica del resultado. Por ejemplo, si una regla constitucional establece que cada Cámara designará "quince miembros" para formar una comisión, resulta claro que esto significa quince miembros de la cámara pertinente, y no, por ejemplo, quince miembros de un club deportivo. Esto es tan obvio que tenemos que hacer un esfuerzo para advertir que podría ser posible tomar la regla en un sentido distinto de ese sentido "obvio". Sin embargo, es verdad que en éste y en innumerables casos similares la interpretación se halla codeterminada por consideraciones pragmáticas en la forma de "sentido común".

En consecuencia, tenemos que afirmar claramente que la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente, sino

que desde el comienzo está determinada por consideraciones pragmáticas en la forma de "sentido común".

En lo que sigue, sin embargo, dejaremos a un lado los factores pragmáticos implícitos en el simple "sentido común" y nos ocuparemos únicamente de los factores pragmáticos "superiores", que aparecen como deliberaciones acerca de las consecuencias que tendrá una cierta interpretación, estimadas y mutuamente ponderadas a la luz de valores fundamentales. Este tipo de razonamiento es lo que estamos acostumbrados a llamar argumentos basados en consideraciones prácticas ("razón"). En lo que a esto respecta, no hay diferencia fundamental entre la argumentación político-jurídica de *lege ferenda* y de *sententia ferenda*. La diferencia consiste únicamente en los límites puestos por las palabras de la ley a la libertad de acción en la administración de justicia.

Sería impracticable enumerar o clasificar las posibles valoraciones en la interpretación pragmática. Esta puede considerar no solo los efectos sociales previsibles, sino también la finura técnica de la interpretación y su concordancia con el sistema jurídico y las ideas culturales sobre las que dicho sistema reposa. Aquí destacamos únicamente el punto de vista negativo, a saber, que la interpretación pragmática no puede ser identificada con la interpretación desde el punto de vista del propósito o línea de orientación de una ley, y que la expresión corriente "interpretación teleológica" es, por lo tanto, demasiado restringida.

Primero: aun cuando el propósito de una actividad pueda ser establecido en forma inequívoca, no proporciona la única guía para esa actividad. Porque nunca ocurre que una persona persiga un propósito único con exclusión de todas las consideraciones restantes. Por ejemplo, si el propósito al construir un puente es crear mejores medios de comunicación entre dos regiones de un país, este propósito exige que el puente sea lo más útil posible. Pero esta exigencia tiene que ser contrabalanceada por consideraciones tales como costo, posible interferencia con la navegación, razones estéticas, exigencias militares y políticas, intereses locales y muchas otras. El propósito indica el efecto directamente buscado. Pero es también necesario tomar en consideración los diversos efectos incidentales en otras direcciones. Lo mismo ocurre con la actividad que consiste en legislar y ejecutar la ley. Tampoco aquí es posible mantener la mirada rígidamente fija en la *ratio* aislada de la ley individual, y es menester adoptar enfoques valorativos más amplios.

Segundo: a menudo es imposible establecer, sin ambigüedad, el propósito de una ley. Sobre una base subjetiva quizá sea posible obtener informaciones acerca de qué es lo que se propuso realizar

el legislador.¹⁹ Pero si la historia legislativa guarda silencio a este respecto, o si se siguen principios objetivos de interpretación, ¿cómo podría obtenerse una información semejante? ¿Cuáles de los efectos calculables han de ser elegidos como el propósito de la ley? En tales condiciones el "propósito de la ley" es en mayor o menor medida una construcción arbitraria.

Por último: a menudo es imposible atribuir algún propósito a una ley. Hay un propósito evidente, sin duda, en aquellas medidas mediante las que el legislador de nuestros días interviene en forma técnica y administrativa en la vida de la comunidad: leyes económicas, leyes reguladoras del comercio y la industria, medidas de justicia social, leyes referentes a construcciones, a la salud, etc. Por otra parte, en las normas que hacen a nuestras instituciones jurídicas centrales, que están profundamente arraigadas en la tradición cultural, parece imposible percibir algún propósito. Por ejemplo, ¿cuál es el propósito de nuestras leyes de matrimonio, divorcio, propiedad y herencia? Cualquier cosa que pueda decirse acerca de esto es trivial. Por ejemplo, que el propósito de las normas sobre divorcio es habilitar a la gente a tener un razonable acceso al divorcio. El hecho es que las instituciones jurídicas, fundamentalmente, existen como postulados culturales a título propio, y no porque sirven algún propósito social.

En resumen: la interpretación pragmática es la integración de una multiplicidad de valoraciones; y el propósito de la ley solamente indica una consideración única dentro de esta multiplicidad. Si a pesar de ello se prefiere usar la expresión interpretación "teleológica" (en lugar de interpretación "pragmática"), es menester subrayar que *telos* no designa el propósito aislado de la ley individual, sino que *pars pro toto* se refiere a todas las consideraciones admisibles.

De acuerdo con el resultado de la interpretación comparado con los "significados lingüísticos naturales" del texto, la interpretación pragmática puede ser *especificadora*, *restrictiva* o *extensiva*.

a) La interpretación especificadora tiene lugar cuando las consideraciones pragmáticas son decisivas para la elección entre varias interpretaciones, todas ellas posibles y razonables dentro del "significado lingüístico natural" del texto. La elección puede referirse a dudas interpretativas de naturaleza sintáctica, lógica o semántica; las últimas pueden consistir en ambigüedad o en vaguedad.

El autor noruego Per Augdahl cita un curioso ejemplo de una osada interpretación pragmática especificadora. Durante la guerra entre Noruega e Inglaterra una orden de 1807 declaró que, entre otras cosas, las "monturas y *tømmer*" eran contrabando de guerra

¹⁹ A veces el propio texto legal contiene tal información.

(cosas que pueden ser aprehendidas como presas). *Tømmer* es una palabra ambigua. Puede significar madera o bridas. Un buque neutral, con un cargamento de vigas, mástiles, arboladuras, etc., que navegaba hacia Inglaterra, fue capturado por un corsario noruego, llevado a Kristiansand y sometido al tribunal de presas local. ¿Era ese cargamento una presa? De acuerdo con el contexto de la orden resultaba innegablemente claro que el sentido que se quiso expresar era el de "bridas" y el Tribunal de Presas, en razón de ello, liberó el buque. Pero la Suprema Corte del Almirantazgo, al conocer de la apelación, declaró que el buque era una presa. Se trataba de una guerra naval, y Noruega nada tenía que temer de la caballería inglesa. Los mástiles y arboladuras eran indispensables para la flota británica. Tomando en cuenta estos antecedentes no podía suponerse que la palabra *tømmer* se refería a bridas.

b) Se habla de interpretación restrictiva cuando las consideraciones pragmáticas excluyen la aplicación de una regla que según "el sentido lingüístico natural" sería aplicable. Aquí pueden distinguirse dos categorías subordinadas:

1) Hay una interpretación restrictiva en cuanto al propósito cuando la aplicación de la regla es superflua para la obtención del propósito de la ley. Por ejemplo, de acuerdo con la Constitución dinamarquesa toda persona arrestada debe ser traída ante el juez dentro de las veinticuatro horas. Si suponemos que el propósito de esta regla es el de asegurar a los ciudadanos contra restricciones a la libertad que excedan de un tiempo muy corto, es innecesario presentar al prisionero ante los tribunales cuando la policía está dispuesta a ponerlo en libertad antes de que hayan transcurrido veinticuatro horas. La provisión es, pues, interpretada restrictivamente.

2) La interpretación restrictiva de excepción está motivada por consideraciones contrarias, a pesar del hecho de que el caso en sí mismo está comprendido por el propósito de la provisión. Si las consideraciones contrarias han hallado expresión en otras reglas de derecho superpuestas, esta interpretación se confunde con la que tiene lugar en los casos de superposición de reglas (par. XXVI).

Es difícil dar ejemplos claros de este tipo de interpretación, pues normalmente los tribunales no se muestran dispuestos a admitir en forma abierta que están restringiendo la esfera de actuación de la ley. Prefieren decir, en cambio, que no es posible suponer que "el propósito de la ley" o "la intención del legislador" es que ella se aplique a un caso como el que tienen que decidir. Tal como hicimos notar más arriba, estas expresiones "teleológicas" son utilizadas para encubrir consideraciones pragmáticas del más cerrado tipo. El juez atribuye cortésmente a la voluntad real o hipotética del legislador todo aquello que él considera correcto.

c) Se habla de interpretación extensiva (interpretación por analogía) cuando las consideraciones pragmáticas se traducen en la aplicación de la regla a situaciones que, contempladas a la luz del "sentido lingüístico natural", se encuentran claramente fuera de su campo de referencia.

A primera vista podríamos hallarnos inclinados a suponer que la interpretación extensiva es análoga a la interpretación restrictiva. Pero un mejor examen nos demuestra que las cosas no son así. Tomando en cuenta el propósito, a menudo parece muy claro que, en ciertos casos, para realizarlo, no es necesaria determinada reacción jurídica, y que, por lo tanto, una interpretación restrictiva es la indicada. Por otro lado, rara vez será necesaria una interpretación extensiva para hacer que una regla de derecho alcance su propósito presupuesto. En esta situación hay que contemplar la posibilidad de que la restricción haya sido motivada intencionalmente por consideraciones contrarias. Sostener que esas consideraciones contrarias no prevalecen y que, por lo tanto, la regla debe ser extendida, requiere una investigación más detallada y denota una valoración mucho más radical de la regla jurídica. También la interpretación restrictiva de excepción a menudo aparece como algo obvio. Esto no ocurre en la interpretación extensiva.

El problema que subyace a la interpretación extensiva (interpretación por analogía) puede ser descrito de la siguiente manera. Si según su "sentido lingüístico natural" una regla se aplica a la esfera A), su extensión a la esfera B) presupone:

1) Que milita una valoración jurídica en favor de la aplicación de la misma a la esfera B). Tal valoración puede fundarse en particular en la concepción de que la regla es una formulación parcial, una revelación incompleta y esporádica de un punto de vista más general.

2) Que no hay diferencias entre A) y B) que puedan justificar el distinto tratamiento de los dos casos. Si, por ejemplo, una ley antigua utiliza palabras tales como "él" y "hombre", se puede sostener que en el derecho actual ya no subsiste la diferenciación jurídica entre hombres y mujeres, y que la ley, por lo tanto, debe extenderse por analogía a las últimas.

Se dice habitualmente que solo puede extraerse una analogía de A) a B), si B) no está ya comprendida por una ley. Sin embargo, este criterio no es respetado en la práctica, y no parece hallarse justificado. Hay que presuponer que la relación entre la regla análoga y una regla legislativa existente que se refiere al mismo caso será decidida como otros casos de conflicto de normas. Nada impedirá, por ejemplo, la extensión por analogía de una regla de excepción, aunque el caso esté comprendido por la (anterior) regla general.

d) No hay otras variantes posibles además de las mencionadas en a), b) y c). Una interpretación, comparada con el "sentido natural", es especificadora, restrictiva o extensiva. El tipo de interpretación conocido como conclusión *a contrario* no es una nueva variedad de interpretación pragmática superior, sino simplemente una parte del "sentido natural" o un rechazo de la extensión por analogía.

Se puede hablar de conclusión *a contrario espuria* cuando un significado acorde con el uso lingüístico acostumbrado se expresa indirectamente, pero sin ambigüedad. Si decimos: "Diez candidatos se presentaron al examen y uno de ellos aprobó", esto claramente significa que los otros nueve fueron aplazados. Sería caprichoso sostener que el enunciado solo dice que uno aprobó y que por lo tanto no excluye la posibilidad de que tal vez otros también hayan aprobado. En el lenguaje jurídico hallamos con frecuencia una forma similar de expresión. Cuando, por ejemplo, se dispone que una persona es mayor de edad al cumplir dieciocho años, esto significa sin lugar a dudas, que hasta entonces es menor de edad. En este caso, y en casos similares, la "conclusión *a contrario*" es simplemente parte de la interpretación lingüística general.

Sin embargo, una conclusión *a contrario* real (es decir, que va más allá de una interpretación lingüística general) no es una conclusión en sentido auténtico. Solo significa que el contenido de una regla jurídica únicamente se aplica con cierta limitación, excluyendo, de tal modo, la interpretación extensiva por analogía respecto de esa limitación. Unos pocos ejemplos aclararán más esto. Supongamos que una ley dice que una promesa ilegítimamente obtenida por la fuerza no es obligatoria para la persona que fue constreñida a formularla, si el propio beneficiario de la promesa ejerció la violencia o sabía o debió haber sabido que ella fue arrancada por un tercero en aquellas circunstancias. Se suele decir que de esto puede inferirse *a contrario* que la promesa es obligatoria si el beneficiario actuó de buena fe. Ahora bien, puesto que la aludida ley se presenta como una excepción a la regla general principal referente a la fuerza obligatoria de las promesas, la "inferencia" simplemente significa que entendemos la excepción con la limitación dada de que el beneficiario haya actuado de mala fe, con lo cual rechazamos la posibilidad de extender la regla por analogía a casos de buena fe. Del mismo modo, si una ley regla los casos en que el matrimonio puede ser disuelto, presumiblemente se "inferirá" *a contrario* que un matrimonio no puede ser disuelto en otros casos. Pero esto no significa otra cosa que el rechazo de la extensión por analogía de los casos de disolución. En conexión con el criterio general de que el matrimonio no puede ser disuelto salvo cuando la ley lo autorice, este rechazo conduce a dicho resultado.

En los documentos legislativos sistemáticos la conclusión *a contrario* se basa en la suposición de que la ley ha sido concebida

con tanta escrupulosidad que sus normas respecto de excepciones, condiciones, etc., pueden ser consideradas exhaustivas. También hay casos, empero, en los que la misma ley o sus notas aclaratorias, indican lo opuesto .

Se suele decir que podemos optar, frente al texto de una ley, entre extraer una conclusión por analogía o hacer una inferencia *a contrario*. De lo que se ha dicho resultará claro que en realidad optamos entre hacer o no hacer una interpretación extensiva por analogía.

XXX LOS FACTORES PRAGMÁTICOS Y LA TÉCNICA DE ARGUMENTACIÓN

El papel creador desempeñado por el juez en la administración de justicia, al definir con más precisión o enmendar la directiva de la ley, se manifiesta solo rara vez. Por lo común el juez no admite que su interpretación tiene este carácter constructivo, sino que, mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el "significado de la ley" o por la "intención del legislador". Trata así de preservar ante sus propios ojos, o por lo menos ante los ojos de los demás, la imagen examinada en el parágrafo XXVIII, es decir, que la administración de justicia solo está determinada por el motivo de la obediencia al derecho, en combinación con una captación racional del significado de la ley o de la voluntad del legislador.

Una vez que los factores de motivación combinados —las palabras de la ley, las consideraciones pragmáticas, la estimación de los hechos— han producido su efecto en el espíritu del juez e influido sobre él en favor de una determinada decisión, construye una fachada de justificación que a menudo no concuerda con lo que en realidad lo hizo decidir el caso en la forma en que fue decidido.²⁰

²⁰ Las observaciones siguientes, hechas por el Juez BERNARD BOTEIN, *Trial Judge*, 1952, 52, ilustran la función constructiva del juez, aunque se atienen a la ficción de que el juez solo "conforma" el derecho:

"El Juez indaga primero en los hechos, luego indaga en el derecho y por último escudriña su alma. Si las tres pesquisas apuntan en la misma dirección, su tarea será fácil, pero si divergen, no podrá ir muy lejos.

"Las leyes no están hechas para ser violadas por los jueces, pero en manos sensibles ellas poseen una cierta tolerancia elástica que les permite ceder para hacerse cargo de una situación especial. La ley rebotará (*snap back*) si es apretada demasiado por un juez insensible que la maneje con violencia. Puede ser deformada por un juez impulsivo.

"El juez experto conformará la ley dentro del ámbito de tolerancia de ella, para adecuarla a los perfiles del caso particular. El juez preciso y minucioso no verá esos perfiles, cegado por la rígida severidad de su plomada."

Si el juez se limita a aplicar la ley a los casos claros de referencia, se atiene a las palabras literales de aquélla, actitud que posiblemente se liga al rechazo de una concebible restricción de la misma, para lo cual aplica por analogía otras normas jurídicas. Por otra parte, si el juez desea dar una decisión que se encuentra en la zona dudosa de la regla (interpretación especificadora) o que incluso es contraria al "significado lingüístico natural" (interpretación restrictiva o por extensión), entonces busca apoyo para el resultado deseado doquiera pueda hallarlo. Si el informe de la comisión redactora de la ley puede ofrecer tal apoyo, se lo cita; si no puede ofrecerlo, se lo ignora. Cuando hay superposición de reglas, el juez goza de gran libertad, pues ello le ofrece amplia posibilidad para justificar el resultado deseado. Además, la interpretación restrictiva puede lograrse recurriendo al propósito probable de la ley. Las interpretaciones extensivas se apoyan en el argumento de que están reunidas las condiciones para el uso de la analogía. Si al juez no se le ocurre ninguna otra posibilidad, puede recurrir a meros postulados acerca de la supuesta intención del legislador, presumiendo simplemente que éste tiene que haber querido lo que es deseable para el propio juez.

El secreto de esta técnica de argumentación consiste en que no hay criterio que indique qué regla de interpretación ha de usarse. ¿Cuándo son decisivas las manifestaciones hechas durante el proceso de sanción de la ley? ¿Cuándo no hay consideraciones de suficiente peso como para dejarlas a un lado! ¿Cuándo ha de usarse la analogía, cuándo el razonamiento *a contrario*? En cierta medida la elección puede ser motivada por los datos de la interpretación. Tal como se dijo más arriba, el carácter sistemático de una ley puede ser una razón fuerte, en muchos casos incontrovertible, para rechazar la extensión por analogía. Fuera de esto no hay criterio externo que indique cuándo debemos recurrir a la inferencia por analogía y cuándo a la inferencia *a contrario*. Es común dar por sentado que la prohibición de llevar perros en un tranvía tiene que ser interpretada por analogía en el sentido de que incluye también a los monos, u osos u otros animales que ocasionan los mismos inconvenientes. Pero, según las circunstancias, sería igualmente posible extraer una conclusión *a contrario*, por ejemplo, si la prohibición estuviera motivada por el peligro de que se difundan ciertas enfermedades caninas. Supongamos que hay una regla que prohíbe andar en traje de baño y que nos preguntamos, en base a ella, si es lícito o no andar desnudo. ¿Debemos extraer una conclusión *a contrario* o por analogía? La decisión dependerá, sin duda, de que la prohibición esté colocada en un campo nudista o en un hotel de templanza.

Estas técnicas de argumentación son recursos que forman parte del equipo le cualquier jurista experimentado. Él tiene que saber

mediante la llamada construcción de conceptos. Se piensa que los efectos jurídicos posibles están determinados por un número limitado de conceptos dados, presupuestos por el orden jurídico. La decisión de un caso jurídico se obtiene mediante su clasificación en uno de los conceptos reconocidos, y la solución se deduce luego, de acuerdo con los efectos jurídicos que aquel concepto contiene. La doctrina alemana y francesa del siglo XIX en particular, constituyeron ejemplos representativos de una "jurisprudencia conceptual" de este tipo.

En contraste con esto, se encuentran las teorías del método de la "escuela del derecho libre" (correspondientes a las teorías jurídicas idealistas) según las cuales la validez del derecho se deriva de una idea, principio, o propósito, inherente al derecho: la idea de justicia, las predominantes actitudes ético-jurídicas del pueblo, el principio de solidaridad, el principio de justicia social, etc. La ley, de acuerdo con esto, es considerada como un intento más o menos fructífero de llevar a cabo esa idea, y la tarea de la interpretación legislativa se define como un "pensar plenamente" la ley, en armonía con el principio inmanente al derecho. Las teorías interpretativas del movimiento del derecho libre, según sean los presupuestos básicos que se adopten respecto de la naturaleza del derecho, pueden llevar el sello jusnaturalista o presentar un carácter sociológico-histórico-psicológico. En tiempos modernos ha sido corriente referirse, en particular, a consideraciones de propósito social y al balance de los intereses, como guías para la interpretación libre.²³

Las teorías del movimiento del derecho libre se encuentran más cerca de la verdad que las teorías positivistas. Detrás de la apariencia dogmático-normativa hay una comprensión correcta del hecho de que la administración de justicia no se reduce a una derivación lógica a partir de normas positivas. Las teorías positivistas ocultan la actividad político-jurídica del juez. De la misma manera que el jugador de ajedrez está motivado no solo por las normas del ajedrez, sino también por el propósito del juego y por el conocimiento de su teoría, también el juez está motivado por exigencias sociales y por consideraciones sociológico-jurídicas. El papel desempeñado por las consideraciones "libres" puede variar con el estilo de interpretación, pero jamás puede ser excluido por completo. La "lógica inmanente" que las teorías positivistas subrayan, es una ilusión. La "razón jurídica" inmanente o la regla de derecho misma, no puede ser separada del propósito práctico que se encuentra fuera de ella, ni las "consecuencias formales" pueden ser separadas de un ajuste valorativo de las reglas, en relación con los valores presupuestos.

²³ Ver, además, ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. III, 4-9 y VII, con bibliografía detallada.

Dentro de la doctrina de la interpretación en sentido restringido, tradicionalmente se hace una distinción entre las teorías llamadas subjetiva y objetiva. Según la primera, el propósito de la interpretación es descubrir la voluntad del legislador. Según la segunda, la ley es considerada como una manifestación objetiva del espíritu que, una vez generada, "vive una vida propia" y debe ser comprendida únicamente sobre la base de lo que de ella surja. La comunicación externa, "las palabras" y no "la voluntad" que está detrás de ellas, constituye lo jurídicamente obligatorio y, por ende, el objeto de toda interpretación.

Tal como vimos en el párrafo XXIV, esta distinción es falsa. Se refiere en realidad a los elementos de interpretación que se toman en cuenta. La teoría subjetiva y la teoría objetiva se distinguen por la importancia atribuida a la historia de la sanción de la ley. Este problema no puede ser resuelto sobre la base de ideas metafísicas acerca de si la "fuerza obligatoria" del derecho emana de "la voluntad" o de "la palabra". Sería posible analizar las ventajas y desventajas de uno y otro orden; pero en lo que hace al sistema jurídico vigente, es una cuestión de hecho saber si los tribunales siguen tradicionalmente un estilo de interpretación subjetiva u objetiva (párrafo XXIX).

CLA·DE·MA / Derecho

Colección dirigida por

Ernesto Garzón Valdés y Jorge Malem Seña

En la actualidad, la Filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución.

La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del derecho en el ámbito de lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica más que presentar soluciones definitivas.

AULIS AARNIO,
ERNESTO GARZÓN VALDÉS,
JYRKI UUSITALO (comps.)

*La normatividad
del derecho*

CARLOS SANTIAGO NINO

*La constitución de la
democracia deliberativa*

RODOLFO VÁZQUEZ (comp.)

Derecho y moral

OWEN FISS

*La ironía de la libertad
de expresión*

DENNIS F. THOMPSON

*La ética política y el ejercicio
de cargos públicos*

BRUCE ACKERMAN

La política del diálogo liberal

DAVID LYONS

*Aspectos morales
de la teoría jurídica*

J.G. RIDDALL

Teoría del derecho

TÍTULOS EN PREPARACIÓN

THOMAS NAGEL

La última palabra

DISTINGUIENDO

*Estudios de teoría y
metateoría del derecho*

por

Riccardo Guastini

gedisa
editorial

II

Introducción a las técnicas interpretativas

1. Dos tipos fundamentales de interpretación

Existen dos tipos fundamentales de interpretación:

1) por un lado, la interpretación que suele llamarse “literal” o “declarativa”;

2) por el otro, la interpretación que, conforme con la tradición, podemos denominar “correctora”.

Los dos conceptos son mutuamente excluyentes (no puede haber una interpretación que sea, al mismo tiempo, literal y correctora) y conjuntamente exhaustivos (no puede haber una interpretación que no sea literal ni correctora). Los dos conceptos, además, son lógicamente interdependientes: la interpretación correctora, en efecto, se define por contraposición a la literal. El concepto de interpretación literal es, pues, “primario”; el de interpretación correctora es “secundario”, en el sentido de que es lógicamente dependiente del otro.

Desgraciadamente, el concepto de interpretación literal es esquivo: no es posible ofrecer una definición precisa del mismo. Y esto convierte también en esquivo al concepto dependiente de interpretación correctora.

2. La interpretación declarativa

Según el punto de vista habitual, la interpretación literal o declarativa es aquella que no atribuye a las disposiciones normativas nada más que su “propio” significado. Pero este punto de vista no puede ser aceptado, ya que se funda en la idea in-

genua y falaz de que las palabras están dotadas, precisamente, de un significado “propio”, intrínseco, independiente de los usos. Si se abandona esta doctrina por no ser en absoluto confiable, desde el momento en que toda palabra es evidentemente susceptible de usos diversos, sólo queda la posibilidad de abandonar también la noción de interpretación declarativa o bien redefinirla de un modo más aceptable (aunque sin demasiado rigor).

A grandes rasgos, por interpretación literal o declarativa puede entenderse aquella interpretación que atribuye a una disposición su significado “literal”, es decir, el más inmediato —el significado *prima facie*, como suele decirse— que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas.

Esta definición peca de falta de rigor, por el simple hecho de que no es posible establecer con claridad cual es el significado literal de las palabras; de forma que tampoco es posible trazar una línea precisa de demarcación entre la interpretación literal y otros tipos de interpretación. El significado literal, en efecto, es una variable dependiente de la competencia lingüística y de la intuición lingüística de cada uno. Como tal, es algo ampliamente subjetivo.

Debe decirse además que los dos adjetivos, ‘declarativa’ y ‘literal’, con los que suele calificarse la interpretación en cuestión, no son perfectamente intercambiables: cada uno de ellos pone el acento sobre un aspecto distinto de la misma técnica interpretativa. Calificando una interpretación como “literal”, se subraya que esa interpretación se adhiere al significado, precisamente, literal de la disposición interpretada. Calificándola como “declarativa”, se subraya que se adhiere más bien al significado querido (que se supone querido) por el legislador, bajo la asunción tácita de que el legislador ha entendido “literalmente” lo que ha dicho.

En favor de la interpretación declarativa se suelen aducir principalmente dos argumentos: 1) el argumento del lenguaje común y 2) el argumento *a contrario* (en una de sus variantes).

2.1. El argumento del lenguaje común

El argumento del lenguaje común apela, muy simplemente, al significado ordinario —común, precisamente— de las palabras

y a las reglas gramaticales de la lengua comúnmente aceptadas.

Debe observarse, no obstante, que muy raramente el significado ordinario es unívoco y preciso. Toda expresión (término, sintagma) de uso común tiene un significado vago. Muchas expresiones (si no todas) están sujetas a usos diversos y a cada uso le corresponde un significado distinto (o al menos un distinto matiz de significado). Las propias reglas gramaticales son, a veces, muy elásticas. En suma, el significado ordinario es a menudo controvertido. De modo que la apelación al lenguaje común no es siempre un argumento resolutivo.

Además, las expresiones que pueden encontrarse en el lenguaje de las fuentes no son reconducibles a un género único. Sin pretender hacer un inventario completo, pueden mencionarse al menos las siguientes especies.

a) Expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario: el significado común de estas expresiones es aquel que registran los diccionarios de la lengua, que, por otra parte, casi siempre mencionan varios significados alternativos para una misma expresión.

b) Expresiones de lenguaje ordinario que, sin embargo, se tecnicizan en el discurso jurídico, adquiriendo un significado distinto del común: a veces *a*) en virtud de una definición legislativa, más a menudo *b*) en virtud de la elaboración dogmática de los juristas. El significado común de estas expresiones no puede obtenerse de los diccionarios de la lengua: se obtiene de los textos normativos (si existe una definición legislativa de la expresión en cuestión) o del uso de los juristas. Por otra parte, el uso de los juristas es raramente unívoco: distintas doctrinas sostienen usos distintos (y por ello distintos significados o matices de significado) de los términos implicados.

c) Expresiones pertenecientes a uno u otro lenguaje técnico (por ejemplo: el lenguaje de la química, el lenguaje de la ingeniería hidráulica, el lenguaje de la ciencia de las construcciones, etcétera). Estas expresiones no siempre son usadas también en el lenguaje ordinario ni siempre son registradas en los diccionarios de la lengua. Su significado común, de todas formas, se obtiene del uso que de ellas hacen los especialistas de una u otra disciplina científica o técnica.

El argumento del lenguaje común tiende a excluir que pueda atribuirse a una determinada disposición un significado distinto (más amplio o más estricto, poco importa) del literal.

2.2. El argumento “a contrario”

Se llama argumento *a contrario* a aquella forma de argumentar según la cual “ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit”, o bien: el legislador ha dicho exactamente lo que pretendía decir; y, en cuanto a lo que no ha dicho, evidentemente, no pretendía decirlo ya que, si hubiese querido decirlo, lo habría dicho. El argumento, evidentemente, se erige sobre la presunción de que existe una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo, e induce a excluir que se pueda atribuir a una determinada disposición normativa un significado más amplio (más extenso) de aquél sugerido por la interpretación literal. En otras palabras, el argumento *a contrario* se aduce –no, como algunos piensan, en favor de la interpretación restrictiva, sino– en favor de la interpretación literal o declarativa.

Dicho de otro modo: argumentando *a contrario*, se sostiene que una disposición de la forma “Si F, entonces G” debe ser entendida en el sentido de que “Sólo si F, entonces G”. Por ejemplo, la disposición “Los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente [...]” (art. 18.1, const. it.) es entendida en el sentido de que “Sólo los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente”.

2.2.1. La doble validez del argumento “a contrario”

Ahora bien, es necesario llamar la atención sobre la ambigüedad característica del enunciado “Sólo los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente” si es emitido (no por el legislador, sino) por un jurista. En el lenguaje común (no así en un eventual lenguaje formalizado) ese enunciado puede, en efecto, significar dos cosas bien distintas:

a) la constitución sólo confiere el derecho de asociación a los ciudadanos, y *calla* sobre los extranjeros y los apátridas (*falta* una norma constitucional que *confiera* ese derecho a los extranjeros y a los apátridas, y *falta* también una norma constitucional que *niegue* ese derecho a los extranjeros y a los apátridas);

b) la constitución sólo concede el derecho de asociación a los ciudadanos y, por ello, positivamente *excluye* a los extranjeros y a los apátridas del goce de ese derecho.

En el primer caso, el argumento *a contrario* es empleado como argumento puramente interpretativo (para atribuir a una disposición constitucional su significado literal). En el segundo, es usado como argumento productivo (para formular una nueva norma, implícita).

En el primer caso, la constitución presenta una laguna: no regula de ninguna forma la asociación de extranjeros y apátridas. En el segundo, la constitución —lejos de contener una laguna— contiene tanto la norma explícita que confiere aquel derecho a los ciudadanos (“Si F, entonces G”), como la norma implícita que niega aquel derecho a los extranjeros y a los apátridas (“Si no-F, entonces no-G”).

En el primer caso, entonces, el uso del argumento *a contrario* produce la creación de una laguna. En el segundo, el mismo argumento permite colmarla, mediante la formulación de una norma implícita.

Así, en esta segunda variante, también el argumento *a contrario* (junto al argumento analógico, que veremos enseguida) es una técnica de integración del derecho. Sin embargo, el argumento *a contrario* es comúnmente entendido (erróneamente) como un argumento puramente interpretativo, no productivo de nuevas normas. Esto requiere algunas palabras de explicación.

Este punto de vista encuentra su fundamento en una concepción imperativista y liberal del derecho. La idea subyacente es que los hombres son “naturalmente” libres, es decir, privados de obligaciones, y que el derecho es un conjunto de normas imperativas (mandatos) que, precisamente, imponen obligaciones a sus destinatarios, limitando así su libertad “natural” (prejurídica). Por otro lado, más allá del ordenamiento jurídico —allí donde el sistema jurídico no alcanza— queda siempre aún una zona de libertad “residual”: permanecen libres, en efecto, todos aquellos comportamientos que no son regulados por ninguna norma jurídica positiva.

Ahora, si el derecho está, por definición, constituido únicamente por normas imperativas, obviamente el argumento *a contrario* sólo puede usarse ante normas imperativas, ya que no hay otros tipos de normas. Por otro lado, argumentar *a contrario* en presencia de una norma imperativa conduce efectivamente a formular una nueva norma, pero la norma así formulada es una norma puramente permisiva. Por ejemplo: “Ya que el comportamiento en cuestión no está expresamente prohibi-

do, se debe concluir que está permitido”. Por otro lado, si el derecho es concebido como un conjunto de obligaciones, la formulación de una norma permisiva no constituye “verdadera” creación de derecho (sino sólo el reconocimiento de una zona de libertad prejurídica). Es por esto que el argumento *a contrario* se presenta, en esta concepción, como un inocuo argumento interpretativo.

De hecho, sin embargo, las fuentes del derecho están llenas no sólo de normas imperativas, sino también de normas permisivas. De modo que el argumento *a contrario* puede ser usado también ante normas permisivas. Argumentar *a contrario* en presencia de una norma permisiva conduce a formular nuevas obligaciones o prohibiciones, nuevas normas imperativas. Por ejemplo: “Dado que el comportamiento en cuestión no está expresamente permitido, debe concluirse que está prohibido”. Pues bien, la formulación de una nueva norma imperativa constituye creación de derecho, de forma absolutamente evidente, incluso para quien adopte una concepción imperativista del derecho.

En suma, colmar una laguna argumentando *a contrario* no es en absoluto una operación indolora, puramente interpretativa. No obstante, en nuestra cultura jurídica, colmar una laguna argumentando *a contrario* no es sentido como un acontecimiento “dramático”, como una intervención creadora del intérprete.

Puede observarse, para concluir, que la prohibición de la analogía en derecho penal se reduce a la obligación de usar el argumento *a contrario*, y más precisamente a la obligación de usar el argumento *a contrario* de forma no meramente interpretativa, sino productiva. Si no hay una norma que vincule una sanción penal a un cierto comportamiento, debe sostenerse que ese comportamiento es penalmente lícito. En otras palabras: en ausencia de una norma penal de la forma “Si C, entonces S” –donde C es una conducta y S una sanción penal– se debe concluir que existe una norma implícita de contenido negativo: “Si \bar{C} , entonces no-S”.

3. La interpretación correctora en general

La interpretación correctora, como ya se ha mencionado, se caracteriza por oposición a la declarativa o literal. Para quienes

conciben la interpretación literal de la forma tradicional, como atribución a los documentos normativos del significado que les es “propio”, la interpretación correctora se presenta obviamente como desviación del significado “propio” de las palabras (y eventualmente, como “corrección” de la voluntad legislativa, si se asume que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende decir y que, por ello, la interpretación literal es la más respetuosa con la intención del legislador). Pero, si en cambio se piensa que no existe en absoluto algo que sea el significado propio de las palabras, es necesario buscar una noción de interpretación correctora que sea más aceptable (aunque sea menos precisa).

Diremos entonces que es correctora toda interpretación que no atribuya a un texto normativo el significado literal más inmediato sino un significado *distinto*.

Un significado distinto del literal sólo puede ser *más estricto* o *más amplio* que aquél. Por ello, existen dos, y sólo dos, tipos de interpretación correctora, que requieren un análisis independiente: (1) la interpretación restrictiva, y (2) la interpretación extensiva.

3.1. La argumentación de la interpretación correctora

La interpretación correctora, evidentemente, debe basarse en argumentos que desacrediten como impracticable, y por tanto excluyan, la interpretación literal. Los argumentos en cuestión son esencialmente de tres tipos.

1) El argumento (llamado indiferentemente “lógico”, “psicológico” o “teleológico”) que apela a la voluntad, a la intención, a los objetivos del legislador: en suma, a la *ratio legis*. No debe atribuirse a un determinado documento normativo su significado literal, ya que eran distintos la voluntad, la intención o los objetivos del legislador.

Naturalmente, la intención del legislador o la *ratio legis* pueden ser invocadas también en apoyo de una interpretación declarativa (se entiende que el argumento debe ser integrado con la presunción de que el texto normativo es siempre y necesariamente el espejo fiel de la voluntad del legislador). Pero la apelación a la intención del legislador es sólo, en este contexto, un argumento accesorio y no estrictamente necesario.

El argumento en cuestión, por otra parte, requiere un análisis independiente: volveremos sobre él dentro de poco.

2) El argumento (llamado “ad absurdum”) que apela a la (supuesta) “razonabilidad”, del legislador, de forma que se excluye que el legislador pueda haber formulado normas “absurdas” o que conduzcan a resultados absurdos en sede de aplicación: no se debe atribuir a un determinado documento normativo su significado literal, ya que entendido de ese modo expresaría una norma absurda, o bien una norma que daría lugar a resultados absurdos en sede de aplicación.

Es apenas necesario destacar que la percepción de qué es absurdo y de qué es, en cambio, razonable, es algo absolutamente subjetivo y, por tanto, siempre controvertible. En los raros casos en que una determinada interpretación aparece como “obviamente” absurda, esto es, es sentida como absurda por la generalidad de los intérpretes en un contexto histórico (social, cultural, etcétera) determinado, el argumento en cuestión resulta totalmente inútil, ya que sirve para excluir una interpretación que nunca nadie soñaría proponer.

3) El argumento (llamado “naturalista”) que apela a la “naturalidad de las cosas” —es decir, concretamente, al cambio de las circunstancias de hecho (sociales, etcétera)— para desacreditar el significado literal de un documento normativo como (ya) no adecuado a la realidad.

Evidentemente, este tipo de argumento es escasamente practicable en la interpretación de documentos normativos relativamente recientes, mientras que puede ser muy persuasivo si es aplicado a fuentes relativamente antiguas.

3.1.1. La intención del legislador

Como ya se ha mencionado, el argumento que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador requiere un análisis independiente. Este presenta, en efecto, dos variantes destacables.

1) En una primera variante del argumento, la intención del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico, por decirlo así, “de carne y hueso”, esto es, con la voluntad de

los hombres que históricamente han participado activamente en la redacción y aprobación del documento normativo

La determinación de la voluntad del legislador —en la medida que sea posible cuando el legislador sea un órgano colegiado— no puede valerse más que de los llamados “trabajos preparatorios” (por ejemplo, de los debates parlamentarios).

2) En una segunda variante del argumento, la intención del legislador se identifica no ya con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, sino con una más impalpable “voluntad de la ley”, la *ratio legis*, considerada de forma abstracta.

Para determinar la “voluntad de la ley” —se sostiene— es necesario tener en cuenta exclusivamente el texto de la propia ley (o, como mucho, el texto de la ley y las circunstancias sociales que la han ocasionado) y *no* los trabajos preparatorios. Desde este punto de vista, en efecto, los trabajos preparatorios no reflejan la voluntad “objetiva” de la ley sino sólo las percepciones “subjetivas” de los legisladores. En otras palabras, esta estrategia argumentativa cumple fundamentalmente la función de desacreditar como irrelevante el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo de que se trate.

Naturalmente, apelar a la voluntad de la ley, como algo distinto de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que una forma de eludir, dejar de lado o sabotear la política del derecho perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política del derecho del intérprete.

4. La interpretación extensiva

El primer tipo de interpretación correctora es, como ya se ha dicho, la interpretación extensiva.

Se denomina extensiva a aquella interpretación que, precisamente, extiende el significado *prima facie* de una disposición, de forma que se incluyen en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no quedarían incluidos.

Desde ya debe decirse que la extensión del significado de una disposición tiende a diluirse en la formulación de una nor-

ma nueva (no reconducible como significado de aquella disposición). No hay entre las dos cosas una clara diferencia, sino una diferencia de grado. La extensión a los “trabajadores autónomos”, por ejemplo, de una disposición que confiere un derecho a los “trabajadores” sin ulteriores especificaciones, puede ser reconstruida como una interpretación extensiva del término “trabajador”; pero es quizás más plausible reconstruirla como creación de una norma inédita, que atribuye también a los trabajadores autónomos un derecho que el legislador había reservado a los trabajadores dependientes.

Los argumentos aptos para apoyar una interpretación extensiva son principalmente dos (que algunos configuran como variantes de un mismo argumento): el argumento *a fortiori* y el argumento *a simili* (o analógico). El análisis de esos argumentos muestra lo sutil que es la línea de demarcación entre la interpretación de disposiciones preexistentes y la formulación de normas nuevas.

Debe observarse que pueden haber al menos dos razones distintas para extender una norma más allá de su campo de aplicación “natural”. Puede ocurrir que un intérprete desee reconducir un determinado supuesto de hecho bajo el dominio de cierta norma (y no bajo el dominio de una norma distinta) simplemente porque esto satisface mejor su sentimiento de justicia. Pero puede ocurrir, en cambio, que un intérprete desee aplicar cierta norma a un determinado supuesto de hecho porque, de no hacerlo así, éste quedaría privado de cualquier regulación jurídica: es decir, se crearía una laguna en el ordenamiento.

En este caso, los dos argumentos mencionados pueden ser insertados en una estrategia argumentativa más amplia, que apela al dogma de la completud del derecho. Más precisamente: se puede justificar la interpretación extensiva recurriendo al argumento *a fortiori* o al argumento *a simili*; y se puede después justificar el empleo de uno u otro de estos argumentos apelando a la doctrina según la cual el derecho es necesariamente completo (o, en todo caso, debe ser completado).

4.1. El argumento “*a simili*”

El argumento *a simili* –o argumento analógico, si se prefiere– se presenta, a grandes rasgos, como sigue: la disposición D

("Si F_1 , entonces G ") vincula la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F_1 ; por otra parte, F_2 es parecido a F_1 ; por tanto, F_2 tiene que tener la misma consecuencia jurídica; así, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G se aplica también al supuesto de hecho F_2 ("Si F_2 , entonces G ").

Por ejemplo: el legislador dispone que quien haya recibido indebidamente una cosa y la haya alienado de buena fe, ignorando que debía restituirla, debe restituir lo obtenido (art. 2038.1, cod. civ. it) y no, en cambio, la misma cosa *in natura* o su correspondiente valor (art. 2038.2, cod. civ. it.). Se supone que la *ratio* de la norma, o el principio sobre el que la norma se erige, es el principio de tutela de la buena fe: esto es, se supone que el legislador pretende (sólo) la restitución de lo obtenido y no otras cosas más gravosas, para tutelar la buena fe del sujeto en cuestión. El hecho de la recepción indebida y la subsiguiente alienación es parecido a la situación de quien ha adquirido un objeto robado ignorando su procedencia furtiva; y lo ha alienado después con buena fe. Por tanto, quien haya adquirido y en buena fe alienado un objeto robado, ignorando su procedencia furtiva, está obligado a restituir lo obtenido.

Naturalmente, como surge del ejemplo, para argumentar que hay parecido entre dos supuestos de hecho, F_1 y F_2 , es necesario mostrar que hay entre ellos una característica común no accidental, sino "esencial" al objeto de su regulación jurídica. Suponiendo que sea E el elemento que comparten F_1 y F_2 , es necesario mostrar que E es precisamente la "razón" específica por la que al supuesto de hecho F_1 le ha sido atribuida esa, y no otra, consecuencia jurídica. Por ejemplo, para extender a los "hombres" una norma que confiere un derecho a las "mujeres", es necesario mostrar que ese derecho es conferido a las mujeres en cuanto seres humanos, o en cuanto trabajadoras, o en cuanto ciudadanas, y no en cuanto que mujeres.

En otras palabras, la extensión analógica de una norma presupone la previa identificación de su *ratio*, esto es, precisamente de la razón, del motivo, de la finalidad con que la norma fue establecida. Esto equivale a ascender desde la norma al "principio" que la funda como su justificación (en el ejemplo expuesto arriba, de la extensión analógica del art. 2038.1, cod. civ. it., el argumento sería incompleto si no hiciese referencia al principio de tutela de la buena fe).

En rigor, este argumento sirve para sostener no tanto una tesis estrictamente interpretativa (relativa, esto es, al significado de una disposición) sino más bien la formulación de una nueva norma. Se puede decir, por tanto, que el argumento *a simili* no es un argumento “interpretativo” (de disposiciones preexistentes) sino, en cambio, un argumento “productivo” (de derecho nuevo).

Supongamos, por ejemplo, que el argumento analógico sea usado, en las circunstancias apropiadas, para extender a las empresas que editan “libros” una disposición que atribuya un beneficio fiscal a las empresas que editan “periódicos”. Pues bien, quien realiza esa extensión no sostiene que el término ‘periódico’ designa también a los libros. Lo que hace es más bien elaborar una nueva norma que ya no prevé como supuesto de hecho del beneficio fiscal la edición de periódicos sino la de libros.

En fin, esta forma de argumentar parte de una determinada disposición, “Si F_1 , entonces G ”, y concluye con la formulación de una norma nueva, “Si F_2 , entonces G ”, esto es, de una norma que no puede reconducirse al significado de la disposición de la que se ha partido. En otras palabras, la norma “Si F_2 , entonces G ” no constituye el significado (uno de los posibles significados) de la disposición interpretada. La disposición interpretada es usada, más bien, como argumento a favor de la creación de la norma “Si F_2 , entonces G ”.

4.2. El argumento “*a fortiori*”

El argumento *a fortiori* se presenta, a grandes rasgos, de la siguiente forma: la disposición D (“Si F_1 , entonces G ”) vincula la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F_1 ; pero dado que el supuesto de hecho F_2 merece, *con mayor razón*, la misma consecuencia jurídica, entonces la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G se aplica también al supuesto de hecho F_2 .

También en este caso, el resultado de la argumentación no es tanto la interpretación de una disposición preexistente (“Si F_1 , entonces G ”), como la formulación de una nueva norma (“Si F_2 , entonces G ”). Por tanto, también se puede decir del argumento *a fortiori* que no es un argumento “interpretativo” (de disposiciones preexistentes) sino más bien un argumento “productivo” (de nuevo derecho).

Como puede intuirse, las palabras clave de todo el argumento son: “con mayor razón”. Se quiere decir, en fin, que también esta forma de argumentar presupone la identificación previa de la “razón” por la que se vincula a un determinado supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica y no otra.

Es precisamente este aspecto el que comparten los argumentos *a fortiori* y *a simili*: ambos presuponen una conjetura acerca de la *ratio legis*, es decir, acerca del principio subyacente a la disposición concreta que se está interpretando. Y es por esta razón que esos argumentos parecen, para algunos, variantes de un único argumento. Sin embargo, el argumento *a fortiori* se diferencia del argumento *a simili* por el hecho de que aquél no requiere ninguna asunción acerca de la “similitud” de los dos supuestos de hecho.

4.2.1. Dos variantes del argumento “*a fortiori*”

El argumento *a fortiori* se presenta bajo dos formas distintas, en función de si es adoptado en la interpretación de disposiciones que confieren posiciones jurídicas ventajosas (por ejemplo, derechos) o, en cambio, en la interpretación de disposiciones que confieren posiciones jurídicas desventajosas (por ejemplo, obligaciones).

1) En el primer caso, asume la forma del argumento *a maiori ad minus*. Por ejemplo, si está permitido exigir intereses del 20%, entonces –con mayor razón– está también permitido exigir intereses del 10%.

2) En el segundo caso, asume la forma del argumento *a minori ad maius*. Por ejemplo, si está prohibido tener en casa animales domésticos, entonces –con mayor razón– está también prohibido tener en casa tigres.

5. La interpretación restrictiva

El segundo tipo de interpretación correctora es, como ya se ha dicho, la interpretación restrictiva.

Se denomina restrictiva a la interpretación que, precisamente, restringe, circunscribe, el significado *prima facie* de una disposición, de forma que excluye de su campo de aplica-

ción algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, se incluirían en él.

Es obvio —pero conviene subrayarlo— que la interpretación restrictiva, en cuanto que especie del género interpretación correctora, no sólo se contrapone a la extensiva sino que se diferencia también de la interpretación declarativa o literal.

Para justificar una interpretación restrictiva se usa principalmente el argumento que llamaré “de la disociación”.

Obsérvese de nuevo que hay al menos dos razones para restringir el alcance de una norma respecto a su campo de aplicación “natural”. Puede ocurrir que un intérprete desee reconducir un determinado supuesto de hecho al dominio de una norma distinta (y no, en cambio, al dominio de la norma en cuestión) simplemente porque esto satisface mejor su sentimiento de justicia. Y puede ocurrir, en cambio, que un intérprete desee excluir ese supuesto de hecho del campo de aplicación de la norma en cuestión ya que, de otro modo, se produciría una contradicción: cosa que sucede siempre que al mismo supuesto de hecho le pueda ser también aplicada otra norma, con resultados distintos e incompatibles.

En este segundo caso, el argumento de la disociación puede insertarse en una estrategia interpretativa más amplia, que apela al dogma de la coherencia del derecho. Más precisamente: se puede justificar la interpretación restrictiva mediante el recurso al argumento de la disociación; y se puede ulteriormente justificar el empleo de ese argumento apelando a la doctrina según la cual el derecho es necesariamente coherente (o, en todo caso, debe ser convertido en coherente).

5.1. El argumento de la disociación

El argumento que, a falta de un nombre consagrado por el uso, llamo “de la disociación”, es bien conocido por los estudiosos de la retórica y ampliamente empleado por los juristas. Sin embargo, no es casi nunca analizado como tal en sede de teoría de la interpretación. Para dejar claro en qué consiste, es conveniente ofrecer sin más algunos ejemplos simples.

a) El artículo 1428 cod. civ. it. dispone que «el error es causa de nulidad del contrato cuando es esencial y reconocible». La doctrina dominante, con el apoyo de la jurisprudencia, apela al

principio general de la buena fe para interpretar esta disposición en el sentido de que el error es efectivamente causa de nulidad del contrato cuando es esencial y reconocible por el otro contratante, a condición de que no se trate de un error “bilateral” (se habla de error “bilateral” cuando ambos contratantes han caído en el error). Se sigue de ello que el error bilateral hace anulable al contrato aunque no sea reconocible.

Las cosas son, pues, así: el legislador dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre error unilateral y error bilateral; el intérprete, en cambio, distingue donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en dos subclases –la clase de los errores unilaterales y la clase de los errores bilaterales– y en “disociar” las dos subclases a los efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición examinada no es entendida como referida a la totalidad de la clase de los errores, sino sólo a la subclase de los errores unilaterales. Así, la otra subclase queda fuera del campo de aplicación de la disposición. En especial, dicho campo de aplicación resulta reducido, esto es, restringido.

b) El art. 89.1, const. it. dispone que «ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros proponentes [...]». Se percibirá que la disposición se refiere a todos los actos del presidente: y, si todos los actos presidenciales deben ser refrendados por los ministros proponentes, se sigue que no hay actos presidenciales que no sean adoptados bajo propuesta ministerial. La doctrina dominante, sin embargo, interpreta la disposición examinada en el sentido de que deben ser refrendados por los ministros proponentes los actos que el presidente adopta, precisamente, siguiendo una propuesta ministerial. En cambio, los actos denominados de “iniciativa presidencial” (esto es, aquellos que no se fundan en una propuesta ministerial) no caen bajo el dominio del art. 89.1, const. it.

También en este caso, el legislador (aquí: el constituyente) establece una regulación que se aplica a los actos presidenciales sin distinguir entre actos de especies diversas; la doctrina, en cambio, distingue donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida consiste en subdividir la clase de los actos presidenciales en dos subclases –la clase de los actos sustancialmente gubernativos y la clase de los actos sustancialmente presidenciales– y en “disociar” las dos subclases a los

efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición examinada no es entendida como referida a la totalidad de los actos presidenciales sino sólo a la clase de los actos adoptados bajo propuesta ministerial. Así, la otra subclase queda fuera del campo de aplicación de la disposición, que resulta reducido o restringido.

c) El art. 14 disp. prel. cod. civ. it. dispone que «las leyes penales [...] no se aplican fuera de los casos y los momentos en ellas establecidos». Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia hay dos formas distintas de aplicar una ley (penal) “fuera de los casos y los momentos” en ella establecidos: uno es la interpretación “extensiva”, el otro es la interpretación “analógica”. En realidad –ya lo hemos visto– la distinción, en este caso, es muy especiosa. Pero, sea como sea, la disposición examinada es comúnmente entendida en el sentido de que está prohibida la interpretación analógica, y no la extensiva, de las leyes penales.

Nuevamente: la doctrina distingue donde el legislador no ha distinguido. La distinción consiste aquí en subdividir la clase de las aplicaciones extensivas en dos subclases –la clase de las interpretaciones “extensivas” (puras y simples) y la clase de las aplicaciones “analógicas”– y en “disociar” las dos subclases a los efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición examinada no es entendida como referida a todo tipo de aplicación extensiva sino sólo a la denominada aplicación analógica. Así, la otra subclase queda fuera de la prohibición del art. 14 disp. prel. cod. civ. it., cuyo campo de aplicación resulta por ello restringido.

d) El art. 100.2, const. it. dispone que «la *Corte dei conti* ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno». *Prima facie*, esta disposición se refiere a todos los actos gubernativos, sin excepción. Pero, según la reciente jurisprudencia del Tribunal constitucional, es necesario distinguir claramente dos tipos de actos gubernativos: los actos dotados de fuerza de ley y los demás actos. La mencionada disposición constitucional es entendida en el sentido de que sólo están sujetos al control preventivo de la *Corte dei conti* los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley. De modo que no contradice la constitución el art. 16.1, de la ley 400/1988, que sustrae al control preventivo de la *Corte dei conti* los decretos legislativos y los decretos-ley.

También aquí el Tribunal constitucional distingue donde la constitución no ha distinguido en absoluto. Ahora la distinción consiste en subdividir la clase de los actos gubernativos en dos subclases –la clase de los actos con rango legislativo y la clase del resto de actos– y en “disociarlas” a los efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es el que ya se ha mencionado: el art. 100.2, const. it. no es entendido como referido a la totalidad de los actos gubernativos, sino sólo a los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley; de modo que los actos con rango legislativo quedan fuera de su campo de aplicación.

En general, se puede pues decir lo siguiente: el argumento de la disociación consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción en la que el legislador no ha pensado en absoluto, de forma que se reduce el campo de aplicación de una disposición a sólo algunos de los supuestos de hecho por ella previstos (por ella previstos, se entiende, según una interpretación literal).

6. Otras técnicas de interpretación correctora

Pueden reconducirse al ámbito de la interpretación correctora también otras estrategias argumentativas, que son tratadas de forma separada ya que no están unívocamente dirigidas a acreditar una interpretación extensiva o una interpretación restrictiva, sino que pueden ser empleadas indiferentemente para justificar tanto una como la otra.

Entre estas estrategias argumentativas hay que mencionar especialmente: la interpretación sistemática y, en el ámbito de ésta, la interpretación conforme.

6.1. La interpretación sistemática

La locución ‘interpretación sistemática’ está muy difundida en los discursos de los juristas: sin embargo, no parece posible atribuirle un significado preciso. En efecto, la expresión examinada es usada, de hecho, para referirse a las técnicas interpretativas más diversas y separadas entre sí.

A grandes rasgos, se llama sistemática a toda interpretación que pretenda obtener el significado de una disposición a partir de

su ubicación en el “sistema” del derecho: algunas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico, esto es, en el conjunto de las disposiciones que regulan una determinada materia o una determinada institución. El sistema jurídico y los subsistemas que lo componen son generalmente concebidos como conjuntos de normas coherentes (sin contradicciones o antinomias) y completos (sin lagunas).

En la práctica, se realiza una interpretación sistemática cada vez que, para decidir el significado de una disposición, no se observa la propia disposición de forma aislada sino el contexto en el que está ubicada. Ese contexto puede ser más o menos amplio: los otros párrafos de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico.

Este modo de argumentar puede esconder operaciones interpretativas también muy distintas. Sin pretender hacer un inventario completo, pueden mencionarse algunos ejemplos.

a) El tipo más simple de interpretación sistemática es probablemente el que *combina* entre sí diversos fragmentos de norma, expresados por distintas disposiciones normativas, de forma que se obtenga una norma completa. La norma completa así obtenida es denominada “*combinato disposto*”^{*1}.

Por ejemplo, la norma según la cual “Los sujetos que hayan cumplido dieciocho años y cuyos padres sean italianos tienen derecho de voto para la elección de la cámara” nace de la combinación entre: el art. 49.1, const. it. («Son electores todos los ciudadanos [...] que hayan adquirido la mayoría de edad»); la disposición que fija la mayoría de edad en el cumplimiento del décimoctavo año (art. 2.1, cod. civ. it.); las disposiciones que establecen reglas sobre la nacionalidad (especialmente, el art. 1.1 de la ley 91/1992); y el art. 58.1, const. it., que restringe el electorado activo para el senado a aquellos ciudadanos que hayan cumplido veinticinco años.

Del mismo modo: la norma según la cual “El resarcimiento del daño no patrimonial es debido sólo cuando el ilícito dañoso constituya delito” resulta de la combinación del art. 2059 cod. civ. it. («El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley») y del art. 185.2, cod. pen. it. («Todo delito, que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al culpable a su resarcimiento [...]»).

b) Un tipo muy común de interpretación sistemática es el que se apoya sobre el argumento de la “sedes materiae”. Se usa este argumento siempre que se aduce que una determinada disposición debe ser entendida de una forma determinada (y no de otra) en virtud de su ubicación en el discurso legislativo.

Por ejemplo: la ubicación del art. 88, const. it. (disolución de las cámaras) en el título segundo de la parte segunda de la constitución italiana, dedicado al presidente de la república (y no en el título sucesivo, dedicado al gobierno), constituye un argumento en favor de la tesis de que el poder de disolución es un poder estrictamente presidencial (y no gubernativo), de modo que la iniciativa de disolución corresponde al presidente (y no al gobierno).

c) Una técnica argumentativa típica de la interpretación sistemática es la que consiste en apelar a la presunción de que en el lenguaje legislativo se da una “constancia terminológica”. Se trata del punto de vista según el cual el legislador emplea cada término o sintagma siempre con el mismo significado (al menos dentro de un mismo documento normativo); y, recíprocamente, cuando el legislador emplea términos o sintagmas distintos, éstos no pueden tener un mismo significado (al menos: no dentro del mismo documento normativo).

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que términos como “posesión” y “detentación” conservan el mismo significado en las leyes civiles, en las penales y en las tributarias. Para dar otro ejemplo: argumenta así también quien sostiene que, en el texto constitucional, las expresiones ‘fuerza de ley’ y ‘valor de ley’ no son sinónimas, es decir, no tienen el mismo significado.

d) Es también típica de la interpretación sistemática, en cambio, la presunción opuesta a la precedente: esto es, aquel punto de vista según el cual toda expresión del lenguaje legislativo recibe su significado del contexto específico en el que está situada. De modo que nada garantiza que una misma expresión conserve el mismo significado al cambiar de contexto.

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que la expresión ‘gran empresa’ asume significados distintos en las diversas leyes que afectan a las grandes empresas (ley 675/1977, sobre la reconversión y reestructuración industrial, ley 787/1978, sobre

el saneamiento financiero de las empresas, ley 95/1979, sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, etcétera).

e) Son reducibles a la interpretación sistemática todas aquellas soluciones interpretativas que dependen de construcciones dogmáticas preconstituidas, que el intérprete introduce sobre los textos normativos “ab extra”, desde el exterior.

Por ejemplo: se sostiene que, en nuestro ordenamiento constitucional, el gobierno *sólo* tiene que gozar de la confianza parlamentaria y no también de la confianza del jefe del estado. Esta tesis podría sostenerse muy simplemente argumentando *a contrario* a partir del art. 94.1, const. it., según el cual «El Gobierno debe tener la confianza de las dos cámaras» (se trata de un uso productivo, y no interpretativo, del argumento *a contrario*). Sin embargo, la tesis en cuestión es a menudo argumentada sobre la base de la doctrina según la cual la constitución configura al presidente de la república como un “poder neutro” con funciones de equilibrio entre los poderes y de garantía de la legalidad constitucional.

O bien: la tesis según la cual el art. 23, const. it. («Ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta sino es sobre la base de la ley») debe ser entendido en el sentido de que en materia tributaria la regulación legislativa puede estar integrada por normas reglamentarias, no es argumentable sobre la única base del texto constitucional; esa tesis se fundamenta en la distinción exquisitamente dogmática entre reserva de ley absoluta y reserva de ley (sólo) relativa.

f) Son típicos de la interpretación sistemática algunos de los diversos procedimientos comúnmente empleados para resolver —o más bien: para evitar, para prevenir— antinomias. En particular: la aplicación del principio según el cual “lex specialis derogat legi generali” y la interpretación llamada conforme. Esta última, por su parte, merece una consideración independiente: volveremos sobre ella en un momento.

g) Se pueden reconducir a la interpretación sistemática, en fin, la mayor parte de los distintos procedimientos habitualmente empleados para colmar lagunas. En particular: la aplicación analógica y también la construcción y el uso de los principios.

6.1.1. La interpretación conforme

La interpretación conforme es una especie, entre las más importantes, del género interpretación sistemática. Pueden distinguirse dos tipos ligeramente distintos.

a) En primer lugar, se hace una interpretación conforme siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otra disposición de rango superior. La "superioridad" en cuestión puede ser, indiferentemente, una superioridad material o una superioridad estructural.

Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones en conflicto, de forma que la primera sea conforme con las normas constitucionales, mientras que la segunda está en contraste con ellas, se hace una interpretación conforme escogiendo la primera interpretación y rechazando la segunda. Esta forma de interpretar se erige sobre la (tácita) presunción de que el legislador es respetuoso con la constitución y no pretende violarla.

Constituyen otros tantos ejemplos paradigmáticos de interpretación conforme todas las sentencias llamadas "interpretativas" del Tribunal constitucional: ya sean las sentencias interpretativas estimatorias (el Tribunal evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición completa y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones), ya sean —aún más claramente— las sentencias interpretativas desestimatorias (el Tribunal evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de forma que sea conforme con la constitución). Pero se encuentran también buenos ejemplos de interpretación conforme en todos aquellos autos en los que uno u otro juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión está manifiestamente infundada ya que la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme con la constitución.

Es más, se realiza una interpretación conforme cuando (ante la duda) se interpreta un decreto legislativo delegado de un modo conforme con la ley de delegación (y no de un modo conflictivo con ella); cuando se interpreta una ley regional de conformidad con las leyes estatales que expresan los principios

fundamentales de la materia de que se trate; cuando se interpreta un reglamento de ejecución de modo conforme con las disposiciones de rango legislativo ejecutadas por aquél; y así sucesivamente.

En general, puede decirse que este primer tipo de interpretación conforme surte el efecto de conservar la validez de los textos normativos: en el sentido de que, interpretando de esta forma, se evita declarar la invalidez (la ilegitimidad) de un texto normativo que resultaría inválido si se interpretara de otro modo.

b) En segundo lugar, se hace una interpretación conforme cada vez que se adapta, se adecua, el significado de una disposición a un principio general o fundamental del derecho (previamente establecido). Este caso es distinto del precedente por el hecho de que un principio no necesariamente reviste un rango superior al de la disposición particular: si no es en un sentido meramente axiológico.

Por ejemplo, se realiza una interpretación conforme cuando se entiende como no retroactiva una ley, que también podría ser entendida como retroactiva, adecuándola de este modo al principio general de irretroactividad (art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it.). Esta forma de interpretar se erige sobre la (tácita) asunción de que el legislador es respetuoso con los principios generales del derecho y no pretende derogarlos.

Evidentemente, las diversas formas de interpretación conforme tienen la finalidad (y el efecto) de evitar la aparición de antinomias: entre normas de diverso grado jerárquico o entre normas particulares y principios generales, según los casos. Por esta razón, la interpretación conforme puede ser siempre ulteriormente argumentada –y habitualmente lo es– apelando al dogma de la coherencia del derecho.

Es necesario advertir también que la interpretación conforme puede producir, indiferentemente, resultados “restrictivos” o resultados “extensivos”.

Puede suceder, por ejemplo, que para adecuar una disposición legislativa a la constitución sea necesario restringir su campo de aplicación “natural”: Esto es, puede ocurrir que una determinada norma sea legítima si es aplicada al supuesto de hecho F_1 , mientras que sería ilegítima si se sostuviese también

su aplicabilidad al supuesto de hecho F_2 , que es regulado de forma distinta en la constitución.

Pero puede también suceder, en cambio, que para adecuar una disposición legislativa a la constitución sea necesario ampliar su campo de aplicación. Esto ocurre, por ejemplo, siempre que una ley atribuye un beneficio a una clase de sujetos, excluyendo a otra clase de sujetos que, en virtud del principio de igualdad (art. 3.1, const. it.), debería en cambio gozar del mismo beneficio. Se encuentran ejemplos de ello en todas las sentencias “aditivas” del Tribunal constitucional.

7. Interpretación “histórica” e interpretación “evolutiva”

Para concluir, deben mencionarse dos formas de interpretar que no se dejan capturar por la simple pareja de opuestos –interpretación declarativa vs. interpretación correctora– que hemos utilizado hasta aquí. Es necesario introducir una nueva distinción entre los diversos significados que puede asumir una disposición. La distinción es la siguiente.

Se pueden atribuir dos tipos de significado a una disposición –especialmente a una disposición relativamente antigua–:

- a) uno de los significados que le fueron atribuidos en el momento de su emanación (no importa aquí determinar si se trata del significado literal o de un significado distinto); o bien
- b) uno de los significados que es susceptible de adquirir en el momento en que se la interpreta.

Pues bien, a esta distinción entre significados corresponde la siguiente distinción entre técnicas interpretativas.

1) Se denomina “histórica” a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos en el momento de su emanación.

2) Se denomina “evolutiva” a aquella interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y distinto de su significado “histórico”.

Para comprender hasta qué punto pueden ser distintos los resultados de estas técnicas interpretativas, tómese el siguiente

ejemplo. La octava enmienda (1791) de la constitución de los Estados Unidos prohíbe la imposición de penas «cruels e inusuales». Es obvio que hoy en día son “inusuales” y son sentidas como “cruels” sanciones penales que en 1791 no lo eran: por ejemplo, la pena de muerte. De este modo, la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte, si se la interpreta de forma “evolutiva”; y la permite, si se la interpreta de forma “histórica”.

La interpretación evolutiva es, manifiestamente, “correctora”: pero lo que corrige no es (o no es necesariamente) el significado literal de las palabras; corrige el significado “histórico” de las palabras, adaptándolo –por decirlo así– a los tiempos, a las nuevas circunstancias sociales y culturales.

7.1. La interpretación evolutiva

Puede llamarse, pues, evolutiva a aquella interpretación que, rechazando o en todo caso apartándose de consolidadas interpretaciones precedentes, atribuye a un texto normativo un nuevo significado, distinto de aquél que históricamente había asumido.

En general, este tipo de interpretación se funda sobre la asunción de que, cambiando las circunstancias históricas (sociales, culturales, etcétera) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (“desarrollarse”) también la forma de interpretarla. La interpretación evolutiva, en fin, tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas, no previstas por el legislador histórico.

Por esta razón, la interpretación evolutiva no puede ser argumentada haciendo referencia a la concreta voluntad “del legislador” (que es, en cambio, el argumento fundamental de la interpretación “histórica”). El argumento que más se adapta a la interpretación evolutiva es el de la “naturaleza de las cosas”: la interpretación de la ley debe cambiar cuando lo hacen las circunstancias en que la ley debe ser aplicada.

La interpretación evolutiva no es necesariamente extensiva y tampoco necesariamente restrictiva. Su resultado puede ser tanto una extensión como una reducción del campo de aplicación de una determinada ley.

Por ejemplo, es extensiva la interpretación (evolutiva) del art. 2, const. it., que incluye entre los derechos inviolables del hom-

bre también el denominado derecho a la identidad personal. En cambio, es restrictiva la interpretación (también evolutiva) que restringe el significado del vocablo "obsceno" (art. 528.1 y 2, cod. pen. it.) de forma que excluye que puedan considerarse obscenos escritos o espectáculos cinematográficos que en el pasado eran considerados como tales.

Cuando la interpretación evolutiva se reduce a una extensión del significado literal de la ley, algunas veces puede ser argumentada ulteriormente apelando al dogma de la completud del derecho: si el significado de la ley no se extendiera para cubrir nuevos supuestos de hecho, no incluidos en su significado literal (porque no fueron previstos por el legislador histórico), el derecho contendría lagunas y esos supuestos de hecho quedarían privados de toda regulación jurídica.

Nota

- ^{1*} N. del T.: Es esta una expresión de uso corriente en la dogmática italiana. Sin embargo, hasta donde conozco, en lengua española no se ha asentado el uso de ninguna expresión específica para hacer referencia a este tipo de normas. Por ello, en lo que sigue, me referiré a ellas mediante la expresión italiana o, en algunos casos, utilizando una paráfrasis.

Cla•De•Ma/Derecho

Colección dirigida por
Ernesto Garzón Valdés y Jorge F. Malem Seña

En la actualidad, la filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución. La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del derecho en el ámbito de la lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica más que presentar soluciones definitivas.

- ANDREI MARMOR *Interpretación y teoría del derecho*
- JORGE MALEM SEÑA *Globalización, comercio internacional
y corrupción*
- NORBERT HOERSTER *En defensa del positivismo jurídico*
- LUCIAN KERN Y
HANS Y PETER MÜLLER *La justicia: ¿discurso o mercado?*
compiladores
- MICHAEL SANDEL *El liberalismo y los límites de la justicia*
- A. AARNIO, E. GARZÓN
VALDÉS, J. UUSITALO *La normatividad del derecho*
compiladores
- CARLOS SANTIAGO NINO *La constitución de la democracia
deliberativa*
- RODOLFO VÁZQUEZ *Derecho y moral*
compilador
- OWEN FISS *La ironía de la libertad de expresión*
- DENNIS F. THOMPSON *La ética política y el ejercicio
de cargos públicos*
- DAVID LYONS *Aspectos morales de la teoría jurídica*
- J. G. RIDDALL *Teoría del derecho*
- RICCARDO GUASTINI *Distinguiendo*
Estudios de teoría y metateoría del derecho

LAS CLAVES DEL DERECHO

Daniel Mendonca

gedisa
editorial

9

Interpretación y argumentación jurídicas

9.1. La noción de interpretación

9.1.1. El término “interpretación” exige algún cuidado especial en su empleo porque padece de la conocida ambigüedad de proceso-producto: con él se alude tanto a una actividad, la actividad interpretativa, como al resultado de esa actividad. Así, expresiones como “interpretación jurídica”, “interpretación del derecho”, “interpretación de la ley” o similares, aluden tanto a la actividad consistente en determinar el significado o sentido de un fragmento del lenguaje jurídico (palabra, expresión u oración), como al resultado o producto de esa actividad.

De acuerdo con una manera extendida de hablar, las normas son objeto de interpretación, pero esto es correcto, claro está, sólo a condición de que por “norma” se entienda una formulación normativa. Ese modo de hablar es incorrecto, sin embargo, si por “norma” se entiende, como aquí se ha sugerido, no la formulación normativa, sino su contenido significativo. En este último caso, la norma no constituye el objeto de la interpretación, sino el producto de la actividad interpretativa.

Y todavía el término “interpretación” requiere algunas precisiones adicionales, puesto que los juristas no lo emplean de un modo constante y unívoco. En un sentido estricto, el término

“interpretación” es empleado para referirse a la determinación del significado de una formulación normativa en caso de duda o controversia en cuanto a su campo de aplicación: una formulación normativa requiere interpretación —se afirma— sólo cuando su significado es controvertido. De acuerdo con este primer sentido, es necesario distinguir entre dos tipos de formulaciones normativas: por un lado, formulaciones normativas con significado no controvertido, y, por otro, formulaciones normativas con significado controvertido. Es sólo ante el segundo tipo de formulaciones normativas que se requiere interpretación. En un sentido amplio, en cambio, el término “interpretación” es empleado para referirse a la determinación del significado de cualquier formulación normativa, con independencia de toda duda o controversia en cuanto a su campo de aplicación. Según este modo de emplear el término, cualquier formulación normativa, en cualquier caso, requiere interpretación.

Dado que interpretar consiste en determinar el significado de una formulación normativa, puede llamarse “enunciado interpretativo” a una expresión de la forma

(1) “F significa S”

donde la variable F representa una formulación normativa (formulación de norma) determinada y la variable S un significado definido. La variable F se halla entre comillas por la sencilla razón de que se trata de una expresión lingüística. Como ya ha quedado establecido, una formulación normativa es la expresión lingüística de una norma y una norma es el significado expresado por esa formulación. Entre formulación normativa y norma no existe, desde luego, una correspondencia biunívoca, pues dos o más formulaciones distintas pueden expresar la misma norma y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas.

La discusión teórica acerca de la fuerza que posee un enunciado como (1) es, por cierto, una discusión todavía abierta. Tres concepciones diferentes de la interpretación, a las que llamaré “cognoscitivistá”, “no cognoscitivistá” e “intermedia”, respectivamente, debaten al respecto.

(1) *Concepción cognoscitivista*. Interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S.

De acuerdo con esta concepción, la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos proposicionales, susceptibles de verdad o falsedad. La interpretación del derecho es una actividad cognoscitiva en base a la cual es siempre posible determinar unívocamente el significado de los textos considerados. Cada cuestión jurídica admite, así, una única respuesta correcta.

La posición de Dworkin parece asociada a esta concepción: “Mi argumento será –ha dicho Dworkin– que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles” (Dworkin 1977, 146).

(2) *Concepción no cognoscitivista*. Interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S.

De acuerdo con esta concepción, la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, carentes del valores de verdad. La interpretación del derecho no es una actividad cognoscitiva sino una actividad decisoria o estipulativa. Ninguna cuestión jurídica tiene, consiguientemente, una respuesta correcta previa a la decisión judicial, por la sencilla razón de que los textos legales son radicalmente indeterminados.

Esta es la posición defendida por Guastini al decir: “los enunciados interpretativos (“El texto 'T' significa S”) no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda que las definiciones llamadas estipulativas, esto es, aquellas definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una cierta expresión, sino que proponen atribuir a un término o a una expresión un significado preferentemente a otros” (Guastini 1992, 109).

(3) *Concepción intermedia*. Interpretar una formulación normativa F es, según el caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S, o adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S.

De acuerdo con esta concepción, en determinadas circunstancias la actividad interpretativa es una actividad cognoscitiva y en otras una actividad decisoria. Consecuentemente, algunos enunciados interpretativos son susceptibles de verdad o falsedad y otros no. Según esta concepción, los textos legales están parcialmente indeterminados, y, por consiguiente, existen respuestas correctas para ciertos casos: en los casos típicos el derecho se halla determinado y existe respuesta correcta para ellos; en los casos atípicos, en cambio, el derecho no se halla previamente determinado y no existe respuesta correcta para ellos.

Esta ha sido la posición defendida por Hart: “He retratado la teoría del Derecho —ha dicho Hart— como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean Derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra” (Hart 1983, 144).

9.1.3. Parece razonable distinguir dos tipos de enunciados interpretativos: (1) enunciados interpretativos informativos, y (2) enunciados interpretativos estipulativos. Cada uno de estos enunciados se halla vinculado, respectivamente, con los dos conceptos básicos de interpretación considerados: interpretación como detección del significado de una formulación dada, e interpretación como adjudicación de cierto significado a una formulación determinada. Estos dos conceptos de interpretación han sido defendidos excluyentemente por dos concepciones acerca de la interpretación igualmente deformantes, las concepciones (1) y (2). Ambas concepciones presuponen la verdad de una alternativa: las normas determinan con exactitud la totalidad de la conducta regulada o, de lo contrario, no hay normas sino únicamente decisiones individuales. Mientras el cognoscitivista opta por el primer término de la disyuntiva, el no cognoscitivista lo hace por el segundo. Pero,

entre ambas posiciones extremas, aparentemente, hay un punto en el que el dilema parece disolverse: existen normas y ellas desempeñan un papel indispensable en la vida social y en la reconstrucción del derecho, pero esas normas no determinan siempre con precisión toda la conducta, pues presentan una zona dentro de la cual el intérprete debe decidir bajo su propia responsabilidad si el caso individual se halla incluido (o no) en el caso genérico regulado. En otras palabras, las normas controlan y resuelven los casos típicos, pero no los casos atípicos. La interpretación es, pues, en ciertas ocasiones, una actividad cognoscitiva (informativa) y, en otras, una actividad decisoria (estipulativa).

De acuerdo con esta posición intermedia hay, así, dos tipos de casos: (1) casos típicos y (2) casos atípicos. Los primeros son aquellos cuyas características constitutivas están claramente incluidas en el marco de significado central de los términos o expresiones que la formulación normativa contiene. Los segundos, en cambio, son aquellos cuyas características constitutivas no están claramente incluidas en, ni excluidas de, el marco de significado central donde se congregan los casos atípicos. Creo que cualquier descripción adecuada de la actividad interpretativa debe admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan las mismas dificultades: es verdad que en el campo de referencia de toda expresión lingüística hay una zona donde resulta dudoso si la expresión puede ser aplicada o no a un objeto determinado, pero no es menos cierto que también hay una zona central donde su aplicación es predominante y cierta; y es verdad, además, que la mayor parte de las expresiones posee dos o más campos de referencia, cada uno de ellos compuesto de una zona central (de certeza) y una zona periférica (de incertidumbre). Parece razonable sostener que siempre existe la posibilidad de enfrentar situaciones atípicas frente a las cuales es dudoso si la expresión se aplica o no, pero ello no excluye que en otras situaciones, de carácter típico, no exista lugar a dudas. Aceptar que toda expresión posee siempre una zona de incertidumbre no implica conceder que nunca posee una zona de certeza.

Insisto en la importancia de distinguir entre la detección (total o parcial) de un significado preexistente y la adjudicación (total o parcial) de un nuevo significado. La primera actividad es cognoscitiva, puesto que el significado de una expresión está dado por el uso común del lenguaje en cuestión (natural o técnico) o por

la intención del emisor de la expresión. Detectar el significado o los significados de una expresión no puede ser sino una de estas cosas: detectar el significado que en contextos similares el acuerdo un grupo hablante (o un sector privilegiado de ese grupo hablante) detecta o el significado que efectivamente pretendió asignar a la expresión su emisor. En cualquier caso, ambas cosas pueden ser investigadas con métodos intersubjetivamente válidos y el problema puede ser resuelto mediante el contacto con alguna realidad. Claro está, sin embargo, que no siempre resulta posible determinar el significado de una expresión lingüística, y en tal caso es necesario asignar estipulativamente un significado determinado a la expresión en cuestión. Cuando el intérprete ha agotado la investigación mediante métodos cognoscitivos y su duda subsiste, debe decidir si el caso se encuentra bajo la órbita de la expresión: para considerar el caso como incluido o excluido, el intérprete se ve forzado a adjudicar a la expresión un significado que, en relación al caso, no tenía hasta entonces (ese significado no estaba correlacionado con la expresión y ha sido “puesto” sobre la base de una decisión no determinada por reglas lingüísticas preestablecidas). Esa decisión, sin embargo, no tiene por qué ser necesariamente arbitraria, puesto que puede hallarse fundada en determinados estándares valorativos adicionales (morales, sociales, políticos, económicos) a partir de los cuales se ponderan las consecuencias de la inclusión o exclusión (Carrió 1990, 57).

9.1.4. Las palabras son signos arbitrarios que se convierten en convencionales una vez que son adoptados por los usuarios del lenguaje. Los significados de las palabras no han sido originalmente detectados o descubiertos, sino asignados o estipulados. Y dado que las palabras son signos convencionales, no hay nada que pueda considerarse la palabra correcta o incorrecta para representar a una cosa: siempre se podría haber utilizado o creado otro sonido o grafía en lugar del elegido para representar a esa cosa. Pero una vez que han sido dados nombres a las cosas, es más conveniente guiarse en el proceso de comunicación por aquellos nombres ya asignados. De este modo, indudablemente es inexacto llamar a ciertas cosas por ciertos nombres: aunque no existe una conexión natural entre los nombres y las cosas, sería ciertamente incorrecto referirse a las cosas con un nombre distinto al establecido por convención. Existen, pues, significados correctos en relación con determi-

nadas convenciones, obviamente no inmutables. Es incorrecto usar una palabra para representar a una cosa a la que por convención nos referimos con una palabra diferente. Y si resolviésemos abandonar el uso común, deberíamos informar a nuestros interlocutores (actuales o potenciales) qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras al emplearlas, con lo cual, nuevamente, tendríamos un criterio de corrección de uso.

En este mismo sentido, algunos autores han advertido que, en el plano de la interpretación del derecho, cuando resulta imposible detectar el significado de una expresión legal, los juristas asignan un significado a la expresión en cuestión mediante definiciones estipulativas que funcionan como propuestas interpretativas. De modo tal que, una vez que dicha definición recibe cierta aceptación por parte de la comunidad jurídica, se convierte en definición informativa, informativa de los nuevos usos lingüísticos existentes (Niiniluoto 1981, 66-70).

9.2. Problemas de interpretación

9.2.1. El significado de las formulaciones normativas está determinado por el significado de las palabras que la integran y por el orden sintáctico de ellas. En numerosas ocasiones las palabras usadas en formulaciones normativas plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado, y en otras el vínculo sintáctico entre los términos de la formulación da lugar a equívocos. De ello se sigue que no siempre es sencillo determinar qué norma expresa una formulación normativa.

La dificultad no siempre se debe a que quien emitió la formulación normativa no hubiera pretendido expresar una norma definida, sino a que el lenguaje natural al que se recurre para la formulación padece de ciertos defectos endémicos que dificultan la comunicación. Cuando quien ha emitido la formulación normativa se encuentra a mano del intérprete, cabe obtener de él una especificación del significado de aquella, inquiriéndole acerca del significado pretendido. Pero es obvio que no siempre existe esa oportunidad, sobre todo cuando se trata de formulaciones normativas escritas. En tales casos, no hay más remedio que tomar en cuenta elementos diferentes para especificar el significado de una formulación normativa

que, de acuerdo con los usos lingüísticos vigentes, resulta controvertida.

En el ámbito del derecho, tener dudas interpretativas acerca del significado de una formulación normativa supone una falta de certeza acerca de la identificación de la norma expresada por esa formulación, es decir, acerca de las soluciones proveídas por el sistema jurídico para determinados casos.

9.2.2. Expondré a continuación algunos de los problemas de interpretación más frecuentes y mostraré cómo se reflejan en textos legales. Los problemas de interpretación se presentan aquí como fuentes o motivos de duda o controversia en torno al significado de formulaciones normativas.

(1) *Ambigüedad*. Una formulación normativa es ambigua cuando, en un contexto dado, es posible asignarle dos o más significados, esto es, cuando puede ser interpretada de dos o más modos. Una formulación normativa ambigua expresa más de una norma. Siendo así, la ambigüedad se presenta como una situación de encrucijada para el intérprete, dado que tiene ante sí dos vías (o más) de interpretación y carece de indicaciones acerca de cuál elegir.

Con frecuencia las palabras poseen más de un significado. Conviene distinguir entonces entre *homonimia* y *ambigüedad*, dos fenómenos distintos vinculados con la explicación inicial. Mientras la homonimia supone que una misma palabra está ligada a dos o más significados, la ambigüedad es el resultado que produce una homonimia en una comunicación concreta. Consiguientemente, no toda homonimia produce efectivamente situaciones ambiguas, puesto que el contexto marca al intérprete, la mayoría de las veces, la interpretación a elegir de varias posibles. Esto es lo que se pretende advertir al afirmar que una expresión no es ambigua *per se*, sino que es *usada* ambiguamente: es ambigua cuando no se puede saber por el contexto cuál de los sentidos que posee es el empleado (Hospers 1967, 28). Por ello, es importante tener presente que el significado de las palabras se encuentra en función del contexto lingüístico en que aparecen y que ese mismo contexto, en la generalidad de los casos, disipa toda posible confusión. Por la misma razón, dado que la mayoría de las palabras del lenguaje natural posee más de un significado, no se considera

que todas ellas son ambiguas: una palabra es ambigua cuando existe incertidumbre acerca del significado empleado en un caso particular.

Lo mismo que las palabras, las oraciones también pueden ser ambiguas. Una oración puede serlo porque contiene una palabra ambigua, pues esa misma palabra hace a la oración susceptible de ser tomada en más de un sentido, pero también puede serlo sin que lo sean las palabras que contiene. Lo que sucede es que no sólo las palabras individuales, sino también el orden en que aparecen en la oración puede hacer a la oración susceptible de tener más de un significado. El tipo de ambigüedad que depende del orden de las palabras se denomina *sintáctica*, en contraposición a la *semántica*, en la cual una sola frase o palabra tiene más de un significado.

Un ejemplo de ambigüedad semántica está dado por la palabra “vital” incluida en la expresión “en los supuestos de atención urgente y vital” (artículo 5.3. del Real Decreto 63/95 sobre Prestaciones Sanitarias). La expresión “vital” tiene en castellano dos significados diferentes que en el contexto operan indistintamente: uno, relativo a la vida, y, otro, relativo a la trascendencia. Así, la expresión “vital” puede ser interpretada de dos maneras distintas, ambas igualmente plausibles.

Un ejemplo de ambigüedad sintáctica está dado por la redacción del artículo 619 del Código Penal español al decir “persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”. La frase adjetival “que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados” puede dar lugar a equívocos, pues no está claro si la calificación afecta sólo a las personas discapacitadas o a las personas discapacitadas y a las personas de edad avanzada. El mismo tipo de caso está dado en el artículo 1346.7 del Código Civil, donde dice “ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor”, pues la frase adjetival “que no sean de extraordinario valor” suscita el mismo problema.

(2) *Vaguedad*. Una formulación normativa vaga es una expresión lingüística desprovista de precisión en cuanto a su contenido significativo. Una formulación normativa puede ser vaga a causa de la imprecisión del significado de algunas de las palabras que forman parte de la expresión lingüística. Las formas de vaguedad son diversas y merecen ser analizadas separadamente.

(a) *Graduación*. Esta forma de vaguedad se genera cuando no existe un límite preciso entre la aplicabilidad y la inaplicabilidad

de una palabra. Sucede que, en este supuesto, la palabra es claramente aplicable en determinadas situaciones y claramente inaplicable en otras, pero entre éstas hay otras más en las que no podemos afirmar que la palabra es aplicable o inaplicable. Esto sucede, básicamente, con las llamadas “palabras polares” (v.gr. “lento”/“rápido”, “frío”/“caliente”, “duro”/“blando”, “alto”/“bajo”), en las que existe un eje en uno de cuyos extremos la palabra es aplicable e inaplicable en el otro, siendo gradual el paso entre ellos. Estas palabras, pues, hacen referencia a propiedades que se dan en diferentes grados, sin que el significado de la palabra posea un límite cuantitativo para su aplicación.

(b) *Combinación*. Esta otra forma de vaguedad se plantea porque no existe un conjunto definido de condiciones que gobierne la aplicación de la palabra: la palabra carece de precisión porque no hay un conjunto de propiedades cada una de las cuales sea necesaria y que conjuntamente sean suficientes para su aplicación; ciertas propiedades relevantes pueden estar ausentes y, sin embargo, aplicarse la palabra, dada la presencia de otras propiedades relevantes.

También puede suceder que resulte imposible enumerar acabada y definitivamente las propiedades suficientes para la aplicación de la palabra, quedando abierta la posibilidad de aparición de nuevas propiedades no consideradas que autoricen su aplicación.

Puede ocurrir, finalmente, que, determinadas las propiedades suficientes para la aplicación de una palabra, existan dudas acerca de su aplicabilidad cuando aparecen propiedades concomitantes extrañas. Y como resulta imposible prever todas las propiedades extrañas que no deberían presentarse para que la expresión fuera aplicable, el listado necesariamente debe ser abierto.

En suma, cabe formular algunas observaciones y considerar las siguientes circunstancias: primero, dentro de un conjunto definido de propiedades, en ciertos casos, no hay una sola de ellas que no pueda ser dispensada, siempre que exista un número mínimo de las demás; segundo, cuantas más propiedades se encuentren presentes, con mayor confianza cabe aplicar la expresión, aunque no pueda determinarse el porcentaje exacto que ha de darse; tercero, no siempre es posible establecer un número definido de propiedades como *el* conjunto de las propiedades que ha de satisfacerse para la aplicación

de la palabra; cuarto, no todas las propiedades tienen el mismo peso para la aplicación de una palabra; quinto, algunas propiedades se presentan en grados y no se da el caso de que meramente están o no están presentes, por lo que no puede resolverse con certeza si la palabra resulta aplicable o no (Hospers 1967, 93-9).

Los siguientes son algunos ejemplos de expresiones vagas tomadas de la legislación penal española: “arrebato u obcecación” (artículo 21.3), “ensañamiento” (artículo 148.2), “órgano o miembro principal” (artículo 149), “actos de exhibición obscena” (artículo 185), “respeto debido a la memoria de los muertos” (artículo 526). Los próximos son ejemplos tomados de la Constitución española: “dignidad de la persona” (artículo 10), “censura previa” (artículo 20), “tutela efectiva” (artículo 24), “dilaciones indebidas” (artículo 24), “servicios esenciales de la comunidad” (artículo 28), “sistema tributario justo” (artículo 31), “alcance confiscatorio” (artículo 31), “interés social” (artículo 33), “remuneración suficiente” (artículo 35), “medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad” (artículo 45), “utilización racional de los recursos” (artículo 45), “vivienda digna y adecuada” (artículo 47).

(3) *Indeterminación*. La indeterminación es también un problema que se plantea en la interpretación de formulaciones normativas. La indeterminación nace de cierta falta de especificación acerca de alguna cuestión relevante relativa al contenido significativo de la formulación interpretada, como la individualización del sujeto destinatario, la especificación de la ocasión en que debe ejecutarse la acción regulada, o alguna otra circunstancia similar. Para determinar adecuadamente el significado de una formulación normativa, el intérprete necesita cierta cantidad de datos, no siempre disponibles.

El artículo 818.1. del Código Civil español dispone que “para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador”. La doctrina ha debatido si la valoración del *relictum* debe hacerse en relación al día del fallecimiento del testador, o a los precios del día en que tal valoración se hace, o bien, todavía, con referencia al día en que se paga la legítima (Lacruz Berdejo et.al. 1993, 404). El artículo considerado no determina, pues, el momento en relación al cual debe efectuarse la valoración indicada.

La Constitución española prevé expresamente en su artículo 18.2, tres supuestos de entrada legítima en el domicilio, vinculados con el consentimiento del titular, la comisión de delito flagrante y la existencia de resolución judicial que la autorice.

La doctrina y la jurisprudencia han debatido si la lista considerada determina o no todos los supuestos admisibles. En respuesta, se ha señalado, por ejemplo, que “ni siquiera esa enumeración, en principio tasada, puede considerarse exhaustiva, pues a los supuestos citados es preciso añadir, en todo caso el de fuerza mayor o estado de necesidad, lo que constituye un supuesto de entrada en el domicilio” (López Guerra et. al. 1991, 188).

(4) *Anomalía*. Como el lenguaje es una actividad reglada, existen frecuentes violaciones a reglas lingüísticas de diferentes tipos. Hay, pues, anomalías lingüísticas de distintas especies, pero las anomalías que merecen especial atención en este contexto son las semánticas. En caso de anomalía el intérprete se encontrará con formulaciones carentes de sentido, aunque en ocasiones puedan parecer gramaticalmente correctas. Si una formulación normativa carece de significado, aunque contenga palabras y obedezca a las reglas de la gramática, no puede expresar una norma y, por consiguiente, no puede ser obedecida o desobedecida. La condena por anomalía es la más seria que pueda asignarse a una formulación, pues la descalifica por asignificativa. Conviene advertir que, en el ámbito legislativo, la mayor parte de los casos de anomalía se originan en alteraciones en la formulación de una norma.

El artículo 137 de la edición oficial de la Constitución paraguaya dice textualmente lo siguiente: “Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone”. La formulación normativa resulta ininteligible. El problema fue originado en una alteración de la formulación: donde dice “ni dejará” debe decir “si dejara”.

(5) *Alteración*. Es posible que en el proceso de formulación de una norma se agreguen elementos que no han sido introducidos intencionalmente por la autoridad legislativa. Tales aditamentos indeseados pueden ser distorsiones de sonido o de forma, o errores de formulación. Todos esos cambios en la formulación normativa pueden ser denominados genéricamente “alteraciones”.

Si bien es verdad que no siempre las alteraciones generan dificultades al intérprete en la determinación del significado de formulaciones normativas, también es verdad que en ocasiones ellas generan genuinos trastornos. Esto sucede, en general, cuando en la formulación se sustituye una palabra (o

expresión) determinada por otra similar, o cuando se omite incluir una porción de ella. Alteraciones como esas, en contextos normativos, obviamente, pueden suscitar dificultades serias en el proceso de interpretación.

La doctrina española ha advertido, por ejemplo, que en el artículo 818 del Código Civil, donde dice “donaciones colacionables” debió decir “donaciones computables”.

Se ha advertido, desde luego, que en numerosas ocasiones resulta notorio que el legislador ha pretendido decir algo radicalmente diferente de lo que efectivamente dijo, habiendo caído en un *lapsus* en el uso de ciertas palabras o notaciones sintácticas. Así como que, en otras ocasiones, sucede que un intermediario ha reproducido deficiente o equivocadamente una formulación del legislador. Este es el caso que se plantea, por ejemplo, cuando el editor de un texto legal lo ha reproducido mal o lo ha reproducido en forma diferente en distintas ediciones (Nino 1980, 271). La solución habitual para situaciones como éstas consiste en la promulgación de una *errata legislativa* dando cuenta de las alteraciones introducidas.

Es común la aceptación de que, en procesos legislativos, los errores son inevitables. Consiguientemente, a partir de la aceptación de la segura producción de un número determinado de erratas, cabe disponer de un mecanismo adecuado y eficaz para su corrección. Corresponde, pues, arbitrar procedimientos para evitar y, en su caso, salvar los errores materiales en la publicación o reproducción legislativa. Si ello no se consiguiera, sería tarea del intérprete eliminar las alteraciones, cuando resultare posible.

(6) *Bivalencia*. Se ha señalado antes que la actividad de formular normas presupone la existencia de una comunidad lingüística a la que pertenecen todos los involucrados en ella en sus distintos caracteres (autoridad, intermediarios, destinatarios). La formulación de una norma supone siempre el uso de un lenguaje compartido tanto por el legislador como por los destinatarios.

Este aspecto tiene considerable importancia en el ámbito del derecho, por cuanto que el proceso legislativo se sustenta, en realidad, en dos lenguajes distintos, con diferente nivel de difusión entre los destinatarios: un lenguaje natural y un lenguaje técnico. Se sostiene que las autoridades utilizan en su

actividad legislativa lenguajes naturales conocidos por sus súbditos, ya que se hallan interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz posible. Pero el legislador suma con frecuencia términos técnicos a dicho lenguaje, y esto ocurre, principalmente, cuando se pretende otorgar a determinados vocablos o expresiones un significado restringido, mediante definiciones precisas: los términos definidos pueden haber sido tomados del lenguaje natural o pueden haber sido creados para nombrar una categoría inexistente en el lenguaje natural y que se considera relevante para ciertos propósitos. En general, pues, el legislador emplea comúnmente este procedimiento para otorgar mayor precisión al lenguaje, pero la base y la estructura del lenguaje legislativo son las mismas del lenguaje natural del que se parte. A esto se apunta al señalar que el lenguaje legal no tiene peculiaridades sintácticas, pero tiene algunas características semánticas debidas a la influencia del legislador al formar significados de algunos términos que utiliza.

Se afirma que los términos técnicos son propios de una determinada ciencia o técnica, por lo que normalmente se encuentran al margen del lenguaje ordinario. En ciertos casos, los términos técnicos, no obstante formar parte del lenguaje común, por su conexión con el derecho, conservan sólo una de las acepciones que tienen en aquél, o bien adoptan un sentido más restringido. Estas circunstancias pueden conducir a problemas interpretativos diversos: un vocablo de uso común puede transformarse, con motivo de su incorporación al sistema legal, en un término técnico (v.gr. "cosa"); un vocablo técnico puede transformarse en un término de uso común en base a la difusión de su empleo (v.gr. "homicidio"); un vocablo técnico puede presentar distintas acepciones en diferentes sectores del ordenamiento jurídico (v.gr. "interés"). En los dos primeros casos el problema consiste en determinar si el vocablo en cuestión debe interpretarse en su nueva acepción y, en caso negativo, en qué supuestos debe mantener su significado original. En el tercer caso, el problema consiste en determinar cuál de las diferentes acepciones técnicas debe privilegiarse en un trabajo interpretativo (Iturralde 1989, 45).

El problema de la bivalencia supone, en suma, que una formulación normativa determinada puede ser interpretada en base a dos lenguajes distintos, uno natural y otro técnico o dos técnicos diferentes.

El Código Penal español emplea la expresión “cosa mueble” en la tipificación del delito de robo, conforme al texto del artículo 237. La doctrina y la jurisprudencia han debatido acerca de si la expresión debe ser tomada en el ámbito del derecho penal en el sentido dado por el Código Civil en su artículo 335, o si, por el contrario, ella debe ser tomada en ese ámbito en un sentido distinto de aquél. El Tribunal Supremo ha establecido, en definitiva, que “la noción de bien mueble es la de aquél objeto capaz de trasladarse de un lugar a otro sin sufrir por ello pérdida o menoscabo, noción no siempre coincidente con la del Código Civil” (STS 16.2.88). Así, la expresión “cosa mueble” tiene significados diferentes en los ámbitos del derecho penal y del derecho civil, respectivamente.

9.3. Argumentos interpretativos

9.3.1. Por lo común, la expresión “dar un argumento” significa ofrecer una razón o un conjunto de razones en apoyo de cierta conclusión. Los argumentos son, así, intentos de apoyar ciertas afirmaciones o decisiones con razones. De este modo, argumentar tiene una importancia especial porque constituye una manera de informarse acerca de qué afirmaciones o decisiones son mejores que otras; así como algunas conclusiones pueden apoyarse en buenas razones, otras tienen un sustento mucho más débil. Desde luego, debemos dar argumentos en favor de las diferentes conclusiones y luego valorarlos para considerar cuán fuertes son realmente. En este sentido, los argumentos tienen una relevancia especial en la actividad interpretativa, pues el discurso del intérprete se halla comúnmente constituido por un enunciado interpretativo (informativo o estipulativo) y por uno o más argumentos ofrecidos para apoyar o respaldar la interpretación propuesta.

Se afirma que un argumento, en sentido estricto, no es una mera colección de proposiciones o normas, sino un conjunto estructurado que suele describirse con los términos “premisas” y “conclusión”: la conclusión de un argumento es la proposición o norma que se acepta con base en las otras proposiciones o normas del argumento, y estas otras proposiciones o normas, que son dadas (o supuestas) como apoyo o razones

para aceptar la conclusión, son las premisas de ese argumento.

En ocasiones es posible identificar las premisas y la conclusión de un argumento por una serie de expresiones típicas que actúan como indicadores de unas y otra. Son indicadores de las premisas de un argumento, por ejemplo, expresiones como “puesto que”, “dado que”, “porque”, “se sigue de”, “en base a”, “en vista de” y la “razón es que”, entre otras. Y son indicadores comunes de las conclusiones expresiones como “por lo tanto”, “en consecuencia”, “consecuentemente”, “se sigue que”, “cabe concluir que”, “lo cual muestra que” y “lo cual apunta a la conclusión de que”. Es importante advertir, sin embargo, que en la presentación de un argumento su conclusión puede ir antes o después de las premisas, o en medio de ellas; así como que la conclusión puede no formularse explícitamente, pero puede estar aclarada por el contexto, o hallarse implicada por las premisas formuladas explícitamente. Al analizar un argumento es útil, a menudo, distinguir por separado, las premisas de la conclusión, y al reportar el resultado de nuestro análisis de un argumento es útil también formular cada premisa con independencia, así como la conclusión, en una oración que pueda entenderse sin considerar el contexto.

9.3.2. La expresión “argumento jurídico” es vaga y ambigua. Por un lado, con ella se hace referencia, en general, a cualquier argumento usado para respaldar una petición o decisión jurídica. Por otro lado, se alude con ella, más concretamente, a ciertos argumentos específicos usados para respaldar una decisión interpretativa. En este contexto consideraré aquellos argumentos que los juristas emplean típicamente para apoyar la elección de cierta opción interpretativa.

En general, los argumentos interpretativos tienen la siguiente forma básica: (1) Toda formulación normativa con la característica C debe ser interpretada del modo M; (2) La formulación normativa F tiene la característica C; (3) Por lo tanto, la formulación normativa F debe ser interpretada del modo M.

En el esquema, la premisa (1) constituye una pauta interpretativa general que indica el modo como debe ser interpretada toda formulación normativa que posea cierta característica; la premisa (2) específica que determinada formulación

normativa posee la característica referida; la conclusión (3), constituye una pauta interpretativa específica que indica el modo como debe ser interpretada la formulación normativa en cuestión.

Los llamados “argumentos jurídicos” actúan así, precisamente, como pautas interpretativas generales y ocupan el lugar de la premisa (1), indicando el modo como deben ser interpretadas ciertas formulaciones normativas. El listado de argumentos jurídicos tradicionales incluye habitualmente los siguientes tipos (Tarello 1980, 341-396; Guastini 1993, 359-388; MacCormick-Summers 1991, 512-544; Klug 1988, 139-199; los ejemplos han sido tomados, en general, de Ezquiaga 1987):

(1) *Argumento “a simile”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, con la cual guarde semejanza relevante o idéntica *ratio*.

El artículo 21 de la Constitución española, relativo a los derechos de reunión y de manifestación, ha servido de base para la resolución de cierto caso. La cuestión planteada exigía la interpretación de dos disposiciones legales con limitaciones diferentes para el ejercicio de los derechos mencionados (los denominaré, para simplificar, artículos 1 y 2). En base a un argumento “a simile”, el Tribunal Constitucional sostuvo: “debe aceptarse la norma más específica y homogénea que permita una mayor congruencia y evite transposiciones arbitrarias, y en este caso la norma que reúne tales condiciones es la del artículo 1, que se refiere a las ‘reuniones en lugar abierto al uso público’, que poseen la misma identidad de razón que las ‘reuniones en lugar de tránsito público y manifestaciones’ que el artículo 21 de la Constitución regula, por ser lo decisivo para la acción analógica la clase de acto —‘reunión abierta’ o ‘reunión cerrada’— y no la forma de relación con la autoridad —‘comunicación’ o ‘autorización’—, siendo de desechar el artículo 2 por estar referido a reuniones en lugar cerrado (...) (STC 36/1982).

(2) *Argumento “a fortiori”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, cuya *ratio* valga con mayor razón para aquélla.

El artículo 24.2 de la Constitución española, relativo al secreto profesional, ha generado controversias en cuanto a su alcance. La cuestión

planteada en cierto caso fue si el deber de secreto era invocable sólo ante la administración de justicia o también ante la administración pública. El Tribunal Constitucional resolvió la cuestión en base a un argumento “a fortiori” diciendo: “El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente en la Constitución, que en su art.24.2 dice que la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente y *a fortiori* tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos (STC 110/1984).

(3) *Argumento “a contrario”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada excluyendo de su alcance todo caso distinto del expresamente incluido.

El artículo 25.3 de la Constitución española, relativo a las sanciones que impliquen privación de libertad, prohíbe a la administración civil su aplicación. La cuestión debatida en cierto caso fue si dicho artículo alcanzaba a la administración militar. La respuesta del Tribunal Constitucional, basada en un argumento “a contrario” fue la siguiente: “Del artículo 25.3 se deriva “a sensu contrario” que la administración militar puede imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad” (STC de 15.06.1981). El artículo no menciona a la administración militar, silencio que el Tribunal interpreta como voluntario y que justifica exceptuar a la administración militar de la prohibición establecida.

(4) *Argumento “a rubrica”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a los títulos y a las divisiones legales que incluyen a aquélla.

Se ha debatido en España el alcance de la expresión “autoridad judicial” en relación al Tribunal Constitucional. El propio Tribunal Constitucional ha decidido al respecto, en base a un argumento “a rubrica”, que “las expresiones ‘autoridad judicial’ u ‘órgano judicial’ (...) no son (...) aplicables al Tribunal Constitucional, pues éste no es un órgano integrante del Poder Judicial, como se infiere de otros preceptos, del Título VI de la Constitución, en donde no está incluido el Tribunal Constitucional, que precisamente por ser ‘independiente de los demás órganos constitucionales’ (art. 1 de la LOTC), está regulado en un Título aparte de la Constitución (el IX), desarrollado por la propia Ley Orgánica de 1979” (ATC 83/1980).

(5) *Argumento psicológico*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a la voluntad del legislador, voluntad que se manifiesta en su exposición de motivos, preámbulos y trabajos preparatorios.

El artículo 20.1.c de la Constitución española, relativo a la libertad de cátedra, ha generado controversia en cuanto a su alcance. En base a un argumento psicológico, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente: "Aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior o, quizás más precisamente, de los titulares de puestos docentes denominados precisamente 'cátedras' y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la propia labor investigadora, resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere su nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora" (STC 13.02.1981).

(6) *Argumento "sedes materiae"*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte.

Los artículos 28 y 37 de la Constitución española, relativos al derecho de huelga y al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo, respectivamente, han generado controversias en cuanto a su relación y campo de aplicación. A los efectos de determinar el peso de uno y otro, el Tribunal Constitucional ha dicho, empleando un argumento "sedes materiae", lo siguiente: "el primero de ellos se encuentra en la sección 1a del capítulo 2o, que versa sobre los derechos y libertades, mientras que el segundo se encuentra en la sección 2a del capítulo 2o, que habla simplemente de los derechos ciudadanos. Esta colocación sistemática comporta evidentes consecuencias en cuanto al futuro régimen jurídico de uno y de otro derecho" (STC 08.04.1981).

(7) *Argumento "ab auctoritate"*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a la opinión de determinada autoridad intelectual o jurídica.

El artículo 24 de la Constitución española, relativo a la tutela judicial efectiva, ha generado controversia en cuanto a su alcance. Uno de los problemas debatidos ha sido si el derecho a la doble instancia se halla incluido en él. La doctrina especializada, recurriendo a la autoridad del Tribunal Constitucional, ha dicho a este respecto: “El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la tutela judicial no comprende, con carácter general, con la excepción del proceso penal, el doble pronunciamiento judicial, esto es, no comprende el derecho a acudir a una segunda instancia que revise la corrección de la resolución judicial en primera instancia” (López Guerra et.al. 1991, 284).

(8) *Argumento histórico*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a los precedentes existentes, empezando por los inmediatos.

El artículo 17.3 de la Constitución española, relativo al derecho a ser informado de la acusación, ha generado controversia en cuanto a su alcance. Invocando precedentes, el Tribunal Constitucional ha decidido sistemáticamente lo siguiente: “La Sala Primera de este Tribunal, en su sentencia de 10 de abril de 1981 (...), vino a concretar cuál es el contenido esencial constitucionalmente exigible del derecho a ser informado de la acusación a los efectos de la defensa, estableciendo la doctrina de que es evidente que esa información ha de recaer sobre los hechos considerados punibles que se imputen al acusado” (STC 105/1983, entre otras).

(9) *Argumento teleológico*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a su propia finalidad objetiva, suponiendo que fue dictada como medio adecuado para alcanzarlo.

El artículo 14 de la Constitución española, relativo a la igualdad ante la ley, ha generado controversia en cuanto a su alcance. El Tribunal Constitucional ha señalado con insistencia que, en atención a su finalidad objetiva, el artículo en cuestión no prohíbe toda desigualdad, sino sólo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable (STC 02.07.1981).

(10) *Argumento económico*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que suponga(n) una repetición respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.

Respecto de la interpretación del artículo 149 de la Constitución española, relativo a las competencias exclusivas del Estado, el Tribunal Constitucional ha dicho, refiriéndose a la expresión "... y en general, de todos los medios de comunicación social", contenida en el apartado 1.27, que ella no puede incluir, so pena de redundancia, materias que estén reguladas en otros preceptos (STC 49/1984).

(11) *Argumento "a coherentia"*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquél (o aquellos) significado(s) que suponga(n) una contradicción respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.

El artículo 53.2 de la Constitución española, relativo a la tutela de ciertas libertades y determinados derechos mediante el recurso de amparo, ha generado dudas interpretativas, por cuanto se alude en él "a los ciudadanos" como sujetos de tal tutela. El Tribunal Constitucional ha decidido, en base a un argumento "a coherentia", que "una interpretación aislada del artículo 53.2. que limitara a la persona individual esa tutela reforzada que dice este precepto, dejando para las otras personificaciones la tutela ordinaria, implicaría con este recorte al sistema de defensa de un derecho fundamental, una conclusión contraria a la que resulta –además del artículo 24.1– del artículo 162.1.b. de la Constitución, en el que también a las personas jurídicas se reconoce capacidad para accionar en amparo" (STC 53/1983).

(12) *Argumento "ad absurdum"*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que dé(n) lugar a consecuencias absurdas o que contrasten con valoraciones del sentido común.

El artículo 14 de la Constitución española, relativo a la igualdad ante la ley, ha generado dudas interpretativas en cuanto a su alcance respecto de la igualdad en la aplicación de la ley. El Tribunal Constitucional ha resuelto la cuestión, recurriendo a un argumento "ad absurdum", de la siguiente manera: "No existe (...), un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales, pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica que se manifiesta no sólo en la modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad (...). (...) [C]arecería de sentido un enjuiciamiento que habría de respetar por definición los elementos de derecho conducentes a la nueva interpretación, so pena de asentar los pronunciamientos de los Tribunales sobre un principio

de predominio de los precedentes, que no es consustancial con nuestro sistema jurídico” (STC 63/1984).

(13) *Argumento pragmático*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada optando por aquél significado que lo haga más eficaz para lograr su finalidad, prescindiendo del (de los) significado(s) que la convierta(n) en ineficaz a ese respecto.

El artículo 28.1 de la Constitución española, relativo al derecho a sindicarse, ha generado dudas interpretativas en cuanto a su alcance. El Tribunal Constitucional, recurriendo a un argumento pragmático, ha dicho al respecto: “Forma parte esencial del derecho de sindicación el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines propios del sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible” (STC 91/1983).

Cada uno de los argumentos del listado anterior plantea, como resultará obvio, problemas importantes a la hora de su aplicación, sobre todo por la buena dosis de vaguedad que contienen sus respectivas formulaciones. Sucede, además, que no todos ellos son compatibles entre sí, y, por consiguiente, no siempre conducen a idénticos resultados. Por otro lado, no existen pautas generales que establezcan jerarquías entre ellos, lo que dificulta la opción entre uno y otro ante un caso particular. De todos modos, los juristas recurren a ellos con frecuencia y con relativo provecho.

GENARO R. CARRIÓ

Profesor Titular Investigador Adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Buenos Aires.

NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE

CUARTA EDICION
CORREGIDA Y AUMENTADA



ABELEDOPERROT

BUENOS AIRES

Este es un tipo de perplejidad independiente de la anterior. Los problemas conectados con ella tienen singular relevancia en la práctica cotidiana del derecho. Se justifica, por lo tanto, que los examinemos en forma somera.

1. EL USO DE PALABRAS GENERALES

Una de las principales funciones de las palabras —aunque no la única— es hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc. Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, ni habría ventaja alguna en que lo fuera tanto, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto, para cada propiedad de cada objeto individual o hecho concreto, etcétera. Que yo sepa, sólo Ireneo Funes, filólogo y pensador de Fray Bentos, República Oriental del Uruguay, concibió seriamente y terminó por desechar, si bien por motivos estrictamente personales, un lenguaje de esas características. El nuestro está armado en base a palabras generales que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades, y no en base a nombres propios de objetos, hechos o propiedades individuales.

Es aquí, en el uso de palabras generales, que son palabras clasificadoras, donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística.

A esta altura un crítico imaginario podría observar lo siguiente:

“Es cierto que usamos palabras generales que cubren grupos o familias de objetos (en sentido amplísimo). Pero, ¿qué dificultad genuina puede suscitar el uso de ellas? Los distintos objetos designados por una misma palabra no están agrupados en forma arbitraria o casual; siempre hay un criterio o regla tras el uso del término. Agrupamos distintos objetos y aludimos a ellos con una misma palabra porque ellos tienen ciertas propiedades en común. Y es la presencia de esas propiedades comunes lo que justifica el agrupamiento.

“Esas palabras cumplen una doble función: *denotan* el conjunto de objetos que exhiben las características o propiedades

por cuya virtud les aplicamos la misma palabra, y *connotan* esas propiedades. Podemos decir entonces que tales palabras tienen un significado denotativo o *extensión* (el conjunto de objetos a los cuales se aplica la palabra) y un significado connotativo o *intensión* (las propiedades por virtud de las cuales aplicamos a esos objetos una misma palabra). Por lo tanto, la pertenencia de un objeto al grupo de objetos denotados por una palabra queda determinada por el hecho de que el primero exhibe las propiedades connotadas por la segunda. El criterio para el uso correcto de ella, por ende, es la presencia, en un objeto determinado, de las propiedades en cuestión. Si en nuestro lenguaje una palabra se usa para connotar la reunión o suma de las propiedades A, B y C, entonces todos los objetos del universo quedan automáticamente clasificados en dos grupos distintos y complementarios: el de los objetos que tienen las propiedades A, B y C y el de los que no las poseen. A los objetos que tienen tales propiedades les será aplicable la palabra; a los otros, no. ¿Qué problemas pueden presentarse aquí? Por supuesto que cuando usamos las palabras podemos no ser conscientes de esto, pero es tarea sencilla hacer explícitos esos criterios de aplicación. Esto es, *definir* las palabras que usamos. Una vez que tenemos la correcta definición según el uso vigente, ¿qué problemas de clasificación puede haber?, ¿Cómo es posible que surjan perplejidades genuinas o reales desconciertos?”.

Hasta aquí nuestro crítico imaginario. Por desdicha, el cuadro diseñado por él es excesivamente idílico. Las cosas no son tan simples.

2. AMBIGÜEDAD

En primer lugar, las complica un fenómeno corriente y, en apariencia, trivial. No es cierto que todas las palabras son usadas, en todos los contextos, para connotar las mismas propiedades. Si uno de mis hijos me pregunta “¿Qué quiere decir ‘radio?’”, no tengo más remedio que contestarle con otra pregunta: “¿En qué frase u oración?”. Porque en algunas significará algo así como “aparato eléctrico que sirve para escuchar música y noti-

cias"; en otras, "metal descubierto por los esposos Curie"; en otras "la mitad del diámetro"; en otras, cosas tan poco precisas como las que indicamos al hablar del radio de acción de cierta influencia política, o del radio céntrico de la ciudad.

Este ejemplo simple nos muestra que el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas. Claro está que el contexto y la situación, en la generalidad de los casos, disipan toda posibilidad de confusión. Sobre todo cuando, como ocurre en el caso de "radio", el uso de una misma palabra con distintos significados es un puro accidente lingüístico.

Otras veces, en cambio, advertimos que una misma palabra tiene distintos criterios de aplicación, pero que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de mera homonimia, esos criterios están unidos entre sí por conexiones más o menos complicadas. En algunos casos hay algo así como un significado originario central, y extensiones metafóricas o figurativas. Hablamos, por ejemplo, de una conferencia pesada, o de un escritor oscuro o de una personalidad opaca, y, obviamente, una conferencia no es pesada en el mismo sentido en que lo es una caja de hierro, ni un escritor es oscuro en el mismo sentido en que lo es una habitación interna (o un determinado designio humano), ni una personalidad es opaca en el mismo sentido en que lo es un cuerpo sólido.

Pero además de estos usos extensivos o metafóricos hay muchos otros casos, más complicados y más interesantes, de palabras que se aplican a una multitud de objetos que no presentan propiedades comunes connotadas por aquéllas y donde, a pesar de ello, tenemos la impresión firme de que el uso de una misma palabra no es un mero accidente.

Tomemos el ejemplo que trae Wittgenstein³. Hablamos de "juego" para aludir a la rayuela, al fútbol, a los juegos de palabras, al rugby, a los juegos malabares, al polo, a los solitarios, al ajedrez, a la escoba de quince, a la lotería, al pato, a la ruleta, a las rondas infantiles, al bridge y a la taba. ¿Qué tienen de común

³ *Philosophical Investigations*, Mac Millan Co., New York, 1953, apartado 66.

estas cosas? ¿Qué propiedad común justifica que se hable de "juego" para aludir a actividades tan disímiles? Se podrá decir, quizás, que en todos estos casos hay una cierta actividad humana guiada por un fin de diversión y entretenimiento. Pero ¿quién compra billetes de lotería para entretenerse? ¿Diremos entonces que la característica "esencial" es que se trata de actividades humanas guiadas por reglas, donde se gana o se pierde? Pero esto no parece convenir a buena parte de los juegos infantiles.

Por otro lado, ¿por qué en castellano —o, al menos, en la variante de él que hablamos los argentinos— llamamos "juego" al fútbol y al rugby y no llamamos "juego" al box y a la lucha grecorromana? ¿Por qué hablamos de jugadores de basket-ball y no de jugadores de esgrima? ¿En qué medida el fútbol y el rugby son más parecidos a la ruleta o al bridge que al box o a la lucha, para que hablemos de "juego" en el caso de los cuatro primeros y no apliquemos el término a los dos últimos? ¿Hay alguna regla o principio oculto tras este aparente desorden? ¿Hay alguna regla o principio oculto tras este aparente desorden? Cuando alguien me da una orden en la que aparece la palabra juego ¿cómo debo entenderla? ¿Se han querido incluir todas las variadísimas actividades cubiertas por la palabra o sólo algunas? Y si es esto último, ¿cuál o cuáles de ellas?

También aquí el contexto y la situación eliminan por lo común toda duda razonable. Pero hay casos en los que el desconcierto subsiste a pesar de nuestros esfuerzos por hacerlo desaparecer.

Los problemas de este tipo son analizados y estudiados bajo

⁴ He aquí un intento de respuesta (parcial) a estas últimas preguntas: No hablamos de "juego" para referirnos al box o a la lucha grecorromana porque si bien estas actividades se asemejan al fútbol o al rugby en muchos aspectos importantes, difieren de ellos en un punto capital. A saber, que tanto el box como la lucha grecorromana se parecen mucho a cosas que los hombres hacen a veces "en serio" —pelearse entre sí— lo que no ocurre con el fútbol o el rugby. El parecido con una actividad "natural" neutraliza las semejanzas que el box y la lucha tienen con el fútbol y el rugby (el propósito de competencia, la aceptación de reglas, etc.) y excluye la aplicación de la palabra juego en relación con los dos primeros deportes. Esto puede explicar, tal vez, porque no llamamos juegos a deportes tales como la equitación, la esgrima, las carreras pedestres, la caza, la pesca, el automovilismo, etcétera.

el rótulo de “ambigüedad de los lenguajes naturales”. Las dificultades prácticas pueden superarse si tomamos la precaución de precisar, en todos los casos de posible duda, el sentido con que hemos empleado tal o cual palabra o expresión.

3. VAGUEDAD

Hay otros casos en que la incertidumbre en la aplicación o interpretación de ciertos términos no brota de que no sabemos en qué sentido han sido usados, porque sobre eso no tenemos dudas.

Aquí ocurre lo siguiente. Me hallo frente a un caso o ejemplo concreto, cuyas características individuales he podido examinar en detalle, pero a pesar de todos mis empeños no sé si se trata de un ejemplo de la palabra general “X”, esto es, de un caso de aplicación de ella. Mi duda no se origina en falta de información acerca del objeto; sé todo lo que necesito saber de él. Ella se origina en que no sé bien dónde termina el campo de aplicación de la palabra “X” y este caso parece hallarse en las proximidades de esos desdibujados linderos, cuya ubicación no puedo precisar. Más fundamental aún: tengo la impresión de que carece de sentido hablar aquí de límites precisos.

Tal fenómeno acaece, por ejemplo, cada vez que una palabra tiene como criterio relevante de aplicación la presencia de una característica o propiedad que en los hechos se da en la forma de un continuo, como la edad, o la altura, o el número de cabellos que un hombre puede tener, y pretendemos hacer cortes en ese continuo valiéndonos de palabras o expresiones tales como “joven”, “adulto”, “anciano”, “hombre edad madura”; o “alto”, “bajo”, “retacón”; o “calvo”, “hirsuto”, etc.

Ya sabemos lo que quiere decir “joven” o “calvo”. No se trata aquí de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto. Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto

de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero en el medio hay una zona más o menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos qué hacer.

El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión. Tales vocablos cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales, y también en el lenguaje del derecho. Hablamos corrientemente de plazo razonable, de error sustancial, de culpa o de injuria grave, de peligro inminente, de velocidad excesiva, etc.

Para aludir a este fenómeno se habla de la “vaguez de los lenguajes naturales”. No todas las palabras vagas lo son de la misma manera. Hay veces en que las vacilaciones que suscita la aplicación de un rótulo general a un hecho o fenómeno concreto se originan en que los casos típicos están constituidos por un conjunto de características o propiedades que allí aparecen estructuradas o combinadas en una forma especial, y no resulta claro si el criterio implícito en el uso del término considera a todas ellas, o sólo a algunas, condición necesaria y suficiente para su “correcta” aplicación. El problema irrumpe con la aparición de los casos marginales o atípicos, en los que faltan algunas propiedades, por lo común concomitantes, o está presente una adicional, de carácter insólito. ¿Habremos de seguir usando el mismo rótulo, a despecho de la anomalía presente en el caso anómalo? ¿O esta disparidad tiene una relevancia tal que justifica la no aplicación del término clasificatorio general? Muchas veces el uso establecido carece de respuesta para esos interrogantes. No cabe duda de que un automóvil es un “vehículo”, pero ¿podemos llamar “vehículo” a un ascensor? ¿Y a una escalera mecánica?

Tomemos, adaptándolo, un ejemplo de Max Black⁵: el de las palabras con que pretendemos distinguir entre diversas razas caninas. Veamos cómo define el Diccionario de la Real Academia algunas de esas palabras:

⁵ “Definition, Presupposition and Assertion”, en *Problems of Analysis*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1954, Cap. II.

"*Lebrel*": "Variedad de perro que se distingue en tener el labio superior y las orejas caídas, el hocico recio, el lomo recto, el cuerpo largo y las piernas retiradas atrás".

"*Mastín*": "El (perro) grande fornido, de cabeza redonda, orejas pequeñas y caídas, ojos encendidos, boca rasgada, dientes fuertes, cuello corto y grueso, pecho ancho y robusto, manos y pies recios y nervudos, y el pelo largo, algo lanoso".

"*Danés*": "El (perro) que participa de los caracteres del lebrel y del mastín".

Parece claro que con esta información es imposible salir por los campos a buscar lebreles, mastines o daneses. Aquellas palabras no son definibles con la misma técnica que emplea un geómetra para definir sus términos. Definir "triángulo" es proporcionar las condiciones necesarias y suficientes que sirven como criterio para la aplicación de esa palabra y que permiten acotar, en forma rígida y nítida, una clase de objetos.

No ocurre lo mismo en nuestro ejemplo canino. No hay aquí ninguna propiedad o conjunto de propiedades que sean condición necesaria y suficiente para el uso de "lebrel", "mastín" o "danés". Para enseñar a alguien a usar estas palabras hay que mostrarle lebreles, mastines o daneses típicos y, después, ejemplares atípicos situados a distinto grado de proximidad de los casos centrales. Las palabras de nuestro ejemplo no acotan una clase de objetos, sino un *campo* de límites imprecisos, dentro del cual podemos, ciertamente, señalar casos claros. Pero además de los casos claros hay numerosísimos ejemplares que se asemejan en grado decreciente a aquéllos. Entre el área de los casos claros y la de los inequívocamente excluidos se extiende una imprecisa zona de fronteras, no susceptible de deslinde, como no sea por una decisión arbitraria. No se vaya a pensar, dice Black, que esta indefinición o indeterminación es un producto espurio de la promiscuidad perruna. Todas las palabras que se usan para hablar del mundo, para aludir a los fenómenos de la realidad, participan de las mismas características.

Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad cir-

cundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión.

Pero, se me dirá, ¿no hay en esto una exageración patente? No es cierto que todas las palabras exhiben tal indeterminación. Tomemos, por ejemplo, la palabra "hombre" (en el sentido de "ser humano"). En condiciones de observación normales —seguiría la objeción— jamás dudamos si a algo que tenemos ante nuestros ojos le es o no aplicable ese término.

Quizás se pueda responder a esa objeción señalando las vacilaciones de los antropólogos respecto del modo de clasificar ciertos especímenes primitivos. O preguntando (y preguntándonos) si según el uso establecido la palabra "hombre" se aplica claramente a un cadáver, y, si la respuesta es afirmativa, preguntando (y preguntándonos) si el uso ha fijado también con precisión cuándo, esto es, en qué momento, los despojos mortales de un hombre quedan fuera del campo de aplicación de la palabra.

Pero hay otra respuesta mucho más reveladora, y menos macabra, que ésta. Es verdad que *de hecho* usamos muchas palabras sin que se susciten oportunidades de duda; tales palabras no son actualmente vagas. Pero también es verdad que *todas* las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos, son, al menos, potencialmente vagas. Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término.

Todos usamos, por ejemplo, la palabra "escribir"; no parece, a primera vista, que ella sea actualmente vaga. Pero si nos mostraran una máquina que transformase las palabras habladas en palabras escritas, sin intermediario humano, ¿cómo describiríamos la actividad de la persona que habla ante la máquina? ¿Diríamos o no que está "escribiendo"? Por consolidado que pa-

rezca el uso de un vocablo en la práctica cotidiana, siempre es posible imaginar casos de incertidumbre o indeterminación.

Esta característica de *vaguedad potencial* que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann⁶ "la textura abierta del lenguaje". Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de "vaguedad intensional"⁷. Veámoslo un poco más de cerca.

4. LA TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE

Es corriente presuponer que los criterios que presiden el uso de las palabras que empleamos para hablar acerca de la realidad están totalmente determinados. Pero eso no es más que una ilusión.

Si se nos pide que hagamos explícito el criterio de aplicación de una palabra podemos indicar un cierto número de características, o propiedades defintorias, y creer que todas las otras propiedades posibles no incluidas entre aquellas están, por ello, excluidas como no relevantes. Esta creencia es equivocada. Sólo pueden reputarse excluidas como irrelevantes las propiedades o características posibles que *han sido consideradas*, pero no las que no lo han sido. Estas últimas no están excluidas; cuando se presenta un caso en el que aparece una o más de ellas es perfectamente legítimo que sintamos dudas que no pueden ser eliminadas por un proceso de pura deducción a partir del significado corriente de la palabra. El uso puede estar, a este respecto, totalmente "abierto". Es decir, no decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones.

Imaginemos que alguien me pregunta si hay un gato en la habitación de al lado. Abro la puerta y veo un animal cuya apariencia reúne todas las características que normalmente exhiben

⁶ Cf. su artículo "Verifiability", publicado en *Logic and Language* (primera serie), antología compilada por A. N. G. Flew, Blackwell, Oxford, 1951, pág. 119.

⁷ Cf. su artículo "Significado y sinonimia en los lenguajes naturales", en *Antología Semántica*, compilada por Mario Bunge, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, págs. 25/44.

los gatos. Contesto, por lo tanto, que sí. Mi interlocutor insiste: "¿Está usted seguro?" Abro nuevamente la puerta y examino el animal más de cerca. En ese momento el gato me mira y en un impecable castellano exclama: "¿Se dejará usted de amolar?" (o palabras equivalentes), al par que empieza a crecer y en un instante alcanza dos metros de altura, para volver de inmediato a su tamaño y parquedad habituales. ¿Seguiré llamando "gato" a este curioso espécimen? ¿Y si nunca más, en el resto de sus días, vuelve a conducirse en forma tan poco oxtodoxa, o sólo lo hace en ocasiones rarísimas, comportándose, por lo demás, como se comporta el resto de los gatos? Cualquiera sea la resolución que tome, ella no estará controlada por los usos vigentes, sino que será una decisión adoptada frente al caso insólito.

Se dirá, expresa Waismann, que esas cosas no ocurren. Pero basta con que sean *posibles* para que se nos haga patente que las palabras generales que usamos no están perfectamente definidas, cualesquiera sean nuestras creencias sobre el particular. Cuando pensamos haberlas delimitado en todas las direcciones, el caso insólito nos muestra que en un aspecto no contemplado faltaba determinación. No disponemos de un criterio que nos sirva para incluir o excluir *todos* los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles. No podemos agotar la descripción de un objeto material ni, por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia. Estas aptitudes no forman parte del equipo de los seres humanos ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial. Es por ello que las palabras presentan esta característica de vaguedad potencial o textura abierta; y es por ello, también, que tal característica constituye, por decir así, una enfermedad incurable de los lenguajes naturales.

Todas estas cosas tienen una enorme importancia para los problemas que los juristas analizan bajo el rótulo de "interpretación". Así lo veremos en la segunda parte (pág. 49 y sigs.).

VICTORIA ITURRALDE SESMA

LENGUAJE LEGAL Y SISTEMA JURÍDICO

CUESTIONES RELATIVAS
A LA APLICACIÓN DE LA LEY



FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA



2.2. *El lenguaje legislativo como lenguaje especial*

Con la calificación del lenguaje legislativo como lenguaje especial queremos poner de relieve una determinada relación entre el lenguaje común y el legislativo. Dicha relación podemos formularla señalando que, de un lado, los términos en que se encuentran formulados los textos legales tienen su fundamento, tanto semántico como sintáctico, en el lenguaje común, y, de otro, que aquéllos incluyen una terminología específicamente jurídica, de manera que el lenguaje legislativo va convirtiéndose progresivamente en un lenguaje técnico.

A las relaciones entre ambos lenguajes podemos referirnos, en palabras de Wroblewski, diciendo que: «El lenguaje legal no tiene peculiaridades sintácticas, pero tiene algunas características semánticas debidas a la influencia del legislador al formar significados de algunos términos que utiliza. Hay también peculiaridades pragmáticas de este lenguaje porque es usado principalmente en el discurso legal y no en la comunicación diaria»¹¹.

Por ello, de cara al análisis del lenguaje legal, consideramos necesario proceder en dos momentos: primero, poniendo de relieve las características propias del lenguaje común, en la medida en que son asimismo predicables del lenguaje legislativo y, segundo, examinando las peculiaridades que justifican la calificación de especial de este último.

De otro lado, tomando como referencia la tripartición de la semiótica en sintaxis, semántica y pragmática, tenemos que indicar que el presente estudio se circunscribe al aspecto semántico del lenguaje legal y a los problemas interpretativos que de él se derivan (lo que no será obstáculo para que la referencia a las dimensiones sintáctica y pragmática resulte, en ocasiones, ineludible)¹².

II. EL LENGUAJE COMÚN, FUNDAMENTO DEL LENGUAJE LEGISLATIVO

Tomando como punto de partida el hecho de que el significado de una oración (la proposición) depende del significado de las palabras que la componen así como de su estructura gramatical¹³, vamos a llevar a cabo un análisis semántico del lenguaje común tomando como unidad básica las palabras. Más adelante (y en función de un posterior estudio de las definiciones legislativas) examinaremos el papel de la definición como una de las vías de superar los elementos de indeterminación propios del lenguaje común.

1. LA PALABRA COMO UNIDAD DOTADA DE SIGNIFICADO

Consideradas desde este punto de vista, observamos que, de un lado, el campo de aplicación de las palabras no está siempre totalmente definido (vague-

dad) y, de otro, que una misma forma fonética puede estar asociada a más de un significado (ambigüedad).

Pues bien, como punto de partida para el análisis de dichos fenómenos vamos a referirnos a las nociones de extensión e intensión (o connotación y denotación) ¹⁴.

1.1. *Extensión e intensión*

La extensión de una palabra comprende todos y cada uno de los objetos a que la misma se aplica, mientras que la intensión se refiere al conjunto de caracteres o propiedades que conforman su significado. Así, por ejemplo, la intensión de «mamífero» está constituida por animal vertebrado, de temperatura constante, el desarrollo de cuyo embrión se verifica dentro del cuerpo materno, etc., y su extensión la forman los perros, vacas, caballos, etc., es decir, todos y cada uno de los animales que reúnen las características indicadas por su intensión.

Antes de seguir adelante conviene hacer algunas precisiones sobre dichos conceptos.

1) Tanto la intensión como la extensión están referidas a las denominadas palabras clase, es decir, a aquellas que (a diferencia de los nombres propios) no necesitan de la presencia de un referente en el mundo físico.

2) En general podemos decir que la extensión de los nombres y predicados en las lenguas naturales no está fijada de una vez y para siempre, sino que se halla determinada por diferentes puntos de referencia, entre los que cabe destacar el tiempo y lugar de la enunciación y una diversidad de hechos conocidos sobre el mundo que se describe ¹⁵.

3) Por lo respecta a la relación entre extensión e intensión hay que indicar la prioridad de la segunda sobre la primera o, lo que es lo mismo, que la extensión se encuentra determinada por la intensión. Esto es así por dos razones. En primer lugar, porque, mientras la extensión de una palabra indica únicamente el estado de conocimiento actual sobre la misma, la intensión permite una eventual y posterior inclusión de elementos desconocidos en el momento de la fijación intensional. En segundo lugar, porque en el lenguaje común nos encontramos con términos que, gozando del elemento intensional, sin embargo carecen de extensión (p. ej., unicornio, sirena, etc.).

1.2. *Vaguedad*

1.2.1. *Vaguedad actual*

Decimos que un término es vago cuando hay casos respecto a los cuales su aplicación no está definida ¹⁶. En todo término vago podemos distinguir tres zonas: una zona central o núcleo de certeza positivo, en el que la aplica-

ción del término no ofrece dudas; un núcleo de certeza negativo, respecto del que es asimismo claro que el término no se aplica, y una zona de penumbra, que cubre aquellos casos respecto de los que su aplicación es dudosa.

Si bien ya en 1902 Peirce se refería a la vaguedad de los símbolos¹⁷, son los trabajos de Russell y Black los que constituyen punto de partida obligado en el análisis e implicaciones de este concepto.

Según Russell, «la representación de un objeto es vaga cuando la relación entre el sistema representativo y el sistema representado no es biunívoca sino multívoca»¹⁸. Esta concepción será criticada años más tarde por Black al afirmar que «la vaguedad de un término es conocida por producir casos límites (*borderline cases*), es decir, particulares (*individuals*) a los que parece imposible aplicar o no aplicar el término»; a la vez que hace extensiva la vaguedad a la totalidad de los símbolos cuando señala que «la existencia de una serie de símbolos relativamente menos vagos no implica la existencia de un símbolo de vaguedad cero»¹⁹.

Al objeto de mayor precisión, definiremos el concepto de vaguedad en función de las nociones de intensión y extensión antes indicadas, lo deslindaremos del concepto de generalidad y señalaremos su carácter objetivo.

Siguiendo a Bunge, podemos decir que la vaguedad intensional consiste en una indeterminación parcial de la intensión producida por el hecho de que las propiedades de un concepto «X» no están determinadas exhaustivamente. «El concepto de *vaguedad intensional* puede analizarse por medio del conjunto I(C) de propiedades, conocidas y desconocidas, connotado por C, y el subconjunto K(C) \subseteq I(C), de las propiedades conocidas, incluido en la intensión de C. Definiremos la vaguedad intensional Vi(C) de un conjunto C como la diferencia entre I(C) y K(C), o sea, como el conjunto de las propiedades que pertenecen a I pero no a K: Vi(C) = df. I(C) — K(C)

El concepto de vaguedad extensional (Ve) puede determinarse como sigue: «Si un concepto C nos permite llevar a cabo sin ambigüedad y exhaustivamente una división de todo conjunto en el subconjunto E(C) de todos los miembros que tienen la propiedad C(x) y el subconjunto complementario E(C), de todos los elementos que no satisfacen la función C(x), entonces la extensión o denotación de C está enteramente determinada. Y si, en cambio, hay cierto número de casos limítrofes que puedan agruparse igual en E(C) que en E(C) entonces la extensión E(C) de C está parcialmente indeterminada, y la proporción de casos limítrofes medirá su vaguedad extensional.»

Ambos tipos de vaguedad permiten introducir el concepto de vaguedad total²⁰: V(C) = < Vi(C), Ve(C) >.

Por otra parte, la generalidad de un término y su carácter vago no se identifican necesariamente.

Un término es general cuando su campo de referencia abarca una multiplicidad de objetos. Por tanto, la generalidad, aunque condición necesaria, no es suficiente para predicar el carácter vago o indeterminado de un término. Así, por ejemplo, el término «planeta» referido a nuestro sistema solar es general pero no vago: su dominio es conocido y consta de los nueve planetas.

Por el contrario, cuando a la generalidad del nombre se añade la indeterminación de la clase de objetos que denota (p. ej., «río»), el nombre en cuestión es vago²¹.

Por último, afirmar el carácter objetivo de la *vaguedad* significa que ésta se predica no de la realidad a la que los términos se refieren, sino del lenguaje mismo. En este sentido podemos citar las palabras de Russell según las cuales los caracteres de vaguedad y precisión únicamente pueden predicarse de la representación de las cosas (y el lenguaje es una de ellas) y no de las cosas como tales: «fuera de la representación, sea cognoscitiva o no, no puede haber cosas tales como la vaguedad o la precisión; las cosas son como son y eso es todo»²².

1.2.2. *Vaguedad potencial o textura abierta*

El fenómeno de la vaguedad (considerado hasta el momento en su dimensión actual) puede estar asimismo referido a hechos futuros. Es lo que se conoce con el nombre de *textura abierta (open-texture) del lenguaje*²³.

El concepto de *textura abierta* fue invocado por primera vez por Waismann como argumento en contra del verificacionismo. Según él, ningún concepto está delimitado de tal forma que no haya espacio para la duda. Cuando introducimos un concepto, dice, lo delimitamos en algunas direcciones. Esto es suficiente para nuestras necesidades presentes y no indagamos más allá. Tendemos a pasar por alto el hecho de que hay siempre otras direcciones en las que el concepto no ha sido definido²⁴. Para Waismann, la *textura abierta* es una característica fundamental de muchos conceptos empíricos, lo que hace imposible verificar de manera concluyente gran parte de las afirmaciones empíricas. Posteriormente Carnap se hará eco del mismo fenómeno denominándolo «vaguedad intensional»²⁵.

Independientemente del alcance de este fenómeno como argumento en contra de la teoría verificacionista como criterio de significado, la *textura abierta* del lenguaje nos pone de relieve un importante rasgo de los lenguajes naturales y nos advierte contra la creencia de que los criterios que presiden el uso de las palabras están totalmente determinados. Cuando al hacer explícito el criterio de aplicación de una palabra indicamos un número de características definitorias, ello no significa que el resto de propiedades quedan excluidas como no relevantes. Sólo tendrán tal consideración aquellos caracteres que han sido tenidos en cuenta, pero no los que no lo han sido. Por ello podemos afirmar que, si bien es cierto que de hecho usamos muchas palabras sin que susciten oportunidades de duda (tales palabras no son actualmente vagas), no lo es menos que todas las palabras son *potencialmente vagas*, es decir, que sus condiciones de aplicación no están delimitadas en todas las direcciones posibles, pues siempre podremos imaginar casos o circunstancias frente a las cuales el uso del término no dicta su aplicación o inaplicación.

1.3. *Ambigüedad*

Vamos a analizar por separado dos tipos de ambigüedad: la que se predica de las palabras individualmente consideradas (ambigüedad semántica) y la que tiene lugar a causa de la estructura fraseal (ambigüedad sintáctica).

1.3.1. *Ambigüedad semántica*

La ambigüedad semántica o léxica reviste dos formas: homonimia y polisemia. Si bien no hay una línea divisoria precisa entre ambos fenómenos, los homónimos se definen tradicionalmente como lexemas distintos que poseen la misma forma, mientras que la polisemia (significado múltiple) se predica de un único lexema. Así, se dice que «banco (1)» «institución financiera» y «banco (2)» «asiento alargado» son lexemas distintos pero homónimos; mientras que «boca» es un lexema polisémico, es decir, un lexema con varios sentidos distintos («órgano del cuerpo», «entrada o salida», «parte afilada de ciertas herramientas», etc.). De cualquier forma, la diferencia entre ambos fenómenos no es clara y los criterios que suelen presentarse como base para la distinción entre uno y otro (la etimología de las palabras y la afinidad del significado básicamente) continúan hoy siendo objeto de discusión²⁶. De cara a nuestro trabajo es suficiente destacar que hay casos en los que la misma forma fonética representa significados diversos.

Podemos distinguir tres fuentes de ambigüedad semántica: ambigüedad de proceso-producto, ambigüedad de tipo y caso, y ambigüedad por uso figurado del lenguaje²⁷.

La ambigüedad de proceso-producto tiene lugar cuando una misma palabra es utilizada para representar tanto el proceso como el producto resultante del mismo. Así, por ejemplo, el término «construcción» puede ir referido tanto al proceso de construir alguna cosa como a la obra ya realizada.

La ambigüedad de tipo y caso puede ser explicada a través del siguiente ejemplo. Si yo escribo en un trozo de papel «Siete más cinco igual a doce» y luego escribo idénticas palabras en la línea siguiente, ¿he escrito dos oraciones o una? En este sentido podemos decir que la palabra «oración» es ambigua. Cada aparición escrita o hablada de una cierta palabra u oración es un «caso», y en este sentido cada una de las frases que he escrito sería una oración; pero en otro sentido ha habido sólo un «tipo» de oración de la cual he escrito dos «casos».

Por último, el uso figurado del lenguaje puede dar lugar a supuestos de ambigüedad. En «un cuchillo incisivo» el último término se emplea literalmente: un cuchillo incisivo es aquél que corta bien; en «un queso de sabor incisivo» dicho término se usa figuradamente. En sentido literal sólo los organismos tienen cuello pero también hablamos figuradamente del «cuello de una botella». En cada uno de ambos ejemplos hay una parte del significado común al senti-

do literal y al figurado; de ahí que se haya empleado la misma palabra para ambos ²⁸.

1.3.2. *Ambigüedad sintáctica*

Como supuestos de ambigüedad sintáctica destacaremos dos: 1) el que surge del empleo de constantes lógicas fuera del lenguaje lógico, y 2) el proveniente de la construcción gramatical de las oraciones.

1) Las constantes lógicas, empleadas en el lenguaje común, pueden ser fuente de ambigüedad puesto que no hay una estricta correspondencia entre los signos del lenguaje lógico y sus paralelos en el lenguaje ordinario. «Ni a cada signo lógico corresponde una y sólo una expresión del lenguaje ordinario, ni viceversa. La relación entre ellos no es de *uno* a *uno*, sino de *uno* a *muchos*, o bien, en otras ocasiones, de *muchos* a *uno*» ²⁹.

El ejemplo más claro es el que se refiere a la partícula «o». Mientras que desde el punto de vista lógico ésta asume un significado no excluyente, en el lenguaje ordinario (al menos en castellano) puede interpretarse en dos sentidos: excluyente, de manera que si se da una de las alternativas no se da la otra u otras, y no excluyente, cuando se dan ambas o más alternativas a un mismo tiempo. Así, en el lenguaje corriente podemos construir expresiones de este tipo; «o se es pagano o se es cristiano», pero también de este otro: «Han sido fusilados todos aquellos que presentaban alguna tara somática o defendían ideas disolventes.» En el primer caso la disyunción es excluyente: el ser pagano excluye el ser cristiano. Si se da una de las alternativas entonces no se da la otra. En el segundo caso, en cambio, nos encontramos ante una disyunción no excluyente: por desgracia nada impide —nada ha impedido— que hayan sido fusiladas personas que reunían ambas características ³⁰.

2) La ambigüedad sintáctica puede provenir, en segundo lugar, de la construcción gramatical de las oraciones, en concreto, del orden de las palabras y de la manera en que están conectadas en la estructura de la oración. A fin de poner de relieve este tipo de ambigüedad, consideraremos las siguientes clases de oraciones: *a)* oraciones adjetivales, *b)* oraciones que contienen pronombres demostrativos, relativos y posesivos, y *c)* oraciones de modificación, excepción o condición ³¹.

a) Oraciones adjetivales.

Ante la ausencia de reglas sintácticas que especifiquen el antecedente de una cláusula de relativo, la aparición de ésta en una oración puede dar lugar a dudas. Así, por ejemplo, en la frase «Los hombres y las mujeres *jóvenes que* hayan aprobado el examen pueden ser designados» el adjetivo puede referirse únicamente a las mujeres o bien a mujeres y hombres.

b) Oraciones que contienen pronombres demostrativos, relativos y posesivos.

Términos como «el cual», «el mismo», «esto», etc. pueden referirse, igual que en el caso anterior, a diversos vocablos antecedentes de la oración. Por

CAPÍTULO III

LAS LAGUNAS DE LA LEY

I. CONCEPTOS DE LAGUNA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

El término «laguna» referido al terreno jurídico sugiere la idea de ausencia o falta de previsión normativa. Ahora bien, la reiterada utilización de dicho vocablo en la literatura jurídica hace que el mismo albergue una diversidad de significados difícilmente reconducibles a un denominador común más allá del mencionado. Por ello, consideramos necesario comenzar el análisis de la problemática de las lagunas por una delimitación conceptual, señalando los diversos significados del término en cuestión. Podemos decir que el problema de la definición constituye una base necesaria, aunque no suficiente, para una posible respuesta a la pregunta relativa a la existencia de tales o cuales lagunas en tal o cual sistema normativo¹.

En primer lugar, individualizaremos los diferentes significados del término en cuestión, para más tarde indicar cuáles incluimos en nuestro estudio, delimitando de esta manera el objeto del mismo.

I. LAGUNA VERDADERA Y FALSA LAGUNA (O LAGUNA AXIOLÓGICA)

Klug contrapone las lagunas verdaderas a las falsas (o axiológicas). Hay una laguna verdadera —dice— cuando la solución del estado de cosas en el sistema normativo falta. A éstas se contraponen las falsas lagunas, es decir, aquellas que tienen lugar cuando existe una norma aplicable pero la solución se considera injusta².

En ocasiones se emplea laguna axiológica en un sentido estricto, restringiéndola a aquellos casos en los que la solución resulta inadecuada porque el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad que, de haberla considerado, le hubiera llevado a establecer una solución diferente³. Según entendamos el sistema normativo, la expresión «laguna verdadera» puede abarcar las lagunas del derecho y las de la ley o sólo estas últimas.

A éstos tipos de laguna se refiere Moor cuando dice que el concepto habitual de laguna jurídica significa no la falta de una regla jurídica, sino la inidoneidad o iniquidad del derecho vigente, tanto que se suele hablar de lagunas jurídicas no sólo cuando el derecho no regula alguna cuestión que hubiera debido regular según un recto criterio de política jurídica, sino también cuando, si bien regula la cuestión, no lo hace como hubiere debido⁴.

2. LAGUNA DE LA LEY Y LAGUNA DEL DERECHO

La distinción entre laguna de la ley y laguna del derecho dista mucho de ser clara. No obstante podemos decir que con el término «ley» se hace referencia al derecho legislado y consuetudinario, mientras que «derecho» incluye, además de los comprendidos en el término «ley», principios metapositivos (como p. ej., los de derecho natural, postulados como el de que todo lo que no está prohibido está permitido, etc.) que hacen posible en todo momento la toma de decisión. En la expresión «laguna del derecho» —dice Bobbio— «el término “derecho” significa ordenamiento jurídico y denota aquel complejo de reglas a las que el juez puede (o debe) recurrir para decidir una determinada controversia»⁵.

Tenemos que indicar que el frecuente recurso por parte de la doctrina a esta distinción lo es, más que por razones conceptuales, para justificar el aserto según el cual «el derecho carece de lagunas pero la ley puede tenerlas». Aquellos que niegan la existencia de lagunas en el derecho, dice Zitelmann, lo hacen en el sentido de que el derecho como un todo no tiene lagunas, mientras que la ley aislada puede tenerlas. Fundamentan su razonamiento en el hecho de que siempre deberá encontrarse una decisión, y, como ésta procede directamente del derecho y ese derecho debe existir en alguna parte, no hay entonces por qué hablar de lagunas⁶.

Así, por ejemplo, se afirma que, mientras que el derecho legislado y el consuetudinario tienen lagunas, el orden jurídico no puede tenerlas; «a donde no llegan las fuentes legislativas y consuetudinarias, tiene que llegar la actividad judicial como fuente de derecho»⁷, aludiendo con ello a la prohibición del *non liquet* como causa de la inexistencia de lagunas en el derecho.

Esta distinción ha sido objeto de fuertes críticas. En opinión de Cossío, no puede mantenerse la distinción entre lagunas de la ley y lagunas del derecho como referidas a una misma cosa (las lagunas en general), porque es una distinción que carece de *principium divisionis* desde que con la primera nos referimos a una operación de lógica formal (la subsunción de un caso en una norma general) y lo segundo es un juicio estimativo⁸. Cuando se habla de lagunas de derecho —dice el autor— se hace referencia al hecho de que todo caso judicial puede ser comprendido en los géneros normativos de su sistema legal (puesto que no hay decisiones lógicamente imposibles por falta de normas que las convaliden), y por lagunas de la ley se alude a soluciones injustas o inconvenientes que resultan de aplicar la ley o que, si bien se derivan de ésta, no son queridas por ella (o por el legislador) a tenor de la justicia⁹.

Para Kelsen, las lagunas del derecho no son más que lagunas ideológicas, y, cuando se habla de lagunas de la ley, o bien se está haciendo referencia al supuesto anterior, o se trata simplemente de aquella indeterminación que es propia del carácter genérico de toda ley¹⁰.

3. LAGUNA TÉCNICA

(Presuposición jurídica)

Existe una laguna técnica cuando el legislador ha establecido una norma general sin haber regulado su expresión directa a través del desarrollo legislativo. Conte la define como «ausencia de una norma cuya validez es la condición de eficacia de otra»¹¹. El juicio que afirma la existencia de una laguna técnica es un juicio de eficacia sobre el modelo de actuar, la forma de proceder.¹²

Este tipo de laguna coincide, en buena medida, con lo que la doctrina jurídica clásica denominó lagunas *intra legem*¹².

Como caso particular de laguna técnica señalaremos la laguna por remisión, que es aquella que tiene lugar cuando la regulación de una materia o de un aspecto de la misma se remite a otro sector del ordenamiento y en él no se establece nada al respecto¹³.

4. LAGUNAS CRÍTICAS Y DIACRÍTICAS

Se denomina laguna crítica a la imposibilidad de evaluación deóntica de un comportamiento desde el interior del sistema normativo, mientras que la laguna diacrítica consiste en la imposibilidad de la toma de decisión¹⁴.

El concepto de laguna crítica lo precisa Conte tomando «permisión» como operador deóntico básico. Así, afirma que hay laguna «si, de al menos un comportamiento, o la realización o la omisión no están ni permitidas ni no permitidas». De manera que son tres las hipótesis de laguna: 1) la realización de al menos un comportamiento no está ni permitida ni no permitida, 2) la omisión de al menos un comportamiento no está ni permitida ni no permitida, y 3) la realización y la omisión de al menos un comportamiento no están ni permitidas ni no permitidas¹⁵. Analizaremos este tipo de laguna a través del concepto de laguna normativa desarrollado por Alchourrón y Bulygin.

5. LAGUNA NORMATIVA

Parten los autores argentinos del concepto de completitud normativa como concepto relacional que se define en términos de tres elementos: universo de casos, universo de soluciones maximales y sistema normativo. Un sistema normativo está constituido por un conjunto de normas, entendiendo por norma los enunciados que correlacionan casos con soluciones. Pues bien, para determinar si un sistema normativo es completo, hay que conocer primero el ámbito de todos los casos y soluciones posibles. Un sistema normativo será completo si todos los casos tienen una solución y si las soluciones correlacionadas con los casos son completas en el sentido de que todas las acciones posibles están normativamente determinadas.

Puesto que este concepto de laguna será objeto de examen más adelante, de momento es suficiente dejarlo apuntado¹⁶.

6. LAGUNA COMO ANTINOMIA: LAGUNAS LÓGICAS O DE CONFLICTO

En un sentido amplio, algunos autores emplean los términos «laguna lógica» para denotar la existencia de normas incompatibles o antinómicas. Las lagunas lógicas pueden ser de dos clases, según consistan en la antinomia entre enunciados normativos (antinomia de primer grado) o en la antinomia entre los criterios de solución y en la consiguiente imposibilidad de decidir cuál, entre los enunciados incompatibles, es válido (antinomia de segundo grado)¹⁷.

Klug se refiere a esta circunstancia en términos de lagunas de conflicto: «Hay laguna de conflicto cuando dos normas de un sistema normativo son contradictorias o contrarias sin que esté regulado el punto de saber cuál de las dos normas debe ser aplicada»¹⁸.

7. LAGUNAS EXTRASISTEMÁTICAS E INTRASISTEMÁTICAS

Hay autores que dan al término «laguna» un contenido muy amplio, y así Lombardi habla de lagunas extrasistemáticas e intrasistemáticas. Las primeras tienen lugar cuando el legislador renuncia expresamente a regular una materia que, según el intérprete, debiera haberse regulado, o porque la ha regulado de forma diferente a los deseos de aquél. Hay una laguna intrasistemática en todos aquellos casos en que el intérprete que quiere resolver un problema (real o hipotético) no encuentra en la ley una solución unívoca¹⁹.

El primer tipo de laguna coincide, aproximadamente, con el de laguna ideológica. Dentro del segundo incluye el autor todo tipo de indeterminación, bien sea a nivel lingüístico (derivada de la imprecisión del lenguaje legislativo), bien por contradicción normativa o por ausencia de norma aplicable. A todas ellas denomina lagunas estáticas, porque —dice— lo son independientemente del hecho de que la ley se aplique a casos concretos. Al lado de éstas tenemos las lagunas dinámicas, que son aquellas que tienen su origen en la aplicación de la ley bien a un caso o situación individual, bien por la confrontación de la ley con el devenir (por la aparición de hechos nuevos o nuevos criterios de valor respecto a aquellos)²⁰.

8. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

Este recorrido a través de los distintos conceptos de laguna nos sirve para delimitar el objeto de estudio, del que excluimos las lagunas en el derecho, las diacríticas, las lagunas como antinomias y las lagunas intrasistemáticas.

La exclusión de las primeras viene dada por el objeto mismo del trabajo, limitado a los textos legales.

Por lo que a las lagunas diacríticas respecta, únicamente constatar que en los actuales sistemas jurídicos existe una prohibición generalizada del *non li-*

quet, prohibición que no lleva a afirmar sin más (como más adelante veremos) la plenitud del ordenamiento jurídico.

El tema de la contradicción normativa consideramos que debe estudiarse como cuestión independiente, y que englobar dicho problema bajo del término «laguna» no hace sino inducir a confusión. Lo mismo puede decirse respecto de las que Lombardi denomina lagunas intrasistemáticas, bajo cuya denominación se refiere a un problema distinto como es el de la indeterminación lingüística.

Nuestro análisis se referirá fundamentalmente al examen de las lagunas normativas y las técnicas; no olvidaremos, sin embargo, hacer una mención (por la atención de que han sido objeto en la literatura jurídica) a las lagunas ideológicas. Estos tres tipos de lagunas los englobaremos bajo la denominación de lagunas de la ley.

A continuación examinaremos las principales teorías que sostienen la completitud de los ordenamientos jurídicos. La necesidad de abordar dicha cuestión reside en que, de ser alguna de aquéllas correcta, el problema de las lagunas como *cuestión* dentro de un modelo teórico de la aplicación jurídica dejaría de serlo.

II. TEORÍAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LAGUNAS

1. EL DOGMA DE LA COMPLETITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: PRINCIPALES TEORÍAS IUSFILOSÓFICAS DEL PRESENTE SIGLO

El dogma de la completitud surge en la tradición romanista medieval a medida que el derecho romano, enunciado en el *Corpus iuris*, va configurándose como el derecho por excelencia. Más tarde dicho dogma devendrá parte integrante de la concepción estatalista del derecho, según la cual el Estado ostenta el monopolio de la producción jurídica. Para mantener dicho monopolio, el derecho debe ser capaz de resolver cualquier caso que se plantee.

Expresión de esta voluntad de completitud son las grandes codificaciones (de la francesa de 1804 a la alemana de 1900) y, paralelamente, las diversas tendencias doctrinales que darían lugar en Francia a la Escuela de la Exégesis²¹.

Nosotros nos ceñiremos a exponer las doctrinas jurídicas que, en el presente siglo, con más predicamento han amparado la teoría de la completitud del ordenamiento jurídico.

Más allá de las críticas que, a lo largo del siglo XIX, diversas escuelas jurídicas dirigieron al dogma de la completitud del ordenamiento jurídico²², la (denominada) ciencia jurídica de orientación positivista trató de dar una respuesta afirmando que la completitud, más que un ideal, era un requisito necesario de todo ordenamiento jurídico y, como tal, debería simplemente ser constatado. A este fin se erigieron dos construcciones teóricas: la del «espacio jurí-

«[...] el término “laguna” en el lenguaje jurídico tiene también el significado de falta de una norma adecuada (oportuna o satisfactoria o justa). En este sentido los juristas hablan de laguna de la ley también cuando existe una norma cierta pero esta norma no es la que debiera ser según los valores fundamentales asumidos [...]»¹²⁶.

El hecho relevante que da lugar a la laguna axiológica puede existir con anterioridad al *iter* legislativo y, por tanto, ser previsto por el legislador, o ser posterior.

La principal causa del surgimiento de las lagunas ideológicas son los avances tecnológicos una vez publicada la ley. Así, Zitelmann alude a la pobreza de pensamiento teórico frente a la riqueza de la realidad: nunca se conseguirá comprender en los limitados artículos de un código la abundancia inagotable de la vida real con todas las cuestiones jurídicas que ofrece; siempre surgen en la vida casos nuevos que ningún legislador hubiera podido prever¹²⁷.

El mismo autor pone como ejemplo la novedad que supuso la invención del teléfono respecto de las reglas de celebración de los contratos. El Código de Comercio alemán regulaba de distinta manera la conclusión de contratos según se celebraran éstos entre presentes o entre ausentes (concretamente se considera rechazada la propuesta de contrato entre presentes de no haber aceptación inmediata, mientras que entre ausentes se concede un cierto plazo). Pues bien, la aparición del teléfono hace que estemos en presencia de una laguna, pero no de una laguna normativa (pues, si los casos que contempla el Código son los de contratos entre presentes y entre ausentes, la cuestión residirá en clasificar los contratos celebrados por teléfono en uno y otro tipo), sino ideológica. Lo que sucedió es que la invención del teléfono produjo la necesidad de modificar el derecho tomando en cuenta una circunstancia que hasta ese momento no lo había sido ni podía serlo¹²⁸.

Ahora bien, la sola presencia de avances tecnológicos no lleva consigo de una manera automática la presencia de una laguna ideológica. En realidad la laguna surge del hecho de que dicho elemento debe ser considerado como relevante por el ordenamiento jurídico. Los cambios fácticos sólo pueden dar lugar a lagunas axiológicas cuando van acompañados de nuevas valoraciones.

IV. MEDIOS PARA LLENAR LAS LAGUNAS: LA ANALOGÍA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN

Frente a las lagunas de la ley, pueden darse dos soluciones: que el juez esté autorizado a no pronunciarse —es la solución del *non liquet*— o que, por el contrario, esté obligado a tomar una decisión. La primera solución raramente es admitida en los ordenamientos jurídicos; en la mayoría de los casos éstos contienen prescripciones que obligan al juez a tomar una decisión.

Partiendo de esta obligación de juzgar, la cuestión reside en determinar de qué manera o con base en qué elementos debe el juez tomar, en caso de laguna, la decisión. Históricamente se han sucedido dos soluciones: en un primer momento el juez debía referirse a una autoridad exterior a él, a la que se reservaba el poder de establecer la solución; más tarde se adoptará el criterio de que es el juez mismo el que tome la decisión.

La primera de las alternativas se plasma a través del procedimiento del *référé législatif* (general) que podemos remontarlo al recurso que en el derecho romano primitivo se hacía a los magistrados y juriconsultos. Más recientemente, el Decreto de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1970 instituyó un *référé* facultativo de carácter general, al disponer en su artículo 12 que «Ellos [los tribunales] no podrán dictar reglamentos, sino que se dirigirán a los Cuerpos legislativos siempre que lo crean necesario, sea para interpretar una ley, sea para hacer una nueva». Este artículo prohibía a los tribunales la interpretación en forma de «disposición general y reglamentaria», y les autorizaba (sin obligarlos) a dirigirse en caso de ambigüedad de la ley al Cuerpo legislativo para obtener una interpretación por vía de autoridad¹²⁹.

En la misma línea, el artículo 21.2 del mismo Decreto consagró un *référé* obligatorio de carácter especial, por medio del cual, en los casos en que a causa de contradicciones judiciales que revelasen un conflicto flagrante de autoridades sobre una misma cuestión de derecho se pusiera de manifiesto un evidente vacío en la ley, se obliga al Tribunal de Casación a que requiera una interpretación oficial y obligatoria al poder legislativo.

Este procedimiento desaparecería más tarde, siendo sustituido por el artículo 4.º del Código civil francés, a tenor del cual «El juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia». Subsistió, sin embargo, el *référé special* impuesto en caso de conflicto de decisiones judiciales a los jueces de casación¹³⁰.

Hoy en día, los códigos de nuestra área cultural prescriben que sea el juez mismo quien supla los eventuales vacíos normativos del ordenamiento.

Pues bien, desde Carnelutti viene siendo clásico distinguir dos métodos para completar los vacíos jurídicos: autointegración y heterointegración¹³¹.

El primero consiste en el recurso a ordenamientos diferentes del que se pretende llenar o a fuentes diversas de la dominante. En el primero de los casos se alude al derecho natural, a ordenamientos precedentes en el tiempo y a ordenamientos extranjeros contemporáneos. En el segundo se incluye el recurso a la costumbre, al poder creador del juez y al derecho científico.

El método de la autointegración se vale fundamentalmente de dos recursos: la analogía y los principios generales del derecho.

Los derechos positivos adoptan frente al problema de las lagunas soluciones diversas. Así, al lado de códigos, como el francés, el alemán o el belga, que no establecen disposiciones particulares al respecto, otros dan directivas al juez. El Código civil italiano remite en caso de laguna a la analogía y a los principios generales del derecho; el suizo, a la costumbre y a las reglas que es-

tablecería el legislador si tuviera que legislar; el austríaco, a la analogía y a los principios de derecho natural, y el de los Países Bajos, a la costumbre y a la equidad¹³².

Nuestro ordenamiento remite en caso de ausencia de norma a la aplicación analógica (art. 4.º1 del Código civil). A esto hay que añadir, como segundo método de integración, los principios generales del derecho. Este carácter viene dado por el último inciso del artículo 1.º4 del citado Código, que se refiere al carácter informador que los mismos tienen para el ordenamiento jurídico.

Al examen de ambos recursos de integración dedicaremos las páginas siguientes.

Tenemos que señalar en este momento que, en relación con los tres tipos de laguna objeto de nuestro análisis —normativas, técnicas y axiológicas—, el empleo de recursos de integración (cualesquiera que sean éstos) sólo tiene lugar respecto de los dos primeros. Ante las lagunas axiológicas, el juez, sometido como el resto de poderes públicos al principio de legalidad, no puede, so pretexto de injusticia o inadecuación de la ley, inaplicar el derecho existente.

2. LA ANALOGÍA

2.1. *Concepto*

El procedimiento analógico viene admitido expresamente en nuestro derecho al incorporar el Código civil, después de la reforma de 1974, el nuevo texto del artículo 4.º1, que establece que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que haya identidad de razón»¹³³.

La admisión de la analogía, sin embargo, no es absoluta, y están excluidas de la misma por imperativo legal (art. 4.º2) las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal.

Sin entrar en profundidad en la vertiente histórica¹³⁴, diremos únicamente que con el término «analogía» se designó en un primer momento (siglo XVI) un tipo de interpretación (la interpretación analógica) consistente en tratar de eliminar las aparentes contradicciones de un cuerpo de leyes confrontando las distintas leyes entre sí; se trata de un sentido no coincidente con su sentido actual. Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, se va produciendo un cambio fundamental: el paso de la afirmación de la imposibilidad de una ley de contradecir a otra, a la de que todas las leyes están unidas en un sistema lógico. A esta evolución corresponde la sustitución de la expresión *interpretatio analogica* por *analogia iuris*. Por fin, desde mediados del siglo XVIII se empieza a utilizar la expresión *analogia iuris* en el sentido de procedimiento general de llenar las lagunas, y más tarde aparece la expresión *analogia legis* para significar (sentido actual de analogía) la extensión de la solución prevista por la ley para un determinado caso a otro no previsto¹³⁵. La distinción entre *analogia legis* y *analogia iuris* es originariamente la siguiente: la analogía consiste

en partir de un elemento ya existente, el cual se amplía y extiende a un caso no previsto por él. Pues bien, este elemento puede ser una ley particular (*analogia legis*) o bien los principios de todo derecho positivo (*analogia iuris*)¹³⁶.

Cuando hoy en día se habla de analogía, debe entenderse lo que históricamente se denominó *analogia lēgis*, es decir, aquel procedimiento mediante el cual, existiendo un enunciado normativo que predica una cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que vale un enunciado normativo diferente a tenor del cual la misma cualificación normativa es aplicable a otro sujeto o clase de sujetos que tengan con los primeros una semejanza o analogía asumida como relevante en orden a la identidad de disciplina jurídica¹³⁷.

Ahondando en el concepto actual de analogía, podemos decir que para un sector doctrinal el núcleo de la analogía reside en la semejanza entre dos hipótesis, semejanza que justifica la aplicación a un supuesto de hecho de lo previsto para otro, justificado en ocasiones en una voluntad presunta del legislador¹³⁸.

Sin embargo, para que tenga lugar la aplicación analógica no es suficiente una similitud cualquiera. Tiene que existir, además, lo que nuestro Código civil denomina «identidad de razón», es decir, un elemento relevante que justifique que ambos hechos sean tratados de forma similar. Es lo que Bobbio denomina «relación de semejanza». Según el filósofo italiano, para que el razonamiento por analogía sea válido, «es necesario que algo en común, es decir, M, por el cual Q y S son semejantes, sea a la vez razón suficiente de Q y P [...]. Esta condición necesaria se puede llamar *ley general de validez* del razonamiento por analogía. Que M sea la razón por la cual Q es P quiere decir que Q es P porque es M»¹³⁹.

Asimismo Betti pone el acento en este elemento cuando justifica así la analogía: «Si de una comparación entre el supuesto de hecho (caso o materia) regulado y aquel no regulado resulta que en uno y otro son sustancialmente idénticos los elementos de hecho decisivos para el tratamiento jurídico, se podrá concluir que los dos son *semejantes o análogos* y que para ambos existe una paridad en la *ratio iuris*, es decir, la razón de un mismo tratamiento jurídico. No así en el caso contrario. Una semejanza extrínseca de otros elementos de hecho sería insuficiente»¹⁴⁰.

De lo anterior podemos inferir que los elementos de la analogía, en tanto que medio de llenar las eventuales lagunas normativas del ordenamiento, son cuatro: 1) la existencia de un enunciado normativo que adscribe a un supuesto de hecho (SP1) una consecuencia jurídica; 2) la existencia de un supuesto de hecho (SP2) respecto del cual no se establece consecuencia jurídica alguna; 3) una semejanza entre los dos supuestos de hecho de los dos enunciados normativos, y 4) la identidad de razón, es decir, un elemento en virtud del cual la consecuencia jurídica establecida para SP1, sea de aplicación a SP2.

Nos detendremos en este último elemento por ser la pieza clave sobre la que descansa el procedimiento analógico. ¿En qué consiste la «identidad de razón» o «semejanza» que justifica la utilización de la analogía?

Hay autores que, guiados por una concepción voluntarista, fundamentan la aplicación analógica en la voluntad del legislador. Así, por ejemplo, Donati afirmará que la extensión analógica es legítima sólo cuando se pueda elaborar el «silogismo» siguiente: «1) el legislador para *c* quiere *e*. 2) Pero lo que el legislador quiere para *c* quiere también para *c* + *x*. 3) Por tanto, también para *c* + *x* el legislador quiere *e*... Silogismo en el que, siendo ambas las premisas queridas por el legislador, debe concluirse de ello querida también la conclusión»¹⁴¹.

Para la mayoría de la doctrina, sin embargo, el fundamento de la analogía se encuentra en la *ratio legis*. Para que se pueda atribuir al caso no regulado la misma consecuencia que al regulado —dice Bobbio— hace falta que entre los dos casos exista no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante, es decir, una cualidad común a ambos que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado le hayan sido atribuidas aquellas y no otras consecuencias. «Por razón suficiente de una ley entendemos lo que tradicionalmente se llama la *ratio legis*. Entonces diremos que para que el razonamiento por analogía sea lícito en el derecho es necesario que los dos casos, el regulado y el no regulado, tengan en común la *ratio legis*»¹⁴².

Ahora bien, la invocación a la *ratio* admite, a su vez, interpretaciones diversas y puede asumir, al menos, un doble papel y significado según el aspecto bajo el que la ley sea considerada. Si se la considera como hecho histórico, su *ratio* vendrá dada por el fin en vista del cual fue promulgada, fin que viene admitido como un dato fenomenológico e investigado mediante criterios teleológicos de interpretación. Si se la considera, en cambio, como expresión actual de una exigencia perenne, no agotada, entonces la *ratio* estará determinada por su fundamento actual, sea fundamento lógico, sea fundamento axiológico si se concibe la ley bajo el aspecto de valoración comparativa de los intereses en conflicto o prospectora de una función social. Según esta segunda consideración, la *ratio* es la conformidad de la ley con las exigencias sociales e históricas determinadas, valoradas por el ordenamiento de que se trate¹⁴³. Sobre este fundamento axiológico hace hincapié García Máynez al señalar que «lo que justifica la aplicación de una ley a un caso no previsto en un supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro del mismo modo: *Ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio*»¹⁴⁴.

Para Savigny, la *ratio* tiene dos sentidos diferentes, pues designa: 1) la regla superior de derecho, de la cual es la ley deducción y consecuencia; 2) el efecto que la ley estaría llamada a producir, es decir, el fin, la intención de la ley. «Sería gran error —señala— establecer oposición absoluta entre estos dos sentidos; debe, por el contrario admitirse que son inseparables en el pensamiento del legislador. Ofrecen, sin embargo, la diferencia relativa de que uno u otro predominan notablemente en algunas leyes [...]»¹⁴⁵.

Remitiéndose igualmente de la *ratio*, se sostiene que el fundamento del razonamiento analógico reside en el deseo de igualdad jurídica en virtud del cual las mismas situaciones de hecho deben reclamar iguales sanciones jurídicas,

deseo que requiere que el caso no regulado presente con el regulado identidad esencial; identidad que hay que buscarla en «las consideraciones de política legislativa, es decir, los motivos de orden moral, social, económico, tendiendo a satisfacer la justicia concreta o la utilidad general, que han inspirado la regla, sirviendo de tipo y de modelo (*ratio legis*)»¹⁴⁶.

A modo de recapitulación diremos que, si bien es la *ratio* el elemento en función del cual se determina la existencia de una semejanza o identidad sustancial (que justifica la aplicación de la analogía), las dificultades surgen respecto de la naturaleza de dicha *ratio* y del modo de «descubrir» el contenido de la misma. Las discrepancias doctrinales surgen en razón del fundamento y alcance que los distintos autores reconocen al derecho escrito. Como observa Bobbio, el concepto de *ratio legis* que fue adoptado por los juristas del derecho común no fue nunca seriamente explicado. Antiguamente la *ratio* se denominó *medulla legis* o *anima legis*; seguidamente, dando un contenido material a esta metáfora, fue llamada *forma legis* y como tal fue distinguida de la *causa finalis* de la ley, con la que, sin embargo, otras veces se la quiere identificar¹⁴⁷.

Llegados a este punto, podemos formular simbólicamente la relación de analogía.

De lo que llevamos dicho se desprende que no puede establecerse el razonamiento por analogía al modo de un silogismo (M es P, S es M, luego S es P). Por el contrario, el elemento fundamental de la analogía, es decir, la «identidad de razón» o «semejanza relevante», hace que la analogía se presente como una estructura a cuatro términos¹⁴⁸.

Para simbolizar esta relación tomaremos en primer lugar la nomenclatura de Klug, quien se sirve de la lógica de clases.

Siendo α , β , γ , δ las clases de los x que tienen respectivamente las propiedades S, N, M, P, el esquema de la relación de analogía sería el siguiente:

$$\begin{array}{l} \alpha \subset \beta \\ \gamma \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array}$$

Es decir: la clase α está incluida dentro (o es una clase parcial) de la clase β ; la clase γ está incluida dentro de la clase δ ; luego la clase α está incluida dentro de la clase δ .

Klug ofrece el siguiente ejemplo. Sea α la clase de los contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales, β la clase de los contratos análogos a los de venta, γ la clase de los contratos de compraventa, y δ la clase de aquellos contratos a los que son de aplicación los artículos 433 y siguientes del Código civil alemán. En este supuesto los artículos 433 y siguientes, que se refieren a los contratos de compraventa, se podrán aplicar por analogía también a los contratos que tienen por objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales, si el conjunto de contratos β y de los contratos γ es-

tán incluidos dentro de la clase de los contratos análogos a los que son de aplicación los artículos 433 y siguientes.

De aquí que para expresar un argumento válido desde el punto de vista lógico-deductivo, el anterior esquema debe reformularse así:

$$\frac{\alpha \subset \beta}{(\beta \cup \gamma) \subset \delta} \\ \alpha \subset \gamma$$

La clase $(\beta \cup \gamma)$ (es decir, la clase de todos los elementos que o bien pertenecen a β , o bien pertenecen a γ , o bien a ambas) la denomina Klug círculo de semejanza¹⁴⁹.

Peczenick, por su parte, aunque distingue una versión directa y otra indirecta de la analogía, en ningún caso aparece ésta como una operación de carácter lógico. Este autor simboliza la relación analógica como sigue.

Designa con M la categoría de los casos previstos que deben decidirse en la forma W. C no pertenece a M pero es esencialmente similar a él. «P» significa «decidido en la forma W». «Sm» significa «esencialmente similar a M». X es el conjunto de casos que no pertenecen a M.

En su versión directa el esquema de la analogía es el siguiente:

M debe ser P
C es Sm

Por tanto: C debe ser P

En la versión indirecta la analogía comprende dos operaciones:

1.ª) M debe ser P
X es Sm

Por tanto: X y M deben ser P

2.ª) X y M deben ser P
C pertenece a X

Por tanto: C debe ser P

La diferencia entre ambas versiones reside en que, mientras que en la segunda la analogía aparece como compuesta de dos operaciones —no deductiva la primera y deductiva la segunda—, en la versión directa se llega a la conclusión a través de un razonamiento no lógico, no deductivo, pues en lugar de tres hay cuatro términos¹⁵⁰.

2.2. Analogía, interpretación extensiva y argumento a fortiori

De cara a una delimitación más precisa de lo que constituye la analogía, ésta suele distinguirse tanto de la *analogia iuris* (o recurso a los principios generales) como de la interpretación extensiva y del argumento *a fortiori*.

Puesto que a los primeros vamos a dedicarles un apartado específico, nos limitaremos a los dos restantes.

Por lo que a la distinción analogía-interpretación extensiva respecta, las opiniones doctrinales oscilan desde aquellas que establecen una separación tajante entre una y otra hasta las que rechazan como ilusoria tal dicotomía.

Quienes admiten la distinción ven en ambos recursos una doble diferencia. De un lado —dicen—, la interpretación extensiva es aquella que se mantiene dentro de los límites del «significado propio» de la norma, mientras que a través de la analogía se aplica a un supuesto de hecho carente de regulación jurídica lo previsto para otro. Por otra parte (y como consecuencia de lo anterior), mientras que el efecto de la analogía es la creación de una nueva norma, la interpretación extensiva tiene un alcance meramente interpretativo, no creativo.

En este sentido se denomina interpretación extensiva a un acto de interpretación por el cual se da a una prescripción de la ley un sentido normativo más amplio; mientras que la *analogía legis* es posible cuando el sentido normativo de una prescripción no es suficientemente clara sobre la base de las reglas de interpretación puramente lingüísticas, en particular cuando no se sabe si hay que presumir el sentido con la limitación «solamente» o con «y similares». No sirve para extender el sentido normativo de una prescripción, sino para establecer el sentido de esa prescripción; no se puede restringir ni ampliar el sentido que no se ha establecido previamente¹⁵¹.

Bobbio establece como único elemento diferenciador los efectos de uno y otro procedimiento, exponiendo así la diferencia:

- 1) Analogía:
 - a' (caso regulado)
 - a'' (caso no regulado)
 - A (la *ratio* común de ambos)
 - a'' es similar a a' mediante A
 - de donde (A) a' y (A) a''
- 2) Interpretación extensiva:
 - Aa' (caso regulado)
 - a'' (caso no regulado)
 - a'' es similar a a'
 - de donde A a' a''

Y pone el siguiente ejemplo. Se pregunta si el artículo 1.577 del Código civil italiano, que se refiere a las obligaciones del arrendador en relación con la reparación de la cosa arrendada, puede extenderse a las obligaciones de la misma naturaleza del comodatario. Si se responde afirmativamente, se crea una nueva regla que disciplina el comodato que antes no existía. Si se pregunta, por el contrario, si el artículo 1.754, que define al mediador como «el que pone en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio», se ex-

tiende también al que «induce a la conclusión del negocio después de que las partes hayan iniciado los contactos por sí solo o por medio de otro mediador», y si la respuesta es afirmativa no se ha creado una regla nueva, sino que simplemente se ha ampliado el alcance de la regla dada¹⁵².

Hay quienes establecen la distinción basándose en el carácter de los enunciados normativos. En este sentido se afirma que todo enunciado normativo comporta una doble delimitación. Una delimitación genérica, que se produce a través del marco institucional dentro del cual el enunciado actúa y, en segundo lugar, una delimitación específica, que resulta de la configuración de su propio supuesto de hecho. Pues bien, mientras que la analogía se da cuando trasladamos el enunciado normativo de un marco institucional a otro, se opera por vía de interpretación extensiva si mantenemos aquél dentro de su marco institucional pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra. Por ejemplo —señala Díez-Picazo—, el artículo 752 del Código civil dice que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado. Operaríamos por analogía trasladando esta norma, que pertenece al marco institucional del régimen jurídico del testamento, a los negocios jurídicos *inter vivos* y aplicándola, v.gr., a una donación hecha por un enfermo al sacerdote que le haya confesado. En cambio, operaríamos por vía de interpretación extensiva si, manteniendo la norma dentro de su marco institucional del régimen jurídico de los testamentos, entendiéramos aplicable la prohibición no sólo al sacerdote que hubiese confesado al testador, sino también al sacerdote que, sin haberle confesado, le hubiese administrado el sacramento de la extremaunción o que hubiese prestado al enfermo cualquier otra clase de auxilios o de consuelos espirituales¹⁵³.

Al lado de opiniones como las anteriores, hay quienes niegan que exista una verdadera distinción entre analogía e interpretación extensiva.

En este sentido se afirma que la distinción entre interpretación extensiva y analogía (y entre ésta y el recurso a los principios generales del derecho) «no puede ser sostenida como distinción cualitativa ni desde un punto de vista lógico ni desde un punto de vista cualitativo»¹⁵⁴. En particular, la misma no puede basarse en el hecho de que la interpretación extensiva se queda dentro de los límites del «significado jurídico propio» de la norma, mientras que la analogía va más allá. Y ello porque el concepto de «significado propio» no es claro, puesto que depende de muchas y controvertidas reglas de interpretación; siendo la función primaria de éstas la misma que la de la analogía, es decir, adaptar el derecho a los requerimientos de la justicia y de la vida en general¹⁵⁵.

El mismo Bobbio negará en otro lugar fundamento a la distinción; distinción, advierte, nacida a fines prácticos para eludir lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil italiano de 1865, que prohibía la analogía en algunas materias. Tal distinción no tiene otra finalidad que confiar al arbitrio del juez si un caso específico entra en la interpretación extensiva o en la analogía y,

por tanto, permitir al juez juzgar el mismo caso de dos formas diversas (alternativas), o excluyendo la admisibilidad de la analogía o admitiendo la interpretación extensiva¹⁵⁶. Y más recientemente observa que el procedimiento analógico sea llamado en ciertas situaciones interpretación extensiva no es tanto el reconocimiento por parte del juez de un límite a la propia libertad interpretativa frente al artículo 14, cuanto un modo para justificar un límite superado¹⁵⁷.

Respecto de esta cuestión, consideramos que, si bien la distinción en los términos con que la doctrina lo viene haciendo puede, desde un punto de vista teórico, ser mantenida, en la práctica no puede hacerse de forma precisa. En palabras de Atienza podemos decir que «la distinción entre analogía e interpretación extensiva cumple la función de limitar, de alguna manera, la capacidad del intérprete y aplicador del Derecho para innovar el ordenamiento jurídico, y la de preservar, en consecuencia, la llamada seguridad jurídica», y que «lo que existe más bien es una graduación, un continuo que se prolonga, hacia arriba, hasta la creación y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa»¹⁵⁸.

Suele distinguirse asimismo la analogía del argumento *a fortiori*.

A pesar de las divergencias que existen entre los diversos autores a la hora de definir el argumento *a fortiori*, podemos aproximarnos al mismo diciendo que es aquel por el cual, «dado un enunciado normativo que predica una obligación u otra cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, debe concluirse que valga (que sea válida, que exista) otro enunciado normativo que predique la misma cualificación normativa de otro sujeto o clases de sujetos que se encuentran en una situación tal que merecen, *con mayor razón* que el primer sujeto o clase de sujetos, la cualificación que el enunciado otorga a los primeros»¹⁵⁹. Puede decirse que el argumento *a fortiori* da lugar a dos esquemas diferentes según que se aplique a la interpretación de enunciados formulados en términos de cualificaciones ventajosas o desventajosas, esquemas conocidos como argumento *a minori ad maius* y argumento *a maiori ad minus*. El primero es el argumento *a fortiori* aplicado a las situaciones desventajosas, como, por ejemplo, las prohibiciones, y el segundo a las ventajosas, como pueden ser los derechos y las autorizaciones¹⁶⁰.

Pues bien, al igual que sucedía en el caso de la interpretación extensiva, hay autores que identifican analogía y argumento *a fortiori* y otros para los que se trata de argumentos o medios interpretativos diferentes.

Hay autores que identifican ambos basándose en el resultado (idéntico) a que la aplicación de uno y otro conducen. Así, se afirma que el argumento *a fortiori* no es más que una modalidad del argumento analógico, ya que en ambos casos el resultado es el mismo: extender al caso estudiado una solución formal de la ley, entendiendo que para este resultado vale tanto una razón igual (argumento analógico) como superior (*a fortiori*)¹⁶¹.

De otro lado, hay quienes parten de un concepto amplio de analogía e incluyen en ella el argumento *a fortiori*. Así, por ejemplo, para Haba la analogía es un procedimiento que puede ser manejado por las vías del argumento *a pari*, *a minori ad maius* y *a maiori ad minus*¹⁶².

Pues bien, a pesar de las opiniones mencionadas, consideramos que analogía y argumento *a fortiori* son cosas distintas.

La diferencia, a nuestro parecer, radica en que el argumento *a fortiori* no se basa en la semejanza, sino únicamente en la *ratio* del enunciado normativo. No es necesario que la conducta a que se extiende el significado del enunciado sea semejante o análoga a la que el enunciado que se aplica se refiere; basta que la primera merezca a *mayor razón* la cualificación normativa reservada a la segunda¹⁶³.

2.3. *Carácter no formal de la relación analógica*

La analogía ha sido considerada por algunos como un argumento de carácter lógico o cuasilógico¹⁶⁴.

Para Bobbio, por ejemplo, la analogía tiene el afianzamiento del razonamiento lógico; «Cuando el jurista hace un razonamiento por analogía, no sale fuera del ordenamiento, sino que queda absolutamente dentro, en cuanto que no hace más que volver explícita la racionalidad inmanente al sistema»¹⁶⁵. Para el filósofo italiano, la analogía es un juicio lógico (que no necesita estar expresamente previsto en el derecho para ser aplicado) y no constituye una actividad creativa, sino meramente interpretativa (términos que Bobbio utiliza como contrapuestos)¹⁶⁶.

Sin embargo, consideramos que el recurso a la analogía entraña la incorporación de elementos valorativos y tiene, por tanto, un carácter no lógico sino decisonal; y ello por las razones siguientes.

En primer lugar, la analogía supone la aplicación de la consecuencia normativa de un caso previsto al caso no previsto no simplemente porque son análogos (es decir, porque exhiben ciertas notas comunes), sino porque existe la misma razón jurídica para resolverlos del mismo modo. Ahora bien, el «descubrimiento» de esa razón jurídica o, en otras palabras, de la igualdad jurídicamente esencial de los casos, el previsto y el no previsto, no es un problema lógico sino *axiológico*, ya que supone un juicio de valor sobre aquéllos¹⁶⁷.

En este sentido podemos decir que la analogía es un procedimiento de justificación externa (o de segundo nivel) de una decisión jurídica, procedimiento que sirve para fundar sobre una norma expresa la norma puesta en el curso del razonamiento justificativo para hacer las funciones de premisa mayor de la inferencia deductiva que constituirá la justificación interna (o de primer nivel) de la norma contenida en la decisión¹⁶⁸.

En segundo lugar, porque siempre que es posible utilizar la analogía es también legítimo utilizar el denominado argumento *a contrario*, que lleva al resultado opuesto. Es decir, todo enunciado normativo puede ser interpretado bien analógicamente, bien *a contrario*; y esto porque puede entenderse como que se refiere únicamente a las cosas expresamente nombradas o que incluye *también* las cosas similares a éstas. Así, el dilema entre analogía y argumento *a contrario* subsiste para todo enunciado normativo porque o el caso no regula-

do no tiene la mínima semejanza con el regulado, y entonces no se puede hablar ni de analogía ni de argumento *a contrario*, o tiene una semejanza suficiente para que se pueda exponer la analogía, y entonces esta misma semejanza, en cuanto no-identidad, autoriza a formular el argumento *a contrario* ¹⁶⁹.

El problema aquí es el mismo al que se refiere Levi cuando afirma que el proceso básico del razonamiento jurídico es el razonamiento mediante ejemplos y señala el carácter abierto de dicho proceso puesto que el problema crucial, dice, es: ¿cuándo es justo tratar casos diferentes como si fueran iguales?, es decir, ¿cuáles son las semejanzas decisivas?, preguntas respecto de las que no hay ninguna regla que permita establecer criterios definitivos ¹⁷⁰.

Así, podemos decir que en todo caso la analogía es un argumento retórico (en el sentido de Perelman), relacionado con el siguiente principio de justicia: objetos esencialmente similares deben ser tratados de manera similar ¹⁷¹.

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

3.1. *Introducción*

Tradicionalmente el tratamiento de los principios generales del derecho ha sido campo reservado a la doctrina civilista, no sólo por el predominio que la misma ha ejercido en nuestra tradición jurídica, sino también porque la invocación a los principios generales del derecho se ha hecho desde las disposiciones sobre la interpretación e integración de la ley que, según la «topografía» legislativa, se encontraban en las disposiciones preliminares del Código civil ¹⁷².

La expresión «principios generales del derecho» aparece así por primera vez en el Código civil albertino (1837), que se refiere al deber de «decidir según los principios generales del derecho teniendo en cuenta las circunstancias del caso» (art. 15); Código que, a su vez, había transcrito casi literalmente la fórmula del Código civil austríaco de 1811, limitándose a cambiar «principios generales del derecho natural» por «principios generales del derecho» (art. 7.º). Esta última expresión es recogida en el artículo 13 del Código civil italiano de 1865 como sigue: «Si una controversia no se puede decidir mediante una precisa disposición legal, se recurrirá a las disposiciones que regulen casos semejantes y materias análogas y, si el caso es aún dudoso, se decidirá conforme a los principios generales del derecho.»

La idea de los principios generales del derecho se incorporó posteriormente a otros códigos más modernos ¹⁷³. Ahora bien, el análisis sobre la validez y contenido de los principios generales adquirió mayor importancia al ser éstos incorporados al derecho internacional y al público.

Por lo que al primero de estos ámbitos respecta, el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1920 enumera entre las fuentes a que el Tribunal puede referirse para resolver una controversia (ade-

más de los tratados internacionales y la costumbre internacional) «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas». La misma fórmula se recogió literalmente en el artículo 38.1.c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (art. 215.2) y en el Tratado del EURATOM (art. 188.2).

Los principios generales encuentran asimismo su expresión en el derecho administrativo. Como justificación de la necesidad de principios generales en esta esfera del derecho, la doctrina suele invocar el carácter mismo del derecho administrativo. Mientras otros derechos permiten, y aun postulan, una codificación y sistematización unitaria de la totalidad de su materia, en el derecho administrativo —se afirma— esto es absolutamente inimaginable, de forma que no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegéticas; de otro lado, tampoco se puede sostener que «el Derecho administrativo sea la suma de todo ese conjunto incalculable de normas, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a compensarse por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que en parte alguna resulta aquí evidente que, sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y en perpetuo *fieri* agregado de normas, el Derecho administrativo [...] no sería posible»¹⁷⁴.

La problemática de los principios generales del derecho verá menguada su importancia con la irrupción de textos constitucionales. Y ello porque con la adopción de los principios en los textos constitucionales toca a su fin una de las motivaciones que indujeron a inventar el concepto de principios generales del derecho. De un lado, si hay identidad de contenido entre los principios constitucionales y los principios generales, estos últimos pierden toda existencia que no sea la verbal. De otro, en caso de contradicción entre ellos, prevalecerá el principio constitucional. Puede darse una tercera hipótesis: que en la legislación estén presentes principios ni idénticos ni confluentes, sino distintos de los constitucionales, en cuyo caso habría de concederles la función de los antiguos «principios generales»¹⁷⁵.

Señalada la extensa acogida que la legislación en general dispensa a los principios generales del derecho, vamos seguidamente a adentrarnos en el contenido y alcance de los mismos.

3.2. *Principios de derecho y principios generales del derecho*

Como señala Bobbio, los principios generales del derecho no constituyen una categoría simple y unitaria; es más, con esta expresión se entienden cosas muy diversas¹⁷⁶. Esto implica que cualquier intento de ofrecer un concepto unitario de la expresión «principios generales del derecho» está abocada a ser, como mínimo, una definición parcial. Por esto vamos a comenzar indicando los diferentes usos que en el lenguaje jurídico adquiere dicha expresión.

Limitándonos al terreno jurídico, la expresión «principios de derecho» adopta diversos significados. Así, se ha usado para:

1) Aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él.

2) Expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema.

3) Referirse a la *ratio legis* o *mens legis* de una norma o de un conjunto de normas, esto es, a su propósito, objetivo, meta, etc.

4) Designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo.

5) Identificar ciertos requisitos formales o externos que todo orden jurídico debe satisfacer.

6) Hacer referencia a guías dirigidas al legislador que tienen un carácter meramente exhortatorio.

7) Aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas y que se dicen sustentados en la «conciencia jurídica popular».

8) Referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica¹⁷⁷.

Baste este inventario de significados para hacernos eco de la heterogeneidad de fenómenos que se dan cobijo bajo la expresión «principios de derecho», heterogeneidad que se reproduce cuando se trata de «principios *generales* del derecho».

Respecto de éstos puede resultar aclaratoria una aproximación a los mismos atendiendo a algunos criterios clasificatorios¹⁷⁸.

Una primera clasificación es aquella que, según la materia, distingue tres clases de principios generales del derecho: 1) principios materiales de derecho sustancial, que establecen prescripciones para la conducta individual (p. ej., la prohibición del abuso del derecho); 2) principios generales del derecho procesal (p. ej., *in dubio pro reo*), y 3) principios generales de organización o institucionales que se dirigen a la formación o conservación de un ordenamiento jurídico (p. ej., el principio de la separación de poderes).

En segundo lugar, los principios generales del derecho pueden clasificarse basándose en la extensión del ámbito de validez de los mismos. Esta clasificación resulta de interés porque muestra que los principios generales no son todos generales de la misma manera, y porque el concepto mismo de generalidad es relativo, de forma que una misma norma puede ser considerada principio general respecto a normas más específicas y norma específica respecto a una norma más general. Así, podemos distinguir entre principios generales: 1) de una institución (como p. ej., el matrimonio); 2) de una materia (p. ej., el contrato); 3) de una rama del derecho (derecho penal, procesal, etc.), y 4) de un determinado ordenamiento jurídico (p. ej., el principio de la libertad contractual en un sistema inspirado en la ideología contractual o el respeto a la «vida en comunidad» —fórmula usada en el Código civil polaco de 1964— en un sistema inspirado en una ideología socialista). Esta clasificación sirve para destacar la relatividad del adjetivo general.

Un tercer criterio clasificatorio es el que se refiere a la función de los principios generales. En un sentido amplio pueden distinguirse cuatro funciones:

1) interpretativa, que sirve para resolver las dudas que surgen en la interpretación de los enunciados normativos; 2) integrativa, es decir, la función a través de la cual se llenan las lagunas de la ley; 3) directiva, propia de los principios programáticos de la Constitución, los cuales deben inspirar la actuación del legislador y en general de todos los órganos inferiores de producción jurídica, y 4) limitativa, como es, por ejemplo, la de los «principios fundamentales del Estado», prevista en el artículo 117 de la Constitución italiana respecto a las leyes emanadas de las regiones.

Por último, los principios suelen clasificarse basándose en su fuente. Así se distinguen al menos cuatro tipos: 1) principios extraídos no de una norma particular, sino del espíritu del sistema; tradicionalmente se denomina a este proceso *analogia iuris*; 2) principios obtenidos de la naturaleza de las cosas, ya sea la naturaleza de una determinada relación jurídica o de una institución; 3) principios extraídos de ideas y concepciones transmitidas de tal forma que resultan patrimonio común de la humanidad, y 4) principios derivados de ideas y convicciones morales que afloran en la sociedad y que no han sido aún incorporadas al derecho positivo. En el fondo de esta clasificación se encuentra la divergencia doctrinal entre las corrientes iusnaturalista y positivista (a las que nos referiremos más adelante) acerca del origen de los referidos principios; concretamente sobre si éstos son de carácter extrasistemático o intrasistemático.

Pues bien, en relación con esta última clasificación, uno de los problemas fundamentales de los principios generales del derecho es el relativo a la fuente (positivista o no) de los mismos.

Entre las diversas teorías elaboradas por la doctrina en torno a esta cuestión, tomaremos como puntos extremos de referencia las defendidas por las corrientes iusnaturalista y positivista.

Para la tesis iusnaturalista, los principios generales son los mismos que los de derecho natural, esto es, un conjunto de exigencias de índole axiológica que sirven de inspiración y base a los ordenamientos positivos.

Un representante destacado de ésta, G. del Vecchio, que refiriéndose a la incorporación por el Código civil italiano de los principios generales, señala que el legislador «no podía tener la mira puesta en un sistema de derecho nacional [...] sino que claramente se refería a las verdades supremas del derecho *in genere*, o sea, a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos. La afirmación de que los principios *generales* del derecho son válidos solamente para cada pueblo en particular, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una *contradictio in adjectio*, no corresponde ciertamente a la creencia de una *ratio iuris* de carácter universal [...]»¹⁷⁹. Y el mismo autor señala como principios de derecho natural los siguientes: el de la libertad (o «coexistencia de voluntades»), el de legalidad («cualquier limitación al derecho de una persona sólo puede establecerse por virtud de una ley»), el de soberanía de la ley, el de igualdad de todos ante la ley y el de la división de poderes¹⁸⁰.

Según la tesis positivista, los principios generales del derecho sólo son aque-

llos que han inspirado una determinada legislación positiva sirviendo de fundamento al derecho particular de cada país y que pueden inducirse de generalizaciones sucesivas de las disposiciones particulares de la ley¹⁸¹. Esta dirección doctrinal no niega que el contenido de los principios generales pueda ser considerado desde un punto de vista no jurídico como formado por valores éticos, políticos, etc., sino que el derecho positivo es autosuficiente y puede desarrollar toda su potencialidad normativa, incluida aquella derivada de los principios sin salirse de sí mismo y recurrir a una fuente diferente.

A tenor de esta concepción, los principios generales del derecho son el fundamento de una legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley pero que son presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales se extraen por abstracción. Su valor no se deriva de que son puramente racionales o éticos, o de derecho romano o científico, sino de que efectivamente informan el sistema de derecho positivo, llegando de este modo a ser principios de derecho positivo y vigente¹⁸².

Gran parte de la doctrina de nuestro país adopta en esta cuestión una postura iusnaturalista.

Así, De Castro, después de señalar que la ausencia de una formulación de los principios generales hace muy difícil una enumeración exhaustiva de los mismos, distingue tres clases: los de Derecho natural, los tradicionales y los políticos. El derecho natural —dice— «es la base del derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser reflejo de la ley eterna y comprender toda la naturaleza del hombre». Por principios tradicionales (o nacionales) entiende aquellos que dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de un pueblo, y en el derecho español señala como principios tradicionales los siguientes: la concepción católica de la vida, la superioridad de los valores morales sobre los materiales, la intimidad moral de las relaciones familiares, etc. Respecto de los principios políticos, sostiene que son aquellos que al cambiar determinan que las leyes, aunque no alteren sus textos, tengan un nuevo carácter y sentido; la eficacia jurídica de estos principios está subordinada —dice— a la fuerza legitimadora del derecho natural, y respecto a su eficacia social no habrán de contrariar los principios nacionales¹⁸³. Y en un sentido similar se pronuncian Lacruz, De Asís, y Luna, y Castán¹⁸⁴.

En la doctrina administrativista, para García de Enterría (quien celebra la inclusión en el Código civil de la expresión «principios generales del derecho»), éstos consisten en la conversión de los preceptos absolutos de derecho natural en conceptos técnicos y tecnificados; y dentro de los mismos se incluyen 1) los procedentes del derecho natural; 2) los que son expresión del orden político concreto, y 3) los de carácter institucional o estrictamente técnico. Y distingue dos clases de principios generales del derecho: 1) los «superiores», contenidos en la Constitución, entre los que cita los de justicia, dignidad humana, libertad e igualdad, y observa que entran en esta categoría todos los tradicionalmente tenidos por derecho natural, y 2) los institucionales, que se articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material

de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza¹⁸⁵.

Para Garrido Falla, la expresión «principios generales del derecho» engloba, de un lado, los principios que informan un determinado ordenamiento positivo escrito y, de otro, los principios de derecho natural que deben inspirar el ordenamiento positivo¹⁸⁶.

No obstante, no falta en la doctrina española quien se atiene a concepciones positivistas. Así, podemos citar la tesis de Puig Peña, quien define los principios generales del Derecho como sigue: «Son aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un determinado orden de cultura, condensados generalmente en reglas o aforismos, transmitidos tradicionalmente, y que tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo»¹⁸⁷. Y establece tres grupos diferenciados: 1) principios legalizados, es decir, aquellos principios incorporados al ordenamiento jurídico por una decisión legislativa de ultravalidez de leyes anteriores definidoras de los mismos; 2) principios formulados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su misión de verificar la fijación de los mismos, y 3) principios no incorporados aún al ordenamiento jurídico¹⁸⁸.

3.3. *Un concepto de principios generales del derecho.* *Principios positivos y principios implícitos*

Atendiendo a una concepción positivista, la doctrina ha definido los principios generales del derecho recurriendo a dos características: 1) el ser normas implícitas y no escritas, y 2) obtenidas de disposiciones expresas mediante el procedimiento de la abstracción generalizadora.

Sin embargo, estos caracteres han sido criticados como rasgos definitorios de los principios generales del derecho por parte de los estudiosos del derecho público. Así, se sostiene que, si se acepta la existencia de un principio jurídico válido, no importa tanto que sea implícito o explícito, sino precisamente el carácter «principal» del mismo¹⁸⁹.

Teniendo esto en cuenta, definiremos de manera aproximativa los principios generales del derecho como «las normas (o las consecuencias lógicas de un grupo de normas) de un sistema de derecho positivo que tienen un carácter “fundamental”»¹⁹⁰. El carácter fundamental para que las normas puedan considerarse principios puede provenir de: *a)* el lugar que la norma en cuestión tiene en la estructura jerárquica del sistema jurídico; *b)* la relación lógica entre la norma y el resto de normas; *c)* el lugar que la norma ocupa en la estructura de una determinada institución jurídica, y *d)* la evaluación del fin, tarea y funciones de la norma dentro del contexto de su aplicación¹⁹¹.

Siendo esto así, nos encontramos con que los principios generales del derecho pueden ser de dos clases: principios positivos de derecho y principios implícitos de derecho¹⁹².

Por principios positivos entendemos aquellos contenidos en enunciados normativos en vigor. Estos principios suelen encontrar su plasmación en distintos niveles normativos. En primer lugar, son las constituciones las que se encargan de enumerar una variada gama de principios, la validez de los cuales deriva no de leyes inferiores, sino de la naturaleza superior de la ley constitucional. Sin embargo, al lado de éstos se admite la existencia (siempre que no estén en contradicción con los anteriores) de principios contenidos en leyes infraconstitucionales¹⁹³.

En la categoría de principios positivos podemos incluir los siguientes:

1) Normas que tienen un alto grado de generalidad. Por ejemplo, la declaración del artículo 7.º 1 del Código civil: «Los derechos deberán ejecutarse conforme a las exigencias de la buena fe», y la del 8,1 del mismo Código: «Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.»

2) Normas con una formulación vaga que se concretan en el momento aplicativo. A este tipo pertenecen las declaraciones de los artículos 14 (principio de igualdad jurídica) y 35.1 (derecho al trabajo) de la Constitución.

3) Normas de carácter programático. Se trata de normas dirigidas en la mayor parte de los casos al legislador o a la administración pública, que prescriben la obtención de un fin o declaran un valor y los medios a través de los cuales éste debe ser alcanzado. En esta categoría podemos incluir las declaraciones de los artículos 20 y 27 de la Constitución («27.5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza [...]») y 43 («1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud, 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. [...]»).

4) Normas que ocupan un lugar elevado en la jerarquía de fuentes. Se trata fundamentalmente de normas de rango constitucional que parecen merecer la cualificación de principios, independientemente de su naturaleza y de la manera en que estén expresados. En este sentido se habla de principios constitucionales.

5) Normas que tienen un papel «importante» o «fundamental» en el sistema jurídico o político unitariamente considerado, o bien en uno u otro subsistema del sistema jurídico en su conjunto (derecho civil, derecho del trabajo, etc.). En este sentido expresaría un principio el artículo 23 del Código penal al establecer que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración».

6) Normas dirigidas a los órganos de aplicación del derecho. Por ejemplo, el artículo 24 del Código penal, que declara que las leyes penales tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, y los artículos 3.º y 4.º del Código civil, que establecen reglas interpretativas e integrativas¹⁹⁴.

Son principios implícitos de derecho aquellas reglas que constituyen la premisa o son consecuencia de enunciados normativos explícitos¹⁹⁵.

Es en relación con estos principios donde se presentan los problemas. Ge-

neralmente suele pensarse que los principios implícitos se obtienen por medio de la inducción: a través de un conjunto de normas que tienen algo en común se obtienen uno o más principios. Pero no se excluye tampoco que el principio se extraiga de lo contenido en un enunciado general (deducción). En este sentido, Gerard, basándose en la jurisprudencia belga, constata que en el ejercicio de su misión jurisdiccional los tribunales apelan a veces a principios generales que ninguna disposición constitucional, legislativa o reglamentaria formula explícitamente ¹⁹⁶.

Pues bien, la admisión de los principios implícitos ha dado lugar a discrepancias doctrinales acerca de la presencia o no de los mismos en los documentos normativos y del correlativo papel de los jueces en su aplicación. Así, hay autores para quienes los principios implícitos son elementos inherentes al orden jurídico que los órganos jurisdiccionales se limitan a descubrir; para otros, la referencia a los principios no escritos revela que las jurisdicciones ejercen un papel normativo; unos terceros, por fin, sostienen una tesis intermedia: estos principios —dicen— se elaboran a partir de ciertos datos, no se trata de una creación *ex nihilo*, pero el juez interviene de manera constructiva: la elaboración requiere una parte de invención y no puede ser reducida a pura constatación ¹⁹⁷.

3.4. *Problemas de la invocación a los principios generales del derecho*

Daremos por concluido este recorrido a través de los principios generales del derecho con la mención de algunas cuestiones que ponen de relieve la ambigüedad de los mismos y el consiguiente margen de discrecionalidad que su invocación otorga a los órganos jurisdiccionales. A tal fin consideraremos separadamente los principios explícitos y los implícitos. Comencemos por los primeros.

1. Con la invocación de los principios generales del derecho se alude frecuentemente a principios recogidos por los textos constitucionales. Ahora bien, es bien sabido que en muchas ocasiones éstos surgen del compromiso entre fuerzas políticas de ideologías diversas. Todos los sistemas jurídicos contemporáneos —nos recuerda Guastini— son fruto no de una, sino de muchas políticas de derecho contradictorias entre sí, e incorporan, por ello, una gran cantidad de principios y reglas incompatibles ¹⁹⁸. Pues bien, ello da lugar a que en las constituciones se encuentren principios constitucionales no del todo conciliables entre sí, con lo que al intérprete se le presenta el problema de su armonización.

2. Aun en el caso de compatibilidad de los principios, hay que reconocer que la vaguedad propia del lenguaje legislativo se acentúa cuando de la interpretación de los principios se trata. Así, un mismo principio se puede leer en clave moderada o en clave progresista ¹⁹⁹ y, por poner un ejemplo, un anarquista dará al valor «libertad» diferente contenido que quien se arrodille ante el dogma del orden público ²⁰⁰. En este sentido podemos decir que los princi-

pios generales del derecho se presentan como verdaderos «conceptos válvula» que dejan en manos del juez, más que ningún otro, la determinación de su contenido.

Respecto de los principios implícitos, podemos hacer las siguientes precisiones.

3. En primer lugar hay que dejar siquiera apuntadas las dudas acerca de su carácter normativo. Es decir, respecto de ellos se plantea el problema de si algo extraído de un principio es o no una norma. Aquí se encuentran implicadas dos cuestiones: una, si de las normas jurídicas pueden ser deducidas otras normas y, dos, si las normas deducidas son también normas jurídicas.

Pues bien, en sentido afirmativo se argumenta que en muchas ocasiones los principios se extraen de sucesivas generalizaciones a partir de normas particulares. Al llegar a un cierto grado de generalidad, no por ello cambia la norma de naturaleza; además, la función de los principios generales (principalmente la creación de principios a falta de normas particulares) es la misma que cumplen las normas jurídicas²⁰¹.

En contra de esta postura se afirma que las normas adquieren su existencia únicamente mediante actos de producción normativa, y no hay normas sin enunciados que las formulen. Una «norma inexpresa» suena como una contradicción en los términos. Por ello, cuando un juez formula una norma implícita no está diciendo el derecho, sino creándolo²⁰².

4. De manera paralela a lo que sucedía con los explícitos, hay que señalar que la invocación de principios implícitos puede permitir alegar principios opuestos. Así, si de una determinada disposición se induce un principio general, bien puede suceder que, respaldándose en el argumento de la no pleonasticidad del texto legal, el juez derive la vigencia de un principio opuesto o contrario: si estas disposiciones particulares no fueran excepciones a principios, resultarían inútiles y pleonásticas en cuanto que lo que prescriben se deduciría ya de los principios generales²⁰³.

5. Hay que cuestionarse asimismo sobre el carácter lógico o no de los procedimientos (deductivo e inductivo) a través de los que se extraen los principios generales. Aun admitiendo que el procedimiento deductivo consista en una operación lógica, ello no quiere decir que la aplicación de los principios sea algo mecánico, pues quedan fuera del procedimiento lógico los problemas de interpretación del sentido de los enunciados normativos y la cualificación de los hechos. Cosa diferente sucede con el procedimiento inductivo, pues éste no es en ningún caso de carácter lógico; cualquier grupo de enunciados normativos que tengan algo en común puede ser utilizado para «inducir» un número infinito de principios que los justifican (por ejemplo, variando el nivel de generalidad en el que pararse en la «inducción»)²⁰⁴.

6. Podemos repetir aquí, referido a los principios implícitos, lo que decíamos antes respecto de la necesidad de interpretación y del carácter abierto de los mismos, si bien aquí con mayor intensidad dado el carácter no expreso de los mismos. El recurso a los principios generales implícitos concede al operador jurídico mayor discrecionalidad que la interpretación de textos normati-

vos hijos. En particular, frente al «caso difícil» él podrá elegir entre negar la existencia de un principio específico o afirmar que existe un principio general relevante. Al valorar el recurso a los principios implícitos se admite que, sin serlo necesariamente, en general se configura como un recurso a la discrecionalidad del intérprete²⁰⁵.

NOTAS

¹ C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 169.

² Cfr. U. Klug, «Observations sur le problème des lacunes en droit», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, pp. 86-87; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 158; Ch. Huberlant, «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 41.

Sobre la diferencia entre lagunas axiológicas y normativas y, en particular, sobre la confusión de ambas en buena parte de la doctrina alemana, cfr. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., 1974, p. 169.

³ *Ibidem*, p. 158.

⁴ G. Moor, «Sulla questione delle lacune nel diritto», *R.I.F.D.*, 2 (1941), p. 323. K. Engisch denomina a estas lagunas de política legislativa, críticas o impropias; se trata de supuestos — dice— de una laguna desde el punto de vista del derecho mejor (*de lege ferenda*), pero no de una laguna verdadera y propia, es decir, de una laguna en el derecho positivo (*de lege data*) (*Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 225).

⁵ N. Bobbio, voz «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, 1965, p. 419.

⁶ E. Zitelmann, «Las lagunas del derecho», *R.G.L.J.*, vol. 140 (1922), p. 544.

⁷ L. Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 507. Vid. también E. García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, t. II, Porrúa, México, 1940-1941, p. 201, y R. Legros, «Considérations sur les lacunes et l'interprétation en Droit penal», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 366.

⁸ C. Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Losada, Buenos Aires, 1947, p. 48.

⁹ *Ibidem*, pp. 45-47.

¹⁰ H. Kelsen, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México, 1981, pp. 138-145.

¹¹ A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962, p. 43.

¹² Sobre este tipo de lagunas, cfr. Ch. Perelman, *La lógica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 69; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 165; U. Klug, «Observations sur le problème des lacunes en droit», cit., p. 89, y C. N. Canaris, «De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 168.

¹³ Cfr. J. L. Villar Palasí, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 75-77.

¹⁴ A. G. Conte «Decision, complétude, clôture. À propos des lacunes en droit», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 172.

A las lagunas diacríticas se refería ya Solmò bajo la denominación de lagunas absolutas, definiéndolas como aquellas situaciones en que las reglas jurídicas vigentes no hacen posible de ninguna manera la solución legítima de la cuestión y no se dispone de un tribunal que pueda llenar la laguna (P. Solmò, *Juristische Grundlehre*, 1917, pp. 370 ss., y «Die Anwendung des Rechts», en *Grünhuts Zeitschrift*, XXXVIII, 1911, pp. 55 ss., cit. por G. Moor, «Sulla questione delle lacune nel diritto», cit., p. 323).

¹⁵ A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit., p. 37. Aquí deno-

CAPITULO III

EL PROCESO DE DECISION: LA INTERPRETACION

I. SENTIDO Y PROBLEMAS DE LA INTERPRETACION

La interpretación es una actividad fundamental en el Derecho, hasta el punto que cabe afirmar que es la principal tarea del operador jurídico ¹. En la descripción del fenómeno normativo que llevamos a cabo en las primeras páginas del libro destacábamos ya ese valor. Antes de la interpretación no era posible hablar correctamente de norma. Y esta relevancia se ha acrecentado en el análisis del proceso de decisión judicial ².

El papel que desempeña la interpretación en el Derecho es consecuencia además del carácter de sus enunciados y de la necesidad de que éstos puedan adaptarse a distintas circunstancias contextuales e históricas. Esta necesidad aumenta según se trate de normas de alto rango jerárquico y, por ende, con un procedimiento de reforma más rígido ³.

¹ «La interpretación y aplicación de la ley no son ciertamente monopolio del juez, más bien se producen en todos los niveles del Ordenamiento jurídico, en el proceso de progresiva individualización de las normas, de las generales y abstractas de la Constitución a las más particulares y concretas de la ley, hasta el mandato individual del juez o funcionario.» G. Lumia, «In tema di interpretazione e di applicazione del Diritto», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, p. 309.

² Importancia recalcada por el Tribunal Constitucional, hasta el punto de llegar a afirmar que es a él a quien corresponde determinar el sentido de las expresiones del legislador. *Vid.* la Sentencia 69/1988, de 19 de abril (ffjj. 5.º y 6.º), en donde el Tribunal viene a decir que aunque el legislador diga que ha hecho una norma básica, es él quien lo tiene que determinar.

³ No es de extrañar así el rechazo del Tribunal Constitucional de las normas que tienden

A la hora de plantearnos un concepto de interpretación nos encontramos con una primera dificultad que ha podido ser ya constatada en el análisis llevado hasta aquí, y que se traduce en la problemática distinción entre interpretación, argumentación y decisión, y entre aplicación, interpretación y creación.

En relación con lo primero parece que estaríamos en presencia de tres momentos susceptibles de ser diferenciados a efectos didácticos, pero estrechamente conectados. En efecto, aunque es posible diferenciar, por ejemplo en la actuación judicial, el momento de la interpretación del de la argumentación y éstos de la decisión, parece que cada uno es difícil de comprender sin tener en cuenta los restantes ⁴. Por lo que respecta al segundo problema, la cuestión es similar. Aunque es posible diferenciar la aplicación de las normas de su interpretación, desde nuestra concepción de lo normativo estos momentos están estrechamente conectados. La interpretación en el Derecho, cuando es llevada a cabo por determinados operadores jurídicos, posee una función normativa y no meramente reconocitiva ⁵. En este sentido, igual que en el caso anterior, será posible distinguir ambos fenómenos con carácter didáctico, si bien bajo la perspectiva de que la aplicación requiere siempre de la interpretación de las normas ⁶. Este papel crucial ha sido señalado reiteradamente por la jurisprudencia, afirmando, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990 (RA 8641), que «... la aplicación de las normas, que corresponde a los tribunales, requiere su previa interpretación». Y ya antes, en su Sentencia de 12 de junio de 1972 (RA 3170), afirmó: «para resolver cualquier caso concreto es obligatorio interpretar la normativa aplicable al mismo, pues resulta casi insoslayable que para aplicar cualquier precepto legal a un caso práctico se precisa una tarea encaminada a indagar el sentido y alcance del precepto, porque incluso cuando se invoca el principio *in claris non fit interpretatio* es porque previamente la interpretación del caso ha conducido al convencimiento de que es clara, sencilla y sin ambigüedades; así pues, aplicación del Derecho e interpretación del

a precisar un único sentido de un precepto o concepto constitucional. Vid., por ejemplo, la Sentencia 230/1988, de 22 de diciembre, fj. 2.º

A pesar de ello los Tribunales han tratado de resaltar la diferencia entre interpretación y aplicación del Derecho. Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1984, fj. 3.º, RA 1343.

⁴ Vid. en este sentido E. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 96 y ss.

⁵ En contra de esta afirmación puede citarse a R. Hernández Marín en «Métodos jurídicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, 1966, pp. 183-190. Igualmente puede ser citada en contra de nuestra posición el apotegma jurídico clásico que afirma: «*in claris non fit interpretatio*».

mismo pueden considerarse dos actividades íntimamente entrelazadas y conexonadas, inseparables por tanto»⁷.

A estos dos términos puede unírseles el de creación. En este sentido hay quienes diferencian de forma tajante entre creación, aplicación e interpretación. Cuando tratamos el tema de la producción normativa ya nos referimos al problema. Baste aquí con señalar cómo prácticamente la totalidad de los estudios sobre la interpretación coinciden en que se trata de una operación creativa⁸. El problema radica en delimitar qué se entiende por creación⁹.

En este capítulo intentaremos describir el papel de la interpretación, centrándonos en la actuación judicial, con el objetivo de resaltar el significado de algunas de las cuestiones ya tratadas.

Cabe, siguiendo a Wroblewski¹⁰, distinguir dos sentidos de la interpretación jurídica: amplio y estricto. En el primero de ellos interpretar consiste en asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico; en el segundo, en determinar el sentido de una expresión jurídica dudosa. Nótese que ambos conceptos de interpretación son de indudable valor en el Derecho. Así, por ejemplo, el primero sería el paso necesario para alcanzar la visión de la norma que aquí manejamos. En relación con el segundo, ya hemos hecho referencia a la importancia de la interpretación incluso en los denominados casos fáciles.

⁷ Prácticamente la totalidad de los estudios sobre la interpretación tienden a recalcar que la claridad de las normas es algo que viene después de la interpretación y no antes: «Cada "aplicación" de la ley es ya interpretación, pues ya el decidir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace superflua toda interpretación (doctrina del "sentido claro")», descansa sobre una interpretación». Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, cit., p. 323. También E. Betti, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 100. Recientemente G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 200. También J. L. Villar Palasí, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, cit., p. 92; E. García de Enterría, «Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas en la Constitución», cit., p. 35.

⁸ Vid., por ejemplo, J. Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, cit., p. 330; G. Lumia, «In tema di interpretazione e di applicazione del Diritto», cit., p. 309; E. Betti, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 98 y 136 y ss.; L. Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980, p. 189; J. Wroblewski, *Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1985, pp. 81 y ss.; I. de Otto, *Estudios sobre el Poder judicial*, cit., p. 74; E. García de Enterría, «Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», cit., pp. 36 y ss.

⁹ Así, por ejemplo, Federico de Castro escribió: «Es cierto que el juez al aplicar cada ley ha de entenderla, concretando su sentido, en vista también de cada caso. Más su actuación entonces no es distinta a la propia de su función de intérprete. Cualquier intérprete (músico, traductor, pintor de un retrato, arquitecto) habrá de crear algo nuevo, lo interpretado, mas habrá de hacerlo conforme a la pauta, al modelo, al plano dado», «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», en *Anuario de Derecho civil*, núm. 1, vol. XXX, 1977, pp. 815 y 816, num. 16.

¹⁰ Vid. *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 129, 130 y 157.

La interpretación jurídica posee algunas relevancias específicas que condicionan su valor ¹¹. Entre ellas destacaremos las que se refieren al lenguaje jurídico, a su carácter, al marco en el que ésta debe desenvolverse y a su aspecto valorativo.

El lenguaje jurídico no es sólo un tipo de lenguaje especializado, sino que además se caracteriza por la utilización de términos ambiguos, vagos y emotivos que requieren en muchos casos de interpretación ¹². Desde esta dimensión, en la interpretación jurídica pueden plantearse de forma general tres tipos de problemas: sintácticos, lógicos y semánticos ¹³.

Los problemas sintácticos se refieren a la conexión de las palabras en la estructura del enunciado normativo. Los problemas lógicos se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un mismo contexto. Entre estos problemas destacan la existencia de inconsistencias o antinomias, redundancias y presuposiciones. Por último, los problemas semánticos derivan del significado de las palabras o de los enunciados. En general, estos problemas se reconducen al de la contradicción entre normas, es decir, al de la existencia de las denominadas antinomias jurídicas.

Ross distinguió entre antinomias propias e impropias. Las primeras son aquellas en las que entre dos normas se produce una contradicción en su carácter y, por tanto, son antinomias en sentido jurídico estricto. Las segundas, por su parte, se producen entre normas que presentan algún tipo de contradicción, pero no necesariamente en lo referente a su carácter. Dentro de las antinomias propias cabe a su vez hablar de antinomias de primer grado, que son total-total, parcial-parcial y total-parcial, y de antinomias de segundo grado, que son las que se producen entre los distintos criterios de solución de las antinomias de primer grado ¹⁴. En efecto, básicamente estos problemas deben ser solucionados a través de la utilización de las reglas del lenguaje natural. Sin embargo, al ser el objeto de interpretación el lenguaje jurídico, en la solución de estos problemas se debe operar también atendiendo a otros criterios. Más adelante tendremos ocasión de adentrarnos en su descripción. Sin embargo, sí conviene ahora apuntar cómo la posible existencia de contradicciones es un asunto

¹¹ Junto a ellas hay otras que condicionan cualquier interpretación. Así, por ejemplo, hay que ser conscientes de que toda interpretación está condicionada por los elementos cognoscitivos que se posean en torno a la realidad interpretada así como por el interés que subyace a la misma.

¹² Vid. Victor Knapp, «Some problems of legal language», en *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 1, 1991. Vid. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1990, fj. 2.º, ICA 9731.

¹³ Vid. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 119 y ss. También G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 117 y ss.

¹⁴ Vid. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., pp.

mucho más complejo de lo que podría parecer, hasta el punto de que puede dar lugar a la existencia de paradojas. Es el caso, por ejemplo, de la denominada paradoja de la regulación recogida por Bulygin¹⁵.

Imaginemos un sistema compuesto por dos normas. La norma A dice: Juan debe trabajar todos los días de la semana de diez a dieciocho horas. La norma B señala: Juan no debe tomar alcohol mientras trabaja. En un momento posterior se crea otra norma C en la que puede leerse: Juan puede tomar alcohol los sábados entre las diez y las dieciocho horas. Si nos fijamos en las tres normas podremos observar cómo C es compatible con A y con B, pero no lo es con su conjunción. En este sentido, la existencia de contradicciones entre normas en una visión del Derecho como sistema no puede reducirse al examen aislado de las normas, lo que hace mucho más compleja su solución y acrecienta la importancia de la interpretación y de la señalización de criterios para la producción de normas.

Una segunda nota específica de la interpretación jurídica va referida a su propio carácter. Al igual que nos ocurría al hacer referencia a la argumentación, la interpretación posee un carácter problemático y dialéctico, tanto en el sentido de alternativas enfrentadas en pugna cuanto en el de conocimiento probable¹⁶. Dada la relación entre argumentación e interpretación no podía ser de otro modo. Ante un problema jurídico cada operador puede dar una interpretación a un texto enfrentada con la de los restantes, y la solución, si esto sucede en un proceso (judicial o simplemente comunicativo), sería aquella que cuente con mejores apoyos racionales o también aquella que decida quién tiene poder para ello (el juzgador o a quien se haya otorgado tal potestad, como ejercicio de su voluntad). Pero, en cualquier caso, esa solución interpretativa no puede decirse que sea la única o la verdadera (aunque en el Derecho llegue a adquirir ese papel)¹⁷.

La tercera de las notas relevantes de la interpretación jurídica consiste en que en ella existen una serie de reglas y presunciones que no tiene por qué estar presentes en otros ámbitos. El marco interpretativo está delimitado en el sentido de que no todas las opciones son

¹⁵ Vid. E. Bulygin, «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», en C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 471.

¹⁶ Vid. J. Esser, «La interpretación», cit., p. 66. También G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 32.

¹⁷ Este problema está estrechamente conectado con la descripción del fenómeno normativo llevada a cabo al principio. La concepción de la norma que denominábamos como clásica presupone que éstas poseen un único significado, por lo que la labor del intérprete consistirá en descubrirlo. Vid. en este sentido Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., p. 21. Sin embargo, para nosotros no hay un único significado, sino que éste depende del intérprete, siendo conscientes de que toda esa tarea se lleva a cabo dentro del Ordenamiento.

posibles y que, además, se deben respetar una serie de reglas¹⁸. Ahora bien, hay que ser conscientes que la misma sujeción al Derecho y las normas que vinculan toda interpretación deben ser interpretadas también, por lo que los límites se hacen más escasos, y se proyectan en último término, otra vez, en la idea de la aceptabilidad por la comunidad jurídica. Es decir, serán válidos aquellos significados que, sin contradecir los criterios de validez, sean aceptables para la comunidad. Esta regla vale para los casos más problemáticos, ya que los restantes funcionan con significados altamente consensuados en la cultura jurídica.

Otra de las notas específicas de la interpretación jurídica guarda relación con la propia actividad interpretativa, en el sentido de que en ella se da entrada a la valoración. Es decir, a pesar de que puedan ser descritos criterios y mecanismos jurídicos interpretativos, a la hora de interpretar aparecen también las valoraciones del intérprete, que tiene que elegir entre posibles significados, y está condicionado por el momento jurídico¹⁹.

En lo que sigue intentaremos señalar cuáles son los criterios que sirven de base para el desarrollo de la actividad interpretativa.

2. CRITERIOS DE LA INTERPRETACION

2.1. Aspectos generales

La exposición de las pautas de interpretación jurídica se hará partiendo de su configuración por parte de la dogmática jurídica, si bien intentaremos extraer algunas conclusiones que sirvan para sistematizarlas. Antes de todo ello haré alguna delimitación del ámbito de estudio.

2.1.1. *Hechos y normas*

Normalmente, la interpretación del Derecho se produce en relación con enunciados normativos o con signos normativos. No obstante, es posible destacar otra proyección que va más allá de las normas. Se trata de la interpretación de los hechos²⁰.

¹⁸ Aunque la interpretación posee, como tendremos ocasión de ver, unos amplios márgenes, está limitada por la sujeción al Ordenamiento. Vid., por ejemplo, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1993, f.j. 3.º, RA 5640.

¹⁹ Vid. G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 148 y 149. Sobre los enunciados valorativos en el Derecho, en relación con la interpretación, vid. J. Wroblewsky, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 24 y ss.

²⁰ Esta, igual que la argumentación sobre los hechos, suele ser poco estudiada. Vid. en este sentido F. J. Ezquiaga, «Los juicios de valor en la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, num. 1, 1984, pp. 34 y ss.

En la descripción del modelo de decisión la interpretación adquiriría una dimensión relevante tanto en el que denominábamos como juicio de hecho cuanto en el juicio de Derecho. La fijación de los hechos exigía la interpretación de los aportados para su transformación en probados, pero también tenía importancia a la hora de convertir a éstos en hechos fijados. Igualmente, la interpretación era esencial en el proceso de fijación de la norma. En todos estos ámbitos el paso del respaldo a la garantía se hacía básicamente a través de la interpretación o por técnicas argumentativas que requerían la previa interpretación de los enunciados.

En este punto nos centraremos básicamente en los criterios que sirven para determinar el significado de los enunciados normativos. Tres razones justifican este proceder.

En primer lugar, la determinación de los hechos (y consiguientemente su interpretación) fue examinada ya y allí expusimos algunos criterios.

En segundo lugar, los criterios de interpretación de las normas inciden también en la interpretación de los hechos. Es más, puede afirmarse que los criterios son operativos no sólo para las normas, sino también para los hechos ²¹.

En tercer lugar, en muchas ocasiones la determinación del significado de un hecho se lleva a cabo a través de la utilización no ya de criterios de interpretación, sino de normas concretas ²².

2.1.2. *Criterios normativos*

Los criterios que sirven de apoyo al operador jurídico a la hora de interpretar las normas tienen su origen en Savigny, quien destacó la existencia de cuatro criterios: gramatical, lógico, histórico y sistemático ²³. Estos criterios poseen una relevancia fundamental en todos

²¹ Esto no quiere decir que no existan criterios independientes o que algunos cambien de sentido según se proyecten en hechos o en normas. Un caso claro es la técnica de la analogía como criterio de interpretación de hechos, en virtud de la cual la calificación de un sujeto o clase de sujetos debe extenderse a aquellos hechos o a aquellas clases de sujetos que no se corresponden literalmente con los primeros, pero que presentan una semejanza relevante. Sobre la analogía puede consultarse a M. Atienza, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986. Igualmente, otro criterio de interpretación de normas, pero que se proyecta en el análisis de los hechos, es la presunción de inocencia. Así el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 109/1986, de 22 de septiembre, fj. 1.º, ha señalado que ésta es un criterio condicionador de la interpretación de las normas.

²² Este fenómeno se produce también en el ámbito de las normas, hasta el punto de que es posible afirmar que las normas jurídicas se presentan en ocasiones como criterios para interpretar otros enunciados.

²³ Vid. Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de Mesia y Poley, Madrid 1878, pp. 145 y ss. Sobre los antecedentes históricos de estos criterios vid. Federico de Castro y Bra-

los ordenamientos de nuestro área cultural. El Código Civil español los recoge en su artículo 3.1, si bien añade una quinta perspectiva que se refiere a la realidad social. En efecto, en esta disposición puede leerse: «Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.» Más adelante analizaremos el significado de cada uno de ellos. Ahora conviene apuntar algunas cuestiones relativas a los mismos.

En primer lugar se trata de criterios orientativos. Es posible referirse a otros o, al menos, llevar a cabo distinciones muy relevantes en ellos²⁴. Se ha llegado incluso a afirmar que: «El artículo 3.1 del Código Civil no es, pues, vinculante, sino como máximo una norma meramente admonitiva.» En cualquier caso, se trata de criterios tan amplios que «cualquier método interpretativo parece tener cobijo en algunos de los criterios que dicho artículo enumera»²⁵.

En segundo lugar, si se analizan estos criterios podremos observar cómo no son claros y, además, deben ser interpretados, problema que se complica al no existir regla alguna que nos indique cuándo debe prevalecer un criterio sobre otro²⁶. En este sentido se ha llegado a señalar la imposibilidad de jerarquizarlos, constatando además que todo criterio es reversible en su contrario²⁷. Como tendremos ocasión de ver, este problema está presente en la actuación

co, «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», cit., pp. 817 y ss. También M. Aragón, «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 113 y ss.

²⁴ Como señala F. J. Ezquiaga, los criterios de interpretación son prácticamente incalculables. *Vid.* «Los juicios de valor en la decisión judicial», cit., p. 42. Una enumeración distinta de la aquí seguida puede verse en J. Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, cit., pp. 161 y 162. Sobre los distintos métodos de interpretación *vid.* también Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, pról. de F. J. Bastida, trad. de J. L. Requejo e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 15 y ss.

²⁵ E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 81 y 82. *Vid.* ya antes Federico de Castro y Bravo, «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», cit., p. 839. En el mismo sentido véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1990, RA 6566, y de 3 de febrero de 1992, f. j. 2.º, RA 872. En contra de esto, y defendiendo la consideración de los criterios como auténticas reglas jurídicas, *vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1989, de 29 de mayo, f. j. 3.º

²⁶ *Vid.* Luis Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 102 y ss. También G. Schroth, «Hermenéutica filosófica y jurídica», trad. de J. A. García Amado, en AA.VV., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 306. En el mismo volumen H. Hassemer, «Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley», trad. de M. V. Martínez Bretones, p. 212.

²⁷ *Vid.* en este sentido J. L. Villar Palasi, *La interpretación y los apogemas lógico-jurídico*, cit., p. 15. Sobre las incompatibilidades entre los criterios de interpretación tradicionales *vid.* J. Esser, «La interpretación», cit., p. 56. Sobre su relaciones *vid.* K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 341 y ss.

judicial, donde existen pronunciamientos contradictorios sobre la relevancia de cada uno de los criterios.

En tercer lugar, y estrechamente conectado con lo anterior, en la interpretación la argumentación desempeña un importante papel ²⁸. La adopción de los criterios interpretativos va siempre acompañada o apoyada de una determinada argumentación ²⁹. No es extraño así que para MacCormick la interpretación sea «una forma particular de la argumentación práctica en el Derecho, en la que una persona argumenta a favor de una manera particular de entender ciertos textos o materiales dotados de autoridad en el Derecho y que funcionan como un tipo especial de razón justificada en las decisiones judiciales» ³⁰.

Teniendo en cuenta esta relación entre los criterios de interpretación y la argumentación, en el análisis de los primeros se aludirá a la presencia de «técnicas argumentativas».

En cuarto lugar, parece conveniente relacionar los criterios con las máximas de la experiencia en la interpretación, y concretamente con los criterios sobre la interpretación del lenguaje natural, tal y como ha señalado Wroblewski ³¹.

²⁸ Vid., entre otros, Federico de Castro y Bravo, «La naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», cit., p. 816.

²⁹ Vid. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 342 y ss. En este sentido, R. Alexy ha hablado de argumentos interpretativos, entre los que destaca tres (*Vid. Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 226 y ss.): a) semánticos: se refieren al uso del lenguaje y se utilizan para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible según el uso del lenguaje; b) genéticos: se apoyan en la presunta voluntad del legislador o del creador de la norma, es decir, en su fin subjetivo, y c) teleológicos: se basan en el fin objetivo de la norma, apoyándose principalmente en las restantes normas.

Un ejemplo puede sernos útil al respecto. Se trata del caso Elmer, al que Ronald Dworkin alude en *Law's Empire*, cit., pp. 15 y ss.

Elmer asesinó a su abuelo en Nueva York en 1882. En el testamento él era quien recibía toda su fortuna, pero el abuelo se había vuelto a casar y existía la posibilidad de que lo cambiase. El Derecho en Nueva York no decía nada sobre si una persona, instituida en el testamento como heredero, podía serlo si había asesinado al testador. El abogado de Elmer señalaba que era necesario decidir según Derecho y no situar a la conciencia por encima de la ley. Por su parte, uno de los jueces expresó la opinión de que debía llevarse a cabo una interpretación literal del Derecho, a través de la cual no podía establecerse impedimento alguno para la sucesión. Por último, otro juez era de la opinión que ante este caso debía realizarse una interpretación teleológica, es decir, había que prestar atención a las intenciones del legislador, y en este sentido concluir que sería absurdo suponer que en las intenciones del legislador estuviese la de que heredasen los asesinos. Esta fue la opinión que prevaleció.

Como vemos, según el criterio que se utilizase la decisión poseería un sentido completamente diferente. Todos los criterios eran legalmente utilizables en principio, si bien predominó uno apoyado en una determinada argumentación.

³⁰ «La argumentación y la interpretación en el Derecho», trad. de J. Bengoetxea, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, 1993, p. 201.

³¹ *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 81 y ss. Así, si consideramos que el lenguaje no es otra cosa que un sistema de signos que se usan en conformidad con ciertas reglas operativas y que transporta alguna especie de información, se hace necesario interpretarlo atendien-

En quinto lugar, es necesario poner también en relación estos criterios generales de la interpretación con otros de un alcance relativamente menor o que pertenecen a un subsistema normativo³². Pueden citarse como ejemplos los establecidos en el artículo 10.2 de la Constitución o en el 1.281 del Código Civil.

La presencia de criterios de interpretación específicos en subsistemas normativos pone de manifiesto la dificultad de cualquier intento de sistematización y plantea problemas que trascienden a los meramente interpretativos, tales como la relevancia del Derecho privado o la del Derecho internacional. En cualquier caso, pasaremos por alto esta cuestión.

2.2. Una clasificación de los criterios normativos de interpretación

2.2.1. *Los presupuestos de la clasificación*

Como hemos señalado, tradicionalmente se han destacado cinco criterios de interpretación jurídica que coinciden con los enumerados en el artículo 3.1 del Código Civil. Estos son:

a) Criterio gramatical: señala que la interpretación debe hacerse partiendo del sentido propio de las palabras.

b) Criterio contextual o sistemático: señala que la interpretación debe hacerse atendiendo al texto legal en el que la norma se inserta o al Ordenamiento en su conjunto.

c) Criterio histórico: exige tener en cuenta los antecedentes históricos y legislativos del texto a interpretar.

do o partiendo de esas reglas operativas, que pueden ser divididas en sintácticas y semánticas. Cada lenguaje consiste en un conjunto dado de signos simples con los que se construyen signos complejos apoyándose en determinadas reglas sintácticas. Las reglas sintácticas más comunes son las del lenguaje ordinario, y formulan las modalidades de construcción de enunciados lingüísticos complejos (como hacer afirmaciones a partir de distintas partes del discurso). Junto a las reglas sintácticas están las semánticas o de sentido. Entre éstas destacan las reglas empíricas, las deductivas y las axiomáticas. Las empíricas pueden resumirse en la exigencia de que quien usa correctamente una expresión dada en un lenguaje dado debe admitir la verdad o falsedad de la misma atendiendo al contexto empírico en el que se usa la expresión (p. ej., quien usa duro en castellano debe admitir la falsedad de la expresión «esto es un duro» cuando se trata de 25 pesetas). Las deductivas vienen a significar que una persona que use correctamente una expresión dada en un lenguaje dado debe reconocer que esa expresión es considerada verdadera o falsa en atención a la verdad o falsedad de otras expresiones (p. ej. quien usa domingo debe reconocer la verdad de «hoy es domingo» si admite «ayer era sábado»). Por último, las reglas axiomáticas poseen como significado general que quien usa significativamente ciertas expresiones que pertenecen a un lenguaje dado debe reconocer que éstas sean verdaderas o falsas independientemente de cualquier condición (p. ej., quien usa triángulo, debe admitir sin ninguna condición que la expresión «el triángulo tiene tres ángulos» es verdadera).

³² Vid. R. Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 57.

d) Criterio sociológico: señala la necesidad de que la interpretación se realice prestando atención a las circunstancias sociales y económicas del momento.

e) Criterio intencional y teleológico: subraya la importancia de analizar el espíritu o finalidad de las normas a la hora de interpretarlas.

A continuación describiremos el significado de cada uno de estos criterios, sin que deban olvidarse las consideraciones efectuadas con anterioridad. En este sentido, subrayaremos algunas técnicas argumentativas que se apoyan en cada uno de los criterios. Por otro lado, como se podrá observar, en el análisis se pondrá de manifiesto la conexión existente entre los distintos criterios.

2.2.2. *El criterio gramatical*

El criterio de interpretación gramatical exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras³³. Se trata de un criterio promovido por el llamado literalismo, que es precisamente una corriente de interpretación que estima que el lenguaje es lo único que hay que atender a la hora de interpretar³⁴. La interpretación literal exige obtener «el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en el caso en el que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla»³⁵.

³³ Este criterio ha sido utilizado en numerosas ocasiones por nuestros Tribunales, aunque con diferente alcance. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo ha señalado en alguna ocasión que el criterio gramatical es el que debe usarse cuando a través de él pueda obtenerse el significado de los términos de la norma (Sentencia de 17 de enero de 1990, RA 133), si-bien la línea jurisprudencial mayoritaria tiende a afirmar que se trata de un mero punto de partida (Sentencias del Supremo de 4 de diciembre de 1990, RA 9721, y de 23 de junio de 1992, fj. 3.º, RA 5312). Como ejemplos de utilización de este criterio por el Tribunal Constitucional pueden ser citadas las Sentencias 169/1987, de 24 de octubre, fj. 4.º; 123/1992, de 28 de septiembre, fj. 3.º, y 187/1992, de 16 de noviembre, fj. 4.º El criterio encuentra acomodo en la argumentación a contrario. Como ha señalado Giovanni Tarello, se trata de una regla de interpretación según la cual: «dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente al enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos debe evitarse extender el enunciado de ese término de tal forma que comprenda sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo» (*L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 346). Es decir, se entiende que el legislador ha regulado de cierta forma una hipótesis concreta, de donde se deduce a contrario que ha pretendido regular de distinta forma el resto de hipótesis similares no expresamente mencionadas. Vid. F. J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., p. 177. También M. J. Falcón y Tella, «Papel de la *ratio* en la argumentación jurídica. Ensayo de una nueva configuración teórica del argumento a contrario», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, 1989-1990.

³⁴ Vid. E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 92.

³⁵ K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 316.

En este criterio desempeñan un papel importante las que denominamos como máximas de la experiencia en la interpretación, si bien en el ámbito jurídico pueden señalarse nuevas pautas. Así, el criterio gramatical presupone que ³⁶:

- a) Ningún elemento en el texto legal carece de significado.
- b) A una expresión de un texto legal no debe dársele un significado diferente en distintos contextos ni un significado diferente que se aparte del uso general del lenguaje, salvo que exista una razón suficiente.
- c) Si la terminología de una ley se aparta del uso ordinario del lenguaje, la terminología especial prima sobre el lenguaje ordinario.

2.2.3. *El criterio sistemático*

Según este criterio, las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el Ordenamiento ³⁷. El criterio sistemático puede operar bien desde la perspectiva de la adecuación lógica de la norma con las restantes (donde se conecta con el literal) ³⁸, bien desde la de la adecuación teleológica y valorativa de la norma respecto a las demás ³⁹. En este sentido, el criterio sistemático exige la adecuación al Ordenamiento desde tres perspectivas: literal, finalista y valorativa. Para su comprensión es necesario desglosar los distintos criterios y técnicas susceptibles de ser integradas en él.

A) *Criterio de la coherencia*

Como ha señalado E. Alonso García, en virtud de este criterio las normas deben ser interpretadas de modo tal que se evite su contradicción con otras ⁴⁰. Este criterio presupone la idea de la coherencia del sistema y con ella la imposible presencia de antinomias en el

³⁶ Vid. A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, cit., pp. 147.

³⁷ Se apoya así en el denominado argumento sistemático, definido por Tarello como aquel por el que a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico, o bien no debe atribuirse el significado prohibido por el sistema. Vid. *L'interpretazione della legge*, cit., p. 376.

³⁸ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990 (IJA 9721).

³⁹ Si se analiza el tipo de justificación que ha empleado por ejemplo el Tribunal Constitucional español a la hora de utilizar este tipo de criterio podremos ver cómo el mismo se plantea desde estas perspectivas. Vid. F. J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pp. 131 y ss. Este criterio se relaciona con el intencional, tanto desde la perspectiva de la voluntad como desde la del espíritu del Ordenamiento. Vid. N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 192.

⁴⁰ Vid. *La interpretación de la Constitución*, cit., pp. 197 y 198.

Derecho. Así, puede desempeñar, como señala Ezquiaga⁴¹, dos tipos de funciones: la negativa, por la que se rechaza una interpretación al entenderla incoherente con alguna otra norma del Ordenamiento, y la positiva, por la que se atribuye un significado a una norma por ser coherente o el más coherente con otra norma⁴².

B) *Criterio de la conformidad con la Constitución*

Por medio de este criterio la interpretación de las normas debe hacerse teniendo en cuenta la Constitución. Toda interpretación de un precepto debe estar en conformidad con la norma básica⁴³, lo que significa que debe hacerse desde ésta y sin que el resultado la contradiga⁴⁴. La importancia de este criterio es evidente, hasta el punto de que puede presentarse como el principal dentro del sistemático y, por ende, entre los restantes. Como ha señalado el Tribunal Constitucional: «Las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3.1 del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el "contexto" al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales»⁴⁵.

Se trata, por tanto, de un criterio en el que hay presencia no sólo de una argumentación sistemática, sino también consecuencialista. A su vez puede ser desglosado en otros, tales como el de la interpretación favorable para la efectividad de los derechos fundamentales⁴⁶, el de la interpretación conforme a los principios rectores de la política social y económica⁴⁷ o el de la interpretación no formalista⁴⁸.

⁴¹ *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pp. 107 y ss.

⁴² *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 64/1983, de 21 de julio, fj. 3.º, y 206/1992, de 27 de noviembre, fj. 3.º

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990, fj. 2.º, RA 9721, y de 19 de diciembre de 1991, fj. 2.º, RA 9009.

⁴⁴ *Vid.* Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., pp. 188 y ss.

⁴⁵ Sentencia 253/1988, de 20 de diciembre, fj. 4.º

⁴⁶ *Vid.* por todas las Sentencias del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 de diciembre, fj. 6.º; 257/1991, de 15 de julio, fj. 3.º, y 169/1992, de 26 de octubre, fj. 2.º En la Sentencia 262/1988, de 22 de diciembre, el Tribunal Constitucional tacha una sentencia como errónea porque tiene consecuencias contrarias a una correcta comprensión de un derecho fundamental. Del Tribunal Supremo *vid.*, por ejemplo, la Sentencia de 22 de diciembre de 1990, fj. 2.º, RA 10355, y el Auto de 20 de septiembre de 1991, fj. 1.º, RA 6817. Este criterio puede relacionarse con el expresado en el artículo 10.2 del texto constitucional. *Vid.* en este sentido, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre, fj. 2.º

⁴⁷ *Vid.* en este sentido la Sentencia de 23 de mayo de 1990, fj. 2.º (RA 4273), del Tribunal Supremo.

⁴⁸ *Vid.* las Sentencias del Tribunal Constitucional 175/1988, de 3 de octubre, fj. 2.º, y 6/1989, de 19 de enero, fj. 2.º

Mención especial merece el denominado criterio estructural. Se trata de un criterio utilizado en la interpretación constitucional, a través del cual el significado de una norma es extraído de las estructuras y relaciones creadas por la Constitución⁴⁹. Un ejemplo de su utilización por nuestro Tribunal Constitucional aparece en la Sentencia de 28 de julio de 1981, en la que se llega a reconocer a esta estructura el valor de fuente normativa⁵⁰.

C) *Criterio de la conservación de normas y de la continuidad del Ordenamiento*

El criterio de la conservación señala la necesidad de agotar todas las interpretaciones posibles antes de derogar o invalidar una norma. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 93/1984, de 16 de octubre, afirmaba: «es necesario operar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulta indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación»⁵¹. Un sentido parecido a este criterio, desde la consideración normativa de ciertos actos jurídicos, lo poseería el criterio de conservación de los actos jurídicos⁵².

Unido a estos criterios aparece el de la continuidad del Ordenamiento jurídico, vinculado al artículo 9.3 de la Constitución, y que se proyecta sobre todo en materia de eficacia derogatoria de la Consti-

⁴⁹ Vid. E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, cit. pp. 449 y ss.

⁵⁰ En efecto, ante la problemática en torno a qué debía ser entendido por Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas a efectos del artículo 149.1.18 de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 5.º de esta Sentencia, afirma: «ni el uso de la expresión "régimen jurídico" para designar sólo el procedimiento y el régimen de recursos en nuestra práctica legislativa es un criterio constante ni uniforme para todas las Administraciones Públicas que permita inducir de él la voluntad inequívoca del constituyente, ni aunque lo fuera, podría aceptarse sin más esta interpretación sin apoyarla en otras razones que deriven directamente de la propia estructura constitucional». En sentido parecido *vid.* la Sentencia 80/1988, de 28 de abril, fj. 6.º Se ha hecho alusión a la estructura del Estado como fuente de obligaciones. *Vid.* en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional, 112/1992, de 29 de octubre (fj. 3.º).

⁵¹ *Vid.* también las Sentencias 108/1986, de 26 de julio, fj. 13.º, y 105/1988, de 8 de junio, fj. 3.º Ahora bien, como ocurre con los restantes criterios, pueden señalarse casos en los que la actuación interpretativa no se sujeta a esta exigencia. En este sentido puede ser citada la Sentencia de 14 de noviembre de 1990 (RA 8825), del Tribunal Supremo, en cuyo fundamento jurídico 3.º se dice: «En términos generales la contradicción de una norma ha de resolverse mediante su conciliación sistemática —delimitación de los supuestos en los que se aplica cada una de ellas—, y si no es posible, entendiéndose que las normas contradictorias se anulan provocando una laguna a cubrir con los principios generales del Derecho».

⁵² *Vid.* su aplicación, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1987, de 24 de octubre, fj. 4.º

tución. Este criterio obliga también a intentar una interpretación del enunciado que no lo invalide ⁵³.

D) *Criterio de la plenitud*

Se trata de un criterio relacionado con el de la conservación y el de la coherencia, y expresa la necesidad de que la interpretación se haga desde la consideración del Ordenamiento como un sistema completo o pleno. Por lo tanto, impone la obligación de dotar siempre de cierto significado a un enunciado desde la presunción de que el Ordenamiento contiene todos los materiales necesarios para ello ⁵⁴.

E) *Criterio de la no-redundancia*

Consiste en un tipo de criterio susceptible de ser considerado también como criterio consecuencialista. Supone que entre las distintas interpretaciones posibles de una disposición debe elegirse aquella que no implique una repetición del legislador ⁵⁵. Se incluye entre los sistemáticos, ya que la no-redundancia opera desde el sistema. Tanto los instrumentos para averiguar si hay o no-redundancia cuanto los referentes que se tienen en cuenta son sistemáticos.

⁵³ Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1992, de 2 de noviembre (fj. 3.º).

⁵⁴ Se apoya, pues, en el llamado argumento de la plenitud, que como señala Tarello es un argumento subsidiario que debe ir acompañado de otro para la solución del problema (es decir, justifica solucionar el caso pero no cómo). Vid. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 357 y ss. También las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1990 (RA 149), de 17 de julio de 1990 (RA 6566) y de 23 de junio de 1992 (RA 5312).

⁵⁵ Se apoya en el llamado argumento de la no-redundancia. Este ha sido definido por Tarello como aquel por el que «se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ha sido atribuido ya a otro enunciado normativo, preexistente o jerárquicamente superior o más general, que el primero, dado que si esta atribución de significado no fuese excluida nos encontraríamos frente a un enunciado normativo superfluo». *L'interpretazione della legge*, cit., p. 371. Como ha puesto de manifiesto Ezquiaga, la actuación interpretativa apoyada en este criterio puede entrar en frontal oposición con el criterio de conservación de normas. *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pp. 234 y ss., en donde se recogen decisiones del Tribunal Constitucional en las que se afirma que es preferible declarar la inconstitucionalidad de un precepto a reconocer una redundancia del legislador. Vid. concretamente las Sentencias del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo (fj. 2.º), y 76/1983, de 5 de agosto (fj. 12.º).

F) *Criterio del lugar material*

A través de este criterio, el significado de una disposición se hace depender del lugar que ocupa en el Ordenamiento ⁵⁶. Se trata de un criterio apoyado en el argumento *sedes materiae*.

Una variante suya es el criterio de la rúbrica, que exige atribuir el significado a una disposición en función del título o rúbrica que encabeza el grupo normativo en el que se encuentra ⁵⁷.

G) *Criterio apagógico*

Apoyado en el argumento *ad absurdum* ⁵⁸ exige atender a las consecuencias de la interpretación: no puede darse un significado a una norma que provoque consecuencias absurdas. En este sentido se afirma que «debe seleccionarse siempre aquella norma o grupo de normas que hagan eficaz la finalidad que la norma persigue y desecharse aquella que conduzca a un resultado absurdo» ⁵⁹.

Puede parecer rara su inclusión entre los criterios sistemáticos, ya que hace referencia a las consecuencias de la interpretación. No obstante, lo relevante en este criterio es la concepción de lo absurdo. En este sentido, normalmente la definición de aquello que se considera como absurdo se hace a través de los restantes criterios, principalmente mediante el de coherencia y el de conservación ⁶⁰. Se trata, en definitiva, de dotar de un significado a la norma que no sea absurdo en relación con el Ordenamiento.

⁵⁶ Vid. su utilización, por ejemplo, en las Sentencias 13/1987, de 5 de febrero (fj. 3.º), y 26/1987, de 27 de febrero (fj. 4.º), del Tribunal Constitucional.

⁵⁷ Vid., por ejemplo, la Sentencia 81/1984, de 20 de julio (fj. 3.º), del Tribunal Constitucional.

⁵⁸ Que como ya hemos adelantado es uno de los esenciales en la práctica argumentativa de los tribunales.

⁵⁹ J. L. Villar Palasí, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, cit., p. 240.

⁶⁰ Vid. F. J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pp. 247 y ss. Así, por ejemplo, se rechaza como absurda una interpretación contraria a la de una norma constitucional, o a la jurisprudencia, o que haga ineficaz una disposición del Ordenamiento (Vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de febrero, fj. 2.º; 105/1987, de 27 de junio, fj. 2.º; 71/1988, de 19 de abril, fj. 5.º, y 176/1988, de 4 de octubre, fj. 4.º). Del Tribunal Supremo vid. la Sentencia de 5 de 2 de julio de 1991, fj. 1.º, RA 5319). Aunque también pueden señalarse ocasiones en las que la dimensión sistemática no sea tan clara. Por ejemplo, el rechazo de una interpretación por sus consecuencias ilógicas (no desde un punto de vista normativo). Vid. las Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1991, de 4 de julio (fj. 7.º), y 184/1992, de 16 de noviembre (fj. 2.º). También la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990, fj. 3.º (RA 8738).

H) *Criterio analógico*

Exige interpretar el enunciado en cuestión teniendo en cuenta otros enunciados similares ya interpretados ⁶¹. La analogía puede ser *legis* (si opera en relación con una norma) o *iuris* (si la relación se produce con varias normas o con el Ordenamiento en su conjunto) ⁶². Este último significado coincide casi estrictamente con el criterio de equidad.

El criterio analógico no manda atribuir el mismo significado que otros enunciados (cosa que estaría en radical contradicción con el criterio de la no-redundancia, pero que es el significado de la analogía como criterio de interpretación de los hechos) ⁶³.

I) *Criterio de la equidad*

El Código Civil habla de la equidad en su artículo 3.2, donde se afirma: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita» ⁶⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que: «La equidad constituye un concepto filosófico-jurídico, y representa un *desideratum* en la aplicación del Derecho, pero, en cualquier caso, es un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas...» ⁶⁵.

El criterio de la equidad puede ser desglosado en dos vertientes, estrechamente conectadas, que se proyectan en la idea de igualdad (como sinónimo de «justicia legal») y en la técnica de la analogía *iur-*

⁶¹ *Vid.* en sentido parecido N. McCormick, «La argumentación y la interpretación en el Derecho», cit., p. 210.

⁶² En este criterio hay un amplio margen valorativo, y así ha dicho el Tribunal Supremo que implica un uso razonable del Derecho. *Vid.* las Sentencias de 12 de diciembre de 1980, RA 4747, y de 22 de julio de 1993, fj. 4.º, RA 6274.

⁶³ Un ejemplo de su utilización nos lo proporciona M. Atienza: «Por ejemplo, de acuerdo con una determinada ley, el delito de incendio se agrava cuando hay una persona dentro de la vivienda. ¿Pero qué pasa si el que está dentro es el propio autor del incendio? El abogado defensor —en un determinado caso— sostuvo (lo que fue aceptado por el juez del caso) que este supuesto debía quedar excluido, pues en una Ley promulgada precisamente en el mismo año que la anterior se castigaba la acción de causar daño a otra persona, y dicho artículo nunca se había entendido en el sentido de incluir también los supuestos en que uno se causa daño a sí mismo.» *Las razones en el Derecho*, cit., p. 149.

⁶⁴ *Vid.* sobre ello las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985 (RA 4058), 10 de octubre de 1986 (RA 5511), 3 de noviembre de 1987 (RA 8134) y 12 de junio de 1990, fj. 3.º (RA 4758).

⁶⁵ Sentencia de 3 de febrero de 1992, fj. 2.º, RA 872.

ris. La primera exige que la interpretación de la norma se haga atendiendo a los criterios de «justicia legal» (lo que el Derecho considera como justo). La segunda señala la necesidad de que la interpretación atienda al sentido de las restantes normas⁶⁶. En esta última dimensión los principios juegan un papel relevante.

En cualquier caso se trata de un criterio susceptible de ser integrado en otros donde adquiriría su significado íntegro (concretamente los que denominaremos como de coherencia valorativa)⁶⁷. Esto puede verse claramente reflejado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1989, de 29 de mayo (fj. 3.º), donde ante la apelación por un juez a razones humanitarias a la hora de precisar el contenido y alcance de su resolución, afirma que entre los criterios de interpretación se encuentra la equidad, cuya ponderación es siempre obligada en la aplicación de toda norma. Y continúa: «Siendo esto así, debe admitirse también que la invocación de motivos humanitarios, de la que los Jueces y Tribunales laborales hacen, por lo demás, frecuente uso en este tipo de pretensiones y también en otras sujetas a su jurisdicción, es una forma razonablemente lícita de expresar la ponderación que de la regla jurídica de la equidad ha de hacerse en la resolución judicial de los litigios».

J) *Criterio del precedente y de la autoridad*

En virtud de este criterio una norma debe ser interpretada atendiendo a la interpretación ya realizada de la misma por otro operador jurídico⁶⁸. Se conecta con el criterio histórico y con el de la autoridad. Este último criterio se basa en el argumento de autoridad, que como nos dice Tarello es aquel por el que «a un enunciado normativo le es atribuido el significado que ya le había sido atribuido por alguien, y por ese único hecho»⁶⁹.

⁶⁶ Vid. estos sentidos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1990 (RA 8035) y de 11 de octubre de 1988 (RA 7409).

⁶⁷ Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo se ha referido a ella como «justicia del caso concreto» (Sentencia de 8 de marzo de 1988, Sala de lo Civil, Ref. Aranzadi 1607), como interpretación conforme al espíritu y finalidad de las normas (Sentencia de 15 de febrero de 1988, Sala de lo Social, Ref. Aranzadi 626), o como aplicación «equitativa» de las normas (Sentencia de 11 de octubre de 1988, Sala de lo Civil, Ref. Aranzadi 7409); destacando que no estamos ante una fuente del Derecho y que no es susceptible de invocación abstracta sino que necesita una fundamentación legal (Sentencia de 10 de octubre de 1988, Sala de lo Social, Ref. Aranzadi 7563). Vid. también la Sentencia del Supremo de 16 de octubre de 1990, fj. 5.º (RA 7870).

⁶⁸ Está, pues, estrechamente conectado con lo que ha sido denominado en las teorías de la argumentación como criterio de la inercia que exige mantener la interpretación que sirve para solucionar un supuesto en todos los supuestos similares, exigiéndose que su abandono se haga con una suficiente justificación. Vid., por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, de 21 de mayo, y 130/1987, de 11 de marzo (fj. 2.º).

⁶⁹ *L'interpretazione della legge*, cit., p. 372.

Normalmente, la autoridad a la que se hace referencia puede ser bien la jurisprudencia, bien la doctrina⁷⁰, aunque también puede entenderse que la utilización de normas para describir el significado opera en este sentido.

Conviene no pasar por alto la relevancia de este criterio, que en el ámbito jurídico puede ser considerado como descriptor de toda la actividad interpretativa⁷¹. El criterio de la autoridad hace referencia a la utilización de un material normativo para dotar de significado al enunciado, lo que resume la labor interpretativa. Toda interpretación en el Derecho se hace desde premisas normativas que actúan como elementos de autoridad⁷².

K) *Criterios de la ordenación*

En lo que denomino como criterios de ordenación se engloban tres criterios de interpretación que operan desde la órbita sistemática. Se trata de los criterios jerárquico, de especialidad y cronológico⁷³. Estos criterios se utilizan sobre todo en el ámbito de la aplicación, en la resolución de las llamadas antinomias⁷⁴.

El criterio jerárquico se identifica con el principio de jerarquía, que consiste en otorgar a determinadas normas mayor fuerza impe-

⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1992, de 26 de octubre (fundamento jurídico único), y 182/1992, de 16 de noviembre (fj. 3.º). *Vid.* también la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989 (RA 789), donde en el fundamento jurídico 3.º se apoya en la opinión textual de «un conocido autor». Aquí pueden incluirse también las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado (*vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1956 y de 22 de abril de 1987). Ahora bien, también pueden citarse ejemplos donde se rechaza este criterio. Así en la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio, fj. 11.º, se dice que el «que una autorizada opinión doctrinal entienda... no implica que del texto constitucional deban deducirse forzosamente todos esos elementos». En la Sentencia del Supremo de 20 de diciembre de 1952 se afirma: «la opinión de los tratadistas, por respetable que sea, no es por sí sola suficiente para constituir doctrina legal por precisarse para que esto ocurra que sea aceptada por la jurisprudencia».

⁷¹ *Vid.* Jesús I. Martínez García, «Decisión jurídica y argumento de autoridad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1984, pp. 149 y ss.

⁷² Esto no quiere decir que las razones de autoridad no vayan acompañadas de razones sustantivas (aquellas que tienen peso práctico independientemente de la autoridad), sino que, como ha señalado MacCormick, «la argumentación jurídica no puede nunca desarrollarse de una manera aceptable sin alguna base en algún argumento de autoridad». «La argumentación y la interpretación en el Derecho», cit., p. 204.

⁷³ *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1990, fj. 4.º (RA. 1132); 14 de noviembre de 1990, fj. 3.º (RA. 8825), y 9 de julio de 1991, fj. 2.º (RA 9877).

⁷⁴ Como ha señalado el Tribunal Constitucional, las antinomias deben resolverse a través de los criterios de interpretación. *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia 110/1988, de 8 de junio, fj. 3.º. Llevando esto hasta sus últimas consecuencias, podríamos afirmar que realmente en un sistema racional no existen antinomias, ya que siempre habrá posibilidad de dar sentidos compatibles a las normas a través de los criterios de interpretación.

rativa. El principio se reconoce en nuestra Constitución dentro del artículo 9.3 y está presente también en el Código Civil, concretamente en su artículo 1.2 («Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior»). No obstante, cuando hablamos en este punto de criterio jerárquico, estamos haciendo referencia al principio de jerarquía formal, que hace referencia al grado jerárquico de las normas. A través de este criterio se afirma que entre dos normas incompatibles prevalece aquella de superior rango jerárquico (*lex superior derogat inferior*).

El criterio cronológico hace referencia al tiempo de vigencia de una norma y está reconocido en nuestro Ordenamiento dentro del artículo 2.2 del Código Civil («Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado»). A través de este criterio se afirma que entre dos normas incompatibles prevalece aquella que ha entrado en vigor con posterioridad (*lex posterior derogat priori*).

El criterio de especialidad hace referencia a la materia, mejor, al ámbito de validez de una norma, y se relaciona con el principio de jerarquía pero en sentido material, o lo que puede ser igual, con el principio de competencia⁷⁵. Básicamente, a través del criterio de especialidad se afirma que entre dos normas incompatibles prevalece aquella que es especial, esto es, aquella que se refiere más estrictamente al punto en conflicto (*lex specialis derogat generali*). Así, por ejemplo, entre una norma A cuyo contenido fuese «la interpretación de la voluntad de los particulares, se ajustará al sentido literal de sus palabras»; y una norma B (de igual rango), cuyo contenido fuese «la interpretación de la voluntad del testador se hará de aquella forma que beneficie a los herederos directos» en virtud de este criterio prevalecería la norma B. El criterio de especialidad guarda estrecha relación con el de competencia, que se refiere a la capacidad para producir normas y que tiene tres proyecciones principales. La primera consiste en la atribución especial de potestad normativa sobre determinada materia a un centro determinado. Es el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 72.1 de la Constitución («Las Cámaras establecen su propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales...»). La segunda consiste en el establecimiento de subsistemas normativos correspondientes a diferentes entes. Este sería el caso de lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitu-

⁷⁵ Sobre el principio de competencia a la hora de resolver antinomias puede consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1989, de 11 de mayo.

ción, en relación con los artículos 137 y 147 del mismo texto. El artículo 152 se refiere a la Asamblea Legislativa de las Comunidades Autónomas, que es el órgano legislativo de éstas, que goza de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de las competencias que se establezcan por la Constitución y por su Estatuto de Autonomía, que es, básicamente, la norma básica del subsistema. La tercera, conectada con el sentido de la jerarquía formal, consiste en someter a un determinado procedimiento la creación de normas sobre materias específicas. En este caso se atribuye, supuestamente, competencia a una determinada norma con un procedimiento también determinado en relación con una materia. Como ejemplo puede proponerse el del artículo 81.1 («Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución»), en relación con el 81.2 («La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto»).

Ahora bien, en lo referente a la interpretación, que es lo que nos interesa aquí, estos criterios presentan dos vertientes. La primera exige al intérprete operar en conformidad con la norma jerárquicamente superior, especial o cronológicamente posterior; la segunda exige que el resultado de la interpretación no esté en contradicción con la norma superior, especial o posterior.

2.2.4. *El criterio histórico*

En virtud de este criterio las normas deben interpretarse a tenor de los antecedentes históricos y legislativos.

Se trata de un criterio en el que pueden destacarse dos dimensiones:

A) *Criterio histórico estricto*

Exige tener en cuenta los antecedentes históricos del enunciado⁷⁶. Como ha puesto de manifiesto Ezquiaga, pueden destacarse

⁷⁶ Se apoya en el argumento histórico que, como señala Tarello, puede ser descrito como aquel para el que «dado un enunciado normativo, en ausencia de indicaciones contrarias expresas, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo precedente y preexistente que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica, o bien el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo contenido en un documento clásico de otra organización». *L'inter-*

dos direcciones en relación con este criterio ⁷⁷. La primera, que denomina estática, se basa en el sentido conservador de la historia, y se relaciona con el sistemático y con el literal. Es decir, el criterio opera atendiendo al significado histórico literal del enunciado en cuestión ⁷⁸. La segunda es denominada como dinámica, y se apoya en el sentido evolutivo de la historia, por lo que está estrechamente conectado con el criterio sistemático y el sociológico. Desde esta dirección el criterio opera atendiendo a la evolución histórica del tratamiento del enunciado fijándose en la realidad social del momento ⁷⁹.

B) *Criterio de la voluntad o psicológico*

A través de este criterio se atribuye al enunciado normativo a interpretar el significado que se corresponde con la voluntad de su autor. Los instrumentos en los que se apoya para la averiguación de la voluntad del autor del enunciado suelen ser los trabajos preparatorios, las exposiciones de motivos y los preámbulos ⁸⁰, por lo que guarda una estrecha relación con el criterio histórico estricto, si bien este último busca el significado en la forma con la que los legisladores históricos han tratado ese enunciado, mientras que el de la voluntad se dirige a determinar la voluntad de quienes físicamente elaboraron el documento ⁸¹.

2.2.5. *Criterio intencional y teleológico*

Por criterio intencional y teleológico entenderé la exigencia de que la interpretación atienda al espíritu y finalidad de las normas. Se trata de un criterio que está relacionado, al menos, con el de la voluntad, con el histórico estricto y con el sistemático.

En ocasiones ha sido descrito como el criterio principal ⁸², aunque tal vez esto puede explicarse por su presencia en la operatividad

pretazione della legge, cit., p. 368. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 (RA 10174).

⁷⁷ *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pp. 341 y ss.

⁷⁸ Vid., por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 1/1982, de 28 de enero, (fj. 6.º) y 91/1984, de 9 de octubre, ffj. 2.º y 5.º, y 141/1990, de 20 de septiembre, fj. 6.º

⁷⁹ Vid., por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero (fj. 6.º) y 110/1984, de 26 de noviembre (fj. 3.º).

⁸⁰ Vid., por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1982, de 26 de julio, (fj. 2.º) y 108/1986, de 29 de julio, fj. 13.º, y 26/1987, de 27 de febrero, fj. 4.º También la Sentencia de 4 de diciembre de 1990, fj. 5.º (RA 9721) del Tribunal Supremo.

⁸¹ Vid. F. J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., p. 337. Sobre la relación entre estos criterios vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1990, (fj. 3.º) (RA. 8825).

⁸² Vid. por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990 (RA 3626).

de los restantes ⁸³. Tanto la finalidad como el espíritu del enunciado se desprenden del examen de sus antecedentes, del sistema, de la realidad social, etc... Podríamos afirmar que se trata de un criterio subsidiario que debe ir acompañado de otros, ya que de otra forma sería enormemente impreciso.

Igual que en casos anteriores este criterio es susceptible de ser dividido en dos grandes grupos: el teleológico y el pragmático o consecuencialista. Su análisis nos permitirá comprender su sentido.

2.2.5.1. *El significado del criterio teleológico*

El criterio teleológico puede desglosarse en cinco tipos:

A) *Criterio teleológico estricto y de racionalidad*

Exige que la interpretación del enunciado se haga atendiendo a su finalidad, y se apoya, por tanto, en el argumento teleológico ⁸⁴. Ha sido entendido en alguna decisión judicial como la clave fundamental para orientar la interpretación ⁸⁵. El problema principal radica en la forma de determinar esa finalidad. Como ha puesto de manifiesto Ezquiaga ⁸⁶, en este punto el criterio teleológico estricto se apoya en otros.

En efecto, la finalidad puede encontrarse bien en otras normas (criterio sistemático, de la voluntad, etc.), por sus antecedentes (criterio histórico), en el contexto socioeconómico (criterio de la realidad social) ⁸⁷.

El criterio se especifica en el denominado criterio de racionalidad, que exige que las normas se interpreten coherentemente con los fines que justifican su existencia, y está, a su vez, relacionado con lo

⁸³ Sirva como ejemplo la reflexión que se hace en la Sentencia de 17 de julio de 1990 del Tribunal Supremo (RA 6566) dentro de su fundamento jurídico 4.º, en torno al concepto de vivienda digna y adecuada: «... la normativa a aplicar aquí tiene que ser interpretada con un profundo sentido finalista y teleológico... el concepto de vivienda "digna y adecuada" hay que ponerlo en relación con la situación general del país y con los medios económicos y financieros disponibles... En definitiva, estamos atendiendo al espíritu y finalidad de la normativa aplicable aquí de una manera fundamental...».

⁸⁴ Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1989, de 5 de octubre. f.j. 2.º También la del Supremo de 10 de marzo de 1992, RA 213.

⁸⁵ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1991. f.j. 1.º. RA 5319.

⁸⁶ *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pp. 372 y ss.

⁸⁷ Vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1986, de 12 de marzo (ffjj. 2.º); 6/1984, de 24 de enero (f.j. 5.º), y 206/1992, de 27 de noviembre (f.j. 4.º y 5.º).

que en el ámbito constitucional se ha denominado como test de la racionalidad a la hora de examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ciertas normas. Desde éste se dice que «es irracional algo que pretende ser un medio para alcanzar un fin, y en realidad no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin»⁸⁸. El criterio de racionalidad encuentra una estrecha conexión con el criterio de proporcionalidad, que se refiere a la relación medios-fines en el ámbito de la actuación administrativa⁸⁹.

B) *Criterio de razón mayor*

Justifica la propuesta de una interpretación extensiva de un enunciado normativo, en el sentido de incluir en sus términos aparentemente referidos a un único sujeto o clase de sujetos, otros sujetos o clases; o de incluir en sus términos aparentemente referidos a un único comportamiento o clases de comportamientos otros comportamientos o clases⁹⁰. Igual que en el caso anterior el problema que está detrás es el de determinar de dónde se obtiene la idea de razón mayor. Como ha puesto de manifiesto Ezquiaga⁹¹, esta operación se hace a través de otros criterios, principalmente el sistemático, histórico, y el que será más adelante denominado como de razonabilidad⁹². En cualquier caso, a través de este criterio se amplía el significado del enunciado apoyándose en el sistema y teniendo en cuenta sus fines.

C) *Criterio de la naturaleza de las cosas*

Se trata de un criterio que alude a la necesidad de apoyarse a la hora de la interpretación de un enunciado en su esencia o en la de la institución a la que se refiere⁹³. Es una muestra de lo problemático

⁸⁸ E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 207. Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1986, de 12 de marzo, fj. 2.º

⁸⁹ Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1988, ffj. 2.º y 3.º, RA 3294, y especialmente la de 16 de mayo de 1990, fj. 2.º (RA 4167).

⁹⁰ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 355. Se trata de un criterio basado en el llamado argumento *a fortiori* que, como dice J. Castán Tobeñas, «se apoya en que los motivos que hayan inspirado determinada disposición legal se dan más evidente y palpablemente que en la hipótesis aludida por el legislador, en aquella otra que el legislador no previó». Vid. *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947, p. 262. El argumento presenta dos dimensiones: *a maiori ad minus* (la ley que permite lo más, permite lo menos); *a minori ad maius* (la ley que prohíbe lo menos, prohíbe lo más).

⁹¹ *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pp. 158-160.

⁹² Vid., por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1982, de 20 de diciembre (fj. 2.º), 109/1983, de 29 de noviembre (fj. 3.º), y 110/1984, de 26 de noviembre (fj. 10.º).

⁹³ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 10/1982, de 23 de marzo, dentro del fundamento jurídico 8.º, declaró: «Está en la naturaleza de las cosas que los Con-

que puede resultar el criterio teleológico si no se pone en relación con otro criterio ⁹⁴. Básicamente tiene que apoyarse en el sistemático, es decir, la naturaleza de la cosa hay que encontrarla en el Ordenamiento.

D) *Criterio de la justicia*

Supone que la interpretación de un enunciado se haga atendiendo al valor justicia ⁹⁵. Ahora bien, no debe entenderse de una forma asistemática ⁹⁶. Su utilización se hace desde el interior del Ordenamiento, por lo que el concepto de justicia que se maneja es el de justicia legal (identificándose así con el de equidad) ⁹⁷.

E) *Criterio del contrapeso y de la razonabilidad*

Este criterio exige que la interpretación se haga atendiendo a los valores y bienes constitucionales ⁹⁸, presentando, por tanto, una estrecha vinculación con el criterio sistemático.

Una variante es lo que podría ser denominado como criterio de razonabilidad, que permite dar un significado distinto al ya dado con anterioridad a una norma por razones no arbitrarias, es decir, susceptibles de ser derivadas del Ordenamiento. En su virtud un enunciado normativo puede ser interpretado de forma distinta según cuál sea su proyección material siempre y cuando la diferencia posea una justificación razonable.

Se opone así a algunos de los criterios ya examinados. Debe apoyarse siempre en el Ordenamiento (en caso contrario existiría ar-

sejos Asesores de Radio-Televisión Española en las distintas Comunidades promuevan valores propios.»

⁹⁴ L. Díez Picazo, en el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 señaló: «la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitada por una jurisdicción constitucional».

⁹⁵ *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981, fj. 3.º; 63/1982, de 20 de octubre, fj. 3.º; 167/1988, de 27 de septiembre, fj. 2.º, y 65/1990, de 5 de abril, fj. 6.º Del Supremo *vid.* la Sentencia de 27 de diciembre de 1990, RA 5209.

⁹⁶ Es decir, no puede pensarse que se dé un sentido contrario al Ordenamiento. En contra, *vid.* por ejemplo, Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., pp. 181 y 182.

⁹⁷ *Vid.* en este sentido la Sentencia 20/1987, de 19 de febrero (fj. 4.º), del Tribunal Constitucional.

⁹⁸ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1981 (RA 3305). También las del Tribunal Constitucional 104/1986, de 17 de julio, fj. 6.º; 176/1988, de 4 de octubre, fj. 3.º; 1/1991, de 17 de enero, fj. 2.º, y 190/1992, de 16 de noviembre, fj. 5.º

bitrariedad) y producirse por la modificación de algunos de los elementos que motivaron la anterior interpretación⁹⁹. Se conecta con el criterio sistemático y con el de la realidad social. En relación con el primero, para la justificación del cambio de significado; en relación con el segundo, para identificar los elementos con los que se realiza el cambio. El examen de la razonabilidad se hace siempre desde la contemplación de los valores que presiden el Ordenamiento¹⁰⁰.

2.2.5.2. *El significado del criterio pragmático o consecuencialista*

El criterio que denominamos como pragmático o consecuencialista presenta una serie de dimensiones que hacen que posea un significado propio. Sin embargo, lo incluimos dentro del criterio intencional o teleológico, ya que está estrechamente conectado con la idea de finalidad. Dentro de él cabe distinguir dos criterios:

A) *Criterio consecuencialista estricto*

Con carácter general, supone tener en cuenta las consecuencias de la interpretación no sólo en lo referente a criterios de utilidad, sino también en relación con criterios de libertad, igualdad, proporcionalidad, etc. De esta manera, este criterio exige que entre las distintas interpretaciones de un enunciado se escoja aquella que mejores resultados proporcione teniendo en cuenta su finalidad¹⁰¹. Por tanto, implica un cálculo sobre las consecuencias de la interpretación orientándola a cierto fin u objetivo, lo que le conecta claramente con el criterio sistemático o, siempre teniendo a éste en cuenta, con el de

⁹⁹ Este criterio se apoya en el denominado argumento o juicio de razonabilidad, que se utiliza predominantemente en el examen de la constitucionalidad de las normas, concretamente en relación con el principio de igualdad. *Vid.* por todas las Sentencias 68/1982, de 22 de noviembre, y 13/1987, de 11 de marzo. También *vid.* A. Carrasco Pérez, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1981, pp. 39 y ss.; y M. Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, cit. *Vid.* en otro ámbito este criterio en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1988, fj. 1.º, RJA 1994.

¹⁰⁰ *Vid.* en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1986, de 21 de enero, fj. 3.º.

¹⁰¹ Básicamente se apoya en el argumento pragmático, que «consiste en establecer la verdad o el valor de la tesis que se defiende (en nuestro caso, de la interpretación o el significado que se propone) a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan, o la falsedad de la tesis defendida por el adversario (o la incoherencia con otra interpretación o significado posible) por las consecuencias desfavorables que de ella se derivan». F. J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., p. 276.

la realidad social ¹⁰². El fin u objetivo debe ser deducido del Ordenamiento y, en su caso, atendiendo a su incidencia social ¹⁰³.

B) *Criterio de la universalización*

Exige que el enunciado se interprete dando un significado que estemos dispuestos a mantener en el futuro para circunstancias idénticas ¹⁰⁴. Es decir, obliga al intérprete a comportarse como si estuviera sentando un precedente ¹⁰⁵.

2.2.6. *Criterio de la realidad social (sociológico)*

El criterio sociológico exige que la interpretación se haga atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento. En este sentido se trata de un criterio de gran importancia en la adaptación del Derecho a los cambios sociales ¹⁰⁶. No obstante, conviene incidir en este punto que se trata de un criterio que sólo es operativo en el Derecho cuando se hace desde su interior. Es decir, como nos ocurre con los restantes criterios no puede ser utilizado para atribuir

¹⁰² Vid., por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 10/1982, de 23 de marzo (fj. 9.º); 42/1983, de 20 de mayo (fj. 3.º), y 193/1992, de 16 de noviembre (fj. 4.º).

¹⁰³ En este criterio cabe incluir lo que Pérez Luño ha denominado, en el ámbito de la interpretación constitucional, como criterio de la eficacia o de la efectividad, que es aquel que «tiende a dirigir la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido». A. E. Pérez-Luño, «La investigación de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984, p. 124. Podría incluirse aquí también el criterio de la eficacia en la actuación administrativa, que como ha señalado el Tribunal Supremo debe tener una relevante virtualidad interpretativa sin menguar las garantías que demanda el Estado de Derecho (Sentencia de 22 de abril de 1992, fj. 5.º, RA 3837).

¹⁰⁴ Se relaciona con el criterio del precedente, pero a diferencia de éste, que mira al pasado, el de universalización opera hacia futuro.

¹⁰⁵ Se apoya en el argumento del mismo nombre. Este argumento se describe, en las teorías generales de la argumentación, diciendo: «Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones relevantes.» R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 187. Así, una decisión sólo estará justificada cuando pueda adoptarse en cualquier otro supuesto de hecho igual. Es la exigencia del auto-precedente en la terminología de M. Gascón. Vid. *La técnica del precedente y la argumentación racional*, cit.

La operatividad de este criterio es manifiesta aunque normalmente bajo la apariencia de la razonabilidad. Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1992, de 16 de noviembre (fj. 2.º), en donde se afirma la obligación de los tribunales de mantener la misma interpretación para casos idénticos. Vid. también la Sentencia 30/1987, de 11 de marzo (fj. 2.º).

¹⁰⁶ Vid. Federico de Castro y Bravo, «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», cit., pp. 832 y ss. También E. García de Enterría, «Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», cit., pp. 32 y 33, núm. 39. Vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1985, RA 4825; 21 de mayo de 1988, RA 6543, y 12 de junio de 1991, fj. 7.º, RA 4446.

a un enunciado un significado que no respete los criterios de validez jurídica ¹⁰⁷. Tres sentencias del Tribunal Supremo pueden señalarse como ejemplos de esta exigencia. La Sentencia de 26 de diciembre de 1990 (RA 10370) señala en su fundamento jurídico 4.º: «Que la realidad social ha de informar la interpretación de las leyes es exacto, y hasta que dicha realidad impone en ocasiones cambios legislativos, pero mientras no se producen no puede llevar a interpretar un precepto conculcando su tenor literal...» Por su parte, en el fundamento jurídico 2.º de la Sentencia de 7 de enero de 1991 (RA 108) se afirma: «... los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la ley y si sólo para suavizarla, debiendo ser aplicados con mucho tino y prudencia, para no dar trascendencia a estados o tendencias no fijadas». En la Sentencia de 3 de febrero de 1992 (RA 872), dentro del fundamento jurídico 2.º, se dice: «La realidad social, tras la promulgación de la Constitución, es totalmente contraria a la actuación de las autoridades sin estricta sujeción a la ley, que constituye exigencia irrenunciable del Estado de Derecho y garantía primaria del ciudadano.»

Así, parece que se trata de un criterio que debe operar junto a los restantes. Sirve de apoyo, por ejemplo, a la modificación de la atribución de significados anteriores, pero todo ello dentro de la perspectiva sistemática ¹⁰⁸.

2.3. Criterios y metacriterios

Como señalé al principio, los criterios de interpretación que acabamos de describir pueden ser reclasificados con el propósito de obtener una visión integral de este fenómeno ¹⁰⁹. Para ello llevaremos a cabo una primera distinción entre lo que podríamos denominar como criterio general de interpretación y los metacriterios.

El criterio general (que como veremos se corresponde con el sistemático en sentido amplio) es la perspectiva principal que se adopta a la hora de interpretar un enunciado normativo, tanto en el inicio de esta tarea como en su resultado. Es decir, señala el marco en el que debe basarse la labor interpretativa y su fruto. Los metacriterios son opciones, puntos de partida o perspectivas de utilización del criterio general. Su distinto sentido repercute en el resultado de la in-

¹⁰⁷ Sobre la tensión ente este criterio y la seguridad jurídica *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993, fj. 4.º, RA 6274.

¹⁰⁸ *Id.* las Sentencias del Tribunal Constitucional 26/1987, de 27 de febrero (fj. 4.º) y 26/1988, de 19 de abril (fj. 6.º).

¹⁰⁹ *Id.*, por ejemplo, este intento también en Luis Recaséns, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 184, cuando se refiere a la interpretación razonable.

terpretación. Algunos metacriterios no son otra cosa que presupuestos del criterio general. Es decir, acompañan a los distintos sentidos de este criterio imponiendo ciertas actuaciones o perspectivas. Otros metacriterios, los que denominaré generales, se presentan como opciones de la interpretación. Es decir, plantean circunstancias a tener en cuenta por el intérprete sin especificar el grado de atención exigido.

2.4. El papel de los criterios en la interpretación

Una vez aclarado el sentido de los metacriterios volveré a los criterios, pero ahora desde una perspectiva más cercana al papel real que los mismos desempeñan en la interpretación.

2.4.1. *El criterio gramatical*

Aunque este criterio ha sido presentado por algunos como suficiente, no parece que sirva como único criterio a la hora de determinar un significado¹¹⁰. Más bien se constituye en un presupuesto de toda interpretación, siendo conscientes de que su utilización se hace desde la perspectiva sistemática¹¹¹. En efecto, se acude a otras normas del sistema o a la voluntad de una autoridad normativa, teniendo en cuenta siempre las máximas de la experiencia del lenguaje.

En este sentido parece que estamos en presencia de un metacriterio general, necesario en cualquier interpretación (que debe apoyarse en el lenguaje empleado en el enunciado), pero insuficiente. También puede ser contemplado como criterio dentro del sistemático, que sirve para dotar de significado a la idea de coherencia, en el sentido de que exige interpretar de forma semánticamente coherente con el Ordenamiento.

¹¹⁰ Ha señalado el Tribunal Constitucional que: «No puede primar, en buena hermenéutica, la interpretación literal sobre los otros criterios...» Sentencia 124/1987, de 15 de julio, fj. 4.º

¹¹¹ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1987, de 15 de julio, fj. 4.º

2.4.2. *El criterio sistemático*

Todos los criterios sistemáticos están presididos por la idea de la coherencia. Los enunciados normativos deben ser interpretados de forma coherente con el Ordenamiento¹¹². Este es precisamente el significado general del criterio sistemático, siendo los restantes proyecciones, presupuestos o limitaciones del mismo.

En efecto, algunos no son otra cosa que concreciones al sentido general de este criterio, es decir, hacen alusión a qué partes del Ordenamiento deben ser tenidas en cuenta. Dentro de éstos pueden incluirse el criterio estructural, el del lugar material, el de conformidad con la Constitución, el analógico (otro enunciado), el de equidad (un material normativo), el del precedente, el de autoridad. Este último, puede entenderse como globalizador de todos. Los restantes se diferencian según si su proyección es hacia el pasado (criterio del precedente) o hacia el presente (lugar material y conformidad con la Constitución), aunque existen criterios que pueden operar desde ambas perspectivas (analógico y de equidad). Básicamente estos criterios buscan la coherencia fijándose bien en el tenor literal del enunciado y su relación con otros (coherencia semántica, por ejemplo, analógica), bien en los valores presentes en el Ordenamiento (coherencia valorativa, por ejemplo, equidad).

Otros de los criterios incluidos en la perspectiva sistemática se presentan como presupuesto de la misma, lo que, siguiendo la distinción que señalábamos, los constituye en metacriterios específicos del criterio sistemático. Son tales el criterio de conservación, de la continuidad y el de la plenitud. En virtud de los primeros, la atribución de significado desde la perspectiva sistemática debe intentar dotar de un significado a los enunciados normativos que permita su presencia en el Ordenamiento¹¹³. Por su parte, el de la plenitud impone la necesidad de utilizar criterios sistemáticos presumiendo que es posible encontrar un significado del enunciado perteneciente al Ordenamiento¹¹⁴. También es posible integrar aquí los criterios de ordenación

¹¹² Sobre la importancia de la coherencia en la interpretación y argumentación *vid.* N. McCormick, «La argumentación y la interpretación en el Derecho», cit., pp. 210 y ss. También R. Dworkin y su concepción del Derecho como integridad. *Vid. Law's Empire*, cit., pp. 225 y ss. Por otro lado, la idea de coherencia preside la concepción del Derecho como Ordenamiento y se expresa no sólo en la interpretación en sentido estricto, sino también en la creación del Derecho, en la realización del principio de seguridad, llegando a afectar al problema de la pertenencia al Derecho.

¹¹³ Podría enunciarse así: Yo, intérprete, debo atribuir un significado a un enunciado que permita contemplarlo como elemento normativo del Ordenamiento.

¹¹⁴ Podría enunciarse así: Yo, intérprete, debo operar en la atribución de significado a un enunciado presuponiendo que el Derecho me va a dar siempre un criterio para hacerlo.

en su primera perspectiva (aquella que no se proyecta en los resultados).

Los restantes criterios sistemáticos no son otra cosa que criterios-límites, es decir, tienen como significado imponer límites a los restantes criterios atendiendo al resultado de su utilización (por lo que se relacionan con el criterio consecuencialista). Así no sirven como criterio igual que los anteriores, sino que operan sobre los restantes. Son de este tipo el criterio de la no-redundancia, el apagógico y los de ordenación en su segunda perspectiva.

2.4.3. *El criterio histórico*

Las diferentes perspectivas del criterio histórico pueden ser incluidas en el sistemático, ya que hacen alusión a un elemento del Ordenamiento a la hora de dotar de significado al enunciado ¹¹⁵. Tanto el criterio histórico cuanto el psicológico se refieren bien a una norma anterior, bien a un órgano del Ordenamiento, bien a un precedente. En este sentido pueden ser analizados como proyecciones del criterio sistemático hacia el pasado (histórico estricto estático y psicológico) o hacia el futuro (histórico estricto dinámico) ¹¹⁶.

2.4.4. *El criterio intencional y teleológico*

Destacábamos dos sentidos generales en este criterio. El primero de los grandes significados, el teleológico, parece susceptible de ser entendido como sistemático ¹¹⁷. En efecto, el criterio teleológico estricto, el de racionalidad, el de razón mayor, el de la naturaleza de las cosas, el de la justicia, o el del contrapeso, no son otra cosa que criterios que aluden a elementos imposibles de comprender fuera del Ordenamiento. Operan desde las normas, principios, estructuras, precedentes, etc., y todo ello bajo la perspectiva de la coherencia ¹¹⁸. En este sentido podríamos diferenciarlos, como hicimos al tratar el sistemático, según concreten la coherencia, atendiendo a fines o a valores. El criterio de racionalidad, el teleológico estricto y el de razón mayor serían del primer tipo. El criterio de la naturaleza de las co-

¹¹⁵ No en balde, el argumento histórico es considerado por N. MacCormick como sistémico. *Vid.* «La argumentación y la interpretación en el Derecho», cit., p. 210.

¹¹⁶ Es importante señalar cómo aunque la norma haya sido derogada, al utilizarse como criterio para dotar de significado a otras normas vuelve a cobrar una relativa vigencia.

¹¹⁷ Sobre las relaciones entre el criterio contextual y el teleológico *vid.* K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 324.

¹¹⁸ *Vid.* en sentido parecido N. MacCormick, «La argumentación y la interpretación en el Derecho», cit., pp. 212 y 213.

as, de la justicia y del contrapeso serían del segundo. Se trata, por tanto, de criterios que dan sentido a la coherencia.

El segundo de los significados (criterio consecuencialista) posee una relevancia fundamental en el Derecho y se presenta tanto como metacriterio (punto de partida de la interpretación en el sentido de exigir que ésta tenga en cuenta sus consecuencias), como proyección del criterio sistemático, y como límite de éste (no olvidemos que el criterio de la no-redundancia y el apagógico, a pesar de estar incluidos entre los sistemáticos, atienden a las consecuencias).

Dividíamos el criterio consecuencialista en consecuencialista estricto y de la universalización. El primero al exigir que la interpretación se haga en el sentido de obtener unas consecuencias favorables, atendiendo a la finalidad, a la realidad social, etc., es difícil de comprender fuera del criterio sistemático, ya que las consecuencias, los criterios para determinar lo favorable, deberán ser obtenidos desde el Ordenamiento. Así, se presenta como límite al resultado de la actuación del criterio sistemático¹¹⁹. Por su parte, el criterio de universalización puede ser considerado como un metacriterio general de la interpretación, en el sentido que señala la perspectiva a adoptar por el intérprete.

2.4.5. *El criterio de la realidad social*

Con las matizaciones que hicimos en su momento en torno al significado de este criterio parece que no es otra cosa que una opción o un punto de partida a adoptar a la hora de aplicar el criterio sistemático. Con ello estamos en presencia de un metacriterio que permite un amplio margen de valoración y que posee una relevancia fundamental.

2.5. Una sistematización de los criterios

La reflexión anterior puede ser descrita a través del esquema siguiente:

¹¹⁹ Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1991, fj. 1.^o, IJA 1119.

CRITERIOS DE INTERPRETACION

Criterio general: SISTEMATICO

Utilidad interpretativa: determinar el significado de una expresión normativa

Significado: coherencia (evitar contradicción o dar el sentido más coherente).

Respecto a: (criterio de autoridad)

normas (en sentido estricto), principios, sentencias, estructuras y relaciones, opiniones, etc

Sentido:	coherencia semántica (literal)	— Criterio gramatical — Criterio analógico.
	coherencia teleológica (fines)	— Criterio teleológico estricto. — Criterio de racionalidad y de proporcionalidad. — Criterio de razón mayor.
	coherencia valorativa (valores)	— Criterio de justicia y de equidad. — Criterio de la naturaleza de las cosas. — Criterio del contrapeso y de razonabilidad
Proyecciones:	Pasado	— Criterio histórico estricto (estático). — Criterio de la voluntad o psicológico. — Criterio del precedente
	Presente	— Criterio del lugar material. — Criterio de conformidad con la Constitución.
	Futuro	— Criterio histórico estricto (dinámico).
Límites:	Consecuencias	— Criterio de la no-redundancia. — Criterio apagógico. — Criterio consecuencialista estricto. — Criterios de la ordenación.

Metacriterios

Utilidad interpretativa:

- Sirven como punto de partida o para descartar sentidos.
- Requieren la concreción del criterio general.

SISTEMATICOS

Significado:

Presupuestos de la interpretación sistemática

Proyecciones:	— Criterio de la conservación. — Criterio de la plenitud. — Criterios de la ordenación.
---------------	---

GENERALES

Significado:

Opciones de toda interpretación.

Proyecciones:	Margen escaso de valoración	— Criterio gramatical (lenguaje)
	Margen amplio de valoración	— Criterio de la realidad social. — Criterio de la universalización.

Si analizamos el significado de los diferentes criterios, parece que todos poseen una perspectiva común: la contemplación sistemática del Derecho.¹²⁰ Esta es la perspectiva a adoptar en la interpretación, y su significado puede resumirse en la idea de la coherencia.¹²¹ Esta idea creo que sirve para caracterizar cómo debe ser el Derecho y, en definitiva, para entenderlo como una técnica racional de control social. El intérprete debe dotar a los enunciados de aquel significado que no esté en contradicción con el Ordenamiento y que sea además el más coherente. Por ello, tiene que tener en cuenta sus elementos (normas, principios, etc...), que funcionan como criterios de autoridad. El significado coherente se proporciona a través y desde los elementos del Ordenamiento.

La coherencia con el Ordenamiento, que exige toda interpretación, puede ser literal, finalista o valorativa. La primera impone atender al sentido propio de las palabras, la segunda a los fines del Ordenamiento y la tercera a sus valores.

Ahora bien, la coherencia puede producirse operando con elementos del Ordenamiento desde una perspectiva pasada, presente o futura, siempre teniendo en cuenta que el resultado de la interpretación no puede ser redundante, absurdo, de consecuencias desfavorables para las normas básicas o estar en contradicción con los criterios de ordenación del sistema jurídico.

Esta operación interpretativa presupone tanto la necesidad de contemplar el Ordenamiento como un todo cuanto la de conservar los enunciados normativos que lo componen y respetar los principios de ordenación. Por último, la interpretación sistemática parte siempre de un enunciado, el cual debe ser interpretado teniendo en cuenta la realidad social y como si se estuviera creando un precedente.

En el esquema anterior he tratado de sistematizar los diferentes criterios, aunque no debe pensarse que con ello puedan resolverse los problemas de la interpretación y ésta pueda proporcionar una única respuesta a los casos jurídicos. Es conveniente recalcar cómo algunos

¹²⁰ La relevancia del criterio sistemático ha sido puesta de manifiesto en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Así puede comenzarse citando la Sentencia de 23 de junio de 1940, RA 630, y recientemente las de 2 de julio de 1991, fj. 1.º, RA 5319, y de 19 de diciembre de 1991, fj. 2.º, RA 9009. Vid. también U. Klug, *Lógica jurídica*, cit., p. 198.

¹²¹ Como señala MacCormick: «Si uno rechaza el intento de contemplar el sistema jurídico holísticamente como un sistema coherente, cada decisión tendría que considerarse como motivada por sus propios méritos en base a cualquier interpretación atractiva de las normas que fuera relevante en cada caso particular. En este extremo, el Derecho se aproximaría a la proliferación desmesurada de casos individuales. Por el contrario, una práctica de interpretación constructiva del Derecho que le dé coherencia en su forma y su contenido es una práctica que de hecho construye y reconstruye el Derecho en un esquema ordenado de casos y situaciones inequívocamente diferenciados.» «La argumentación y la interpretación en el Derecho», cit., p. 211.

de los criterios expuestos están enfrentados y la utilización de uno u otro puede cambiar el sentido de los enunciados ¹²². Es necesario elegir, pero la utilidad de toda sistematización es que a través de ella se podrá justificar la elección o pedir explicaciones de la misma.

2.6. Criterios del sistema y de subsistemas

Los criterios que hemos venido describiendo y que parten de lo que se dispone en el artículo 3.1 del Código Civil valen para todo el sistema jurídico, por lo que poseen un carácter general. Junto a ellos existen otros criterios que no tienen ya un alcance general, sino que poseen validez en determinados subsistemas.

Con anterioridad habíamos afirmado cómo las normas básicas de los subsistemas se convertían en criterios de interpretación jurídica. Se trataba en cualquier caso de criterios indirectos con un valor derivado del sentido de alguno de los criterios generales. Un ejemplo de este tipo de normas lo constituye el artículo 103.1 de la Constitución, que puede ser presentado como la norma básica del subsistema de la Administración y como criterio de interpretación de las normas que lo componen. En este punto no vamos a referirnos a ese tipo de criterios sino a otros, con una proyección similar, pero que pueden ser catalogados como criterios directos. Es decir, presentan unas características similares a los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil, en relación con el sistema.

En la descripción del Derecho que hacíamos al principio del libro señalábamos cómo éste podía ser descrito como un sistema en cuyo interior existían diferentes subsistemas. Algunos de éstos contienen una reglas específicas para determinar el significado de sus elementos. Es el caso, por ejemplo, del subsistema de los derechos fundamentales, en el cual existe un criterio de interpretación que aparece recogido en el artículo 10.2 de la Constitución. En efecto, en este artículo se afirma: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» ¹²³. Otro ejemplo que nos puede servir está presente en el subsistema del Derecho privado, y más concretamente en

¹²² Es decir, intentar reunir los distintos criterios de interpretación en torno al sistemático no reduce el margen valorativo y problemático de la interpretación, dada la amplitud de éstos y la posibilidad de enfocar la interpretación hacia caminos diversos. *Vid.* en este sentido F. Ost. «L'interprétation logique et systematique et le postulat de la rationalité du législateur», en AA.VV., *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruselas, 1978.

¹²³ *Vid.* sobre este criterio por todas las Sentencias del Tribunal Constitucional 20/1989, de 31 de enero, fj. 2.º, y 28/1991, de 14 de febrero, fj. 5.º

el ámbito contractual y en el sucesorio. En el primero existe un precepto, el artículo 1.281 del Código Civil, que dice: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas». Y sigue: «Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquellas.» En el segundo, el artículo 675, párrafo 1.º, del Código Civil dice: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.»

Si atendemos a la existencia de estos preceptos, rápidamente observaremos cómo es posible que puedan plantearse casos en los que su operación cambia de manera radical el significado de cualquier asunto jurídico. Ciertamente podemos pensar que los criterios de los subsistemas poseen un valor idéntico al de los restantes criterios y que su enumeración no es otra cosa que la adición de otras pautas. En este sentido el artículo 10.2 de la Constitución sería expresión de la exigencia de coherencia presente en toda actividad interpretativa, mientras que el 1.281 y el 675 del Código Civil estarían más unidos, al del tenor literal y al intencional ¹²⁴.

Ahora bien, que los criterios de subsistemas posean como misión dotar al intérprete de más mecanismos no soluciona el problema de los conflictos. En relación con el subsistema de los derechos, éste no parece poder darse porque el mismo busca también la coherencia. Otra cosa puede ocurrir con la operación del artículo 1.281. En casos de conflicto parece que la única forma de resolverlos iría unida a la actuación del criterio de ordenación. Es decir, si se trata de un conflicto entre el artículo 3.1 y el artículo 1.281 del Código Civil habrá que estar a aquel que sea prevalente a través de la utilización de los criterios de ordenación.

Claro está que esta argumentación se hace desde la consideración normativa de los contratos. Incluso dentro de ésta podría pensarse que los criterios del artículo 3.1 son normativos, mientras que los del artículo 1.281 del Código Civil son para interpretar hechos.

No obstante, incluso la aplicación de estos criterios dentro del propio subsistema no es clara. En efecto, en el ámbito de los contratos además de la cláusula general ya apuntada del artículo 1.281, los ar-

¹²⁴ Sobre la interpretación de los negocios jurídicos *vid.* K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 293 y ss. También E. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 343 y ss. Sobre el origen histórico de las reglas de interpretación de los negocios jurídicos *vid.* Federico de Castro y Bravo, «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», cit., pp. 851 y ss.

títulos 1.282 a 1.289 regulan también esa problemática. Si atendemos al sentido de estos preceptos podremos observar cómo aparecen los distintos criterios normativos examinados. En cualquier caso, el artículo 1.281 prima ¹²⁵, y dentro de él, parece que es el análisis de la intención lo que debe situarse como principal sentido ¹²⁶. Ahora bien, esto debe hacerse acudiendo al análisis conjunto y sistemático de las estipulaciones ¹²⁷, por lo que es aquí también el criterio sistemático el que parece primar.

Y a la misma conclusión llegamos con el análisis de la interpretación de los testamentos, que si bien debe hacerse intentando encontrar la voluntad del testador, para ese logro tiene que acudir al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible sus distintas cláusulas ¹²⁸.

3. INTERPRETACION Y ARGUMENTACION

La importancia de la interpretación en el Derecho es clara incluso fuera de la concepción que apuntamos de las normas en el inicio del libro. Está presente en los diferentes problemas jurídicos, desde aquellos en los que están inmersas las normas de mayor rango jerárquico ¹²⁹ hasta aquellos que se desenvuelven en el ámbito jurídico privado o que afectan a un número escasísimo de individuos. Se trata de una actividad que tiene que ser desarrollada por todo operador jurídico, que desde sus primeros contactos con el Derecho comienza ya a interpretar. Ciertamente, la relevancia interpretativa de los operadores no es la misma. Por encima se sitúa la interpretación de aquellos centros con capacidad para producir normas y para decidir problemas jurídicos.

Por otro lado, a lo largo de las páginas anteriores, al tratar el problema de la argumentación y de la interpretación, hemos tenido ocasión de subrayar y constatar la importante conexión existente entre ambas. Toda interpretación se envuelve y justifica dentro de una determinada argumentación y técnica argumentativa.

¹²⁵ Vid. en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1991, RA 3622, y de 2 de julio de 1993, RA 5787.

¹²⁶ Vid. así las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1990, RA 8051, y de 21 de abril de 1993, RA 3110.

¹²⁷ Vid. en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1991, RA 9607, y de 30 de noviembre de 1992, RA 9455.

¹²⁸ En este sentido se expresan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992, RA 3035, y de 31 de noviembre de 1992, RA 1042.

¹²⁹ Por ejemplo, puede afirmarse que la cuestión de inconstitucionalidad en nuestro Ordenamiento se produce por la forma en la que se ha interpretado una ley. Eso es lo que se cuestiona muchas veces. Vid. en sentido similar Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., p. 248.

En este sentido, igual que en el análisis de la argumentación que hemos llevado a cabo, el valor de la coherencia se presentaba como inspirador de la misma; en relación con la interpretación, este mismo valor ha vuelto a primar ¹³⁰. El criterio sistemático ha servido para reunir a los restantes, situándose como principal pauta interpretativa ¹³¹.

Ciertamente no podía ser de otra forma, no sólo por la estrecha relación ente ambos fenómenos, sino por la misma estructura y finalidad del Ordenamiento jurídico, que, como vimos al principio de este libro, se presentaba como un conjunto de disposiciones con un acomplamiento racional y para racionalizar las conductas sociales. Ese carácter racional y racionalizador se proyecta sobre todas y cada una de las operaciones jurídicas, y de manera principal en aquellas dos que se sitúan en dos ámbitos esenciales como es el de la creación y la decisión jurídica ¹³².

En efecto, como venimos subrayando, independientemente de que la creación de normas o la decisión jurídica sea un acto de voluntad, en los Ordenamientos modernos se exige que éste se presente como racional, o lo que es igual, como coherente con los valores y normas que presiden el sistema jurídico. Independientemente de que la creación de normas o la decisión jurídica sea un acto de voluntad, los ciudadanos esperan que éste sea susceptible de explicación racional; demandan y esperan una actuación coherente con los postulados básicos del sistema.

El valor de la coherencia identifica al sistema jurídico y se presenta como una de sus finalidades básicas. Siendo así el criterio orientador de la práctica jurídica ¹³³.

¹³⁰ Sobre la importancia de la coherencia en la interpretación *vid.* Luis M.º Domínguez Rodrigo, *Significado normativo de la jurisprudencia. ¿Ciencia del Derecho o decisión judicial?*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pp. 838 y ss. También M. Calvo García, «Metodología e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, 1986, pp. 124 y ss.

¹³¹ Este criterio es, por tanto, el que prima en la resolución de los diferentes problemas jurídicos. Una prueba mas de ello lo constituye en el ámbito constitucional el artículo 28.1 de la LOTC, en el que se dice que el Tribunal Constitucional a la hora de declarar la constitucionalidad o no de una ley considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes relacionadas.

¹³² En al ámbito de la teoría de la legislación el valor de la coherencia es esencial. *Vid.* por ejemplo, E. Bulygin, «Teoría y técnicas de la legislación», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 423.

¹³³ Sobre la relevancia real del ideal de coherencia, tanto en los juristas prácticos como en los teóricos, *vid.* Manuel Calvo García, «Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador», *cit.*, p. 124.

CAPITULO IV

LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS JUDICIALES

1. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL PROCESO DE DECISION

1.1. Un modelo de decisión integral

Más atrás proponíamos un modelo integral de decisión del que partir en el análisis de la actuación judicial. Una vez visto el problema de la interpretación y de la argumentación, parece que es el momento de modificar en parte ese esquema.

En este sentido, atendiendo a las consideraciones efectuadas, podríamos proponer un modelo de decisión integral.

En el mismo seguimos distinguiendo tres fases: juicio fáctico, juicio normativo y decisión.

A) *Juicio fáctico.* La misión del juicio fáctico es la fijación de los hechos. En este sentido se parte de unos hechos ya pasados sobre los que opera la actividad del juez. Esta actividad posee tres proyecciones dirigidas a la fiabilidad de los medios de prueba a utilizar, a la averiguación de la verosimilitud de los hechos y al descubrimiento de su significado. Estos fenómenos pueden ser caracterizados por operar en ellos un tipo de razonamiento predominantemente deductivo. En efecto, la fiabilidad del medio de prueba se determina a través de un razonamiento deductivo que parte de unas máximas o normas desde las que se examina el medio en cuestión. Lo mismo puede decirse en relación con la averiguación de la verosimilitud. Respecto al descubrimiento o determinación del significado, junto al razonamiento deductivo pueden aparecer otros. Esto ocurre normalmente cuando

NORBERTO BOBBIO

TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO

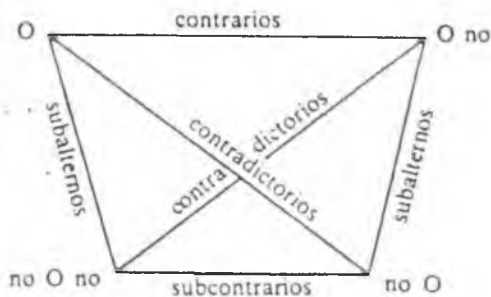
DEBATE

demostrar que ésta no es incompatible con otras normas. En este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás. Se trata de ver, por otra parte, si este principio, que excluye la compatibilidad, existe y cuál es su función.

66. *Las antinomias*

La situación de las normas incompatibles entre sí es una dificultad tradicional, a la cual se han enfrentado los juristas de todos los tiempos, y tiene una denominación propia característica: *antinomia*. La tesis según la cual el ordenamiento jurídico constituye un sistema en el tercer sentido ya explicado se puede expresar también diciendo que *el derecho no tolera antinomias*. En nuestra tradición romanista el problema de la antinomia fue planteado con gran claridad en las dos célebres constituciones de Justiniano, con las cuales se abre el Digesto; allí Justiniano afirma imperiosamente que en el *Digesto* no existen normas incompatibles y usa la palabra *antinomia*. «Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris *antinomia* (sic enim a vetustate Graeco vocabulo noncupatur) aliquid sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto» (*Deo auctore*, o *De conceptione digestorum*). Análogamente: «Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet» (*Tanta*, o *De confirmatione digestorum*). En el derecho romano, considerado durante muchos siglos el derecho por excelencia, no se presentaron antinomias a causa de los constantes cánones de los intérpretes, al menos mientras éste estuvo vigente. Uno de los fines de la interpretación jurídica era también el de eliminar las antinomias, si llegaban a presentarse, recurriendo a los más diversos medios hermeneuticos. En estas operaciones para resolver las antinomias se elaboraron algunas reglas técnicas que veremos en seguida.

Pero antes hay que responder a la pregunta: ¿Cuándo se dice que dos normas son incompatibles? ¿En qué consiste una antinomia jurídica? Para aclarar estos puntos retomamos cuanto hemos dicho en la parte relativa a la teoría de la norma jurídica sobre las relaciones concurrentes entre las cuatro figuras de calificación normativa, el *mandato*, la *prohibición*, el *permiso positivo* y el *permiso negativo*. Traemos a colación, por comodidad, el cuadro ilustrativo de estas relaciones, ya expuesto en la primera parte (*supra*, pág. 147).



Este cuadro representa seis (6) relaciones, vale decir:

1. O - O no: relación entre obligatorio y prohibido.
2. O - no O: relación entre obligatorio y permiso negativo.
3. O no - no O no: relación entre prohibición y permiso positivo.
4. O - no O no: relación entre obligatorio y permiso positivo.
5. O no - no O: relación entre prohibido y permiso negativo.
6. no O no - no O: relación entre permiso positivo y permiso negativo.

Si definimos como incompatibles dos proposiciones (en nuestro caso dos normas) que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, de las seis relaciones indicadas tres son de compatibilidad y tres de incompatibilidad. Son relaciones de incompatibilidad las tres primeras y de compatibilidad las tres últimas. En efecto:

1. O v O no son dos contrarios, y dos contrarios pueden ser ambos falsos (F), pero no verdaderos (V).

O	O no
V	F
F	V o F

2. O y no O son dos contradictorios, y dos contradictorios no pueden ser al mismo tiempo ni verdaderos ni falsos...

O	no O
V	F
F	V

3. O no y no O no son también dos contradictorios. y vale para ellos la regla precedente.

O no	no O no
V	F
F	V

4. O y no O no son dos subalternos, entre los cuales existe una relación de implicación, en el sentido de que de la verdad del primero (o subalternante) se deduce la verdad del segundo y no lo contrario, y de la falsedad del segundo (o subalternado) se deduce la falsedad del primero y no viceversa. (Si una acción es obligatoria también es necesariamente permitida, mientras que no se puede decir que una acción permitida es también obligatoria). Gráficamente, distinguiendo la relación que va de O a no O no (o relación de superimplicación) de aquella que va de no O no a O (o relación de subimplicación):

O	no O no
V	V
F	F o V

no O no	O
V	V o F
F	F

5. O no y no O son también subalternos, y valen para ellos las consideraciones del numeral precedente.

6. no O no y no O son subcontrarios y vale para éstos la regla que considera que ambos pueden ser verdaderos y que no pueden ser a un mismo tiempo falsos:

no O no	no O
F	V
V	V o F

Si se observan atentamente las representaciones gráficas, resulta que en los tres primeros casos no se presenta la situación de encontrar frente a frente dos V (lo que significa que en ninguno de los tres primeros casos las dos proposiciones pueden ser a un mismo tiempo verdaderas); por el contrario, en los tres últimos casos se pueden encontrar dos V frente a frente (lo que significa que en estos tres casos las dos proposiciones pueden ser a un mismo tiempo verdaderas). Repetimos, por tanto, que si definimos como normas incompatibles aquellas que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, las relaciones de incompatibilidad normativa se presentarán en estos tres casos:

1. Entre una norma que *manda* hacer alguna cosa y una norma que *la prohíbe* (contrariedad).
2. Entre una norma que *manda* hacer y otra que *permite no hacer* (contradictoriedad).
3. Entre una norma que *prohíbe* hacer y una que *permite* hacer (contradictoriedad).

Explicaremos estos tres casos con tres ejemplos⁶:

Primer caso: el artículo 27 de la Constitución en el cual se lee: «La responsabilidad penal es personal» contrasta con el artículo 57 inc. 2. del C.P. que hace responsable al director del periódico de los delitos cometidos por sus colaboradores por medio de la prensa, si se interpreta este artículo como configurante de una responsabilidad objetiva (aunque se puede interpretar de otros modos que superan la antinomia). Se trata de dos artículos dirigidos a los órganos judiciales, de los cuales el primero puede ser formulado de este modo: «Los jueces no

⁶ Tomo estos ejemplos y otras ideas del libro de G. Cavazzi, *Delle antinomie*, Turín, Giappichelli, 1959.

deben condenar a nadie que no sea responsable personalmente»; el segundo en modo opuesto: «El juez *debe* condenar a quien... (en el caso específico el director del periódico), aunque no sea responsable personalmente.» Ya que una norma obliga y la otra prohíbe el mismo comportamiento, se trata de dos normas incompatibles por ser contrarias.

Segundo caso: el artículo 18 del T.U.⁷ de las leyes sobre la Seguridad Pública dice: «Los promotores de una reunión en lugar público o abierto al público deben dar aviso, al menos tres días antes, al jefe superior de la policía»; y el artículo 17 inc. 2 de la Constitución dice: «Para las reuniones, aun en lugares abiertos al público, no es necesario el preaviso.» Aquí el contraste es claro: el art. 18 del T.U. obliga hacer aquello que el art. 17 de la Constitución permite no hacer. Se trata de dos normas incompatibles porque son contradictorias.

Tercer caso: el artículo 502 del C.P. considera la huelga como un delito; el artículo 40 de la Constitución dice: «El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulan.» O sea, que la primera norma prohíbe y la segunda considera lícito, o permite hacer (pero dentro de ciertos límites). También estas dos normas son incompatibles por ser contradictorias.

67. *Diversos tipos de antinomias*

Hemos definido la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Pero la definición no es completa, porque para que se pueda dar una antinomia se requieren dos condiciones, que aun cuando son evidentes, deben explicarse:

1. Las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento. El problema de una antinomia entre dos normas pertenecientes a diversos ordenamientos nace cuando estos ordenamientos no son independientes entre sí, sino que están en alguna relación que puede ser de coordinación o de subordinación. Veremos mejor la naturaleza de este problema en el último capítulo dedicado a las relaciones entre los ordenamientos. Aquí basta hacer referencia a la discusión tradicional en torno a la compatibilidad de las normas de un ordenamiento positivo con las normas del derecho natural. Un verdadero y propio problema de antinomias entre derecho positivo y derecho natural (o sea, entre diversos ordenamientos) subsiste en la medida en que se considere el

⁷ Texto único. (N. del T.)

derecho positivo como ordenamiento subordinado al derecho natural; en este caso el intérprete tendrá que eliminar no sólo las antinomias en el interior del ordenamiento positivo, sino también aquellas que subsisten entre el ordenamiento positivo y el ordenamiento natural. Hemos hablado hasta ahora del ordenamiento jurídico como sistema, pero nada excluye que el sistema resulte de la correlación de varios ordenamientos en un ordenamiento más general. El mismo paso de una norma inferior a una norma superior, que hemos comprobado en el interior de un ordenamiento individual, puede subsistir cuando se trate del paso de un ordenamiento inferior a un ordenamiento superior hasta llegar a un ordenamiento supremo que los abarque a todos (al derecho natural le ha sido atribuida por lo general la función de esta coordinación universal de todo el derecho).

2. Las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez. Se distinguen cuatro ámbitos de validez de una norma: *temporal*, *espacial*, *personal* y *material*. No constituyen antinomia dos normas que no coincidan respecto de la:

a) Validez temporal: «Está prohibido fumar de las cinco a las siete» no es incompatible con: «Está permitido fumar desde las siete hasta las nueve».

b) Validez espacial: «Está prohibido fumar en la sala de cine» no es incompatible con: «Está permitido fumar en la sala de espera».

c) Validez personal: «Se prohíbe fumar a los menores de 18 años» no es incompatible con: «Se permite fumar a los adultos».

d) Validez material: «Se prohíbe fumar cigarrillos» no es incompatible con: «Se permite fumar cigarrillos».

Después de estas precisiones podemos redefinir la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez. Las antinomias, definidas así, pueden ser a su vez de tres diversos tipos, de acuerdo con la mayor o menor extensión de la contradicción entre las dos normas.

1. Si dos normas incompatibles tienen igual ámbito de validez, la antinomia se puede denominar, siguiendo la terminología de Ross, quien ha puesto su atención en esta distinción ⁸, total-total: en ningún caso una de las dos normas puede ser aplicada sin generar conflicto con la otra. Ejemplo: «Se prohíbe fumar a los adultos, de las cinco a las siete, en la sala de cine», y «está permitido fumar a los adultos, de

⁸ Ross, *op. cit.*, págs. 128 y 129.

las cinco a las siete, en la sala de cine». En los ejemplos dados anteriormente, es un caso de antinomia total-total la oposición entre la prohibición de la huelga y el permiso de la huelga.

2. Si dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso, la antinomia subsiste sólo en aquellas partes que tengan en común, y se puede denominar *parcial-parcial*: cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el cual el conflicto no existe.

Ejemplo: «Se prohíbe fumar pipa y cigarrillo a los adultos, de las cinco hasta las siete, en la sala de cine» y «se permite fumar cigarros y cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine».

3. Si de dos normas incompatibles una tiene un ámbito de validez igual al de la otra, pero más restringido o, en otras palabras, su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra, hay antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera, lo que podemos denominar *total-parcial*. La primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera.

Ejemplo: «Se prohíbe fumar a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine» y «sólo se permite fumar cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine».

Al lado del significado aquí explicado, de antinomia como una situación producida por el encuentro de dos normas incompatibles, se habla, en el lenguaje jurídico, de antinomia con referencia a otras situaciones. Nos limitamos aquí a enumerar otros significados de antinomia, poniendo de presente que el problema clásico de la antinomia jurídica es el que hemos planteado aquí. Por tanto, para distinguirlas las denominaremos *antinomias impropias*.

En derecho se habla de antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas). Si consideramos, por ejemplo, el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos, en el sentido de que la garantía de la libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad, como consecuencia diremos que un ordenamiento que se inspira en ambos valores reposa sobre principios antinómicos. En este caso se puede ha-

* Como esta enumeración del extenso estudio de K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 1956, págs. 158 y sigs.

blar de *antinomias de principio*, Las antinomias de principio no son antinomias jurídicas propiamente dichas, pero pueden dar lugar a normas incompatibles. Es lícito suponer que una fuente de normas incompatibles puede ser la causa de que el ordenamiento esté minado de antinomias de principio.

Otra acepción de antinomia es la denominada *antinomia de valoración*, que se presenta cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor. Es claro que en este caso no existe una antinomia en sentido propio, porque las dos normas, la que castiga el delito más grave con una pena menor y la que castiga el delito menos grave con una pena mayor, son perfectamente compatibles. En este caso no se debe hablar de antinomia sino de injusticia. Antinomia e injusticia tienen en común que ambas dan lugar a una situación que requiere una corrección; pero la razón para corregir la antinomia es diferente de la que se invoca para corregir la injusticia. La antinomia produce *incertidumbre*; la injusticia produce *desigualdad*, y, por tanto, en los dos casos la corrección obedece a dos valores diversos: en un caso al valor del orden y en el otro al valor de la igualdad.

Una tercera acepción de antinomia se refiere a las denominadas *antinomias teleológicas*, que se presentan cuando existe contradicción entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe el fin, de manera que si aplico la norma que prevé el medio no puedo lograr el fin, y viceversa. Aquí la contradicción nace más frecuentemente de la insuficiencia del medio; pero, entonces, se trata más que de antinomia, de *laguna* (de la laguna hablaremos ampliamente en el capítulo cuarto).

68. Criterios para solucionar las antinomias

Dada la tendencia de todo ordenamiento jurídico a constituirse en sistema, la presencia de antinomias en sentido propio es un defecto que el intérprete tiende a eliminar. Dado que «*antinomia*» significa *choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo*, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir más que en eliminar una de las dos normas (en caso de normas *contrarias, también será necesario eliminar las dos*). Pero, ¿cuál de las dos normas debe ser eliminada? Este es el problema más grave de la antinomia. Lo que dijimos en el párrafo 66 hacía referencia a las reglas para establecer cuándo nos encontrábamos ante una antinomia. Pero una cosa es des-

cubrir la antinomia y otra resolverla. Las reglas vistas hasta ahora sirven para saber que dos normas son incompatibles, pero no nos dicen nada acerca de cuál de las dos normas debe ser conservada y cuál eliminada. Es preciso entonces pasar de la determinación de las antinomias a su solución.

En el curso de su secular obra de interpretación de las leyes, la jurisprudencia ha elaborado algunas reglas para resolver las antinomias, que son aceptadas comúnmente. Por otra parte, es necesario agregar que estas reglas no sirven para resolver todos los casos posibles de antinomia. De aquí deriva la necesidad de introducir una nueva distinción en el ámbito mismo de la propia antinomia, o sea, la distinción entre antinomias solubles y antinomias insolubles. Dos son las razones por las cuales no todas las antinomias son solubles:

1. Hay casos de antinomias a los cuales no se les puede aplicar ninguna de las reglas ideadas para la solución de las antinomias.
2. Hay casos en los cuales se pueden aplicar, al mismo tiempo, dos o más reglas opuestas entre sí.

A las antinomias solubles las llamamos aparentes, y a las insolubles, reales. Diremos, por tanto, que las antinomias reales son aquellas en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios dados. A explicar lo anterior dedicaremos los siguientes párrafos.

Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) El criterio cronológico.
- b) El criterio jerárquico.
- c) El criterio de la especialidad.

El criterio cronológico, denominado también de la lex posterior, es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior: lex posterior derogat priori. Este criterio no necesita un comentario particular. Es regla general del derecho que la voluntad posterior abroga la precedente, y que de dos actos de voluntad de la misma persona, es válido el último en el tiempo. Si imaginamos la ley como expresión de la voluntad del legislador, no hay dificultad para aceptar esta regla. La regla contraria obstaculizaría el progreso jurídico y la gradual adaptación del derecho a las exigencias sociales. Pensemos en las consecuencias absurdas que se derivarían de la regla que ordenase atenderse a la norma precedente. De otra parte, se presume que el legislador no busca hacer cosas inútiles o sin sentido; si la norma precedente debe prevalecer, las normas posteriores serían un acto inútil y sin

finalidad. En el ordenamiento positivo italiano el principio de la *lex posterior* está claramente enunciado en el artículo 15 de las Disposiciones Preliminares, que además prescribe como causa de abrogación la derivada de la promulgación de una ley incompatible con una ley precedente. Textualmente: «Las leyes sólo pueden ser abrogadas... *por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y las precedentes.*»

El criterio jerárquico, denominado también de la *lex superior*, es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. No hay dificultad para comprender la razón de este criterio después de haber visto en el capítulo precedente que las normas de un ordenamiento están colocadas en diferentes planos, o sea, que están dispuestas en orden jerárquico. Una de las consecuencias de la jerarquía normativa consiste precisamente en que las normas superiores pueden abrogar las inferiores, en tanto que las normas inferiores no pueden abrogar las superiores. La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo, que se manifiesta precisamente en la incapacidad de establecer una reglamentación que sea contraria a la reglamentación de una norma jerárquicamente superior.

En nuestro ordenamiento, el principio de la jerarquía de las normas se ha expresado de varias formas. La superioridad de la norma constitucional sobre la ordinaria está sancionada en el artículo 134 de la Constitución; la de las leyes ordinarias sobre los reglamentos en el artículo 4.º de las Disposiciones Preliminares («Los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes»); la de las leyes ordinarias sobre las disposiciones del juez, en el artículo 360 del C. del P.C. que establece los motivos de impugnación de las sentencias, entre ellos la «violación o falsa aplicación de normas de derecho»; y, por tanto, la superioridad de las leyes ordinarias sobre la autonomía privada, en el artículo 1343 del C.C. que considera como causa ilícita de un contrato el hecho de que éste sea contrario a una «norma imperativa».

Un problema más complejo surge de las relaciones entre ley y costumbre. En nuestro ordenamiento la costumbre es una fuente jerárquicamente inferior a la ley. En la enumeración de las fuentes que hace el artículo 1.º de las Disposiciones Preliminares, la costumbre ocupa el tercer lugar (después de las leyes y de los reglamentos). Del artículo 8.º resulta que los usos «en las materias reguladas en las leyes y los reglamentos... tienen eficacia sólo en cuanto estén previstos en ésta». De considerar la costumbre como jerárquicamente inferior a la ley se deriva que de dos normas incompatibles, de las cuales una es consuetudinaria, prevalecerá la legislativa. Con una expresión más corriente se dice que la costumbre vale *secundum* y *praeter legem*, pero no vale

contra legem. En otras palabras, en los ordenamientos en los que la costumbre es inferior a la ley, no vale la costumbre abrogativa; la ley no puede ser abrogada por una costumbre contraria. Pero este principio no vale en todos los ordenamientos. Hay algunos ordenamientos más primitivos, menos centralizados en los cuales leyes y costumbres son fuentes de igual grado. ¿Qué ocurre en caso de conflicto entre ley y costumbre? Evidentemente no se puede aplicar el criterio jerárquico. Se aplicará entonces el criterio cronológico, con la consecuencia de que la ley posterior abroga la costumbre precedente, y viceversa.

El derecho canónico, por ejemplo, es un ordenamiento en el que la costumbre tiene mayor fuerza que en los ordenamientos estatales modernos. El canon 27 [del código de Derecho Canónico de 1917] trae tres casos:

1. Una costumbre contraria al derecho divino y natural, *no prevalece*.

2. Una costumbre contraria al derecho humano eclesiástico, *prevalece* a condición de que sea *rationabilis* y haya tenido una duración de cuarenta años.

3. Una costumbre contraria a una ley humana eclesiástica que excluya la validez de cualquier costumbre futura, *prevalece* a condición de que haya tenido una duración centenaria, o sea inmemorable¹⁰. Como se ve, en el derecho canónico, la costumbre abrogativa es admitida aunque dentro de ciertos límites. Como decíamos, el caso de la relación entre ley y costumbre es más complejo porque no puede aceptar una respuesta general, dado que algunos ordenamientos consideran la costumbre inferior a la ley, y entonces en caso de antinomia se aplica el criterio de la *lex superior*, y otros ordenamientos consideran ley y costumbre en el mismo plano, y entonces necesitan aplicar otros criterios. En general, la prevalencia de la ley es el fruto de la formación del Estado moderno con poder fuertemente centralizado. En el antiguo derecho romano, en el derecho inglés, en la sociedad medieval, la costumbre era fuente primaria, superior a la misma ley, y, por tanto, la ley contraria a la costumbre se admitía aplicando el tercer criterio, en cuanto era considerada como *lex specialis*.

De acuerdo con el tercer criterio, precisamente el de la *lex specialis*, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. También aquí la razón del criterio es clara, puesto que ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que subtrae de una norma

¹⁰ En el Código de 1983, véanse los cánones 24, 25 y 26. (N. del E.)

una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una *species* del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. El paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y a un descubrimiento gradual por parte del legislador de esta diferenciación. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general comportaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, lo que implicaría una injusticia. En este proceso de especialización gradual, llevada a cabo mediante leyes especiales, opera una de las reglas fundamentales de la justicia, la regla del *suum cuique tribuere*.

Se comprende entonces que la ley especial debe prevalecer sobre la general porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería detener este desarrollo. En nuestro derecho este criterio de especialidad se encuentra enunciado, por ejemplo, en el artículo 15 del C.P.: «Cuando varias leyes penales o varias disposiciones de la misma ley penal regulan la misma materia, la ley o disposición especial deroga a la ley o a la disposición general, salvo que se haya establecido de otra manera.»

La situación de antinomia creada por la relación entre una ley general y una ley especial corresponde al tipo de antinomia *total-parcial*. Esto significa que cuando se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino sólo aquella parte de la ley general que es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia *parcialmente*. Cuando se aplica el criterio cronológico o el jerárquico, generalmente se elimina totalmente una de las dos normas. Luego, a diferencia de la relación cronológica y de la jerárquica, que no suscitan necesariamente situaciones antinómicas, la relación de especialidad es necesariamente antinómica, lo que significa que los dos primeros criterios se aplican cuando surge una antinomia y el tercero se aplica porque se presenta una antinomia.

69. Insuficiencia de los criterios

El criterio cronológico sirve cuando dos normas incompatibles son sucesivas; el criterio jerárquico sirve cuando dos normas incompatibles están en diferente nivel, y el criterio de especialidad en el conflicto de

una norma general con una norma especial. Pero puede darse el caso en el cual se produce una antinomia entre dos normas: 1. *Contemporáneas*. 2. *En el mismo nivel*. 3. *Ambas generales*. Se comprende que en este caso los tres criterios no podrían ayudar. El caso, que es más frecuente de lo que se puede imaginar, corresponde a la situación de dos normas generales incompatibles, que se encuentren en un mismo código. Si en un Código hay antinomias del tipo *total-total* y *parcial-parcial* (con exclusión del tipo *total-parcial* que cae bajo el criterio de la especialidad), estas antinomias no pueden resolverse con ninguno de los tres criterios: con el cronológico no porque las normas de un código se dictan al mismo tiempo; tampoco con el jerárquico por cuanto todas son leyes ordinarias, y menos con el criterio de la especialidad porque éste resuelve sólo el caso de la antinomia *total-parcial*.

Quid faciendum? ¿Existe un cuarto criterio que permite resolver las antinomias de este tipo? Por «existe» aquí entendemos un criterio «válido», o sea, un criterio reconocido como vinculante para el intérprete ya sea por ser razonable o por su dilatado e indiscutible uso. Debemos responder que no. El único criterio, del cual se encuentran señas en los antiguos tratadistas (pero que no se encuentra ya en los tratadistas modernos, aunque de todos modos se confirma en un paciente análisis de las decisiones de los magistrados), es el que venimos tratando, esto es, el de la forma de la norma.

Según la forma, las normas pueden ser, como ya hemos visto, *imperativas*, *prohibitivas* y *permissivas*. El criterio es ciertamente aplicable, porque es claro que dos normas incompatibles son diferentes en cuanto a la forma: si una es imperativa la otra es prohibitiva o permissiva. No he dicho que este criterio sea justo y que sea constantemente seguido por los juristas.

El criterio respecto a la forma consistiría en establecer un grado de prevalencia entre las tres formas de la norma jurídica, por ejemplo, de este modo: si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permissiva, *prevalence la permissiva*. Este criterio parece razonable y corresponde a uno de los cánones interpretativos seguidos más frecuentemente por los juristas, esto es, el de *dar prevalencia*, en caso de ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de un texto, a la interpretación *favorable* antes que a la *odiosa*.

En líneas generales, si se entiende por *lex favorabilis* aquella que concede una determinada libertad (facultad o derecho subjetivo) y por *lex odiosa* aquella que impone una obligación (seguida de sanción), no hay duda que una *lex permissiva* es *favorabilis*, y una *lex imperativa* es

¹¹ Aquí entiendo «imperativo» en sentido estricto, con referencia exclusiva a los imperativos positivos.

odiosa. El canon, por otro lado, es mucho menos evidente de lo que puede parecer en virtud de lo que se ha dicho, por la simple razón de que la norma jurídica es bilateral, o sea, que atribuye a un mismo tiempo un derecho a una persona e impone un deber (positivo o negativo) a otra; de ello resulta que en una relación jurídica la interpretación favorable a un sujeto es, al mismo tiempo, odiosa para el otro sujeto, y viceversa. En otras palabras, se comprende que si una norma se interpreta en la forma más favorable para el deudor, haciendo prevalecer, en caso de ambigüedad o de conflicto, la interpretación que le reconoce un cierto derecho sobre la interpretación que le impondría una cierta obligación, tal interpretación sería odiosa desde el punto de vista del acreedor. De aquí se deriva la ambigüedad denunciada del canon, puesto que el verdadero problema que encuentra más adelante el intérprete no es el de hacer prevalecer la norma permisiva sobre la imperativa, o viceversa, sino el de establecer a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger, esto es, cuál de los dos intereses en conflicto es justo hacer prevalecer, y en esta decisión la diferencia formal entre las normas no ofrece la más mínima ayuda.

Pero en el conflicto entre dos normas incompatibles existe, respecto de la forma de la norma, otro caso: cuando una de las dos normas es imperativa y la otra es prohibitiva. Una posible solución a este caso se podría deducir de la consideración de que, mientras en el primer caso, ya explicado, se trata de un conflicto entre dos normas contradictorias respecto de las cuales *tertium non datur* (o se aplica la una o la otra), en este segundo caso se trata de un conflicto entre dos normas contrarias que se excluyen, alternativamente, pero que por ello no excluyen una tercera solución, en el sentido ya explicado, según el cual dos proposiciones contrarias no pueden ser ambas verdaderas, pero pueden ser ambas falsas. En el conflicto entre deber positivo y deber negativo, el *tertium* está permitido. Entonces, se puede tener como bien fundada la regla según la cual dos normas contrarias, o sea, una norma que obliga a hacer algo y otra que prohíbe hacer lo mismo, se eliminan mutuamente y, por tanto, el comportamiento, antes de ser ordenado o prohibido, se considera permitido o lícito.

Empero, debemos reconocer que estas reglas deducidas de la forma de la norma no tienen el carácter vinculante de las reglas deducidas de los tres criterios examinados en el párrafo precedente. Esto significa, en otras palabras, que en caso de un conflicto en el cual no se pueda aplicar ninguno de los tres criterios, su solución se confía a la libertad del intérprete; podemos así hablar de un verdadero y propio poder discrecional del intérprete, al cual se remite la resolución según la oportunidad, valiéndose de todas las técnicas de la hermenéutica adoptadas tras una larga y consolidada tradición de los juristas, sin limitar-

se a aplicar solamente una regla. Por tanto, decimos en general que en caso de conflicto entre dos normas, para el cual no valgan el criterio cronológico ni el jerárquico, y tampoco el de la especialidad, el intérprete, ya sea el juez o el jurista, tiene tres posibilidades:

1. Eliminar una de las normas.
2. Eliminar la dos.
3. Conservar las dos.

En el primer caso, la operación que cumple el juez o el jurista se llama *interpretación abrogante*. Pero se trata, a decir verdad, de abrogación en sentido impropio, porque si quien interpreta es el jurista, éste no tiene poder normativo y, por consiguiente, no tiene ningún poder abrogativo (el jurista sugiere soluciones a los jueces y eventualmente también al legislador); si la interpretación la hace el juez, éste, en general (en los ordenamientos estatales modernos) tiene el poder de no aplicar la norma que considera incompatible en el caso concreto, pero no tiene el poder de excluirla del sistema (o sea, de abrogarla). Tan es así, que otro juez que deba juzgar el mismo caso podría darle al conflicto de normas una solución opuesta y aplicar precisamente aquella norma que el juez anterior había eliminado.

No es muy fácil encontrar ejemplos de interpretación abrogante. En el Código Civil italiano, por ejemplo, hay dos normas que se han considerado manifiestamente contrarias entre sí: es el caso de los artículos 1813 y 1822. El artículo 1813 define el mutuo como un contrato real: «El mutuo es el contrato por el cual una parte entrega a la otra una determinada cantidad de dinero, etc.»; el artículo 1822 regula la promesa de mutuo: «Quien ha prometido dar en mutuo puede rehusar el cumplimiento de su obligación, etc.» Pero ¿qué significa la admisión del valor vinculante de la promesa de mutuo sino la admisión, con otro nombre, del mutuo como contrato consensual? ¿Es entonces el mutuo un contrato real, como dice claramente el primer artículo, o bien un contrato consensual, como deja entender, aun sin decirlo explícitamente, el segundo artículo? El intérprete que respondiese afirmativamente a la segunda pregunta terminaría por considerar inexistente la primera norma, o sea, que llevaría a cabo una abrogación interpretativa.

El segundo caso —eliminación de las dos normas en conflicto— puede presentarse, como hemos visto, solamente cuando la oposición entre las dos normas no sea de contradictoriedad sino de contradicción. Se podría ver un ejemplo, aunque un poco forzado, en la duda que puede surgir en la interpretación del artículo 602 del C.C. italiano, relacionada con la colocación de la fecha en el testamento holografo antes o después de la firma. Del primer inciso que dice: «El testamento

hológrafo debe ser escrito íntegramente, *firmado* y suscrito por la mano del testador», se podría deducir que la fecha debe ser puesta antes de la firma. Del segundo inciso, «La firma debe ser puesta al final de las disposiciones», se podría pensar, por el contrario, que la fecha, no siendo una disposición, debe ser colocada después de la firma. En la duda entre la obligación y la prohibición de poner la fecha antes de la firma, el intérprete podría estar inducido a considerar alternativamente excluyentes las dos normas contrarias, y a considerar que es lícito colocar la fecha tanto antes como después de la firma. También en este caso se puede hablar de interpretación abrogante, si bien, como en el caso precedente, en modo impropio. Pero, a diferencia del caso de las dos disposiciones contradictorias de las cuales una elimina a la otra y una de las dos no puede permanecer, aquí, tratándose de dos disposiciones contrarias, *se eliminan mutuamente y no se conserva ninguna de las dos*. Se trata, como puede verse, de una doble abrogación, mientras que en el primer caso se tiene una *abrogación simple*.

La tercera solución —conservar las dos normas incompatibles— es, tal vez, a la que recurre más frecuentemente el intérprete. Pero ¿cómo es posible conservar dos normas incompatibles, si por definición dos normas incompatibles no pueden coexistir? Ello es posible si se demuestra que las dos normas no son incompatibles, que la incompatibilidad es meramente aparente, que la presunta incompatibilidad se deriva de una mala interpretación, unilateral, incompleta o errada de una de las dos normas o de ambas. O sea, que el intérprete tiende generalmente no ya a eliminar las normas incompatibles, sino más bien a *eliminar la incompatibilidad*. A veces, para obtener este fin, el intérprete introduce alguna modificación leve o parcial en el texto; y, en este caso, se tiene aquella forma de interpretación que se denomina *correctiva*. En general, por interpretación correctiva se entiende aquella forma de interpretación que pretende conciliar dos normas aparentemente incompatibles para conservarlas ambas en el sistema, o sea, para evitar el remedio extremo de la abrogación.

Se entiende que en la medida en que la corrección introducida modifique el texto original de la norma, también la interpretación correctiva es abrogante, si bien limitada a la parte de la norma corregida. Más que contraponer la interpretación correctiva a la abrogante, se debería considerar la primera como una forma atenuada de la segunda, en el sentido de que mientras la interpretación abrogante tiene por efecto eliminar *totalmente* una norma (o aun las dos normas), el efecto de la interpretación correctiva es eliminar *parcialmente* una norma (o ambas).

Para dar un ejemplo de esta forma de interpretación, nos referimos al caso ya explicado de la antinomia entre el artículo 57 del C.P. sobre

la responsabilidad (objetiva) del director del periódico y el artículo 27 de la Constitución que excluye toda forma de responsabilidad que no sea personal. Hay al menos dos interpretaciones del artículo 57 del C.P. que eliminan la antinomia: 1) El director del periódico está *obligado* a impedir los delitos de sus colaboradores (con base en el artículo 40, inciso 2.º del C.P., según el cual «el no impedir un evento, que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo»); si se presume este deber, la condena no depende de la circunstancia objetiva de la función de director, sino del no cumplimiento de un deber y, por consiguiente, de la valoración de una responsabilidad subjetiva. 2) El director del periódico está *obligado* a vigilar la actividad de sus colaboradores, esto es, en última instancia, a controlar todos los artículos que aparezcan en el periódico que dirige; si se presume este deber, su condena puede estar justificada mediante el reconocimiento de una *culpa in vigilando*, o sea, aún más, de una responsabilidad subjetiva. Pero está claro que estas dos interpretaciones sólo son posibles si se introduce una ligera modificación en el texto del artículo 57 del Código Penal que dice que el director responde «por tanto sólo» del delito cometido. Es claro que «por tanto sólo» significa «por el solo hecho de ser director del periódico» y, por ende, independientemente de toda culpa. Es necesario, por consiguiente, eliminar la frase «por tanto sólo» si se desea que este artículo sea compatible con la disposición pertinente de la Constitución. La *conciliación* entonces se haría por medio de una *corrección*.

Hemos dicho que esta tercera vía es la que los intérpretes siguen con más frecuencia. El jurista y el juez tienden, en cuanto les es posible, a la *conservación de las normas dadas*. Es ciertamente una regla tradicional de la interpretación jurídica que el sistema debe ser obtenido con el menor desorden, o, en otras palabras, que la exigencia del sistema no debe ir en perjuicio del principio de autoridad, según el cual las normas adquieren existencia por el solo hecho de ser promulgadas. Podemos aducir un ejemplo elocuente. Messineo ha dicho recientemente que el inciso 1.º del artículo 2937 del C.C. italiano es un rompecabezas que «somete a duras pruebas las meninges del intérprete»¹². Según este artículo, no puede renunciar a la prescripción quien no puede disponer válidamente del *derecho*. Pero ¿de cuál derecho se habla? La prescripción extintiva a la que se refiere este artículo hace desaparecer un *deber*, no hace surgir un derecho. Messineo demuestra que este artículo se deriva del 2108 del C.C. de 1865, en el que, no siendo distinta la regulación de la prescripción extintiva a la de la prescripción

¹² F. Messineo, «Variazioni sul concetto di "rinunzia alla prescrizione"», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, XI, 1957, págs. 505 y sigs.

adquisitiva (usucapión), el caso de la renuncia al derecho se refería no ya a la primera sino a la segunda; y en relación con la segunda es perfectamente apropiado hablar de un derecho del cual se puede disponer. Sin embargo, a pesar de la demostrada impropiedad de la dicción, nuestro autor sostiene que de todos modos el intérprete debe dar a ésta un sentido, y, por tanto, observa que la palabra «derecho» se podría entender en el contexto del artículo 2937 como «derecho a la liberación de la obligación». Y ha hecho a este propósito una declaración en extremo interesante, por el valor paradigmático que tiene al ser confrontada con la actitud de respeto del intérprete en relación con el legislador: «Es estricto deber del intérprete, antes de acudir a la interpretación abrogante (que en un primer momento sería la forma de resolverla), intentar otra vía para que la norma jurídica tenga sentido. Hay un derecho a la existencia que no puede ser negado a la norma en manera alguna, desde que ha sido promulgada»¹¹.

70. Conflicto de criterios

Hemos dicho, al inicio del parágrafo 68 (*supra*, pág. 203) que hay antinomias insolubles y antinomias solubles, y que hay antinomias insolubles por dos razones: por la inaplicabilidad de los criterios, o bien por la aplicabilidad de dos o más criterios contrarios entre sí. A la primera razón dedicamos el parágrafo precedente; a la segunda, dedicaremos el presente.

Hemos visto que tres son los criterios tradicionalmente aceptados para resolver la antinomia: el cronológico, el jerárquico y el criterio de especialidad. Ahora bien, puede acaecer que a dos normas incompatibles entre sí y que estén en una determinada relación se les puedan aplicar a un mismo tiempo, no sólo uno, sino dos o tres criterios. Para poner un ejemplo más fácil: una norma constitucional y una norma ordinaria generalmente son dictadas en diferentes épocas, por lo que entre estas dos normas existe a la vez una diferencia jerárquica y una cronológica. Desde luego, como ocurre frecuentemente, la norma constitucional es general y la ordinaria es especial, y los criterios aplicables son tres. Esta situación compleja no suscita especial dificultad cuando las dos normas están dispuestas en modo tal que, cualquiera que sea el criterio que se quiera aplicar, la solución no cambia; por ejemplo, si de dos normas incompatibles una es superior y subsiguiente, y la otra inferior y antecedente, tanto el criterio jerárquico como el cronológico

¹¹ *Op. cit.*, pág. 516.

dan como resultado el hacer prevalecer a la primera. Lo mismo ocurre si la norma subsiguiente es especial respecto de la precedente puesto que aquella prevalece ya sea con base en el criterio de especialidad o con base en el criterio cronológico. Los dos criterios se suman, pero desde luego bastaría uno sólo para dar prevalencia a una de las dos normas, comoquiera que se dice que la norma prevalente prevalece *a fortiori*.

Pero la situación no es siempre tan simple. Supongamos un caso en que dos normas se encuentran en una relación tal que los dos criterios son aplicables, pero al aplicar un criterio se obtiene una solución opuesta a la que resultaría de aplicar el otro criterio. Es claro que en este caso no se pueden aplicar, al mismo tiempo, los dos criterios. Es necesario aplicar uno con preferencia del otro. ¿Cuál? He aquí el problema. Para hacer aún más fácil el ejemplo, basta pensar en el caso de una incompatibilidad entre una norma constitucional precedente y una ordinaria posterior. En este caso son aplicables dos criterios, el jerárquico y el cronológico; pero si se aplica el primero se da prevalencia a la primera norma, y si se aplica el segundo se da prevalencia a la segunda. Los dos criterios no se pueden aplicar al mismo tiempo porque son incompatibles. Aquí tenemos una incompatibilidad de segundo grado: no se trata ya de la incompatibilidad entre normas, de la que hemos tratado hasta ahora, sino de la incompatibilidad entre los criterios válidos para solucionar la incompatibilidad entre las normas. Junto al conflicto de las normas, que da lugar al problema de las antinomias, existe el conflicto de criterios para solucionar las antinomias, que da lugar a una antinomia de segundo grado. ¿Son solucionables estas antinomias de segundo grado? La respuesta afirmativa depende del hecho de si hay o no reglas tradicionalmente admitidas para la solución del conflicto de criterios, así como existen reglas admitidas para solucionar el conflicto entre normas. Se trata, en otras palabras, de saber si existe un criterio establecido para la solución de los conflictos entre criterios, y de saber cuál es este criterio. Como no podríamos dar una respuesta general, debemos examinar uno a uno los casos de conflicto entre criterios.

Siendo tres los criterios (A, B, C), los conflictos entre criterios pueden ser tres: A con B, B con C, A con C:

1. *Conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico.* Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-superior es antinómica respecto de una norma posterior-inferior.

El conflicto consiste en que si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera, y si se aplica el criterio cronológico prevalece la segunda. Entonces el problema consiste en saber cuál de los dos criterios

prevalece sobre el otro. Aquí la respuesta no tiene duda. El criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico, lo que tiene por efecto eliminar tanto la norma inferior como la posterior. En otras palabras, se puede decir que el principio *lex posterior derogat priori* no es aplicable cuando la *lex posterior* es jerárquicamente inferior a la *lex prior*. Esta solución es bastante obvia: si el criterio cronológico debiese prevalecer sobre el jerárquico, el mismo principio del orden jerárquico de las normas sería vano, porque la norma superior perdería el poder que le es propio, de ser abrogada por las normas inferiores. El criterio cronológico vale como criterio de elección entre dos normas puestas en el mismo plano, mas cuando dos normas están colocadas en planos diferentes, el criterio natural de elección nace de la misma diferencia de planos.

2. *Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico.* Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-especial es incompatible con una norma posterior-general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Con base en esta regla el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto en favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior. Ello lleva a una excepción ulterior al principio *lex posterior derogat priori*, ya que este principio desaparece no sólo cuando la *lex posterior* es inferior, sino también cuando es general (y la *lex prior* es *specialis*). Esta regla, por otra parte, debe ser tomada con cierta cautela, ya que tiene un valor menos perentorio que el de la regla precedente. Se diría que la *lex specialis* tiene menos fuerza que la *lex superior*, y que, por consiguiente, su victoria sobre la *lex posterior* es más discutida. Sin embargo, para hacer afirmaciones más precisas en este campo es necesario disponer de una amplia casuística.

3. *Conflicto entre el criterio jerárquico y el de la especialidad.* En los dos casos precedentes vimos el conflicto de estos dos criterios respectivamente con el criterio cronológico y comprobamos que ambos criterios son más fuertes que el cronológico. El caso más interesante se presenta cuando están en conflicto no uno de los dos criterios fuertes con el criterio débil (el cronológico), sino los dos criterios fuertes entre sí. Es el caso de una norma superior-general incompatible con una norma inferior-especial. Si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera, y si se aplica el criterio de especialidad prevalece la segunda. ¿Cuál de los dos criterios se debe aplicar? Una respuesta segura es imposible. No existe una regla general consolidada. También en este caso, como en el caso de ausencia de criterios, la solución dependerá

del intérprete, quien aplicará uno u otro criterio, de acuerdo con las circunstancias.

La gravedad del conflicto se deriva del hecho de que están en juego dos valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico: el de respeto al ordenamiento, que exige el respeto a la jerarquía y, por consiguiente, al criterio de la superioridad, y el de la justicia, que exige la adaptación gradual del derecho a las necesidades sociales, así como el respeto al criterio de la especialidad. Teóricamente, debería prevalecer el criterio jerárquico, ya que si se admitiese el principio de que una ley ordinaria especial puede derogar los principios constitucionales, que son normas generalísimas, los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico estarían condenados a perder todo contenido.

Pero, en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de una constitución a las siempre cambiantes y nuevas situaciones lleva frecuentemente a hacer triunfar la ley especial, aunque sea ordinaria, sobre la constitucional, como cuando la Corte Constitucional italiana decidió que el artículo 3.º, inciso 3.º, de la ley del 22 de diciembre de 1956, relativa a la creación del Ministerio de las Participaciones Estatales, que imponía a las empresas con participación estatal la obligación de retirarse de las organizaciones sindicales patronales, no era incompatible con el artículo 39 de la Constitución, que afirma para todos la libertad sindical (y, por consiguiente, la libertad de participar en la asociación sindical de su agrado). En este caso, el conflicto era claro entre una ley superior-general y una ley inferior-especial; pero con la declaratoria de constitucionalidad pronunciada por la Corte se le dio prevalencia a la segunda y no a la primera.

71. *El deber de la coherencia*

Todo el análisis hecho en este capítulo presupone que la incompatibilidad entre dos normas es un mal que se debe eliminar, y, por consiguiente, presupone una *regla de coherencia*, que podría ser formulada así: «En un ordenamiento jurídico no *deben* existir antinomias.» Pero ¿esta regla es, a su vez, una regla jurídica? ¿El deber de eliminar la antinomia es un deber jurídico? ¿Se puede decir que una regla semejante pertenece al ordenamiento jurídico, aun sin ser expresa? ¿Hay argumentos suficientes para sostener que en todo ordenamiento está implícita la prohibición de la antinomia y que concierne solamente al intérprete entenderla como explícita? Hago, finalmente, esta pregunta, ¿por qué se sostiene generalmente que la prohibición de la antinomia

es una regla del sistema, sin profundizar en la naturaleza, en la fuente ni en la eficacia?

Una regla que concierna a las normas de un ordenamiento jurídico —como la prohibición de las antinomias— no puede estar dirigida sino a quienes tienen injerencia en la producción y en la aplicación de las normas, en particular al legislador que es el productor por excelencia y al juez que es el aplicador por excelencia. Dirigida la prohibición a los creadores de normas, diría así: «No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema.» Dirigida a los aplicadores, la prohibición asumiría esta otra forma: «Si encontráis antinomias debéis eliminarlas.» Se trata ahora de ver si existen, y en qué situación, una u otra de estas dos normas, o las dos. Supongamos tres casos:

1) El de las normas de diferente nivel, esto es, dispuestas jerárquicamente. En este caso, generalmente la regla de la coherencia presenta estas formas: *a)* la persona o el órgano autorizado para dictar normas inferiores debe producir normas que no sean contrarias a las normas superiores (piénsese en la obligación de quien tiene un poder reglamentario o un poder negocial para desarrollar este poder dentro de los límites establecidos por las normas superiores); *b)* el juez, cuando se encuentra ante un conflicto entre una norma superior y una norma inferior, debe aplicar la norma superior.

2) El caso de normas de igual nivel, sucesivas en el tiempo. En este caso no existe ningún deber de coherencia por parte del legislador, mientras que sí existe por parte del juez el deber de resolver la antinomia, eliminando la norma anterior y aplicando la posterior. Existe, por tanto, la regla de la coherencia, en la segunda forma, o sea, dirigida a los jueces, pero no en la primera (dirigida al legislador): *a)* el legislador ordinario es perfectamente libre de dictar sucesivamente normas contrarias entre sí; esto se ha previsto, por ejemplo, en el artículo 15 de las Disposiciones Preliminares, ya citado, que admite la abrogación implícita, o sea, que admite la legitimidad de una ley posterior contraria a una anterior; *b)* pero cuando la contradicción se presente el juez debe eliminarla, aplicando, de las dos normas, la posterior. Se puede decir entonces que el legislador es perfectamente libre para contradecirse, pero la coherencia se salva igualmente porque de las dos normas contrarias una cae y la otra permanece como válida.

3) El caso de las normas de un mismo nivel, contemporáneas (por ejemplo, la promulgación de un código o de un texto único; o de una ley que regula toda una materia). Tampoco hay aquí obligación alguna, jurídicamente cualificada, para el legislador de no contradecirse, en el sentido de que una ley que contenga disposiciones contradictorias será siempre una ley válida, y son válidas las dos disposiciones contra-

rias. Podemos hablar, aún más, en relación con el legislador, de un deber moral de no contradecirse, en consideración al hecho de que una ley contradictoria se torna más difícil y puede entorpecer la administración de justicia. En cuanto al juez, que se encuentra frente a una antinomia entre normas, supongamos de un código, tampoco tiene un deber jurídicamente cualificado de eliminar la antinomia. Simplemente, en el momento en que dos normas antinómicas no se pueden aplicar ambas al mismo caso, se encontrará en la necesidad de aplicar una y desechar la otra. Pero se trata de una necesidad de hecho y no de una obligación (o de una necesidad moral), y, por tanto, las dos normas antinómicas continúan subsistiendo en el ordenamiento, una al lado de la otra, y el mismo juez en un caso posterior u otro juez en el mismo caso (por ejemplo, un juez de segunda instancia) de las dos normas antinómicas puede aplicar la norma precedentemente desecheda, y viceversa.

Resumiendo, en los tres casos tratados el problema de una presunta regla de la coherencia se resuelve de tres diferentes formas. En el primer caso, la regla de la coherencia vale en ambas formas; en el segundo, vale solamente en la segunda forma; y en el tercero, no vale ni en la primera ni en la segunda forma, o sea, que no existe ninguna regla de la coherencia. De este planteamiento podemos sacar luces para aclarar un problema controvertido, que consiste en si la compatibilidad es una condición necesaria para la validez de una norma jurídica, como dijimos en la parte primera de esta obra (*supra*, pág. 34). Aquí, por la razón ya expuesta, debemos responder negativamente, por lo menos con relación al tercer caso, o sea el de normas de un mismo nivel y contemporáneas, en las cuales, como hemos visto, no existe ninguna regla de coherencia. *Dos normas incompatibles, del mismo nivel y contemporáneas, son ambas válidas.* Las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, por cuanto la aplicación de una al caso concreto excluye la aplicación de la otra; pero son ambas válidas, en el sentido de que, no obstante su conflicto, continúan existiendo en el sistema, y no existe remedio para su eliminación (más allá, se entiende, de la abrogación legislativa).

De donde la coherencia no es condición de validez, pero es siempre condición para la justicia del ordenamiento. Es evidente que si las dos normas contradictorias son ambas válidas, pueden ser aplicadas indistintamente una u otra, según el criterio del juez que está llamado a aplicarla, dando lugar a la violación de dos exigencias fundamentales, en las que se inspiran o tienden a inspirarse los ordenamientos jurídicos: la exigencia de la certeza (que corresponde a los valores de la paz o del orden), y la de la justicia (que corresponde al valor de la igual-

dad). Por consiguiente, existiendo dos normas antinómicas, ambas válidas, y, por tanto, aplicables, el ordenamiento jurídico no garantiza la certeza, entendida como la posibilidad del ciudadano de prever con exactitud la consecuencia jurídica de su propia conducta, ni la justicia entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a la misma categoría. Hay un episodio de *I promessi sposi* que ilustra muy bien las razones morales por las cuales es bueno que en el derecho no existan antinomias. Es el episodio del homicidio cometido por Fray Cristóforo (alias Ludovico). La riña, seguida de un doble homicidio, surgió porque «los dos (Ludovico y su adversario) caminaban rozando el muro; pero Ludovico (nótese bien) lo tocaba con el lado derecho, y esto, según una costumbre, le daba el derecho (¡hasta dónde se tiene que meter el derecho!) de no separarse del muro para dar paso a quien fuera, cosa a la cual entonces se le daba mucha importancia. El otro pretendía, por el contrario, que ese derecho le competía a él, por ser noble, y que a Ludovico le tocaba ir por el centro, y esto en razón de otra costumbre. Como se observa, en este caso, como en muchos otros, estaban en vigor dos costumbres contrarias, sin que se hubiere decidido cuál de las dos era la correcta; lo que podría ocasionar una guerra, toda vez que un cabeza dura se debatiera con otro del mismo carácter»¹⁴.

¹⁴ *I promessi sposi*, cap. IV, ed. Einaudi, pág. 58. El episodio es citado por C. E. Balossini, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, 1958, pág. 368.

¹⁵ Se trata de la novela de A. Manzoni *Los novios*. (N. del T.)

EL ARGUMENTO DE ANALOGIA

Por Juan Carlos Mendonça Bonnet

El argumento de analogía (también llamado *argumentum a simili*), tiene especial importancia en nuestro derecho, dado que nuestra legislación lo consagra expresamente en el artículo 6o. del Código Civil, que dice:

Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho.

Así, pues, la analogía se convierte en un método para cubrir lagunas u obscuridades de la ley.

Se habla de analogía en el derecho cuando una disposición establecida para ciertas situaciones, es aplicada a otras situaciones un tanto distintas, pero con las que tienen en común las "relaciones esenciales", según Ulrich Klug. En otras palabras, puede decirse que el caso que tiene una solución legal es, con respecto al que no tiene solución expresa, jurídicamente semejante o esencialmente similar. El presupuesto para la aplicación analógica es, pues, que hayan dos casos semejantes, uno de ellos que sí tiene una solución legal expresa y otro que no tiene solución legal; en tal circunstancia, se resuelve este último tomando como modelo la solución del primero.

En materia de analogía algunos autores han distinguido dos tipos diferentes, a saber: 1) La analogía legal, y; 2) La analogía jurídica.

El Argumento requiere: 1. SEMEJANZA; 2. IDENTIDAD DE RAZON POR EL OBJETO Y LA FINALIDAD PERSEGUIDA; 3. PROCEDENCIA DE UNA NORMA QUE RESULTA SER EN EL CASO CONCRETO LA MAS ESPECIFICA, HOMOGENEA, CONGRUENTE Y RAZONABLE.

Se entiende por **analogía legal** aquella en que se descartan las condiciones no esenciales, y una vez purificada, se aplica a los casos que caigan bajo ella. Es de hacer notar que en la medida que eliminemos mayor cantidad de condiciones, mayor será el número de casos que se resuelvan por la disposición legal. Si decimos, por ejemplo, que "Deben pagar impuestos todos los vehículos de procedencia europea, con menos de cinco años de uso y que valgan más de diez mil dólares"; la obligación de pagar impuesto está supeditada a las

siguientes condiciones: a) Que el vehículo sea europeo; b) Que tenga menos de cinco años de uso, y; c) Que tenga un valor mayor a diez mil dólares. Ahora bien, si eliminamos la condición de que el vehículo sea europeo, entonces también deberán pagar el impuesto los vehículos de procedencia japonesa, coreana, brasileña, argentina, etc., con lo cual el número de casos en que deba pagarse el impuesto se acrecienta considerablemente. Así, sucesivamente, cuantas más condiciones se eliminan, mayor cantidad de casos caerán bajo la órbita de la disposición en cuestión. Podríamos terminar diciendo que "todos los vehículos deben pagar impuesto", con lo cual habríamos eliminado prácticamente todas las condiciones establecidas en nuestra norma inicial y, al mismo tiempo, habríamos ampliado enormemente el alcance de la disposición. Pues bien, si en el caso de la **analogía legal** se descartan condiciones que se consideran no esenciales, tal como lo tenemos dicho, resulta evidente que por el sólo hecho de descartar tales condiciones, una gran cantidad de casos que antes no se resolvían por la norma tomada como modelo, ahora sí se resolverán. Un posible ejemplo de aplicación analógica en nuestro sistema jurídico sería el del artículo 162 del Código Civil (hoy derogado por la Ley 1/92), que dice:

La obligación de mantener a la esposa cesa para el marido por el abandono que ella hiciera sin justa causa del domicilio conyugal, si rehusare a volver a él.

El problema que se plantea, y que se pretende que se resuelva por la vía de la analogía, es el del esposo que abandona el domicilio conyugal y se rehúsa a volver a él, pero reclama alimentos a la esposa (no debe olvidarse que la obligación alimentaria es recíproca entre los esposos, según el art. 258 del Cód. Civil) ¿Cesaría para la mujer la obligación de mantenerlo en tales circunstancias? El caso, evidentemente no está previsto de un modo expreso y, para llenar la laguna, se hace necesaria la aplicación de la analogía. Si reformulamos la disposición legal para facilitar su simbolización tendríamos la siguiente redacción: "Si el cónyuge de sexo femenino abandona el domicilio conyugal sin justa causa y rehúsa a volver a él, entonces el otro cónyuge no está obligado a mantenerlo". Las condiciones son, pues las siguientes:

- 1) Cónyuge: C
- 2) De sexo femenino: F
- 2) Abandono del domicilio conyugal: A
- 3) No hay justa causa: -J
- 3) Negativa a volver al domicilio conyugal: -D

La consecuencia jurídica es que

- 4) No está obligado a mantenerlo: -Om

Simbolizando tenemos que

$$\{(C \cdot F) \cdot [(A \cdot -J) \cdot -D]\} \rightarrow -Om$$

Ahora bien, nuestro juez quiere resolver la cuestión por la vía de la analogía legal y, según la regla, tiene que eliminar aquella o aquellas condiciones que considere superfluas o innecesarias. Luego de reflexionar detenidamente decide que la condición F (que sea de sexo femenino) no es una condición esencial dentro de la norma estudiada y, por tanto, decide no tomarla en consideración, de modo que ahora tiene la norma siguiente

$$\{C \cdot [(A \cdot -J) \cdot -D]\} \rightarrow -Om$$

Lo que significa, por consiguiente, que si uno de los cónyuges abandona el domicilio conyugal sin justa causa y se niega a volver a él, entonces el otro cónyuge no está obligado a mantenerlo.

Véase, pues, como se resolvió el caso por la analogía legal, utilizando la vía de la eliminación de una condición que se consideró como no esencial, con lo cual se amplió el ámbito de aplicación de la norma inicialmente transcripta del artículo 162 del Código Civil.

Corresponde ahora tratar la llamada **analogía jurídica**, que otros autores consideran que no es más que lo que también se conoce como "los principios generales del derecho". Se entiende por **analogía jurídica** el proceso por el cual se parte de un cierto número de disposiciones particulares y se asciende, por vía de inducción, a principios más generales; el resultado se aplica a casos que no caerían bajo las disposiciones particulares establecidas expresamente. Como ejemplo en nuestro derecho puede tomarse el caso de la "Buena Fe", concepto que no está definido de un modo genérico, pero que sí tiene tratamiento en diversos casos particulares. Así, por ejemplo en los siguientes artículos del Código Civil: 286, 288, 372, 689, 714, 997, 1251, 1779, etc.

Pues bien, de la comparación de todos estos casos particulares puede extraerse, por vía inductiva, una definición genérica de la "Buena Fe", que permita aplicar este concepto a otros casos que no estén expresamente previstos en nuestra legislación.

Es importante señalar que cualquiera de las dos analogías, a pesar de su importancia como método de integración del derecho, presenta ciertas limitaciones muy serias. Entre ellas pueden señalarse las siguientes: a) Está prohibida en el ámbito penal, salvo que resulte más favorable al imputado (Art. 10 del Cód. Pr. Penal); b) No funciona "contra la regla" -al menos según la mayoría de los autores-, y; c) Es un procedimiento altamente subjetivo.

La prohibición de la analogía en la materia penal, que perjudique al imputado, está dada en su beneficio y garantía, a fin de evitar que sea condenado por un delito que no se halla expresamente tipificado, contrariando las reglas de *nullum crimen y nulla poena sine lege*.

Se dice también, por muchos autores, que la analogía no puede funcionar "contra la regla". Esto significa que no puede tomarse como modelo para resolver un caso sin solución legal uno que sea una excepción a una regla general. O sea, las excepciones no sirven para la aplicación analógica. Por ejemplo, dice el artículo 14 de la Constitución Nacional:

Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado.

La disposición constitucional establece, en primer lugar, una regla general: **que ninguna ley puede tener efecto retroactivo;** y, a continuación, una excepción: **pueden tener efecto retroactivo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado.** Pues bien, si decimos que la analogía no puede funcionar "contra la regla", lo que queremos significar es que no cabe la aplicación analógica de la excepción que viola la regla. En consecuencia, nadie que no sea encausado o condenado puede solicitar, por analogía, que se le aplique retroactivamente una ley que le sea más favorable, porque esto iría "contra la regla".

Finalmente, decíamos que la analogía es un procedimiento considerablemente inseguro -sobre todo cuando nos referimos a la analogía legal-, en razón de que la determinación de las condiciones no esenciales o superfluas que habrán de suprimirse, depende de una decisión altamente subjetiva y en extremo opinable. No existe regla precisa que nos permita establecer con toda seguridad cuales son condiciones de las que podemos prescindir para dar lugar al argumento de analogía. Por eso podemos afirmar con Manuel Atienza Rodríguez que "la conclusión a que lleva un razonamiento analógico es siempre un juicio problemático, en el sentido de que es simplemente plausible ...".

ARGUMENTOS DE LA LOGICA JURIDICA

Juan Carlos Mendonça Bonnet

ARGUMENTO A CONTRARIO

CASO: Si una persona comete homicidio y roba, entonces tiene pena de muerte. Si no se da el caso de que una persona cometa homicidio y robe, entonces no tiene pena de muerte. El razonamiento, a primera vista, parece correcto, pero no lo es tal como se verá.

En términos generales este tipo de razonamiento puede presentarse de la siguiente manera:

PREMISA: Si un caso concreto reúne las condiciones C1 y C2, entonces se produce la consecuencia

jurídica S.

El caso concreto no reúne las condiciones C1 y C2, luego no se produce la consecuencia jurídica S.

ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO:

1. $(C1 \cdot C2) \rightarrow S$
2. $\neg(C1 \cdot C2)$
3. $\neg S$

La estructura del argumento ya nos muestra, desde el principio, que el razonamiento no es válido, puesto que no se ajusta a regla de inferencia alguna, es más, representa la clara violación de conocidas reglas de inferencia de la lógica proposicional, tales como *PONENDO PONENS* o *TOLLENDO TOLLENS*.

Veamos ahora algunos ejemplos jurídicos. El artículo 358 del Código Civil, inc. c), dice que:

si (el acto jurídico) estuviese viciado de error, dolo, violencia o simulación, entonces es anulable. Luego: si no se diese el caso de que el acto jurídico estuviese viciado de error, dolo, violencia o simulación, entonces no es anulable.

1. $[(E \vee D) \vee (V \vee S)] \rightarrow A$
2. $\neg[(E \vee D) \vee (V \vee S)]$
3. $\neg A$

Lo cual no es cierto en absoluto, puesto que el mismo artículo regula otras causas por las que el acto es igualmente anulable. Podrían no darse las circunstancias apuntadas, pero el acto aun así podría ser anulado, por ejemplo, si el acto es realizado por una incapaz de hecho (inc. b) del mismo artículo.

Del mismo modo, del artículo 909, inc. c) del Código Civil puede afirmarse que

si el mandato es revocado por el mandante, entonces se extingue. Luego, si el mandato no es revocado por el mandante, entonces no se extingue

1. $R \rightarrow E$
2. $\neg R$
3. $\neg E$

Lo que tampoco es cierto, puesto que el mandato puede extinguirse por otras causas que no sean su revocación, como por ejemplo, la renuncia del mandatario (art. 909, inc. d).

Cabe decir, desde ya, que tratándose de enunciados condicionales, las inferencias válidas son las reglas de Ponendo Ponens y Tollendo Tollens:

Modo Ponendo Ponens:

- 1) $P \rightarrow Q$
- 2) P
- 3) Q

Lo que significa, que si se tiene un enunciado condicional ($P \rightarrow Q$), y el antecedente (P) de tal enunciado, entonces puede concluirse válidamente el consecuente (Q).

Modo Tollendo Tollens:

- 1) $P \rightarrow Q$
- 2) $\neg Q$
- 3) $\neg P$

Lo que significa, que si se tiene un enunciado condicional ($P \rightarrow Q$), y no se da el consecuente

($\neg Q$) de tal enunciado, entonces puede concluirse válidamente que no se da el antecedente ($\neg P$).

En consecuencia, es **inválida** la inferencia con la forma siguiente:

- 1) $P \rightarrow Q$
- 2) $\neg P$
- 3) $\neg Q$

Este es, precisamente, el pseudo "razonamiento" que usualmente pretende aplicarse en la interpretación *a contrario*. Se trata de un falso razonamiento y no de un razonamiento correcto.

Para entender mejor el problema debemos distinguir entre tres tipos de condiciones, a saber: 1) Condición suficiente; 2) Condición Necesaria; y 3) Condición necesaria y suficiente.

Lo que nos garantiza la condición suficiente es que **basta** con que ella se dé para que podamos afirmar la conclusión. Por ejemplo, el haber cumplido dieciocho años de edad es condición suficiente (art. 36 del C.C., modificado) para adquirir la capacidad de hecho, pero no es necesario hacerlo, puesto que también puede adquirirse tal capacidad en los casos de emancipación (art. 39 del C.C.), como por la obtención de título universitario o

por sentencia judicial. Queda claro, pues, que la edad, si bien es suficiente para adquirir la capacidad de hecho, no es necesaria.

La condición necesaria (en derecho se la conoce como condición *sine qua non*) nos exige que ella se dé para que podamos afirmar la conclusión. Así, por ejemplo, para que un cheque tenga validez, es absolutamente necesario que lleve la firma del librador, pero esto no es suficiente, porque además debe contener la fecha y lugar de la emisión, el nombre del banco, y los demás requisitos previstos en el art. 1.696 del C.C. Reiteramos, pues, que la firma es necesaria, pero no suficiente para la validez del cheque. Por su parte, la condición necesaria y suficiente nos dice que es inexcusable que ella se dé, pero, a la vez, basta con que ella se dé, para que podamos afirmar la conclusión; en otras palabras es la única condición posible (lo cual no significa que deba ser una condición individual, pueden ser varias condiciones unidas en un enunciado molecular, lo cierto es que no pueden haber otras que las allí previstas). Cuando la Constitución dice, por ejemplo, que "*Sólo se podrá cancelar la personalidad de los partidos y movimientos políticos en virtud de sentencia judicial*" (art. 125, *in fine*), está estableciendo una condición necesaria y suficiente, porque la sentencia judicial es inexcusable, pero además basta con ella. Asimismo, cuando dice que "*las mujeres no prestarán servicio militar sino como auxiliares, en caso de necesidad, durante conflicto armado internacional, ...*" (art. 129); resulta evidente que la condición para que las mujeres presten servicio militar como auxiliares es (de modo necesario pero también suficiente), que sea necesario durante conflicto armado internacional, y no se admite otra hipótesis. Otro caso es el del art. 47.3 que establece que los habitantes de la república tienen derecho al acceso a las funciones públicas no electivas "*sin más requisitos que la idoneidad*", dejando en claro que la idoneidad es condición necesaria y suficiente para ocupar funciones públicas no electivas. Como ejemplo también sirve el art. 105 que establece que, si y sólo si proviene de la docencia, entonces un funcionario o empleado público puede recibir más de un sueldo o remuneración del Estado.

De esto se concluye que la condición suficiente todo lo que nos garantiza es que si ella se da, también se da la conclusión, pero no nos dice que ella sea la única condición capaz de producir esa consecuencia; no debiendo darse, pues, necesariamente.

Por su parte, la condición necesaria nos dice que ella debe darse inevitablemente para que se produzca la consecuencia, pero no nos garantiza que ella sea suficiente para que la consecuencia se dé; podrían, tal vez, requerirse, conjuntamente, otras condiciones para que se dé la consecuencia, esto es, podría darse el caso de que la condición necesaria no fuese suficiente para obtener la consecuencia deseada.

La condición necesaria y suficiente, por su parte, garantiza tanto que ella debe darse inexcusablemente, como que basta con que ella se dé para que podamos obtener la consecuencia buscada.

Las diferentes condiciones se formalizan del siguiente modo:

- 1) Condición suficiente: $P \rightarrow Q$ (donde P es la condición suficiente de Q)
- 2) Condición necesaria: $Q \rightarrow P$ (donde P es la condición necesaria de Q)
- 3) Condición necesaria y suficiente: $P \leftrightarrow Q$ (donde tanto P como Q son condiciones necesarias y suficientes la una de la otra)

El problema se suscita porque el antecedente del enunciado condicional no es más que una condición suficiente, con lo cual se nos garantiza que basta con que él se dé para que también se dé la consecuencia, pero no podemos saber qué ocurre si él no se da, puesto que podrían existir otras causas que produjesen el mismo efecto, así, no tenemos garantía de que la sola falta de la condición suficiente nos lleve a la conclusión de que el consecuente tampoco se da, tal como hemos visto en los ejemplos anteriores. En otras palabras, la negación de la condición suficiente no nos permite concluir que la consecuencia no se va a producir.

Por otro lado, si se trata de una condición necesaria, tenemos dicho que la condición se sitúa en el consecuente del enunciado condicional, lo que nos permite aplicar la regla de *Tollendo Tollens* y, consecuentemente, obtener una conclusión perfectamente válida. Un ejemplo expresado en el lenguaje natural diría que si el cheque es válido (Q), entonces lleva la firma del librador (P); y que, si el cheque no lleva la firma del librador, entonces el cheque no es válido.

Formalizando tenemos:

1. $Q \rightarrow P$
2. $\neg P$
3. $\neg Q$ TT1,2

En cuanto a la condición necesaria y suficiente, podemos decir que, de conformidad con su forma lógica, tanto el antecedente como el consecuente son, recíprocamente, condición necesaria y suficiente el uno del otro, por lo que no se plantea problema mayor en cuanto a la aplicación del argumento *a contrario*, en el sentido de que el mismo siempre es aplicable correctamente. Tomando por ejemplo el art. 7o. del Código Civil que dice: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes", podemos afirmar que la condición suficiente y necesaria para la derogación de una ley es la existencia de otra ley. Podemos decir, reformulando, que una ley puede ser derogada si y sólo si se dicta otra ley. Estamos en presencia, pues, de una condición necesaria y suficiente, que puede simbolizarse del siguiente modo:

$P \leftrightarrow Q$

Finalmente, existe una regla aplicable a los enunciados condicionales que se llama de **TRANSPOSICION DE LA CONDICIONAL (TC)**. Según esta regla el antecedente y el consecuente de un enunciado condicional pueden intercambiar de lugares, con el solo requisito del cambio de su signo, esto es, si era negativo se convierte en afirmativo y vice versa, por ejemplo

1. $P \rightarrow Q$
2. $\neg Q \rightarrow \neg P$ TC 1

Otro ejemplo

1. $\neg P \rightarrow Q$
2. $\neg Q$
3. P TT1,2

En consecuencia, pueden ser utilizados válidamente como argumentos *a contrario*, los siguiente casos:

PRIMER CASO (con enunciado condicional)

1. $P \rightarrow Q$
2. $\neg Q$
3. $\neg P$ TT 1,2

SEGUNDO CASO (con enunciado bicondicional)

1. $P \leftrightarrow Q$
2. $\neg Q$
3. $P \rightarrow Q$ DB (Def. de la Bic.) 1
4. $\neg P$ TT 2,3

TERCER CASO (con enunciado bicondicional)

1. $P \leftrightarrow Q$
2. $\neg P$
3. $Q \rightarrow P$ DB 1
4. $\neg Q$ TT 2,3

CUARTO CASO (con enunciado condicional)

1. $P \rightarrow Q$
2. $\neg Q \rightarrow \neg P$ TC 1

NO ES REGLA DE INFERENCIA VÁLIDA LA SIGUIENTE:

1. $P \rightarrow Q$
2. $\neg P$
3. $\neg Q$

EL ARGUMENTO DE ANALOGIA

El argumento de analogía (también llamado *argumentum a simili*), tiene especial importancia en nuestro derecho, dado que nuestra legislación lo consagra expresamente en el artículo 6o. del Código Civil, que dice:

Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho.

Así, pues, la analogía se convierte en un método para cubrir lagunas u obscuridades de la ley.

Se habla de analogía en el derecho cuando una disposición establecida para ciertas situaciones, es aplicada a otras situaciones un tanto distintas, pero con las que tienen en común las "relaciones esenciales", según Ulrich Klug. En otras palabras, puede decirse que el caso que tiene una solución legal es, con respecto al que no tiene solución expresa, jurídicamente semejante o esencialmente similar. El presupuesto para la aplicación analógica es, pues, que hayan dos casos semejantes, uno de ellos que sí tiene una solución legal expresa y otro que no tiene solución legal; en tal circunstancia, se resuelve este último tomando como modelo la solución del primero.

En materia de analogía algunos autores han distinguido dos tipos diferentes, a saber: 1) La analogía legal, y; 2) La analogía jurídica.

Se entiende por **analogía legal** aquella en que se descartan las condiciones no esenciales, y una vez purificada, se aplica a los casos que caigan bajo ella. Es de hacer notar que en la medida que eliminemos mayor cantidad de condiciones, mayor será el número de casos que se resuelvan por la disposición legal. Si decimos, por ejemplo, que "Deben pagar impuestos todos los vehículos de procedencia europea, con menos de cinco años de uso y que valgan más de diez mil dólares"; la obligación de pagar impuesto está supeditada a las siguientes condiciones: a) Que el vehículo sea europeo; b) Que tenga menos de cinco años de uso, y; c) Que tenga un valor mayor a diez mil dólares. Ahora bien, si eliminamos la condición de que el vehículo sea europeo, entonces también deberán pagar el impuesto los vehículos de procedencia japonesa, coreana, brasileña, argentina, etc., con lo cual el número de casos en que deba pagarse el impuesto se acrecienta considerablemente. Así, sucesivamente, cuantas más condiciones se eliminan, mayor cantidad de casos caerán bajo la órbita de la disposición en cuestión. Podríamos terminar diciendo que "todos los vehículos deben pagar impuesto", con lo cual habríamos eliminado prácticamente todas las condiciones establecidas en nuestra norma inicial y, al mismo tiempo, habríamos ampliado enormemente el alcance de la disposición. Pues bien, si en el caso de la **analogía legal** se descartan condiciones que se consideran no esenciales, tal como lo tenemos dicho, resulta evidente que por el sólo hecho de descartar tales condiciones, una gran cantidad de casos que antes no se resolvían por la norma tomada como modelo, ahora sí se resolverán. Un posible ejemplo de aplicación analógica en nuestro sistema jurídico sería el del artículo 162 del Código Civil (hoy derogado por la Ley 1/92), que dice:

La obligación de mantener a la esposa cesa para el marido por el abandono que ella hiciere sin justa causa del domicilio conyugal, si rehusare a volver a él.

El problema que se plantea, y que se pretende que se resuelva por la vía de la analogía, es el del esposo que abandona el domicilio conyugal y se rehúsa a volver a él, pero reclama alimentos a la esposa (no debe olvidarse que la obligación alimentaria es recíproca entre los esposos, según el art. 258 del Cód. Civil) ¿Cesaría para la mujer la obligación de mantenerlo en tales circunstancias? El caso, evidentemente no está previsto de un modo expreso y, para llenar la laguna, se hace necesaria la aplicación de la analogía. Si reformulamos la disposición legal para facilitar su simbolización tendríamos la siguiente redacción: "*Si el cónyuge de sexo femenino abandona el domicilio conyugal sin justa causa y rehúsa a volver a él, entonces el otro cónyuge no está obligado a mantenerlo*". Las condiciones son, pues las siguientes:

- 1) Cónyuge: C
- 2) De sexo femenino: F
- 3) Abandono del domicilio conyugal: A
- 4) No hay justa causa: -J
- 5) Negativa a volver al domicilio conyugal: -D

La consecuencia jurídica es que

- 6) No está obligado a mantenerlo: -Om

Simbolizando tenemos que

$$\{(C \cdot F) \cdot [(A \cdot -J) \cdot -D]\} \rightarrow -Om$$

Ahora bien, nuestro juez quiere resolver la cuestión por la vía de la analogía legal y, según la regla, tiene que eliminar aquella o aquellas condiciones que considere superfluas o innecesarias. Luego de reflexionar detenidamente decide que la condición F (que sea de sexo femenino) no es una condición esencial dentro de la norma estudiada y, por tanto, decide no tomarla en consideración, de modo que ahora tiene la norma siguiente

$$\{C \cdot [(A \cdot -J) \cdot -D]\} \rightarrow -Om$$

Lo que significa, por consiguiente, que si uno de los cónyuges abandona el domicilio conyugal sin justa causa y se niega a volver a él, entonces el otro cónyuge no está obligado a mantenerlo.

Véase, pues, como se resolvió el caso por la analogía legal, utilizando la vía de la eliminación de una condición que se consideró como no esencial, con lo cual se amplió el ámbito de aplicación de la norma inicialmente transcrita del artículo 162 del Código Civil.

Corresponde ahora tratar la llamada **analogía jurídica**, que otros autores consideran que no es más que lo que también se conoce como "los principios generales del derecho". Se entiende por **analogía jurídica** el proceso por el cual se parte de un cierto número de disposiciones particulares y se asciende, por vía de inducción, a principios más generales; el resultado se aplica a casos que no caerían bajo las disposiciones particulares establecidas expresamente. Como ejemplo en nuestro derecho puede tomarse el caso de la "Buena Fe", concepto que no está definido de un modo genérico, pero que sí tiene tratamiento en diversos casos particulares. Así, por ejemplo en los siguientes artículos del Código Civil: 286, 288, 372, 689, 714, 997, 1251, 1779, etc.

ARGUMENTO A FORTIORI

Este argumento también se utiliza para llenar lagunas. En efecto, cuando se da el caso de que una cuestión no está expresamente resuelta se utiliza como modelo para tomar una decisión una norma que resuelve un caso parecido, tal como en la analogía, pero con la diferencia de que en el argumento *a fortiori* se considera que la norma que sirve de modelo resuelve una situación menos fuerte que la nueva que debe resolverse. Por eso, para justificar este tipo de argumento, se dice que un caso más fuerte y más evidente lleva siempre los presupuestos de otro más débil y menos evidente. Donde el caso más débil y menos evidente es el que sirve de modelo para resolver el caso no previsto y que se considera todavía más fuerte y más evidente.

Tomemos algunos ejemplos. Si una disposición prohíbe andar en bicicleta por la vereda, entonces es todavía más evidente que debe estar prohibido hacerlo en motocicleta. El caso previsto y que sirve de modelo es la prohibición de andar en bicicleta, pero, debe presuponerse que es todavía más evidente que debe estar prohibido andar en motocicleta, aunque este caso no esté expresamente previsto. Si una disposición prohíbe pisar el césped, con mayor razón debe estar prohibido arrancarlo, aunque esto último no esté expresamente regulado.

El argumento *a fortiori*, que significa "por fuerza" o "con mayor razón", presenta puntos muy criticables y parece imposible lograr una justificación del mismo por medio de la lógica formal, por tales motivos se ha considerado, por algunos autores, que no es un verdadero argumento lógico o que, a lo más, pertenecería a la llamada Retórica o lógica no formal. En efecto, no es difícil ver que la decisión de tomar una determinada norma como modelo para resolver un caso no previsto y la calificación de que uno sea más o menos fuerte o evidente, conllevan elementos de un profundo contenido subjetivo, lo cual le priva de una mayor certeza. Consecuentemente, se debe ser muy cauteloso en la utilización de este argumento y hasta, en lo posible, evitarlo. Sobre el tema, dice Ulrich Klug:

Frecuentemente pretendé expresarse un juicio de valor, y justamente se intenta hacer notar que el caso presente encierra una trasgresión más grave de los preceptos jurídicos del derecho positivo que el primer caso. De lo cual se sigue que las reglas jurídicas que para el primero vallan, "con mayor razón" las mismas y aun más severas tienen que valer para el otro. (Op. Cit., p. 205/6)

Tiene que entenderse claramente que para poder aplicar este argumento debe apelarse, primeramente, a un análisis que nos permita descubrir cuál ha sido la finalidad de la norma que sirve de modelo, para poder determinar si el comportamiento no previsto se aparta -y todavía en mayor grado- de ella. Este análisis valorativo no pertenece al dominio de la lógica. Según algunos autores en el argumento *a fortiori*, pueden distinguirse dos variedades, que para mayor claridad pueden estudiarse por separado, que son: 1) de mayor a menor, y; 2) de menor a mayor.

ARGUMENTO DE MAYOR A MENOR (*a maiore ad minus*)

En el caso del argumento de MAYOR A MENOR se dice que lo que vale para todos vale también para algunos. Al referirse a este argumento, Ulrich Klug presenta

el siguiente caso del derecho alemán, y hace el comentario que transcribimos a continuación:

El ejemplo del código penal parte de que en el art. 49 b Abs. III, el principio general dice expresamente que todos los que tomen parte en un complot pueden salir libres de responsabilidad si por una acción particular logran impedir la consumación del crimen proyectado. Estorbar de hecho la ejecución, lo mismo que dar aviso a las autoridades, son casos especiales que caen bajo el concepto general de "impedir".

...
Pero no hay que disimular que el uso de la expresión "argumentum a maiore ad minus" resulta muy impreciso dentro de la práctica jurídica. Le falta la indicación precisa de la estructura lógica en que se apoya.

Para entender claramente cómo funciona este argumento debemos hacer la distinción clásica entre proposiciones universales y particulares. Son proposiciones universales aquellas que atribuyen una cualidad a todos los miembros una clase o grupo determinado, por ejemplo: "Todos los animales son seres vivientes"; la cualidad que se atribuye a todos los "vivientes". Son proposiciones particulares aquellas que atribuyen cualidades a sólo algunos de los miembros de la clase o grupo, por ejemplo: "Algunos animales son carnívoros"; la cualidad que se atribuye a algunos miembros de la clase de los animales es la de ser "carnívoros". Ahora bien, las proposiciones universales pueden ser afirmativas o negativas, según que se refieran a todos o a ningún miembro de la clase o grupo al cual atribuyen la cualidad, puede decirse, por ejemplo que "Todas las sentencias del Juez Pérez son buenas" (Universal afirmativa); o que "Ninguna sentencia del Juez González es buena" (Universal negativa). Las universales afirmativas implican, necesariamente, su correspondiente particular afirmativa y las universales negativas implican, necesariamente, su correspondiente universal negativa. En los ejemplos dados recientemente, puede inferirse, en consecuencia, que, por un lado "algunas de las sentencias de Pérez son buenas" y que "algunas de las sentencias de González no son buenas". De mayor a menor, sólo debe funcionar, si vamos a aplicar con un sentido lógico estricto, extrayendo conclusiones particulares a partir de enunciados universales, ya sean afirmativos o negativos. En algunas ocasiones no es difícil saber si el juicio particular que tratamos de derivar es realmente un caso específico del juicio universal, pero en otras, no resulta tan claro si estamos o no en presencia de un caso que puede considerarse como particular frente a un universal, tal como sucede en el ejemplo dado por Klug. Por esta razón el referido autor concluye diciendo que: "Confirmarlo es asunto de interpretación del derecho positivo vigente. Sólo cuando haya quedado así fijada la base de la argumentación podrá entrar en funciones la derivación lógica".

Asimismo, desde una perspectiva menos rigurosa, el argumento se utiliza también de otra manera. Se aplica con el operador Permitido, y se dice que "si está permitido lo más, con mayor razón está permitido lo menos". Por ejemplo si está permitido cobrar una tasa de interés del treinta por ciento, con mayor razón está permitido cobrar una tasa de interés del diez por ciento. Si al propietario le está permitido vender una propiedad, con mayor razón le está permitido arrendarla.

ARGUMENTO DE MENOR A MAYOR (*a minore ad maius*)

Con referencia al argumento DE MENOR A MAYOR, debemos decir que no es de uso común entre los juristas y que se lo suele considerar como la contrapartida del argumento

DE MAYOR A MENOR. Según el argumento DE MENOR A MAYOR "lo que no vale para uno no vale para todos". Esto es, de la invalidez de un enunciado particular se concluye la invalidez de un enunciado universal; si digo, por ejemplo, que "algunos procesados no son inocentes", puedo concluir que "no todos los procesados son inocentes". En otro caso, si afirmamos que "Los veteranos de la Guerra del Chaco no están obligados al pago de impuestos", podemos concluir que "no todas las personas están obligadas al pago de impuestos". Como puede verse el argumento es bastante poco útil por su enorme trivialidad. El argumento se ha querido hacer valer también, por algunos autores, en un sentido diferente, acerca del cual Klug dice lo siguiente:

lo que respecto de normas jurídicas vale en pocos casos, más importantes, tiene que valer también en todos los casos menos importantes. Aquí se trata, evidentemente, de una valoración o enjuiciamiento, es decir: de un análisis teleológico, no de un análisis lógico puro. (op. cit., p. 203)

Según la formulación más tradicional, perteneciente a la lógica no formal, el argumento podría anunciarse así: "*Lo que vale para pocos casos más importantes, vale para todos los casos menos importantes*". Por ejemplo, si existe la obligación de denunciar el tráfico de drogas (pocos casos más importantes), entonces existe la obligación de denunciar el tráfico de vehículos, de bienes robados, etc. (muchos casos menos importantes). El elemento subjetivo es evidente, de nuevo, dado que establecer cuales casos son más o menos importantes es una cuestión opinable y fundada en criterios personales. Asimismo, el argumento usualmente se aplica con el operador Prohibido, de tal manera que se dice que si está prohibido lo menos, con mayor razón está prohibido lo más; el ejemplo que ya se ha hecho clásico dice si existe la prohibición de pasera perro en la plaza, con mayor razón está prohibido pasear, por ejemplo, osos.

ARGUMENTO AD ABSURDUM (apagógico)

Dice Ulrich Klug que el argumento por el absurdo opera de la siguiente manera:

... se trata de demostrar la verdad de una tesis determinada dando un rodeo, a saber: mostrando que la contradictoria de la tesis es contradictoria con una tesis ya demostrada como verdadera.

Ya hemos visto en lecciones anteriores como funciona este razonamiento en la lógica proposicional, y decíamos que para demostrar la verdad de un enunciado debíamos introducir la negación de dicho enunciado en el conjunto de proposiciones que se nos dan y tratar de obtener, a partir del enunciado que introducimos, una contradicción cualquiera; lograda la contradicción queda demostrado que el enunciado introducido no puede ser verdadero, por tanto, su negación debe ser, necesariamente, verdadera. Por ejemplo:

Demostrar: Q

1. S . T
2. P \vee Q
3. P \rightarrow R
4. S \rightarrow -R
5. -Q A (asunción)
6. P TP 2,5
7. R PP 3,6
8. -S TT 4,8
9. S S 1
10. S . -S A 9,10
11. -Q RAA 5, 10
12. Q DN 11

Si bien es cierto que en materia de normas no se puede hablar de su verdad o falsedad, no es menos cierto que las normas pueden ser contrarias o contradictorias, pues bien, el argumento "*ad absurdum*" también puede funcionar en el ámbito normativo, de modo semejante al ejemplificado, demostrándose la validez de una norma determinada si fuese posible derivar dos normas incompatibles a partir de la negación de la norma que se quiere demostrar, por ejemplo:

Demostrar: -Op

1. P_{hp} \rightarrow P-p
2. P-p \vee P_{hp}
3. Op A
4. -P-p I 3
5. -P_{hp} TT 1,4
6. P_{hp} TP 2,4
7. P_{hp} . -P_{hp} A 5,6
8. -Op RAA 7

ARGUMENTO DE HUME

En este caso no se trata en verdad de un argumento estrictamente jurídico, sino aplicable a cualquier tipo de enunciado normativo, sea jurídico o moral. Básicamente lo que dice el filósofo inglés David Hume en su TRATADO SOBRE LA NATURALEZA HUMANA es que no se puede derivar un enunciado normativo de enunciados que no sean también normativos. En lecciones anteriores ya hemos visto que, según las diferentes funciones del lenguaje, puede haber, entre otros, enunciados descriptivos y enunciados normativos. Los primeros, como su nombre lo indica, describen un estado de cosas o una situación de hecho, informan sobre del mundo, declaran cómo es la realidad. Por ejemplo, son enunciados descriptivos: "El día de hoy la temperatura subió a 38 grados centígrados"; "El 12 de octubre es el día de la raza"; "La Constitución del 67 fue derogada por la de 1992". Por otro lado, son enunciados normativos aquellos que buscan normar la conducta de los seres humanos, no describen sino que regulan o prescriben cómo ha de ser el comportamiento de las personas. Por ejemplo, son enunciados prescriptivos: "Cierre la puerta"; "Está prohibido fumar en clase"; "Todo aquel que no rinda los exámenes parciales no tiene derecho a dar el final"; "Ninguna persona puede ser condenada sin juicio previo que se funde en ley anterior al hecho del proceso". Pues bien, Hume sostenía que no podemos concluir enunciados normativos partiendo de enunciados descriptivos -tampoco se puede a la inversa-, por- que, de acuerdo con él, existe entre ellos un abismo lógico. De modo que, las siguientes derivaciones no son posibles:

1. La gente mata (en. descrip.)
2. Luego: Es obligatorio que la gente mate (en. prescrip.)

1. Alguna gente no bebe alcohol (en. descrip.)
2. Luego: Está prohibido beber alcohol (en. prescrip.)

1. Es obligatorio que todos paguen impuestos (en. prescrip.)
2. Luego: todos pagan impuestos (en. descrip.)

Es importante tener siempre presente el argumento de Hume, porque no pocas veces los juristas pretenden violarlo, proponiendo derivaciones como las que este filósofo inglés proscribe.

Pues bien, de la comparación de todos estos casos particulares puede extraerse, por vía inductiva, una definición genérica de la "Buena Fe", que permita aplicar este concepto a otros casos que no estén expresamente previstos en nuestra legislación.

Es importante señalar que cualquiera de las dos analogías, a pesar de su importancia como método de integración del derecho, presenta ciertas limitaciones muy serias. Entre ellas pueden señalarse las siguientes: a) Está prohibida en el ámbito penal, salvo que resulte más favorable al imputado (Art. 10 del Cód. Pr. Penal); b) No funciona "contra la regla" -al menos según la mayoría de los autores-, y; c) Es un procedimiento altamente subjetivo.

La prohibición de la analogía en la materia penal, que perjudique al imputado, está dada en su beneficio y garantía, a fin de evitar que sea condenado por un delito que no se halla expresamente tipificado, contrariando las reglas de *nullum crimen* y *nulla poena sine lege*.

Se dice también, por muchos autores, que la analogía no puede funcionar "contra la regla". Esto significa que no puede tomarse como modelo para resolver un caso sin solución legal uno que sea una excepción a una regla general. O sea, las excepciones no sirven para la aplicación analógica. Por ejemplo, dice el artículo 14 de la Constitución Nacional que *ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado*.

La disposición constitucional establece, en primer lugar, una regla general: **que ninguna ley puede tener efecto retroactivo**; y, a continuación, una excepción: **pueden tener efecto retroactivo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado**. Pues bien, si decimos que la analogía no puede funcionar "contra la regla", lo que queremos significar es que no cabe la aplicación analógica de la excepción que viola la regla. En consecuencia, nadie que no sea encausado o condenado puede solicitar, por analogía, que se le aplique retroactivamente una ley que le sea más favorable, porque esto iría "contra la regla".

Finalmente, decíamos que la analogía es un procedimiento considerablemente inseguro -sobre todo cuando nos referimos a la analogía legal-, en razón de que la determinación de las condiciones no esenciales o superfluas que habrán de suprimirse, depende de una decisión altamente subjetiva y en extremo opinable. No existe regla precisa que nos permita establecer con toda seguridad cuales son condiciones de las que podemos prescindir para dar lugar al argumento de analogía. Por eso podemos afirmar con Manuel Atienza Rodríguez que *"la conclusión a que lleva un razonamiento analógico es siempre un juicio problemático, en el sentido de que es simplemente plausible ..."*.