

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por RODOLFO L. VIGO	7
<i>Un análisis trialista del funcionamiento de las normas</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	11
<i>Escepticismo y cognitivismo en la teoría de la interpretación</i> , por RICCARDO GUASTINI	31
<i>La reconstrucción de las “teorías dogmático-jurídicas” como “cálculos interpretados”. El problema del carácter empírico de la identificación de normas</i> , por GUILLERMO LARIGUET	49
<i>Sobre la interpretación/aplicación del derecho: su carácter alográfico</i> , por EROS ROBERTO GRAU	75
<i>¿Es posible interpretar literalmente las leyes?</i> , por ENRIQUE P. HABA	91
<i>Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales</i> , por PABLO MARTÍN PEROT y JORGE L. RODRÍGUEZ	137
<i>Argumentación jurídica y Estado constitucional</i> , por MANUEL ATIENZA	153
<i>Un análisis de los significados del término “estado”</i> , por SANTIAGO LEGARRE	163
<i>Deontología jurídica</i> , por ANDRÉS OLLERO TASSARA	187
<i>La filosofía de los derechos humanos desde Latinoamérica</i> , por MAURICIO BEUCHOT	209
<i>¿Puede calificarse de iusnaturalista la teoría de Dworkin?</i> , por PABLO LÓPEZ RUF	223
ÍNDICE SUMARIO	235

PRESENTACIÓN

Los miembros de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho le han renovado su confianza a la actual Comisión Directiva en la última Asamblea Ordinaria celebrada en Azul el 26 de octubre de este año 2002, reeligiéndola por un nuevo mandato. A la hora del balance de lo realizado en el período anterior, seguramente encontraremos aciertos, errores y situaciones que se hubiesen podido realizar o resolver mejor. Sin embargo, estamos convencidos de que no se soslayó en la columna del haber la inequívoca, sincera y permanente práctica pluralista con la que se condujo la institución. Aun cuando podemos aparecer reivindicando como positivo lo básico y elemental, los que llevamos transitados unos cuantos años en las cátedras universitarias argentinas, sabemos que más bien ha predominado históricamente en el mundo académico un ejercicio del poder sectario y excluyente. Lo importante entonces, aunque resulte una exigencia obvia, es que hemos consolidado una cultura académica de la tolerancia y del respeto a las personas y a las teorías que cada uno está dispuesto a postular y defender en el diálogo racional.

Debemos rápidamente consignar que más allá de que la vida académica exige por sí misma aquella actitud dialógica y respetuosa, ello, lejos de ser un mero sacrificio impuesto por cierta tradición o regulaciones jurídicas específicas, se conjuga plenamente con los fines que asume cualquiera que experimenta una firme vocación a la vida universitaria. Es que el encuentro con el “otro” que defiende convicciones absolutamente distintas de las nuestras, no sólo supone un enriquecimiento gratificante en el plano amical, sino que constituye un excelente

banco de pruebas de mis propias ideas y una insustituible oportunidad para rectificarlas, confirmarlas o enriquecerlas. La enseñanza de Aristóteles cuando concluía respecto de la amistad que era “de los bienes humanos el más excelso”, avala autoritativamente lo que una elemental experiencia vital confirma. En sintonía con esas fuentes filosóficas clásicas lo primero es la persona humana sin más y con su indelegable dignidad, luego sus ideas. Más allá de experiencias históricas desalentadoras resulta absolutamente inconcebible racionalmente pregonar la exclusión o supresión del otro porque lo exige la verdad o la Verdad. Por otra parte, alguien que renuncia al diálogo con las otras “ideas” manifiesta –al menos implícitamente– escasa convicción racional y una actitud dogmática incompatible con la vocación intelectual filosófica. Aun aquellos que reivindicamos la posibilidad de acceder racionalmente a la verdad práctica, lo hacemos apelando a la razón del “otro” para que comprenda nuestras razones y así comparta nuestras convicciones; pero al mismo tiempo estamos dispuestos a asumir a que en ese dialogo racional terminen mejor posicionadas las ideas del otro y no las nuestras. Éste es el estimulante motor de la vida académica, o sea la “admiración” por la pregunta que moviliza nuestra inteligencia y busca respuestas. Quien sólo tiene respuestas consolidadas y autistas, no ha comprendido el sentido de ser universitario. Esta conclusión de alcance general tiene mayor peso cuando nos remitimos al plano de las conductas humanas y del derecho con su pretensión de regularla, dado que aquí la verdad, al no ser contemplativa, requiere metodológicamente del diálogo y la justificación racional ponderativa de las circunstancias contingentes e históricas. Seguramente todos hemos ido aprendiendo a controlar la reacción visceral –pero no racional– que provoca espontáneamente la idea que contradice raigalmente a la nuestra, pero ese ejercicio no es meramente negativo, sino que –insistamos– es prueba de vocación académica y disposición a recibir los beneficios insustituibles de la misma.

Así como en el anterior mandato de la Comisión Directiva, el objetivo más importante era lograr editar el Anuario *Ideas y Derecho*, nos queda para el que acabamos de iniciar la edición de un *Diccionario iusfilosófico*, sobre el que estamos trabajando con entusiasmo y dedicación, respetando a rajatabla aquella beneficiosa matriz estrictamente académica a la que arriba aludimos y que todos compartimos, practi-

camos y disfrutamos. Vaya en este prólogo no sólo un agradecimiento sin distinción a los miembros de la Asociación que, no obstante la asfixiante crisis de nuestra sociedad, siguen motivados por el “amor a la sabiduría”, sino también y especialmente a mis colegas de la Comisión Directiva por todo lo que me toleraron y me enseñaron tanto en lo personal como en lo teórico, en estos años en que hemos compartido esa responsabilidad.

Buenos Aires, junio de 2003.

RODOLFO L. VIGO
Vicepresidente A. A. F. D.

UN ANÁLISIS TRIALISTA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI*

I. Ideas básicas

1. Los planteos tradicionales en materia de interpretación se centran en la normatividad a interpretar¹. Incluso sucede lo mismo con el despliegue del funcionamiento de las normas producido en la teoría trialista del mundo jurídico². Sin embargo, también es relevante considerar la

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

¹ Cabe c. por ej. ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, ps. 149 y ss.; RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963. En cuanto al panorama actual, es posible c. vgr. *Reason in Law, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12/15-12-84*, Giuffrè, Milano, 1987/8; WINTGENS, Luc. J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer, 1999, MARANHAO, Juliano S. A., *von Wright's sceptic turn on the logic of norms and the problem of gaps in normative systems*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 88, fasc. 2, ps. 216 y ss.

² Acerca de la teoría trialista pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; *Justicia y Verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4, Rosario; *Estudios Jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; *Filosofía de la Jurisdicción*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000. Pueden c. asimismo nuestros trabajos,

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

interpretación y, en general, el funcionamiento de las normas atendiendo a la posición del *encargado* de esas tareas, por ejemplo, el juez o el administrador, a quien le corresponde, en definitiva, la última palabra en cuanto a la vida que la normatividad ha de tener en la realidad³. Ésta es la perspectiva de nuestro interés en el presente estudio⁴.

No entramos a la discusión acerca de si, más allá del desempeño de los encargados del funcionamiento de las normas, hay algo que está “bien” o “mal” o es “justo” o “injusto” a lo cual referirse⁵; no

Relato sobre el funcionamiento de la norma, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 11, ps. 23 y ss.; *Meditaciones realistas sobre la interpretación*, en E. D. 72-811 y ss.; *Reconstrucción y construcción en la interpretación*, en *Boletín del Centro de Investigaciones...* cit., Nº 16, ps. 31 y ss.; *Las teorías acerca de la interpretación, su dinámica histórica y el lugar del Derecho Privado*, en *Boletín del Centro de Investigaciones...* cit., Nº 20, ps. 83 y ss.; *Las posibilidades en el funcionamiento de la norma*, en *Investigación y Docencia*, Nº 7, ps. 33 y ss.; *Aportes para la comprensión cultural de las doctrinas del funcionamiento de las normas*, en *Investigación...* cit., Nº 12, ps. 9 y ss.; *La historicidad de las formalizaciones y del funcionamiento de las normas*, en *Investigación...* cit., Nº 34, ps. 49/58; *La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)*, en *Boletín del Centro de Investigaciones...* cit., Nº 21, ps. 52 y ss.; *Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas*, en *Investigación...* cit., Nº 18, ps. 23 y ss.

³ Respecto a la predicción del comportamiento del juez v. por ej. CUETO RÚA, Julio César, *Una visión realista del Derecho: Los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, esp. ps. 25-26.

⁴ En relación con el desempeño y la importancia de los jueces en el funcionamiento de las normas pueden v. por ej. CUETO RÚA, Julio C., *Judicial Methods of Interpretation of de Law*, Publications Institute Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, 1981; FRANK, Jerome, *Cours on Trial*, Princeton University Press, 1973, ps. 326 y ss.; COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 170; *Radiografía de la teoría egológica del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 211 y ss.; *El Derecho en el Derecho Judicial*, Kraft, Buenos Aires, 1945 (2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959); MARINELLI, Vincenzo, *Il problema dell'ermeneutica giudiziaria*, en http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1998/Marinelli1.pdf -19-10-2002-; ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 140 y ss.

Acerca de la estrategia del proceso es posible c. por ej. BERGEL, Jean-Luis, *Méthodologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, ps. 338 y ss.

⁵ Cabe c. en relación con el tema por ej. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984 (puede c. además, vgr., Serie:

afirmamos la “libertad” de los encargados del funcionamiento; tampoco ignoramos que el desconocimiento total de la normatividad existente significa la propia negación del “funcionamiento”, simplemente investigamos *otra perspectiva* de la realidad, que parte del desempeño de los encargados del funcionamiento.

El punto de vista que adoptamos está especialmente próximo al interrogante acerca del resultado de sus intereses que constituye el objeto principal, casi excluyente, de las consultas de los clientes con sus abogados. Aunque no compartamos el alcance radical del planteo de Oliver Wendel Holmes, creemos que siempre el destino de las normas interesa al fin en relación con el destino de los *casos* a resolver. Quizás pueda afirmarse que lo más importante no es dónde nos encontramos, por ejemplo, en un lugar del espacio socio-normo-axiológico, sino *hacia dónde* nos movemos dentro de él⁶.

2. Según la *teoría trialista del mundo jurídico*, construida básicamente por Werner Goldschmidt, el objeto de la ciencia del Derecho debe edificarse, dentro de la *concepción tridimensional*, atendiendo a despliegues sociológicos, normológicos y axiológicos⁷. A diferencia de la concepción predominante en tiempos de la fundación del trialismo y sostenida por el propio Goldschmidt, no creemos que pueda reclamarse que “objetivamente” la ciencia jurídica “deba” ocuparse de determinados temas, pero entendemos que es interesante *construir* el objeto del Derecho con esa amplitud de perspectivas integradas.

En ese marco constructivo, según la propuesta trialista cabe señalar en el Derecho un conjunto de *repartos* de potencia e impotencia, es decir de lo que favorece o perjudica al ser y la vida, captados por

Filósofos de Hoy (V), Deconstruyendo a Ronald Dworkin. El Derecho y sus descontentos, Gijs van Oenen, http://www.chasque.net/frontpage/relacion/9904/filosofos_de_hoy.htm -13-10-2002-).

⁶ Así lo indica la célebre frase de Oliver Wendel Holmes, <http://www.lickingvalley.k12.oh.us/districtoffice/PDF%20files/State%20of%20Schools.pdf> (17-10-2002).

⁷ En cuanto a la concepción tridimensional en general pueden v. por ej. REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986; Biblioteca Jurídica Virtual, Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, La concepción del derecho en las corrientes de la Filosofía Jurídica (Imer Benjamín Flores Mendoza), <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm> (19-10-2002).

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

normas que los describen y los integran, y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores encabezado por la *justicia*. No afirmamos que existan o no valores objetivos, pero sostenemos que es interesante incluir en el objeto de la ciencia jurídica consideraciones de valor construidas sobre puntos de partida que pueden ser compartidos.

En el marco integrador de la teoría trialista, las normas han de ser consideradas captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros (suele decirse desde un punto de vista “neutral”, no de protagonista). Deben ser *fieles*, expresando con acierto el contenido de la voluntad de sus autores, *exactas*, en razón de alcanzar su cumplimiento y *adecuadas*, sirviendo con sus construcciones a los fines perseguidos.

Creemos que la teoría trialista responde muy satisfactoriamente, dentro y fuera del Derecho, al gran desafío que para el pensamiento actual significa la referencia a la complejidad⁸. Con parecer que compartimos, Werner Goldschmidt señalaba que, a su entender, Kelsen había superado la “complejidad impura” de la mezcla de las dimensiones en una “simplicidad pura” normativa, pero el trialismo había logrado la “complejidad pura”⁹. La teoría trialista es una propuesta de sistema abierto, donde el marco jurídico posee clara individualidad pero puede evolucionar, superando el sentido cerrado de la identidad. Entendemos que la mayor parte de los aportes de las distintas corrientes de la Filosofía Jurídica pueden ser sistematizados dentro del trialismo o en relación con él, evidenciando importantes significados que habían permanecido ocultos.

3. Para que los repartos “proyectados” en las normas alcancen a ser *repartos realizados* y para que las normas sean al fin fieles y exactas es necesario que éstas “funcionen”. El fundador del trialismo señaló en el *funcionamiento de las normas* las tareas de interpretación, determinación, elaboración y aplicación. A ellas cabe agregar las de

⁸ Cabe c. por ej. BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro, *La sfida della complessità*, trad. de Gianuca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª ed., Feltrinelli, Milán, 1997.

⁹ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. XVII/XVIII. Es posible ver también nuestro artículo *El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura*, en E. D. 126-884 y ss.

reconocimiento, argumentación y síntesis. Cabe señalar que son tareas y no necesariamente etapas, porque a menudo se enriquecen recíprocamente, sin que haya una necesaria sucesión en el tiempo.

Aunque en algunos momentos, como el reconocimiento, la interpretación y la aplicación, la referencia es bidimensional normosociológica, el funcionamiento de las normas es el momento en que se muestra de modo más cabal la integración de las tres dimensiones del mundo jurídico. La determinación, la elaboración, la argumentación y la síntesis son, de maneras diversas, fuertemente normo-socio-axiológicas.

4. El complejo de tareas del funcionamiento constituye en sí, a su vez, un *fenómeno jurídico*, que puede ser considerado no sólo desde la norma sino, como lo presentamos en este caso, desde la posición del encargado de esa labor, por ejemplo, el juez o el administrador. Por la fuerza incontenible de la vida, el encargado del funcionamiento es un *repartidor*, que conduce tomando decisiones en la realidad, más o menos referidas a las normas de cuyo desenvolvimiento se trata y con alcances más o menos valiosos.

En concordancia con ideas que ha desenvuelto, por ejemplo, Miguel Reale, puede decirse que el funcionamiento es parte de un proceso relativamente permanente de “nomogénesis” jurídica que, si bien es lógicamente dependiente de la elaboración de la norma que funciona, no lo es en el despliegue de la realidad¹⁰. En este campo, la situación de dependencia corresponde a la norma en funcionamiento¹¹.

5. Los planteos respecto de estos temas, que a veces son considerados de sociología judicial o sociología administrativa, pertenecen, a nuestro parecer, a uno de los enfoques más esclarecedores del saber que ha de considerarse estrictamente *jurídico*¹².

¹⁰ Pueden ver REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, Saraiva, São Paulo, 1968, ps. 161 y ss., y 192 y ss.; *Filosofia do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 1969, t. II, ps. 473 y ss.

¹¹ Cabe c. nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, ps. 59 y ss.

¹² No negamos que haya un interés relativamente semejante, pero con finalidad diversa, en la Sociología del Derecho (La sociología judicial suele ser considerada el estudio del proceso de aplicación de la regla jurídica –espacios judiciales, adminis-

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Toda la teoría trialista está construida en gran medida con el esfuerzo de *desenmascarar la realidad social*, evidenciando, más allá de las normas, *quiénes conducen y quiénes se benefician y se perjudican*. Por eso el enfoque desde la perspectiva de la tarea del encargado del funcionamiento nos parece de especial relevancia, intrínseca y extrínseca. Su marginación del campo de la ciencia jurídica es, a nuestro criterio, una construcción “*ideológica*” que oculta la realidad.

La norma termina siendo lo que su “funcionamiento” la hace ser¹³. No atender al despliegue que se percibe desde la posición del encargado del funcionamiento suele ser dejar en la penumbra las presiones que tiene que afrontar, con los riesgos que esto significa. No obstante, el “desenmascaramiento” también puede incomodarlo, pues desmitificar la fuerza es una manera de limitarla¹⁴.

II. El funcionamiento de las normas desde la posición de quien lo produce

1. *El mundo jurídico en general*

a) *Dimensión sociológica*

6. El encargado del funcionamiento de la norma se encuentra en una realidad social en la que pretende realizar una actividad de *con-*

trativos, sociales–, Biblioteca Jurídica Virtual, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Mi Sociología del Derecho [Jorge Alberto González Galván], <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/79/art/art3.htm> –14-10-2002–; cabe recordar, por ej., los estudios de MACKINSON, Gladys J., *Sociología del Poder Judicial*, EDS, Buenos Aires, 1987; un panorama de distintas teorías jurídicas y sociológicas relacionadas con el desempeño de los encargados del funcionamiento de las normas puede v. por ej. en elportaljurídico, El conductivismo social, <http://www.elportaljuridico.com.mx/TesConstr.html> –19-10-2002–).

¹³ En una proyección desde el trialismo se ha hablado de dimensión operacional del Derecho, integrada por las acciones concretas que realiza el operador para aplicarlo (puede ver opinión, *El niño víctima ante los procesos judiciales. Sus derechos y garantías*, http://www.casi.com.ar/publicaciones/sintesis_forense_numero093/nota08.htm [Dras. Patrica Klentek y Viviana Sarrible] –13-10-2002–).

¹⁴ En todo los casos hay que superar la denominada “opacidad del Derecho” (en relación con el tema cabe c. la obra de CARCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998).

ducción, generadora de un *reparto* de potencia e impotencia. En la realidad hay ya numerosas adjudicaciones de potencia e impotencia, no sólo originadas por la conducta de seres humanos determinables, entre las que se encuentra el reparto del autor de la norma, sino producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, en el marco de las “distribuciones”. En ese ámbito existe una *constitución material* formada por factores de poder que limita las posibilidades del funcionamiento¹⁵. Lo que resulte de éste se inscribirá en lo que permita conducir la constitución material.

Pese a la exageración de la confianza en la capacidad conductora que caracterizó a la modernidad, en realidad el funcionamiento es producto también de distribuciones, por ejemplo, de las influencias humanas difusas, verbigracia, de la economía y en gran medida del propio “inconsciente colectivo”. Cuando funcionan las normas, funciona la *sociedad*. El funcionamiento de las normas es, al fin, una solución del complejo de las fuerzas sociales que brinda una determinada manera de adjudicar “potencia” e “impotencia”, es decir, lo que favorece o perjudica a la *vida*.

Sin entrar al debate acerca de la unidad o diversidad de soluciones correctas, consideramos evidente que hay habitualmente muchas soluciones posibles. Creemos que no siempre existe un marco de posibilidades interpretativas, pero siempre hay un *marco de posibilidades fácticas* para el funcionamiento en general y la interpretación en particular.

En la realidad en la que se encuentra el encargado del funcionamiento hay *interesados*, entre los que se hallan necesariamente el autor de la norma, con los beneficiarios que benefició o perjudicó, y el mismo encargado. Sin embargo, el marco de los interesados que importa considerar excede generalmente al que reflejan las normas. Lugares destacados vienen ocupando los medios de comunicación social y los grupos de interesados indirectos, cuya conciencia se acrecienta de manera notable. No es posible comprender, por ejemplo, el desempeño del juez como encargado del funcionamiento sin tener en cuenta que

¹⁵ Es posible c. LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, trad. de W. Roces, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1957.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

en la realidad de la que forma parte está ese conjunto de interesados. No es viable comprenderlo sin apreciar que entre los intereses que tiene en consideración están los propios y que a menudo su vinculación con el autor es tensa.

7. Como sucede en el origen de todo reparto, el encargado del funcionamiento debe “reconocer” la realidad, *decidir* el reparto y *efectivizarlo*. Lo que llegue a conocer –quizás mejor a construir como conocimiento– y a decidir depende en gran medida de su interés¹⁶. Además, mucho puede comprenderse respecto del funcionamiento desde la perspectiva comunicacional.

Decidir el reparto significa resolver quiénes serán beneficiarios beneficiados o gravados, en qué despliegues de la vida han de serlo y cómo se llegará, con más o menos audiencia, a la decisión. Lo que se resuelva responderá a ciertos móviles, contará con algunas razones alegadas y logrará más o menos razonabilidad social¹⁷. Los ricos estudios sobre la teoría de la *toma de decisiones* son aquí una perspectiva de significación. La razonabilidad suele ser denominada “fuerza de convicción” de lo decidido, un tema que la teoría egológica del Derecho contribuyó a iluminar¹⁸.

En este campo de la realidad del funcionamiento el encargado resolverá el grado de autoridad que ejercerá, incluso respecto del autor de la norma de que se trate, con la pertinente realización del valor *poder*, y se decidirá si habrá acuerdo entre ambos, con la pertinente satisfacción del valor *cooperación*. En dicho ámbito se resolverá el desenvolvimiento que alcanzarán la planificación gubernamental en marcha, en la que se realiza el valor *previsibilidad*, y la ejemplaridad,

¹⁶ Cabe recordar, por ej., HABERMAS, Jürgen, *Conocimiento e interés*, trad. de Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, Taurus, Madrid, 1982.

¹⁷ En cuanto a las razones del juez puede v. por ej. CUETO RÚA, *Una visión...* cit., ps. 131 y ss. Respecto de los motivos y razones en general, vgr. NINO, Carlos S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, ps. 79 y ss.; también, por ej., GUIBOURG, Ricardo A., *A Proposal on Action, Freedom and Meaning*, en ARTOSI, Alberto; ATIENZA, Manuel y YOSHINO, Hajime (eds.), *From Practical Reason to Legal Computer Science*, IVR 17th World Congress, en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 1998, ps. 43/4.

¹⁸ COSSIO, *La teoría...* cit., p. 623; *Teoría de la Verdad Jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1954.

desarrollada según el esquema “modelo y seguimiento” según la razonabilidad, con la pertinente satisfacción del valor *solidaridad*. Una manera especial de la ejemplaridad es la *jurisprudencia*. Según que el reparto del funcionamiento sea o no acorde con el del autor puede haber *orden* o *anarquía*, en el primer caso con el valor homónimo “orden” y en el segundo con el “disvalor” *arbitrariedad*. Si se tiende al cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto se va en camino de una revolución.

Como todo reparto, el del funcionamiento de las normas ha de “funcionar”, pudiendo encontrar *límites necesarios*, surgidos de la “naturaleza de las cosas”. Éstos pueden ser más referidos al punto de vista del individuo (físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos) o al enfoque de la sociedad en su conjunto (sociopolíticos y socioeconómicos). Asimismo, en el funcionamiento de la norma funciona el reparto de su autor, que también puede encontrar límites necesarios, en especial por el desempeño del encargado del funcionamiento. Según lo señalamos al referirnos a la constitución material, ni el encargado ni el autor hacen necesariamente lo que quieren, sino lo que pueden, aunque deban esforzarse para poder lo que quieren. De la inexistencia de esos límites depende al fin que las decisiones “autorales” y “funcionales” lleguen a ser exitosas.

8. Como todo reparto, el del funcionamiento de las normas se desenvuelve en un marco de “finalidad objetiva”, que “encontramos” (o creemos encontrar) en la realidad, en relación con el cual se hallan –en vinculación a menudo difícil– las *finalidades subjetivas* del autor de la normatividad y del encargado de su funcionamiento. A su vez, es necesario pasar desde la *posibilidad* a la *realidad*.

La finalidad objetiva y la posibilidad son categorías “pantónomas” (referidas a la totalidad de sus despliegues; pan = todo; nomos = ley que gobierna), que deben ser “fraccionadas” para ponerlas a nuestro alcance, lográndose así *certeza*. El autor y el encargado del funcionamiento se encuentran en un marco de certeza construido¹⁹.

¹⁹ Puede v. la consideración del Derecho como un sistema viviente por ej. en RUSSO, Eduardo Ángel, *Teoría General del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 273 y ss.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

b) *Dimensión normológica*

9. Cada construcción de la noción de norma abre más o menos las posibilidades de reconocimiento de la importancia de su funcionamiento. Pese a lo mucho que se ha avanzado en la lógica normativa en las últimas décadas, siempre se trata de una lógica que expresa, con más o menos claridad, un juego de fuerzas sociales presente en el funcionamiento real.

Al referirse a la norma general legal mediante un recorrido silogístico, la teoría de la exégesis es un enérgico esfuerzo para ocultar el desempeño del encargado del funcionamiento; en cambio, la escuela del “Derecho libre” le asigna un papel protagónico. En el trialismo, la apertura al desempeño del encargado del funcionamiento está en relación con la referencia de la norma al *reparto proyectado*. La noción trialista ocupa un lugar intermedio, en el que se jerarquiza al encargado del funcionamiento pero no se le atribuye ese desempeño protagónico, que al fin acaba destruyendo la propia identidad de su rol.

Conforme al trialismo, la norma debe realizar la “verdad” respecto del reparto proyectado, pero tal referencia no excluye la posibilidad de integrar en la comprensión de la voluntad del repartidor las contribuciones de las lógicas de desarrollo reciente, por ejemplo, dirigidas a la posibilidad²⁰.

En el planteo que venimos desarrollando, la normatividad, sea de acción o de fin, puede ser considerada como una “razón para la acción” del encargado del funcionamiento, aunque no necesariamente excluyente²¹.

El funcionamiento de las normas suele manifestarse en una relación

²⁰ Es posible v. por ej. FORBES, Greame, *Modal Logic y Operator*, en AUDI, Robert (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, reimp 1997, Cambridge University Press, Cambridge, ps. 499 y ss. y 548/9; ECHAVE, Delia Teresa, URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1983.

²¹ En relación con el despliegue general del tema, cabe tener en cuenta por ej. los aportes de Joseph Raz y los debates suscitados al respecto (vgr. *Razones para actuar, normas jurídicas y desobediencia civil*, UNAM, México, 1995; puede c. por ej. Joseph Raz'Web Site, <http://users.ox.ac.uk/~raz/> -13-10-2002-; Practical Reason and Norms, <http://www4.oup.co.uk/isbn/0-19-826834-3> -13-10-2002-).

entre normas generales, referidas a casos futuros, contenidas en constituciones, tratados, leyes, etcétera, y normas individuales, dirigidas a casos pasados, que se hallan en sentencias, laudos arbitrales, resoluciones administrativas, etcétera. Como las normas generales realizan el valor *predecibilidad* y las normas individuales el valor *inmediatez*, puede comprenderse que la tensión entre los autores y los encargados del funcionamiento es en esas circunstancias a su vez una tensión entre *predecibilidad* e *inmediatez*. A favor de esta última, o sea del valor de los encargados del funcionamiento, milita la posibilidad de atención a las circunstancias del caso.

Dado que las diversas fuentes formales son elaboradas con distintos grados de *participación*, el pasaje desde la constitución, los tratados, las leyes, etcétera, en que se expresan a menudo los autores a las sentencias, los laudos y las resoluciones mediante las cuales se manifiestan los encargados del funcionamiento corresponde a una variación en los términos participativos.

10. Cada teoría del funcionamiento de las normas refleja un juego determinado de adjudicaciones y de las fuerzas sociales. Bajo el ropaje de teorías más o menos “intelectuales”, se discute quiénes serán *beneficiados* y *gravados*. La escuela de la exégesis, uno de los mayores esfuerzos por subordinar al encargado del funcionamiento al poder del autor de la norma, es consecuencia de la pretensión de una clase que ha conquistado el poder y ha elaborado las normas según sus intereses, pero no confía en quienes deben hacerlas funcionar. La máxima aspiración de sujeción inversa, del autor al encargado del funcionamiento, ejemplificable en la escuela del derecho libre, muestra insatisfacción respecto de los sectores que elaboraron las normas y confianza en los encargados del funcionamiento. La teoría pura del derecho expresa también confianza en los encargados del funcionamiento.

La comprensión tradicional del funcionamiento de las normas, centrada en la referencia interpretativa y en la normatividad, suele ocultar el enorme poder que, a través de las diversas tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis, posee el encargado de tales tareas. Al fin, la norma será lo que los encargados de su funcionamiento, dentro de sus posibilidades, la hagan ser.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

El encargado del funcionamiento debe *reconocer* la norma dentro de un complejo, pudiendo decidir que está vigente, que no es desplazada por otra de superior jerarquía normativa o fáctica (por ej. por tratarse de una ley inconstitucional o derogada por derecho consuetudinario contrario) y que es válida, o no tomarla al fin en consideración.

En relación con la *interpretación* se ha discutido incansablemente entre los partidarios de versiones más “literales” o “históricas”, que incluyen la tensión entre la participación mayor del encargado del funcionamiento y la del autor. Si se desea que la teoría del funcionamiento y la propia teoría jurídica en su conjunto expresen permanentemente a los actores de la vida jurídica, es importante que, como lo hace el *realismo*, se requiera la interpretación conforme a la versión histórica de la auténtica voluntad del autor, llegando, más allá de la intención, a su fin. Estimamos que el principio supremo de la interpretación, de la que depende el deseado logro de la fidelidad de la norma, ha de ser la lealtad del encargado del funcionamiento al autor de la norma.

Como a menudo las normatividades son incompletas, sea porque no se pudo o no se quiso elaborarlas de manera integral –con frecuencia con miras a lograr una juridicidad “flexible”²²– suele ser necesaria la tarea de *determinación*. A veces, se trata de precisión o reglamentación de normatividades ya existentes, en otros casos de desarrollo de principios. La indeterminación, hoy promovida muchas veces por la referencia a principios, aun en casos de existencia de normas, incrementa el papel del encargado del funcionamiento. La tensión entre éste y el autor de la normatividad en el marco de la tarea de determinación está reflejada, por ejemplo, en el inciso 2º del artículo 99 de la Constitución Nacional argentina, que atribuye al Poder Ejecutivo la expedición de las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

Aunque la existencia de *lagunas* en el ordenamiento normativo, que son *carencias* de normas aisladas, ha sido discutida, consideramos que la complejidad cambiante de la realidad social muestra que al

²² CARBONNIER, Jean, *Flexible Droit*, 4ª ed., L. G. D. J., Paris, 1979.

menos son posibles vacíos normativos de carácter “histórico”, porque los casos no fueron considerados, sea por olvido o por novedad. En la presente nueva “era” de la historia, la existencia de casos no contemplados se hace muy evidente.

Mucho más se ha debatido y se debate acerca de las carencias “axiológicas”, que Werner Goldschmidt pretendió que fueran dikelógicas, en las que existiendo normatividad se la descarta por considerarla “disvaliosa”. Aunque desde el punto de vista de las normas esta posibilidad suele ser reprimida y es relativamente ocultable, resulta evidente que el encargado del funcionamiento puede proceder y a menudo actúa de tal modo. La producción de la carencia axiológica corresponde al más alto grado de predominio del encargado del funcionamiento sobre el autor de la norma.

Cuando hay una laguna es necesario recurrir a la *integración* que, desde el punto de vista de las normatividades aisladas, se denomina *elaboración*. A medida que se pasa de la “autointegración” con elementos tomados del propio ordenamiento a la “heterointegración” mediante consideraciones que le son ajenas, la libertad del encargado del funcionamiento respecto del autor de la norma puede ser mayor. Sea abierta o veladamente, en este caso por manipulación de otras tareas, los encargados del funcionamiento siempre hacen lo que creen al fin valioso²³.

La pretensión de la escuela de la exégesis de negar la diversidad de posibilidades de las soluciones del funcionamiento de las normas y la aspiración “purificadora” de considerar a la norma como un mero marco de posibilidades dentro del cual se produce una elección política y no científica, contribuyeron a apartar al pensamiento jurídico de la vieja retórica y de los campos de desarrollo que ha logrado la teoría de la *argumentación*. Aunque estamos lejos de considerar a todo el funcionamiento como un tipo de argumentación, creemos que ésta ocupa un lugar importante en el relacionamiento del encargado y de los demás partícipes del proceso de funcionamiento con sus respectivos auditorios.

La *aplicación*, tarea que abarca tareas de *encuadramiento* (subsun-

²³ La realización de esta creencia puede llevarlos a una mayor o menor lealtad a los autores de las normas.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

ción) de los hechos en la norma y de *efectivización* de la consecuencia jurídica de ésta, es uno de los mayores espacios en que se juega si habrá sujeción del encargado del funcionamiento al autor y donde más suele producirse el predominio del primero. El reconocimiento, la interpretación y la determinación son a menudo más controlables por el conjunto de la sociedad. Los hechos son en mayor medida ámbito de conocimiento especial de los sujetos del proceso, que dista de esa posibilidad de control.

Cuando varias normas pretenden ser aplicadas en una realidad social que limita las posibilidades del conjunto, se requiere una tarea de *síntesis* que a menudo está a cargo de los propios autores de las normas (por ej. en el concurso de créditos o el concurso real de delitos, donde la realiza el legislador) pero a veces debe ser cumplida por los encargados del funcionamiento normativo (vgr. en los regímenes de visita en el marco familiar). En estos casos, aumentan las posibilidades de predominio de los encargados del funcionamiento.

Las normatividades completas, referencia más tradicional del funcionamiento, suelen presentar contradicciones que los *principios* que las nutren, a los que con frecuencia se remite el pensamiento jurídico actual, no plantean. Esto significa que las tensiones entre los encargados del funcionamiento y los autores disminuyen o se ocultan.

11. En la estructura del ordenamiento normativo, los encargados del funcionamiento y sus normas se encuentran a menudo en niveles inferiores que los autores y sus normas, debiendo relacionarse a través de las vinculaciones verticales de producción y contenido entre las normas, que realizan los valores subordinación e ilación. Sin embargo, existen posibilidades de tensión que la “teoría pura” asumió a través del señalamiento de un “marco de posibilidades” interpretativas y la habilitación, en tanto el *trialismo* puede apreciar como la posibilidad de *triumfo real* del nivel normativamente inferior sobre el superior²⁴. La norma del reparto de funcionamiento y la norma en funcionamiento pueden realizar más o menos el valor *coherencia*.

²⁴ Un resumen de distintas posiciones actuales respecto del funcionamiento de las normas puede v. por ej. en Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial, Jaime Cárdenas, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/7.pdf> (17-10-2002).

c) *Dimensión dikelógica*

12. El encargado del funcionamiento de las normas se encuentra ante un marco de valores que el fundador del trialismo consideró principalmente objetivos (valores “naturales”), pero, a nuestro parecer, pueden ser tratados científicamente sobre bases “construidas”. En ese espacio valorativo suele interesar la asignación de lugares destacados a la *justicia*, la *verdad* y la *utilidad*, cuyas relaciones pueden ser de coadyuvancia o de secuestro del material estimativo que correspondería a un valor por otros valores²⁵. El pensamiento tradicional y la propia teoría trialista asignan especial jerarquía a las referencias de justicia, al punto de que el fundador del trialismo desarrolló una “dikelología” (ciencia de la justicia) en la que sentó las bases de la teoría²⁶.

Los valores deben ser establecidos, asumidos y efectivizados. El funcionamiento de las normas contiene un *funcionamiento de valores*. Sea o no de manera consciente, el encargado del funcionamiento normativo ha de realizar algún tipo de equilibrio entre los valores, más o menos coincidente con el del autor. Las opciones valorativas pueden ser o no las mismas, con alcances totales o parciales.

13. El funcionamiento normativo, con las relaciones inherentes entre autor y encargado, se desenvuelven en la “pantomía” de la justicia, que para que estén a nuestro alcance es necesario recortar mediante “fraccionamientos” productores de *seguridad jurídica*. El encargado del funcionamiento se encuentra ante datos de la realidad que el autor de la norma puede no haber tenido a su alcance, sea porque no existieran o no pudiera conocerlos, de modo que está en condiciones de “desfraccionar” la construcción del espacio de justicia efectuada por el autor. Si prescinde de los significados de tales datos, ateniéndose a lo que tuvo en cuenta el autor, realiza la seguridad; en caso de considerarlos, avanza en la referencia de justicia a costa de generar inseguridad. Entre el autor y el encargado del funcionamiento se desenvuelve una línea de tensión respecto del pasado y el porvenir.

²⁵ Es posible v. nuestro artículo *La justice et la vérité dans le monde juridique* (versión francesa en colaboración), en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXIX, fasc. 4, ps. 446 y ss.

²⁶ Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la justicia (Dikelología)*, Aguilar, Madrid, 1958.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

La posibilidad de considerar las particularidades del caso concreto colocan al encargado del funcionamiento en condiciones de realizar la perspectiva de justicia que suele denominarse *equidad*²⁷. La ubicación posterior en el tiempo permite que el encargado del funcionamiento esté más próximo a la “justicia de llegada”, que se remite más que al equilibrio de origen al que se pretende alcanzar²⁸.

14. Los despliegues formales de la justicia, de cierto modo la “lógica” de la justicia, suelen brindar bases suficientemente sólidas para ser generalmente compartidas como puntos de partida del enfoque científico. En cambio, los contenidos del valor suelen motivar múltiples discusiones que, a nuestro entender, diferente del trialismo originario, sólo pueden ser salvadas con jerarquía científica entre quienes compartan un punto de partida. Es con este carácter “construido” que nos parece satisfactorio el principio supremo planteado por Goldschmidt, al señalar la exigencia de que cada *individuo* reciba la esfera de libertad necesaria para *desarrollarse plenamente*, puede decirse para convertirse en persona.

Entre quienes compartan ese punto de partida puede desarrollarse un análisis dikelógico referido de modo principal a los distintos despliegues de la dimensión sociológica. En tal sentido, es posible reconocer, por ejemplo, que la legitimidad de los repartidores puede apoyarse básicamente en la autonomía de los interesados (con despliegues menores de infraautonomía –por referencia mayoritaria–; paraautonomía –por consenso en la calidad de repartidor– o criptoautonomía –por eventual consenso de los interesados que desconocen el reparto–). Otro título de legitimidad consiste en la aristocracia de la superioridad moral, científica o técnica para producir un objeto justo (por ej. de los médicos en medicina). Entre el encargado del funcionamiento y el autor de la norma suelen existir diferencias, exhibidas por ejemplo en la legitimidad del juez, habitualmente aristocrático-democrática y la legitimidad del autor, a veces más autónoma (vgr. por la legitimidad democrática –infraautónoma– que suele tener

²⁷ Cabe c. nuestro artículo *Comprensión jusfilosófica de la equidad*, en E. D. 155-685 y ss.

²⁸ Es posible c. nuestro estudio *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*, en E. D. 123-715 y ss.

el legislador). El encargado del funcionamiento debe establecer una relación entre la legitimidad del autor y la propia.

El funcionamiento de la norma significa una *responsabilidad* del encargado, sea en cuanto a que el funcionamiento se concrete o acerca del contenido de la norma que se hace funcionar. Los titulares de derechos establecidos en las normas tienen asimismo derechos “secundarios” a que ellas funcionen. El autor de una norma es responsable no sólo de su contenido sino de procurar que ella funcione como se pretende.

El encargado del funcionamiento suele estar en condiciones de producir una forma más apoyada en la *audiencia* de los interesados concretos del caso, en tanto el autor suele apoyarse en una audiencia anterior, a veces más genérica (por ej., en el caso del legislador, a través del procedimiento parlamentario). El encargado del funcionamiento debe realizar algún equilibrio entre los dos tipos de legitimidad “formal”.

Al encargado del funcionamiento le es dada la posibilidad de una legitimidad especial en cuanto a razones, pues puede *fundamentar* en atención a las particularidades del caso. Sin embargo, su propia legitimidad racional es más rica si atiende a las razones del autor.

15. El régimen que de acuerdo con el principio antes indicado puede considerarse justo ha de ser humanista, respetando a cada individuo en su unicidad, su igualdad y su pertenencia a la comunidad. A menudo el autor de la norma, cuando ésta es hecha para diversos casos, significa más atención a la igualdad, pero el encargado del funcionamiento puede atender más a la *unicidad*. Como la unicidad tiende a satisfacerse en el liberalismo político y la igualdad se logra en el curso de la democracia, en este sentido puede afirmarse que el encargado del funcionamiento está acreditado por el liberalismo.

El régimen justo ha de amparar al individuo contra todas las amenazas de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). En esta perspectiva, la tensión entre el encargado del funcionamiento y el autor de la norma corresponde a veces a la *división de poderes* del gobierno, de perspectivas judiciales y administrativas o legislativas, que es instrumento para la protección del gobernado contra el gobernante, re-

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

querida por el liberalismo político. Desde este enfoque, el liberalismo reclama una mayor referencia al autor. La vocación de amparo contra los demás individuos, el propio individuo y “lo demás” suele invitar, sin embargo, al protagonismo del encargado del funcionamiento.

2. *Las ramas del mundo jurídico*

16. El encargado del funcionamiento tiene presente, con especial intensidad, el *complejo* de las ramas del mundo jurídico que al autor de las normas puede resultarle menos reconocible. Ante los casos concretos las ramas muestran vinculaciones tridimensionales muy estrechas, a menudo ocultadas por el legalismo exegético, que estimamos deben ser parte muy relevante de la *Teoría General del Derecho*²⁹.

3. *Horizontes de historia del Derecho y Derecho Comparado*

17. A nuestro parecer, la consideración del desempeño del encargado del funcionamiento de las normas favorece la referencia a la *vida concreta* del Derecho que deben tener la historia del Derecho y el Derecho Comparado³⁰.

III. Conclusión

18. En la tridimensionalidad del mundo jurídico, el encargado del funcionamiento está dentro de un marco normativo, pero éste se desenvuelve asimismo en un espacio de fuerzas y de adjudicaciones, y en un marco de valores. Para reconocer la realidad de nuestra *vida*, referencia central de nuestro interés, importa al fin atender al comportamiento del encargado del funcionamiento en el marco fáctico en relación con el marco normativo y el ámbito valorativo. Su tarea es, al fin, producir en esa situación un reparto valioso.

El pensamiento jurídico, teórico y práctico, no debe desentenderse

²⁹ Pueden v. nuestras *Lecciones de Teoría General del Derecho*, en *Investigación...* cit., Nº 32, ps. 33-76.

³⁰ Es posible v. nuestros trabajos *Estudios de Historia del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; *Filosofía y método del Derecho Comparado*, en L. L. 1989-C-1080 y ss.; *El Derecho Universal*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001.

de la referencia a la realidad social, que es el marco inmemorial nuclear de su importancia. Es más: quizás, con las hermosas y no por eso menos aceptables palabras que Oliver Wendel Holmes dirigía a sus alumnos, pueda decirse *your business as lawyers is to see the relation between your particular fact and the whole frame of the Universe*³¹.

³¹ The Catholic University of America, Office of the President, News, Noble Heritage, Remarks by the Very Rev. David M. O'Connell, C. M., <http://publicaffairs.cua.edu/presmedia/gala1098.htm> (17-10-2002).

En cuanto a la tarea judicial, pueden v. por ej. nuestros estudios *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, en J. A. 15/VII, 1998-III-603/616; *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales*, en *Doxa - Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR* (Buenos Aires, 1997), ps. 78/87; *El trialismo y la crisis de la razón tribunalicia en la postmodernidad*, en *Investigación... cit.*, Nº 28, ps. 23 y ss.; *El juez, el proceso y el estado en la postmodernidad*, en *Investigación... cit.*, Nº 33, ps. 19-23; *El juez en el cambio histórico*, en L. L. del 31-7-2001 –2001-D-1150 y ss.–; *El razonamiento forense en el siglo XXI (su comprensión trialista)*, en *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, ps. 73-98; *Problemática trialista de la tarea de los jueces*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 23, ps. 59-66.

ESCEPTICISMO Y COGNITIVISMO EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN*

por RICCARDO GUASTINI¹

1. Escepticismo

La tesis escéptica en la teoría de la interpretación es muy simple y hasta trivial: todo texto normativo –e incluso cualquier enunciado normativo, cualquier “disposición”, como suele decirse– es de hecho interpretada, por distintos operadores, de maneras diversas e incompatibles entre sí.

Evidentemente, no es ésta una tesis de filosofía del lenguaje²: es, simplemente, una generalización empírica de lo que se observa en la experiencia jurídica.

Ab esse ad posse valet consequentia. Si todos los textos normativos, de hecho, se interpretan de modos diversos, todos los textos normativos son susceptibles de distintas interpretaciones. Cada interpretación atribuye al texto interpretado un significado diferente: de una misma disposición, obtiene distintas normas³. A una multi-

* Traducción: R. A. Guibourg.

¹ Universidad de Génova.

² En particular: no es una tesis de teoría del significado ni sobreentiende una específica teoría del significado.

³ Acerca de la distinción entre “disposición” (enunciado normativo) y “norma” (significado), remito a GUASTINI, R., *Teoria dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, ps. 15 y ss.

RICCARDO GUASTINI

plicidad de interpretaciones corresponde, pues, una multiplicidad de significados. Por lo tanto, todo texto normativo expresa, potencialmente, no un significado unívoco sino una pluralidad de significados que compiten entre sí. *No right answer*: en el sentido de que ninguna pregunta jurídica admite *una sola* respuesta correcta⁴. Toda pregunta de derecho admite una pluralidad de respuestas, ninguna de las cuales –por consiguiente– puede llamarse “correcta” ni, menos aún, “verdadera”.

La tesis escéptica, según la cual no hay significados anteriores a la interpretación⁵, no debe entenderse con el sentido de que antes de la interpretación los textos normativos están desprovistos de *todo* significado, sino en el sentido de que todo texto normativo expresa potencialmente *más de un* significado. La interpretación –la interpretación decisoria (como la llamaremos en el ap. 8), en cuanto se distingue de la interpretación cognitiva– consiste precisamente en elegir dentro de una pluralidad de significados.

Conviene destacar que la multiplicidad de las interpretaciones no depende tanto de la equívocidad –por así decirlo– “objetiva” del lenguaje en el que los enunciados a menudo se expresan, aunque también este factor influye en aquel fenómeno. Las controversias interpretativas dependen más bien:

- (a) Del contexto en el que cada enunciado se inserta, o sea de la multiplicidad de los enunciados normativos (incluso los que no son contiguos ni simultáneos: en el caso límite, todo el ordenamiento) que aparecen contemporáneamente ante el intérprete, y, más aún;
- (b) de las tesis dogmáticas elaboradas por los juristas, antes e independientemente de la interpretación de este o de aquel enunciado normativo determinado: tesis dogmáticas que son distintas

⁴ Distinta, como se sabe, es la opinión de DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, London, 1985, ps. 119 y ss.

⁵ Se trata de una tesis recurrente en los trabajos de TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, en esp. ps. 265 y ss., 389 y ss., 403 y ss.; *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

de las tesis interpretativas⁶, pero cuya interpretación se halla siempre y necesariamente condicionada por ellas⁷.

⁶ Algunos ejemplos: la doctrina según la cual es “principio intrínseco de toda constitución escrita” que “un acto del poder legislativo que no es conforme a la constitución [sea] nulo” (U. S. Supreme Court, “Marbury vs. Madison”, 1803); la doctrina según la cual los tratados internacionales sólo pueden producir efectos jurídicos en las relaciones entre estados; la doctrina según la cual los tratados internacionales pueden producir efectos jurídicos no sólo en las relaciones entre estados, sino también en las relaciones entre el estado y los ciudadanos (doctrina implícita en Corte de Justicia C. E., “Van Gend & Loos”, causa 26/62, 1963); la doctrina según la cual los tratados internacionales pueden producir efectos jurídicos también en las relaciones entre personas privadas (doctrina implícita en Corte de Justicia C. E., “Dufrenne II”, causa 432/75, 1976); la doctrina según la cual el Tratado de la Comunidad Europea no es un acto internacional normal, sino la constitución de un nuevo ordenamiento, al que se hallan sujetos no sólo los estados sino también sus ciudadanos (también Corte de Justicia C. E., “Dufrenne II”, causa 43/75, 1976); la doctrina según la cual el ordenamiento comunitario es un orden jurídico “propio, integrado a los sistemas jurídicos de los Estados miembros” (Corte de Justicia C. E., “Costa”, causa 6/64, 1964; también “Walt Wilhelm”, causa 14/1968, 1969); la doctrina según la cual el ordenamiento comunitario y los de los estados miembros son “sistemas jurídicos autónomos y distintos, aunque coordinados” (Corte const. italiana, 183/1973); la doctrina según la cual toda “institución” presenta ciertas “características esenciales y necesarias” correspondientes a su “función natural” (por ej. Corte const. italiana, 16/1976); la doctrina según la cual, en los ordenamientos democráticos, “todo límite impuesto a los derechos de los ciudadanos requiere el consentimiento del órgano que obtiene directamente de ellos su propia investidura” (Corte const. italiana, 4/1962, 383/1998); la doctrina según la cual hay límites “coesenciales” a cualquier derecho (por ej. Corte const. italiana, 123/162); la doctrina según la cual las normas sobre detención preventiva son normas procesales (acerca de esto, cfr. Corte const. italiana, 15/1982); la doctrina (largamente compartida por los juristas) según la cual en la forma de gobierno parlamentaria el jefe del estado no gobierna, sino cumple una función de garantía de la constitución; la doctrina según la cual, en el sistema italiano, los reglamentos parlamentarios, como fuentes “primarias” subordinadas sólo a la constitución, deben sujetarse al control de legitimidad constitucional (doctrina rechazada por la Corte const. italiana, 154/1985); la doctrina según la cual el poder de designar no implica el poder de revocar; la doctrina según la cual la costumbre internacional es vinculante también para los estados recientemente formados que no hayan contribuido a constituirla; la doctrina según la cual la costumbre internacional no es vinculante para los estados recientemente formados que no hayan contribuido a constituirla.

⁷ La interpretación, entendida con propiedad, no es una actividad omnipresente que agote la tarea de los juristas y, más generalmente, la de los operadores jurídicos.

RICCARDO GUASTINI

2. Una objeción antiescéptica

Contra la tesis escéptica es lícito suscitar una duda: ¿en verdad *todos* los textos normativos son susceptibles de interpretaciones incompatibles entre sí? Parecería que no: ¿no hay acaso, quizá, innumerables enunciados normativos cuyo significado es pacífico, indiscutido?

Si no fuera así, por otra parte, no podría decirse literalmente que existe *alguna* norma: si así no fuese, simplemente no se podría hablar de derecho (por lo menos, no se podría hablar de él como de un

En este contexto interesa ante todo distinguir cuidadosamente las tesis *interpretativas* de las tesis *dogmáticas*.

I. Una tesis interpretativa es, en última instancia, un enunciado de la forma “La disposición D significa S”, o bien “La disposición D expresa la norma N” (me refiero a la interpretación en abstracto: infra, ap. 8). Una tesis interpretativa responde, pues, a la pregunta “¿Cuál es el significado de la disposición D?”, o bien “¿Qué normas expresa la disposición D?”. Por ejemplo, es un problema interpretativo si el principio de la “buena marcha [...] de la administración” (como en el art. 97, inc. 1º, de la Const. italiana) vale o no vale también para los órganos de la administración de justicia (cfr. art. 101, inc. 1º, Const. italiana), o sea para “el orden de las oficinas judiciales y su funcionamiento en el aspecto administrativo” (Corte const. italiana, 281/1995). Y son por lo tanto tesis interpretativas tanto aquella según la cual sí, el principio en cuestión vale también para la llamada administración de justicia, como la tesis según la cual no, dicho principio sólo vale para lo que comúnmente se entiende por administración pública.

II. Por “tesis dogmática” entiendo, trivialmente, las doctrinas elaboradas por los juristas (y por los jueces, desde luego), como por ejemplo la doctrina del gobierno parlamentario o la doctrina de la costumbre internacional. (En rigor, no son tesis dogmáticas tales doctrinas en su integridad, sino los enunciados particulares que las componen; como, por ejemplo, la afirmación de que “En el gobierno parlamentario el jefe del estado no puede legítimamente revocar el gobierno mientras éste conserve la confianza del parlamento”, o la de que “La costumbre internacional se forma con el consenso de los estados y es, por lo tanto, una forma de autoobligación de los mismos estados”). Hay varias especies de tesis dogmáticas y es difícil unificarlas mediante el análisis lógico (cosa que no busco probar aquí). Pero, en este contexto, importa ante todo destacar dos de sus peculiaridades. a) En primer lugar, las tesis dogmáticas *no* son tesis interpretativas: son doctrinas que los juristas construyen de manera independiente de, y en un momento lógicamente anterior a, la interpretación de cualquiera disposición normativa específica. b) En segundo lugar, sin embargo, las tesis dogmáticas condicionan la interpretación, ya orientándola en un sentido con preferencia a otros, ya excluyendo ciertas opciones interpretativas.

conjunto de normas). Desde luego, no podría decirse –como a veces se atreven a decir los realistas, por furia polémica– que todo el derecho es creado por los jueces, ya que no tiene siquiera sentido hablar de los jueces si, antes de la interpretación judicial, no estuvieran pacíficamente identificadas al menos las normas que confieren a ciertos individuos la condición de jueces.

Esta objeción antiescética, pese a su aparente plausibilidad, no alcanza a convencer. Es preciso insistir en que, efectivamente, *todo* texto normativo está sujeto a múltiples interpretaciones, por lo menos desde el punto de vista diacrónico⁸. Veamos por qué.

3. Contraobjeción: la variedad de las controversias interpretativas

La experiencia enseña que no hay un solo tipo de controversias interpretativas, sino muchos. No intentaré siquiera clasificarlas. Me limito a algunos ejemplos.

1. Sucede que un enunciado normativo (una “disposición”, como ahora suele decirse) exprese alternativamente una pluralidad de significados (o “normas”, como también se dice). Dada una disposición D, algunos sostienen que ella expresa la norma N1 y otros que expresa la norma N2 (o tal vez la norma N3, etc.).

Un solo ejemplo. El artículo 31 de la ley italiana 352/1970 establece que “no puede requerirse un referéndum [abrogativo, en el sentido del artículo 75 de la constitución] durante el año anterior al fin del mandato de una de las dos Cámaras...” ¿En qué sentido debemos entender esta disposición? ¿En el sentido de que la solicitud de referéndum no puede formularse en el año solar anterior al fin de una cámara? ¿O en el sentido de que no puede requerirse un referéndum durante los 365 días anteriores a ese momento?

2. Se conviene que cierta disposición D expresa una norma dada N1, pero es dudoso si la disposición expresa también otras normas y,

⁸ Digamos por añadidura que la tesis de que todo el derecho es creado por los jueces es criticable por razones muy distintas. En primer lugar, porque no todos los textos normativos están sujetos a aplicación jurisdiccional, especialmente los textos constitucionales. En segundo lugar, y sobre todo, porque la interpretación judicial está condicionada por la dogmática, que es obra de los juristas y no de los jueces.

RICCARDO GUASTINI

en caso afirmativo, cuáles. Así, por ejemplo, alguien piensa que D expresa sólo N1; otros, que D expresa también N2; otros más, que expresa además N3; etcétera.

Un ejemplo. El artículo 38 de la ley italiana 352/1970 dispone que “si el resultado del referéndum resulta contrario a la abrogación [...] no puede requerirse un referéndum para la abrogación de la misma ley”. No hay dudas de que, en virtud de esta disposición, se halla precluido el requerimiento de un nuevo referéndum cuando el anterior ha sido rechazado por la mayoría de los votos válidos. Pero cabe dudar si esta misma disposición impide un nuevo requerimiento también cuando el referéndum precedente resultó negativo porque no participó en él la mayoría de los que tenían derecho a hacerlo (art. 75, inc. 4º, de la Const. italiana).

3. Se conviene que cierta disposición expresa cierta norma, pero es dudoso si la norma en cuestión es –como suele decirse– “defeasible”⁹, “derrotable”, o sea sujeta a excepciones implícitas no especificadas y, en caso afirmativo, cuáles son esas excepciones¹⁰.

Un par de ejemplos. a) El artículo 100, inciso 2º de la Constitución italiana dispone que el Tribunal de Cuentas “ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno”; es dudoso si la regla

⁹ HART, H. L. A., *The Ascription of Responsibility and Rights*, en *Proceedings of the Aristotelian society*, vol. 49, 1948-49, ps. 171 y ss.; ALCHOURRÓN, C. E., *Para una lógica de las razones prima facie*, en *Análisis filosófico*, Nº 16, 1996, ps. 113 y ss.; ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., *Norma giuridica*, en COMAN-DUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 1996, Ricerche di giurisprudenza analítica*, Turín, 1996, ps. 1 y ss.

¹⁰ Supongamos, a modo de ejemplo, que una norma disponga “Si p, entonces Oq”, que –nótese– implica lógicamente “Si p y r, entonces Oq”. Pues bien, alguien pensará que, en virtud de tal implicación lógica, la consecuencia jurídica “Oq” se produce no sólo cuando la circunstancia “p” sucede aisladamente, sino también cuando la circunstancia “p” se verifica junto con la circunstancia “r” (precisamente, “Si p y r, entonces Oq”). Otros, en cambio, sostendrán que, a pesar de la lógica, la consecuencia “Oq” no se produce cuando las circunstancias “p” y “r” ocurren juntas (Si p y r, entonces no Oq”).

Un clásico ejemplo escolar: una disposición estatuye “No se admiten vehículos en el parque”. Es decir: “Si vehículos (p), entonces obligatorio (O) no entrar en el parque (q). Pues bien, ¿la norma vale o no vale para las ambulancias o los carros de bomberos, que son ciertamente vehículos (p), pero de un tipo especial (r)?

general contiene (tácitamente) excepciones para los actos gubernamentales que tienen fuerza de ley, previstos en los artículos 76 y 77 de la Constitución¹¹. b) El artículo 74, inciso 1º de la misma Constitución confiere al Presidente de la República el poder de suspender la promulgación de las leyes: es dudoso si esta regla general contiene (tácitamente) una excepción para las leyes constitucionales, previstas en el artículo 138 de la Constitución.

4. Se conviene que una disposición dada D –digamos “Si F1, entonces G”, donde F1 representa una clase de casos y G su consecuencia jurídica– rige el caso F1 (“Si F1, entonces G2”). Algunos sostienen, argumentando “a contrario”, que D no rige caso alguno diferente de F1. Otros, en cambio, argumentando “a simili”, piensan que D rige también el caso F2, semejante a F1.

Un ejemplo. El artículo 10, inciso 2º de la ley italiana 533/1973 excluye del impuesto de sellos, de registro y de cualquier otro gasto “los actos y documentos relativos a la ejecución inmobiliaria o mobiliaria de las sentencias emitidas” en los juicios relacionados con créditos laborales, así como los actos y documentos “que se refieran a la recuperación de los créditos por prestaciones de trabajo en los procesos de quiebra, de concordato preventivo y de liquidación administrativa obligatoria”. Hay dudas acerca de si tal disposición, literalmente interpretada, excluye del impuesto *sólo* los actos y documentos mencionados o si, interpretada extensivamente, excluye del impuesto *también* los actos y documentos relativos a juicios que conciernen a acciones subrogatorias o revocatorias y a los embargos preventivos dispuestos en función de estas últimas, promovidos para conservar la garantía patrimonial de los créditos laborales¹².

5. Se conviene que una disposición dada –digamos “Si F, entonces G”– expresa una norma aplicable sólo al caso F (y, por lo tanto, no a los casos distintos de F): caben dudas acerca de si los casos no-F quedan privados de toda regulación o si, en cambio, la disposición en cuestión rige (tácitamente) también los casos no-F atribuyéndoles la consecuencia jurídica opuesta, no-G¹³.

¹¹ Cfr. Corte const. italiana, 406/1989.

¹² Cfr. Corte const. italiana, 227/2001.

¹³ CARCATERRA, G., *L'argomento a contrario*, en CASSESE, S., CARCATE-

RICCARDO GUASTINI

Un ejemplo. El artículo 48, inciso 1º de la Constitución italiana dispone: “Son electores todos los ciudadanos”. ¿Qué sucede con los extranjeros y con los apátridas? Puede sostenerse que la Constitución nada dispone respecto de ellos, y por lo tanto contiene una laguna, o que, por el contrario, la Constitución excluye a los no ciudadanos del derecho de voto en forma positiva, aunque tácita (En el primer caso, la ley ordinaria podría legítimamente extender el derecho de voto a los extranjeros y/o a los apátridas; en el otro, una ley ordinaria que hiciese tal cosa sería constitucionalmente ilegítima).

6. Se conviene que la disposición D1 expresa la norma N1 y que la disposición D2, posterior a D1, expresa la norma N2; se conviene también que N2 está en conflicto con N1. Sin embargo, según algunos N1 debe considerarse derogada en virtud del principio (escrito: art. 15 de las disposiciones preliminares del Cód. Civ. italiano) *lex posterior derogat priori*, mientras que según otros N1 debe entenderse vigente en virtud del principio (no escrito) *lex posterior specialis non derogat priori generali*.

Un ejemplo. En el Derecho italiano, el artículo 11, inciso 5º, d. p. r. 382/1980 (modificado por las leyes 705/1985 y 118/1989) prohíbe a los profesores universitarios de tiempo completo asumir cargos retribuidos por cuenta de cualquier sujeto que no sea una administración del Estado, un ente público o un organismo con participación estatal prevaleciente. El artículo 58, inciso 9º del decreto legislativo 29/1993 (modificado por el art. 26 del decreto legislativo 80/1998), dispone a su vez que “los entes públicos económicos y los sujetos privados no pueden conferir cargos retribuidos a dependientes públicos sin la previa autorización de la administración a la que esos mismos dependientes pertenezcan”. Se sigue, *a contrario*, que los entes públicos económicos y los sujetos privados –como la administración pública (inc. 8º)– *pueden* conferir cargos retribuidos a los dependientes públicos, previa autorización de la administración a la que pertenezcan. Por otra parte, esta norma se aplica a todos los dependientes de la administración pública

RRA, G., D'ALBERTI, M., BIXIO, A. (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994; GUASTINI, R., *Il giudice e la legge*, Turín, 1995, ps. 173 y ss.

mencionados en el artículo 1º, inciso 2º, y en el artículo 2º, incisos 4º y 5º, del mismo decreto legislativo 29/1993: entre ellos se incluyen los profesores e investigadores universitarios de tiempo completo (art. 2º, inc. 5º). Ahora bien, hay que entender que las nuevas disposiciones innovan tácitamente respecto del régimen preexistente de incompatibilidad de los profesores e investigadores de tiempo completo, con lo que también los profesores e investigadores de tiempo completo pueden ahora, previa autorización, aceptar cargos remunerados no sólo de la administración pública (inc. 8º) sino también de entidades económicas públicas y de personas privadas (inc. 9º), o, al contrario, interpretar que las nuevas disposiciones, por ser “generales”, no derogan el anterior régimen “especial” relativo a los profesores universitarios¹⁴.

Las controversias del primer tipo, y sólo ellas, configuran una situación en la que puede decirse que, frente a una disposición normativa dada, no hay norma alguna antes de la interpretación. Y la objeción antiescéptica estaría bien fundada si el escepticismo pretendiera que todas las controversias interpretativas son de este tipo. Pero no es así.

El escepticismo no afirma que toda disposición esté sujeta a dos (o más) interpretaciones *alternativas* (controversia del primero de los tipos enumerados). Pretende que, aun cuando las controversias del primer tipo son (relativamente) raras, las de los tipos restantes son muy frecuentes. Tan frecuentes que, puede decirse, no hay disposición normativa alguna que –al menos del punto de vista diacrónico– esté exenta de algún tipo de controversia.

En otras palabras: la existencia de disensos interpretativos no ex-

¹⁴ Podrían enumerarse otras controversias interpretativas características. Por ej.:

a) Se conviene que cierta disposición D1 *no* expresa la norma N, “Si F, entonces G”, y por tanto *no* rige la clase de casos F. Sin embargo, según algunos, la norma N es expresada por la disposición D2, y por lo tanto la clase F está regulada en el ordenamiento. Otros, por el contrario, consideran que la norma N no está expresada por disposición alguna, de modo que la clase F no se halla regulada por ninguna norma: el ordenamiento tiene una laguna en relación con F.

b) Se conviene que la disposición D1 expresa la norma N1. Sin embargo, según algunos, la disposición D2 expresa la norma N2 que está en conflicto con N1, por lo que N1 debe considerarse inválida o derogada. Otros, en cambio, entienden que la disposición D2 expresa la norma N3, que no está en conflicto con N1, y en consecuencia N1 ha de juzgarse válida y vigente.

RICCARDO GUASTINI

cluye la existencia de consensos interpretativos. Pero es verdad también lo opuesto: la existencia de consensos interpretativos (presentes) no excluye la existencia de disensos interpretativos (presentes y futuros).

Por otra parte, las controversias interpretativas no son eternas ni están destinadas a quedar sin solución. Al contrario, es bastante normal que las controversias se aplaquen y que la interpretación de cierta disposición se estabilice. Esto no excluye, sin embargo, que nuevas controversias interpretativas se susciten en adelante, volviendo a poner en discusión un significado que ya parecía establecido.

Pero al fin, para decirlo francamente: admitido también que existen (raros) enunciados normativos cuyo significado nadie controvierte, este punto carece de todo interés para la teoría de la interpretación. Los juristas discuten, los abogados litigan, la jurisprudencia no es uniforme y está sujeta a *revirements*. El que quiera fundar una teoría de la interpretación, no sobre *estos* fenómenos (macroscópicos), sino sobre los microscópicos (y acaso inexistentes) fenómenos del consenso interpretativo no merecería siquiera que lo escucháramos educadamente.

Podemos decirlo así: una buena teoría de la interpretación debe tener por objeto lo que Jerzy Wróblewski llamaba “interpretación *stric-tissimo sensu*”, es decir la interpretación entendida como solución de las dudas en torno del significado¹⁵. Si no hay duda, no hay controversia. Si no hay controversia (hay siempre interpretación, desde luego pero) no hay fenómenos relevantes para la teoría de la interpretación.

4. Escepticismo extremo

Se encuentra en la literatura una variante del escepticismo, que llamaré escepticismo extremo. La tesis del escepticismo extremo es que, por así decirlo, en el juego de la interpretación *anything goes*. En el sentido de que los intérpretes –especialmente los jueces, y más aún los de última instancia– pueden atribuir a cualquier texto normativo *cualquier significado* y que, por otra parte, no hay modo de discriminar entre la interpretación genuina, es decir escogida entre otros signifi-

¹⁵ WRÓBLEWSKI, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, II ed., Helsinki, 1983, en esp. ps. 71 y ss.

cados posibles, y la creación de significados “nuevos”¹⁶. A favor de esta tesis, se puede aducir –y a veces se aduce– un argumento tomado de Hans Kelsen, uno de los fundadores de la teoría escéptica de la interpretación¹⁷.

Las tesis de Kelsen en materia de interpretación pueden reformularse y sintetizarse como sigue:

1) Todo texto normativo ofrece a los intérpretes, no ya una sola posibilidad de interpretación, sino un “marco” de múltiples interpretaciones diversas, igualmente posibles o admisibles. Dicho de otro modo, todo texto normativo expresa potencialmente más de un significado. Digamos: S1, S2 y S3.

2) Constituye interpretación “científica” –o cognitiva– la verificación de tales significados (“El texto T puede interpretarse en el sentido S1, o en el sentido S2, o en el sentido S3”).

3) Constituye interpretación “política” –o decisoria– la elección de uno de esos significados (por ej.: “El texto T significa S2”).

4) La interpretación “política”, en este sentido, puede ser ejercida por los juristas o por los órganos de aplicación.

4.1) La interpretación política ejercida por los juristas es una mera directiva *de sententia ferenda*, desprovista de efectos jurídicos.

4.2) La interpretación política ejercida por un órgano de aplicación, en cambio, constituye interpretación “auténtica”, en el sentido de que produce efectos jurídicos, al menos provisionales e *inter partes*.

5) A veces los intérpretes, y especialmente los órganos de aplicación, “salen” sin embargo del marco de los significados abstractamente posibles y atribuyen al texto normativo en cuestión un significado “nuevo”, que no encaja entre los verificados o verificables mediante interpretación científica (por ej., “El texto T significa S4”).

6) A pesar de todo, el derecho positivo (y muchos ordenamientos, si no todos) atribuye consecuencias jurídicas –al menos provisionales y al menos *inter partes*– a cualquier decisión interpretativa de los

¹⁶ Cfr. especialmente TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'état*, Paris, 2001, Caps. V y VI.

¹⁷ KELSEN, H., *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Turín, 1989, ps. 107 y ss.; KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto* (1960), Turín, 1966, Cap. VIII.

RICCARDO GUASTINI

órganos de aplicación, incluso a las decisiones que caen “fuera” del marco. De este modo, también la interpretación que atribuye al texto normativo en cuestión el significado S4 constituye interpretación “auténtica” (en el sentido en el que Kelsen usa esta palabra): es decir, produce efectos jurídicos.

Pues bien, el argumento que puede sostenerse a favor del escepticismo extremo es precisamente la última de las tesis kelsenianas precedentemente expuestas: el derecho positivo no distingue entre interpretaciones que caen “dentro” del marco e interpretaciones que quedan “fuera” de él; también la interpretación que atribuye a un texto normativo un significado imprevisible (no verificado ni verificable en el ámbito de la interpretación científica) constituye una interpretación “auténtica” y produce por lo tanto los efectos jurídicos que le son propios como cualquier otra interpretación. En este sentido, *anything goes*: para el derecho positivo una interpretación vale tanto como otra.

5. Una objeción moderada: el marco tomado en serio

Las tesis de Kelsen son, a mi modo de ver, irrefutables. Todas: incluso la última y sobre todo ella. Pero la teoría kelseniana de la interpretación se agota en las cinco primeras tesis. La última tesis no dice nada acerca de la interpretación. Su objeto no es la interpretación, sino la eficacia jurídica que el derecho positivo concede, en muchos ordenamientos, a las decisiones interpretativas de los órganos de aplicación.

La última tesis kelseniana, en suma, *no* es una tesis de la teoría de la interpretación: es sólo una descripción del derecho positivo vigente. Esta tesis, por lo tanto, no puede adoptarse para sostener que todas las interpretaciones son equivalentes *desde el punto de vista de la teoría de la interpretación*: todas las interpretaciones son equivalentes sólo *desde el punto de vista del derecho positivo*, que es algo diferente¹⁸.

¹⁸ En realidad, alguien podría objetar: ni siquiera desde el punto de vista del derecho positivo todas las interpretaciones son equivalentes, ya que las interpretaciones fuera del marco, como provisionalmente eficaces, son susceptibles de anulación. Pero la objeción es infundada. En primer lugar, porque ella no vale para las decisiones

La teoría de la interpretación tiene por objeto –si se me perdona la trivialidad– la interpretación: no la aplicación, ni las normas jurídicas que rigen sus efectos. Para la teoría de la interpretación no es irrelevante –al contrario, es muy interesante– distinguir:

a) Por una parte, la interpretación de los textos normativos, o sea la identificación de las normas, de la aplicación de las normas previamente identificadas;

b) por otra parte, la elección de un significado (en el ámbito de una pluralidad de significados posibles preexistentes) de la creación de significados nuevos.

El escepticismo extremo tiende a perder de vista por lo menos la segunda de estas distinciones.

Y, de todos modos, el escepticismo no tiene necesidad alguna de sostener que todas las interpretaciones son equivalentes. En rigor, ni siquiera tiene necesidad de mostrar que, de hecho, los jueces crean a veces significados nuevos, no incluidos en el “marco”. Esto es fácilmente apreciable para cualquier jurista, pero al mismo tiempo es problemático, ya que puede resultar extremadamente difícil discriminar en concreto entre los significados que entran en el marco y los significados que quedan fuera de él: el propio marco, de hecho, puede ser objeto de controversia.

Para el escepticismo es suficiente mostrar que los jueces siempre tienen discrecionalidad, ya que siempre tienen la posibilidad de escoger entre una pluralidad –un marco, precisamente– de significados. Y esta tesis, aun si no puede demostrarse (como cualquier otra ley empírica), es confirmada sin embargo por infinitos ejemplos. Quien no la comparta puede tomar a su cargo desmentirla mencionando al menos un ejemplo contrario.

6. Antiescepticismo

Sin embargo, la teoría contemporánea de la interpretación parece dominada por un paradigma antiescético, cuyos conceptos fundamen-

interpretativas de los órganos jurisdiccionales de última instancia. En segundo lugar, porque también las decisiones interpretativas que caen dentro del marco son anulables, cuando no han sido pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de última instancia.

RICCARDO GUASTINI

tales son: “open texture”, “core” vs. “penumbra”, “easy cases” vs. “hard cases”. Los jueces –se dice– no siempre tienen discrecionalidad, ya que no todos los casos son “difíciles” o “dudosos”; hay también casos “fáciles” o “claros” –y son incluso la mayoría– para los cuales no hay sino una sola solución correcta¹⁹.

La teoría de la “open texture” no es una forma moderada y por lo tanto aceptable del escepticismo, como algunos opinan. No es siquiera una vía media entre cognitivismo y escepticismo, como creen sus mismos sostenedores. Es, por el contrario, una teoría neoformalista: en primer lugar, porque niega que los intérpretes tengan *siempre* discrecionalidad (no todos los casos son “dudosos”); en segundo lugar, porque demuestra creer que los casos “dudosos” son, después de todo, *marginales*²⁰.

La idea que sirve de telón de fondo a la distinción entre casos “claros” y casos “dudosos” es que los problemas de interpretación derivan –acaso no exclusivamente, pero por cierto de manera principal– de la “open texture”, o sea de la vaguedad propia del lenguaje en el que las normas jurídicas se formulan, y más precisamente de la vaguedad de los predicados, de los términos que denotan clases.

Importa, sin embargo, destacar que la vaguedad es una propiedad de los significados, no de los enunciados: de las “normas”, no de las “disposiciones”. Por lo tanto, la teoría de la “open texture” no tiene por objeto la individualización de las normas, sino la aplicación de las normas, previamente individualizadas, a casos concretos. Ella acep-

¹⁹ HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, ps. 49 y ss.; íd., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, Cap. VII; CARRIÓ, G. R., *Sull'interpretazione giuridica*, en COMANDUCCI y GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico* cit., ps. 128 y ss.; BULYGIN, E., *Sull'interpretazione giuridica*, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analítica*, Turín, 1992, ps. 1 y ss.. Críticas en GUASTINI, R., *Trama aperta, scienza giuridica, interpretazione*, en SCARPELLI, U., DI LUCIA, P. (eds.), *Il linguaggio del Diritto*, Milano, 1994, ps. 467 y ss.; GUASTINI, R., *Interprétation et description de normes*, en Amselek, P. (ed.), *Interprétation et droit*, Bruselas, 1995, ps. 89 y ss.

²⁰ Cfr. BARBERIS, M., *Lo scetticismo imaginario*, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analítica*, Turín, 2001, ps. 1 y ss.

ta, pues, que la interpretación se resuelve, en última instancia, allí: en la aplicación de las normas a los casos concretos.

No es así. La interpretación doctrinaria no se resuelve en la aplicación de las normas a los casos concretos: la doctrina, por lo regular, se limita a identificar las normas, sin considerar uno u otro caso concreto. Y la interpretación judicial, por su parte, se resuelve, en efecto, en la aplicación de las normas a los casos concretos, pero presupone la previa identificación de las normas a aplicar. Mas, justamente, la teoría de la “open texture” nada dice acerca de la identificación de las normas, acerca de los procedimientos intelectuales que, de la disposición, conducen a la norma: del enunciado al significado.

Ahora bien, se puede conceder –por vía de hipótesis– que, una vez individualizada la norma, algunos casos (oportunamente descriptos, por otra parte) admiten una y sólo una solución, es decir, caigan unívocamente en el campo de aplicación de la norma en cuestión. Pero es precisamente en la individualización de la norma, no en su aplicación a uno u otro caso concreto, donde se ejerce primariamente la discrecionalidad interpretativa.

7. La doble indeterminación del derecho

El derecho presenta una doble indeterminación, a la que corresponden dos problemas distintos de la interpretación²¹.

1) En primer lugar, es indeterminado el ordenamiento: en el sentido de que es dudoso cuáles normas pertenecen a él (o están vigentes en él, como diré por razones de simplicidad).

2) En segundo lugar, es indeterminada cada una de las normas vigentes: en el sentido de que es dudoso cuáles casos caen en su campo de aplicación.

La indeterminación del ordenamiento suscita problemas de identificación de las normas vigentes. Éste es, precisamente, el objeto de las controversias interpretativas sumariamente analizadas más arriba (ap. 3).

²¹ GUASTINI, R., *L'interpretazione dei testi normativi*, en BESSONE, M. (ed.), *Lineamenti di Diritto Privato*, II ed., Turín, 2001, ps. 24 y ss.

RICCARDO GUASTINI

La indeterminación de las normas suscita en cambio problemas de subsunción, o sea problemas de verificación del contenido de las normas previamente identificadas como vigentes. La teoría de la “open texture” sólo ve este fenómeno y parece obsesionada con él.

Es evidente que los problemas de indeterminación del ordenamiento son lógicamente anteriores a los problemas de indeterminación de cada norma, en el sentido de que exigen una solución lógicamente previa e independiente.

Es claro, por otra parte, que los problemas de uno u otro tipo se entrelazan en cualquier práctica interpretativa y que incluso ese vínculo es inextricable en la práctica de los órganos jurisdiccionales. De todos modos, se trata de problemas conceptualmente distintos.

8. Tipología de la interpretación

La distinción recién introducida –indeterminación del ordenamiento vs. Indeterminación de las normas– sugiere ulteriores distinciones²².

1) El fenómeno de la indeterminación del ordenamiento sugiere distinguir –en las huellas de Kelsen– entre la interpretación entendida como actividad de verificación de los múltiples significados y la interpretación entendida como actividad de decisión de un significado determinado.

1.1) La interpretación del primer tipo (la interpretación-verificación, o interpretación *cognitiva*, como propongo llamarla) puede consistir, según los casos, en una o en otra de dos cosas:

- a) En comprobar las diversas interpretaciones que cierto enunciado normativo, de hecho, ha recibido, y los diversos significados que le han sido atribuidos, por ejemplo, por los jueces, o por los juristas, o por unos y otros: “El artículo x de la ley y ha sido interpretado (en jurisprudencia, en doctrina) en los sentidos S1, S2 y S3”;

²² GUASTINI, R., *Interpretive Statements*, en GARZÓN VALDÉS, E.; KRAWIETZ, W.; VON WRIGHT, G. H. y ZIMMERLING, R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, 1997.

b) en conjeturar los diversos significados posibles de un enunciado, teniendo en cuenta las reglas del idioma, las técnicas interpretativas en uso, las tesis dogmáticas difundidas en la cultura jurídica actual, etcétera: “El artículo x de la ley y podría ser interpretado en los sentidos S1, S2 y S3”.

1.2) La interpretación del segundo tipo (la interpretación-decisión, o interpretación *decisoria*, como propongo llamarla) consiste en cambio en decidir el significado de un enunciado normativo, en escoger –entre los diversos significados posibles de un enunciado, o entre aquellos que efectivamente se le han atribuido– un significado determinado con preferencia a todos los demás: “El artículo x de la ley y significa S1”.

Se entiende que la interpretación decisoria presupone la interpretación cognitiva. La interpretación cognitiva pone a la vista, por así decirlo, la indeterminación del ordenamiento; la interpretación decisoria la resuelve.

1.2.1) La interpretación decisoria, así definida, es distinta de la interpretación que podemos llamar *creativa*, que ya no consiste en atribuir a un enunciado uno u otro de los significados verificados o verificables en el ámbito de la interpretación cognitiva, sino en atribuirle un significado completamente “nuevo”, no incluido en el grupo de los significados verificados o verificables mediante interpretación cognitiva.

2) El fenómeno de la indeterminación de las normas (el de la vaguedad de los significados) sugiere distinguir entre la interpretación “en abstracto” de un enunciado normativo y la aplicación “en concreto” de la norma así obtenida a un caso particular.

2.1) La *interpretación en abstracto* –o interpretación por antonomasia– consiste en determinar el significado de un texto normativo, en determinar, por lo tanto, qué normas expresa ese texto, sin referirse a ningún caso concreto. Puede tratarse, como hemos visto en el punto precedente, de una interpretación cognitiva, de una interpretación decisoria o de una interpretación creativa.

2.2) La *interpretación en concreto* –o subsunción– consiste en aplicar o no aplicar a un caso concreto la norma previamente individualizada (decidida) en el ámbito de la interpretación en abstracto: en

RICCARDO GUASTINI

decidir si un caso concreto dado cae o no cae en el campo de aplicación de la norma. La interpretación en concreto, cuando es ejercida por los jueces o por la administración, coincide trivialmente con la *aplicación* de una norma a un caso concreto.

Conviene insistir en que la interpretación en concreto presupone la interpretación en abstracto. La interpretación en abstracto obtiene, de los enunciados normativos, normas fatalmente vagas, de contornos indefinidos. La interpretación en concreto reduce la vaguedad de las normas, al decidir si la norma de la que se trata es o no es aplicable al caso en cuestión.

En suma, la interpretación en abstracto constituye interpretación del derecho sin ulteriores especificaciones: si bien no agota la actividad interpretativa, es ciertamente la interpretación por excelencia. La interpretación en concreto constituye más bien aplicación del derecho y es, de todos modos, inseparable de la aplicación de la norma a casos concretos.

La teoría antiescéptica hoy dominante –la teoría de la “open texture”– es una teoría coja, incompleta, ya que circunscribe su horizonte a la interpretación en concreto (en último análisis, a la aplicación) y no dice nada acerca de la interpretación en abstracto.

LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS “TEORÍAS DOGMÁTICO-JURÍDICAS” COMO “CÁLCULOS INTERPRETADOS”

El problema del carácter empírico de la identificación de normas

por GUILLERMO LARIGUET*

“Por cierto que se trata de una ciencia de estructura compleja, cuyo análisis categorial conviene emprender cautelosamente. Ese conocimiento no puede considerarse concluso y terminado en momento alguno. La ciencia jurídica en que una sociedad objetiviza sus pautas normativas y valorativas es un momento de la historia de esa sociedad. Una sociedad tan perfectamente lúcida y racional que pretenda contar con un conocimiento suficiente y completo de sus propias estructuras es más un ideal de la razón que una realidad históricamente identificable”¹.

“...a ello se añade que el especialista ha de tener una idea de la manera en que, no solamente su tema, sino también los métodos y principios de su forma de pensar sobre él, entran en el paisaje inte-

* Conicet. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, U. N. de Córdoba, Argentina. Este trabajo ha sido distinguido con el Premio al Joven Investigador por la AAFD a través de un jurado compuesto por los Profs. Bulygin, Cárcova, Vernengo, Álvarez Gardiol y Ciuro Caldani. Deseo agradecer las sugerencias y observaciones que los Profs. Eugenio Bulygin, Pablo Navarro y Paolo Comanducci hicieron a la versión previa a la publicación del trabajo.

¹ VERNENGO, Roberto, *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 34.

GUILLERMO LARIGUET

lectual; la reflexión filosófica sobre una disciplina especial cualquiera puede llevar a la conclusión de que el estudioso *ideal* de tal disciplina debería ver su tema, y la manera de pensar sobre él, a la luz de una penetración reflexiva en la totalidad del paisaje intelectual”².

Resumen: El propósito de este trabajo consiste en reconstruir algunos de los presupuestos epistemológicos subyacentes al modelo de reconstrucción racional propugnado por Alchourrón y Bulygin. En la primera parte del trabajo (desde la introducción hasta la sección 4) trato de mostrar que este modelo reconstruye las teorías dogmático-jurídicas en términos de una concepción epistemológica estándar: las teorías como “cálculos interpretados”. En la segunda parte (sección 4 y subsecciones 4.1, 4.2 y 4.3), me concentro exclusivamente en el problema del carácter empírico de la identificación de normas, es decir, en el problema de conectar la noción de identificación de normas con la noción de interpretación empírica de un cálculo. El hecho de que me concentre en este problema obedece, entre otras razones, a las siguientes: en primer lugar, porque, en el modelo, la noción de identificación ha merecido una atención mínima. Ello es así porque, para Alchourrón y Bulygin, la identificación es una instancia subalterna de otra de mayor enjundia epistémica: la sistematización. En segundo lugar porque el carácter “empírico” de las normas y de la identificación es una cuestión filosóficamente reñida. Dogmáticos y filósofos del derecho sostienen que este carácter empírico no captura la genuina relevancia epistémica peculiar de la dogmática: su “normatividad”. Por este motivo, trato de hacer epistemológicamente inteligible cómo es posible entender empíricamente las normas y la identificación. Distingo, para esto, tres operaciones intelectualmente discernibles: identificación de existencia de normas, identificación de los ámbitos internos de aplicabilidad de las normas e identificación del significado de las formulaciones normativas. En este sentido, discuto algunas de las dificultades conceptuales que pueden surgir en la consideración empírica de cada una de estas operaciones.

En las consideraciones finales (sección 5), suministro una breve

² SELLARS, W., *La Filosofía y la imagen científica del hombre*, en MUGUERZA, Javier (comp.), *La concepción analítica de la Filosofía*, Alianza, Madrid, 1986, p. 647.

recapitulación del trabajo. Sostengo que mi reconstrucción sugiere la existencia, en el modelo de Alchourrón y Bulygin, de un compromiso conceptual con tesis centrales del positivismo metodológico. A partir de esta sugerencia, destaco la necesidad de explorar filosóficamente en un problema que el trabajo presupone pero no discute: el problema de si el modelo puede reputarse filosóficamente plausible en orden a reconstruir la relevancia epistémica peculiar de la dogmática; relevancia que habitualmente se asocia con el carácter "normativo" de ésta. Afirmando que este carácter alude oscuramente a muchas tesis y problemas filosóficos diferentes; al menos a dos: una concepción ontológica de las normas y una concepción epistemológica acerca de cómo debiera reconstruirse la actividad teórica de los dogmáticos. Finalmente, sugiero explorar el problema de la normatividad de la dogmática a través de dos modelos epistemológicos alternativos: por un lado, el propuesto por Kelsen y, por el otro, el propuesto por Dworkin.

1. Introducción

El ideal racional según el cual los dogmáticos del derecho construyen "teorías" tales como la teoría de la "compraventa", de la "persona", del "delito", del "acto de comercio", del "negocio jurídico", del "daño ambiental", etcétera, ha servido para sostener el *carácter científico* de la dogmática jurídica en la medida en que se acepta una tesis básica: una ciencia es una compleja articulación de teorías y conceptos.

Resulta notorio, con todo, que la estructura lógica, contenido y funciones de estas construcciones dogmático-jurídicas nos resultan aun, en cierta medida, ignotas. Esto se debe a que el análisis categorial de la dogmática jurídica es una empresa complicada. Síntoma de ello es la persistencia de preguntas como las siguientes: ¿Cuál es el 'status' de la llamada dogmática jurídica en el paisaje global del conocimiento científico? ¿Qué comparte con ciencias –bien definidas– como las empíricas y las formales?

Me ocuparé de analizar estas dos preguntas desde una perspectiva que tome en consideración las relaciones conceptuales posibles entre las teorías dogmático-jurídicas y las teorías de las ciencias empíricas

GUILLERMO LARIGUET

y formales. Desde esta perspectiva, una empresa atractiva puede consistir en explorar y discutir algunas de las consecuencias conceptuales que podrían seguirse de adoptar determinados modelos de reconstrucción, especialmente el promovido por Alchourrón y Bulygin. Para ello, en la *sección 2*, introduciré un criterio –que goza de amplia aceptación en filosofía de la ciencia– para la clasificación de las teorías científicas, considerando, para ello, los rasgos epistemológicos básicos de la noción formal de teoría (*subsección 2.1*) y de la noción empírica (*subsección 2.2*). En la *sección 3*, introduciré la suposición de que en la propuesta de Alchourrón y Bulygin subyace un *ideal epistémico-racional* según el cual es posible reconstruir las “teorías dogmático-jurídicas” como el resultado de una *combinación* de los aspectos conceptuales nodales de las *dos nociones* de teoría descriptas. Esta suposición implica, a su vez, una reconstrucción conjetural del tipo de teoría en el que están pensando Alchourrón y Bulygin. En efecto: mi conjetura se basará en la suposición de que ellos reconstruyen las teorías dogmáticas en términos de “cálculos interpretados”. Para intentar mostrar esto, describiré en la *subsección 3.1* los aspectos relevantes del modelo de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin con relación a la actividad teórica de los dogmáticos del derecho. Como en el modelo de teorías como cálculos interpretados la *interpretación empírica* tiene una función epistémica primordial, en este trabajo, me concentraré exclusivamente en examinar, en la *sección 4*, qué relación tiene esta operación con la que, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, realizan los dogmáticos del derecho: la *identificación de normas*. Para comprender, sin embargo, algunas de las dificultades conceptuales que existen para considerar empírica a esta operación, distinguiré en ella tres sentidos diferentes. El primer sentido estará reflejado en la *subsección 4.1*, referida a la identificación de las “normas”³ “existentes”. El segundo

³ Al igual que Alchourrón y Bulygin, utilizo el término “norma” (o “enunciado normativo”) para cubrir conceptualmente no sólo normas jurídicas sino una variedad de enunciados distintos (definiciones, mensajes políticos, principios jurídicos, etc.) que los juristas en general aceptan como integrantes del derecho y de sus razonamientos teóricos o justificatorios. Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 103-107; BULYGIN, Eugenio, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, en *Doxa*, 1992, p. 257.

sentido, por su parte, será analizado en la *subsección 4.2* referida a la identificación de los ámbitos internos de validez de las normas. El tercer sentido, finalmente, será examinado en la *subsección 4.3*, considerando el problema de la identificación del significado de las formulaciones normativas. Finalmente, en la *sección 5*, efectuaré las correspondientes consideraciones finales.

2. Las teorías científicas: la noción formal y la noción empírica

Las teorías científicas constituyen estructuras lingüísticas complejas. Básicamente, estas estructuras se expresan a través de proposiciones y conceptos, y el uso de determinadas reglas de inferencia.

Las proposiciones de una teoría expresan ciertas afirmaciones sobre una porción de la realidad, así, por ejemplo, la termodinámica sobre sistemas que interaccionan intercambiando energía, la genética mendeliana sobre la transmisión de rasgos en la generación de seres vivos, la aritmética de Peano sobre los números naturales y sus propiedades⁴, las teorías dogmático-jurídicas –se supone– sobre el *significado normativo* de ciertas acciones sociales, etcétera.

Es claro que no se trata de cualquier clase de afirmaciones: debe tratarse de expresiones lingüísticas informativas, sintácticamente bien formadas, que configuren una determinada estructura lógica, es decir, que estén relacionadas deductivamente y en forma consistente.

De acuerdo con un criterio bastante aceptado, las teorías científicas pueden clasificarse en formales y empíricas. La noción formal de teoría se expresa en la noción de cálculo axiomático. La diferencia entre ambas teorías es que mientras la noción de cálculo agota el análisis de las teorías formales, no lo hace con la noción empírica de teoría⁵. Las teorías empíricas –a diferencia de las teorías puramente formales– tienen una dimensión empírica que es la que, a su tiempo, sirve para poner a prueba las afirmaciones que constituyen esa teoría.

⁴ DIEZ, José, y MOULINES, Ulises, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona, 1997, ps. 266-267.

⁵ DIEZ y MOULINES, ob. cit., p. 268.

GUILLERMO LARIGUET

2.1. *La noción formal*

La noción formal se constriñe al aspecto sintáctico de las afirmaciones (reglas de formación) y a la posibilidad de extraer consecuencias lógicas de ellas (reglas de transformación)⁶. Esto significa que la teoría se puede “concentrar” en algunas afirmaciones, de las que se deriven –por aplicación de determinadas reglas de inferencia– todas las restantes. Las afirmaciones que concentran el contenido conceptual de una teoría se denominan axiomas y tienen carácter primitivo en la estructura. Las afirmaciones que se derivan de los axiomas se denominan teoremas. Lo interesante es que se supone que los teoremas *ya están contenidos implícitamente* en las afirmaciones primitivas, esto es, ya existía una *teoría completa* que había que desplegar conceptualmente⁷.

La deducción de consecuencias lógicas es un paso que permite expandir el contenido conceptual completo de una teoría. Pero no se trata, por definición, de una expansión innovadora sino conservadora⁸. Los teoremas no contienen información nueva; sólo hacen explícita información que ya estaba contenida implícitamente en los axiomas. Es cierto: para que esto sea así, es preciso que los axiomas constituyan un conjunto suficiente de afirmaciones, es decir, un conjunto completo en que todas las afirmaciones válidas de la teoría sean tesis del sistema.

Con todo, que de los axiomas puedan obtenerse consecuencias lógicas no significa que estemos ante una buena axiomatización; si así fuera, cualquier conjunto de afirmaciones ya sería un buen conjunto de axiomas. En realidad, una buena axiomatización se logra una vez que se ha logrado dar una versión lo más “resumida” o “concentrada” posible de una teoría, esto es, un conjunto mínimo de axiomas que sean independientes entre sí (no redundantes).

Siendo así, una teoría es un conjunto de afirmaciones que *debe ser*

⁶ Cfr. CARNAP, Rudolf, *Filosofía y sintaxis lógica*, en MUGUERZA, *La concepción analítica de la Filosofía* cit., ps. 308-311.

⁷ DIEZ y MOULINES, ob. cit., p. 268.

⁸ Esta afirmación permite mostrar el equívoco de AARNIO, Aulis cuando, en *On Changes in the Systematics of Law*, *Rechtstheorie*, 10, 1986, al criticar a Alchourrón y Bulygin, sostiene que la sistematización “cambia” los sistemas.

completo, consistente e independiente. Éstas son condiciones *ideales* que, a la postre, permiten evaluar o elegir teorías alternativas. Esto es así porque, dada una teoría en sentido latente o intuitivo, es posible formar distintos subconjuntos axiomáticos alternativos, algunos de los cuales cumplan todas las condiciones. Es importante reconocer que antes de la axiomatización las afirmaciones teóricas están, por decirlo de alguna manera, al mismo nivel. Luego de la axiomatización las afirmaciones son jerarquizadas epistémicamente pues, ahora, existen afirmaciones más fundamentales que otras. Esto no debe conducir a pensar que axiomatizar equivale simplemente a poner orden en un conjunto de afirmaciones. Axiomatizar importa, también, la necesidad de elegir entre varias representaciones axiomáticas alternativas pues, como sostuvo, en una de las axiomatizaciones pueden encontrarse, por ejemplo, afirmaciones incompatibles. Esto explica, por ejemplo, la aparición de las geometrías no euclídeas que surgieron del intento de probar la independencia en la geometría euclídea del axioma de las paralelas respecto de las restantes⁹.

2.2. *La noción empírica*

La vinculación conceptual de la noción empírica de teoría con la noción formal se debe a la pretensión racional de aplicar a las teorías empíricas la estructura lógica que define a las teorías formales. De ser posible esta aplicación, las teorías empíricas, al igual que las teorías formales, constituirían también una organización sistemática de enunciados informativos. No obstante, la noción empírica de teoría presenta una peculiaridad frente al conocimiento puramente sintáctico de las teorías formales. Esta peculiaridad descansa en el hecho de que las afirmaciones de las teorías empíricas tienen contenido empírico, esto es, son susceptibles de ser puestas a prueba por cierta clase de hechos. Esto es así porque las afirmaciones, en rigor, *refieren*¹⁰ a entidades del mundo empírico. Las entidades a las que refieren estas afirmaciones constituyen el "significado" del sistema.

⁹ DIEZ y MOULINES, ob. cit., p. 272.

¹⁰ Por supuesto: las teorías formales tienen una *referencia* "extralingüística" al sistema (o conjunto de sistemas posibles) en que sus afirmaciones pueden ser satisfechas en forma parcial o completa.

GUILLERMO LARIGUET

Se trata, ahora, de “cálculos axiomáticos interpretados”¹¹. ¿Qué significa “interpretar”? Básicamente la posibilidad de conectar el formalismo abstracto de los axiomas con situaciones de la experiencia que pongan a prueba el valor de verdad de las afirmaciones contenidas en ellos. Debe ser posible deducir afirmaciones que tengan un grado de conexión u observabilidad más próximo a la realidad. La manera de producir esta interpretación es a través de reglas de correspondencia que conecten los axiomas –en principio, vacíos de contenido– con términos observacionales. Las teorías empíricas son, pues, cálculos axiomáticos, pero empíricamente interpretados y en esto reside su peculiaridad.

3. Las teorías dogmático-jurídicas en el modelo de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin

Alchourrón y Bulygin han propuesto un sofisticado modelo de reconstrucción racional de la actividad teórica de los dogmáticos del derecho. A los efectos de este trabajo, *supondré* que ellos han estado pensando las *teorías dogmático-jurídicas* conforme al *modelo de teorías como cálculos interpretados*. Esta suposición se apoya en el hecho de advertir el fuerte paralelismo existente entre, por un lado, la identificación –como una actividad de índole empírica– y la noción de interpretación empírica, y, por el otro, entre la sistematización –como una actividad de índole lógica– con la noción formal de teoría o cálculo¹².

Por supuesto: esta suposición debe ser *matizada*. Alchourrón y Bulygin han sostenido que “la dogmática jurídica *no puede clasificarse sin más* como una ciencia empírica y, mucho menos, como una ciencia formal”¹³. A esto han añadido que “tiene, sin duda, sus *rasgos pecu-*

¹¹ DIEZ y MOULINES, ob. cit., p. 286.

¹² Problema del que no me ocuparé aquí directamente. El problema de la sistematicidad de las teorías dogmático-jurídicas es arduo como, entre otros, ha mostrado VERNENGO, en *La función sistemática de la Norma Fundamental*, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, 1960, ts. I y II, ps. 207-225.

¹³ BULYGIN, Eugenio, *Dogmática jurídica y sistematización del Derecho*, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 466. La cursiva, en las palabras de todos los párrafos citados de los autores, es mía.

liares que justificarían tal vez su inclusión dentro de las *ciencias normativas* como *categoría autónoma*, distinta tanto de la ciencia formal, como de la ciencia empírica". Sin embargo, enfatizan en que esto no empece a desarrollar los adelantos metodológicos usados en disciplinas mejor establecidas¹⁴.

Estos adelantos, trasladados a la reconstrucción de la actividad teórica de los dogmáticos, forman parte de un "ideal epistémico-racional"¹⁵. Precisamente: sobre este ideal subyacente al modelo deseo trabajar. Esto exige una explicitación y discusión de algunos de los principales problemas conceptuales que se seguirían de adoptar este modelo reconstructivo, especialmente en lo que respecta a la noción de identificación como actividad empírica.

3.1. *La propuesta de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin*

El modelo de Alchourrón y Bulygin distingue –en las prácticas teóricas de los dogmáticos del derecho– dos clases de actividades: las cognoscitivas, por un lado, y las no cognoscitivas¹⁶, por el otro.

Las primeras son actividades en las que se cumplen reglas de control racional e intersubjetivo de las proposiciones identificatorias de los dogmáticos. Las segundas no pretenden informar, sino expresar las normas que los legisladores y jueces de un sistema definido deben tener en cuenta para la fundamentación de sus decisiones prácticas. Alchourrón y Bulygin no desconocen que ambas actividades se encuentran confundidas en la práctica efectiva de los dogmáticos. Creen, sin embargo, que esto no empece a efectuar una distinción lógica entre ambas. Porque, aun sabiendo que los dogmáticos cumplen innegables funciones ideológicas o políticas de críticas o avales de las decisiones prácticas que se adoptan en el marco de un orden jurídico vigente,

¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* cit., p. 21.

¹⁵ Para evitar cualquier confusión, de aquí en más, usaré este término para dar cuenta del ideal –implícito– en los dogmáticos de, por un lado, identificar el derecho en forma política o axiológicamente neutral y, por el otro, a alcanzar sistemas completos y consistentes.

¹⁶ BULYGIN, ob. cit., p. 477; ALCHOURRÓN, Carlos E., *Systematization and Change in the Science of Law*, *Rechtstheorie*, 10, 1986, ps. 171-184.

GUILLERMO LARIGUET

creen que, en última instancia, estas funciones no cognoscitivas *no pueden tener lugar* sin una previa identificación cognoscitiva del material normativo disponible¹⁷.

En el contexto de las actividades cognoscitivas los dogmáticos realizan básicamente dos: identificar el material normativo y sistematizarlo. La reformulación lógica de los materiales sistematizados, en rigor, es parte de la sistematización.

Con arreglo a la distinción precedente, las llamadas “teorías dogmático-jurídicas” podrían reconstruirse como una *conjunción* de estas actividades. Se trataría de *actividades teóricas* que le otorgarían carácter “científico” al proceso de conocimiento jurídico de identificación y sistematización visto como un todo¹⁸.

De esta suerte, las teorías dogmático-jurídicas son estructuras que pueden verse de dos modos distintos: como “actividades” de conocimiento (identificar, sistematizar, reformular) o como “producto” de esas actividades.

Mi impresión es que, de acuerdo al modelo, la teoría jurídica como “producto” de conocimiento es, por definición, el sistema teórico construido por los dogmáticos del derecho sobre la base de un conjunto de proposiciones, conceptos teóricos y reglas de inferencia a fin de obtener –descriptivamente– todas las normas derivadas del material legislativo (preteórico)¹⁹ objeto de reconstrucción. Esto es así porque, los sistemas son, por definición, “ensayos de solución”²⁰ que intentan “explicar”, esto es, dar razones acerca de la solución que debe otorgarse a un problema normativo, esto es, un problema que versa en una pregunta acerca del status deóntico de una clase de acciones.

Estas “explicaciones” –cuya naturaleza deberá elucidarse– se caracterizan por configurar un “sistema de proposiciones” susceptibles de ser falseadas por procedimientos empíricos y lógicos. Son el re-

¹⁷ ALCHOURRÓN, *Systematization and Change in the Science of Law* cit., p. 183.

¹⁸ Cfr. ALCHOURRÓN, *Systematization and Change in the Science of Law* cit., p. 181.

¹⁹ Tomo prestado el término de AARNIO, *On Changes in the Systematics of Law* cit., p. 167.

²⁰ POPPER, Karl, *La lógica de las Ciencias Sociales*, Grijalbo, México, 1978, p. 12.

sultado, como acabo de señalar, de ciertas actividades básicas: la identificación, sistematización y eventual reformulación de soluciones deónticas. Los problemas normativos, de esta forma, son *explicados* con dos tipos de hipótesis: hipótesis empíricas que resuelven problemas empíricos e hipótesis lógicas que se destinan para problemas lógicos²¹.

Para entender esto, supongamos que uno de los problemas normativos con los que se enfrenta un dogmático, pongamos por caso un civilista, se refiere a determinar en qué condiciones la clase de los compradores está obligada a pagar el precio a la clase de los vendedores. Supongamos también que una pregunta de este tipo requiere de la construcción de una "teoría jurídica de la compraventa".

Para dar respuesta a este problema normativo es menester, en primer lugar, identificar la norma relevante. El Código Civil constituye, en este sentido, el material preteórico en el que el dogmático buscará y seleccionará las normas relevantes. Encuentra la siguiente: "los compradores deben pagar el precio si les ha sido entregada la cosa prometida por el vendedor en la forma, tiempo y lugar establecidos en el contrato". La hipótesis del dogmático podría formularse –descriptivamente– sosteniendo "los compradores están obligados a pagar el precio (Op) si se da la condición (suficiente)²² de que el vendedor haya entregado la cosa en las condiciones establecidas contractualmente (q). Esto puede reconstruirse así: "q \supset Op". Pero, conforme a una concepción sistemática del derecho, la existencia de la norma reconstruida (N) depende, en última instancia, de la *existencia* de una norma (N') que *pertenezca*²³ a un sistema jurídico s en virtud de otra norma (N'') que, a su vez,

²¹ Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* cit., p. 111.

²² Para una concepción que asuma la derrotabilidad de las normas, la consideración de "q" como condición "suficiente" y no meramente "contribuyente" de la aplicabilidad de la solución deóntica (Op) constituye una hipótesis adicional del modelo que no surge de manera evidente del material preteórico objeto de reconstrucción del dogmático. En todo caso, el carácter suficiente de q presupone una lógica "normal" en la cual q, por la ley de refuerzo del antecedente, es la condición que, en el cambio de niveles de propiedades de la norma, va a determinar la incidencia que otras propiedades no tenidas en cuenta explícitamente por el legislador tengan en el mantenimiento de la solución Op (cfr. infra nota 26).

²³ En este caso estoy pensando en la pertenencia legal de una norma y no en su pertenencia deductiva.

GUILLERMO LARIGUET

pertenezca al sistema s en el tiempo t . En rigor, se trata de una definición *extensional* de sistema, porque, como se acaba de afirmar, $N' \in S$ en virtud de otra norma (N'') y así hasta llegar a una norma última, cuyo status lógico puede, en este trabajo, quedar abierto²⁴.

Las hipótesis empíricas de los dogmáticos son “explicaciones”, en cierto sentido, *incompletas*. Prueba de ello es que el dogmático quiere determinar el universo *exhaustivo* de soluciones posibles. Para ello acude a hipótesis lógicas que le permitan desarrollar todas las consecuencias lógicas que se deducen de las formulaciones normativas ya identificadas. Esto es así porque, por definición, un sistema está constituido no sólo por las normas formuladas (las formulaciones normativas identificadas, en nuestro ejemplo, por el dogmático civilista) sino también por las normas derivadas (las inferencias lógicas que este dogmático hace de las normas formuladas)²⁵. Al establecer el universo de casos²⁶ y soluciones junto al desarrollo de las consecuencias lógicas de las normas formuladas, el dogmático –cualquiera fuese la rama dogmática que cultivase– está en condiciones de determinar si el sistema normativo –descripto correlativamente por su sistema teórico– es un sistema completo y consistente, y si la base del sistema es independiente. En este sentido, el dogmático civilista puede arriesgar la siguiente hipótesis lógica en forma de un condicional: si el comprador está *obligado* a pagar el precio, entonces se sigue que también *puede* pagarlo. Es decir: de Op puede inferirse válidamente Pp . De manera

²⁴ Cfr. CARACCIOLO, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, ps. 27-28.

²⁵ Véase VON WRIGHT, George Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970, p 168.

²⁶ La relevancia de la dogmática no se establece sólo por el uso de hipótesis lógicas que arriesguen determinadas inferencias de consecuencias lógicas de soluciones deónticas. Hay una gran tarea conceptual que la dogmática cumple en materia del antecedente de las normas, es decir, en materia del universo de casos que la norma regula; universo que, como recordaré en 4.3, es una función del universo de propiedades relevantes de la norma. Uno de los problemas frecuentes que la dogmática debe resolver consiste en determinar si, en un cambio de niveles (más o menos finos) en el universo de propiedades de una norma, las soluciones deónticas previstas para un cierto nivel de propiedades *se mantienen* en otro nivel de propiedades. Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* cit., ps. 145-161. Ver supra: nota 22.

análoga a como en la concepción popperiana buscamos mostrar la falsedad de las hipótesis explicativas, en este caso, la lógica ha desarrollado un método formal como una guía metodológica general orientada a determinar si las hipótesis de normas derivadas son válidas o no. Para esto, debe construirse una prueba particular (y ésta es una cuestión creativa)²⁷ que ayude a buscar una norma cualquiera que niegue la hipótesis propuesta por el dogmático, por ejemplo, "obligatorio omitir pagar el precio" ($O \neg p$). El método formal dice que si la norma formulada (NF) y la norma que la niega (NN) son "incompatibles", en el sentido de que las conductas modalizadas deónticamente se niegan recíprocamente (pagar el precio y omitir pagarlo), entonces la hipótesis del dogmático, sobre la norma derivada, queda corroborada, pues la norma se implica²⁸. Así como de $O \neg p$ se sigue $P \neg p$, de Op se sigue Pp por aplicación de la regla de inferencia conocida como "primer principio de subalternación". Sobre la base de estas hipótesis, los dogmáticos cumplen la importante función de *racionalizar* el material legislativo objeto de su reconstrucción²⁹.

De acuerdo con lo anterior, las teorías dogmático-jurídicas podrían ser reconstruidas como "cálculos interpretados". Por un lado, la correlación de la noción de cálculo con la noción de sistematización es bastante inocua, pues no encubre ninguna pretensión epistemológica de "matematización" del conocimiento dogmático del derecho. En verdad, supone que existe un fuerte paralelo entre la noción de cálculo y la noción de sistematización como actividad de *identificación lógica* de las consecuencias deductivas de normas formuladas. Estas normas y sus consecuencias deductivas son descriptas por un sistema teórico (o teoría dogmático-jurídica) que suministra una solución posible para un problema normativo. Por otro lado, la noción de interpretación de este cálculo supone, en última instancia, que las normas formuladas han sido *identificadas empíricamente*, o lo que resulta equivalente,

²⁷ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* cit., ps. 134-137.

²⁸ Véase VON WRIGHT, ob. cit., p. 166.

²⁹ Esto se expresa de varias formas, por ej., diciendo que *no sería racional* que el legislador obligara a una conducta y al mismo tiempo la prohibiera o, en términos equivalentes, no la permitiera.

GUILLERMO LARIGUET

interpretadas empíricamente. Con todo, la expresión “identificar” –que cubriría parte del significado de la expresión “interpretar”– es notoriamente ambigua. Esta ambigüedad debe ser expuesta toda vez que un sistema se construye sobre la base de formulaciones normativas cuyo significado ha sido elucidado previamente.

4. La ambigüedad de la noción de “identificación” de normas

La tesis de Alchourrón y Bulygin consiste en sostener que la identificación es una actividad fundamentalmente *empírica*³⁰. No desconocen el hecho de que en la práctica dogmático-jurídica se infiltren juicios de valor. Creen que, pese a esto, para una identificación neutral, el dogmático del derecho, en forma similar al científico en que pensaba Bacon, debe encontrar la manera de eliminar sus *ídolos* o prejuicios valorativos³¹. La identificación, en tanto que empírica, es una actividad *objetiva* en cuanto ha eliminado esas infiltraciones.

No obstante ello, el *carácter empírico* de esta actividad es una cuestión que requiere análisis. El análisis de este problema no es sencillo. En parte esto es así porque la identificación es una expresión ambigua. En primer lugar, porque puede designar un “proceso” o un “producto”. En segundo lugar porque, como “proceso”, designa tres operaciones intelectuales que pueden ser distinguidas: la primera refiere a determinar qué normas *existen empíricamente*; la segunda, a *determinar los ámbitos internos de validez* de las normas y la tercera, a la asignación de “significado” a las formulaciones normativas.

Como trataré de mostrar, las operaciones dos y tres están conectadas por dos clases de componentes que pueden, según Hare³², ser distinguidos: el “frástico” y el “neústico”. Esta distinción permitirá, al menos ésta es mi expectativa, ayudar a disolver algunas de las confusiones conceptuales que existen, por un lado, en torno a la naturaleza de esta operación y, por el otro, en torno a la clase de “significado” que resulta identificado con ella.

³⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* cit., ps. 111-120.

³¹ BACON, Francis, *Novum Organum*, Sarpe, Madrid, 1984, ps. 46-47.

³² Cit. por VERNENGO, *Curso de Teoría General del Derecho* cit., p. 441.

4.1. *La identificación de las “normas” “existentes”*

En las teorías científicas –en tanto que cálculos interpretados– es menester cargar de significado empírico a términos teóricos abstractos. En el caso de la dogmática jurídica, se trata de asignar significado empírico a términos deónticos abstractos (Ph, P, O, F). Ahora bien, para la solución de los problemas normativos es relevante que las normas existan empíricamente. Pero que una norma *exista empíricamente* parece, a primera vista, un concepto complicado de aprehender que nos exige tomar conciencia de los compromisos ontológico-conceptuales que, sobre la naturaleza de las normas y el fundamento veritativo de las proposiciones dogmático-jurídicas, estamos asumiendo³³. Las normas –vistas desde el punto de vista de una modalización deóntica de una conducta– son términos intencionales no observables. Por ello, cuando se sostiene que las proposiciones identificatorias son “descriptivas”, muchos dogmáticos se sienten perplejos. Esta perplejidad surge ante la pregunta de cómo es posible *describir* entidades no observables. Ello es así, porque es preciso explicar epistemológicamente cómo es posible entender, en términos empíricos, enunciados característicos de los dogmáticos del derecho tales como “El comprador ‘debe’ pagar el precio”. Parece un enunciado muy abstracto y ambiguo toda vez que no sabemos si expresa una norma o una proposición acerca de una norma.

En realidad, la idea de que puede ser visto como un enunciado descriptivo se apoya en el hecho de que los dogmáticos, como mostré con el ejemplo de la “teoría jurídica de la compraventa”, intentan describir el status deóntico de una clase de acciones; status que, en última instancia, parece depender del hecho de la ‘existencia’ de una norma.

Es éste el punto que nos lleva a formular la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible hablar de “descripción de normas” o de descripciones relativas a la “existencia empírica” de normas? ¿Merced a qué es posible efectuar semejante *descripción*?

Una respuesta podría ser la siguiente: esto es posible merced al

³³ CARACCILO, Ricardo, *Existencia de normas*, en *Isonomía*, Nº 7, 1997, ps. 159-178.

GUILLERMO LARIGUET

uso de conceptos teórico-observacionales que se encuentran *presupuestos* en la práctica científica de la dogmática jurídica. Son conceptos que permiten *metodológicamente* dar cuenta de ciertas cosas que ocurren en una zona teórica o abstracta y que no son directamente observables³⁴.

De la misma manera en que los psicoanalistas tienen internalizadas sus teorías para fines terapéuticos, los dogmáticos del derecho tienen internalizados conceptos tales como pertenencia, vigencia, eficacia, etcétera. Así, si en la teoría que los dogmáticos manejan se encuentra, por ejemplo, un concepto como el de pertenencia que incorpore reglas de correspondencia del tipo “A sólo si B” (donde A se refiere a un suceso de tipo observable en el sentido de “base empírica epistemológica”, en tanto que B se refiere a un suceso de la zona teórica o “base empírica metodológica”), el dogmático que perciba el dato A puede concebir que *está observando* a B.

Claro: desde un punto de vista epistemológico este paso no es legítimo sin más. Lo que realmente se observa es A. B es una especie de conceptualización que se obtiene por *modus ponens* en el que interviene como premisa la regla A sólo si B de manera tan automática que en cierto modo uno diría que B se obtiene tan directa y simultáneamente como A³⁵.

La cuestión ahora versa en determinar qué datos, para los dogmáticos, designa “A” y qué datos designa “B”.

Supongamos hipotéticamente que en A se encuentran datos directamente observables constituidos por el hecho de un grupo de hombres que levanten una mano o emitan determinados sonidos. Por su parte, supongamos que en B se encuentra un dato indirectamente observable, un *dato teórico* como el que proporciona el concepto de pertenencia. Supongamos, además, que con este concepto queremos definir que «la norma N pertenece al Derecho x syss ha sido promulgada por una autoridad competente de acuerdo al procedimiento establecido por otra norma N'».

³⁴ KLIMOVSKY, Gregorio, *Tipos de base empírica*, en *Análisis Filosófico*, Nº 1, 1981, p. 63.

³⁵ Cfr. KLIMOVSKY, ob. cit., p. 63.

¿Es ésta una reconstrucción que eche luz sobre la naturaleza teórica de la actividad de los dogmáticos del derecho? ¿Es una reconstrucción plausible suponer que los dogmáticos atiendan a datos directamente observables como los de levantar una mano o emitir sonidos?

La respuesta es que sí, en la medida en que los datos que conforman A constituyan "indicadores" de la presencia de un dato de B que sea considerado teóricamente relevante por los dogmáticos del derecho. Así, de conformidad con B, las normas "existen" en la medida en que han sido creadas por autoridades competentes de acuerdo a procedimientos establecidos por otras normas.

Con todo, esto dista de ser claro, pues no se advierte todavía qué clase de *existencia* sea ésta; tanto más, cuando los hechos de A parecen depender, por lo general, de constatar el cumplimiento de ciertas *prácticas* convencionales (actos de promulgación, votaciones, publicación, etc.) que a su vez tendrían que estar *conceptualmente* estatuidas por otras normas³⁶.

En rigor, para saber si una norma pertenece al Derecho x hay que identificar. Así, se habla de "identificación de normas", siendo ésta una forma de hablar mal construida porque lo que se identifica son formulaciones normativas y no normas; *éstas son resultado de la identificación*.

Si uno analiza la validez a partir del criterio de pertenencia parece que lo que está haciendo, en realidad, es lo siguiente: lo primero que estamos viendo es si las formulaciones normativas están o no bien construidas, es decir, indagando acerca de si se trata de un *material lingüístico admisible*³⁷. En el caso de las formulaciones normativas que el congreso dicta quiero saber si estas formulaciones han sido bien construidas. Para saberlo, debo apoyarme, a su vez, en otras formulaciones que me suministren criterios de construcción de formulaciones. Pero, si no deseo caer en un regreso al infinito, debo presuponer que estas formulaciones constituyen reglas de algún tipo y no meras formulaciones, es decir, "reglas sobre construcción de reglas". Porque, si voy a evaluar la correcta construcción de una formulación, de acuerdo a los criterios de construcción de otras formulaciones, caigo en una suerte de círculo en el

³⁶ VERNENGO, ob. cit., p. 153.

³⁷ CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales* cit., p. 30.

GUILLERMO LARIGUET

que el “carácter normativo” de la cadena de identificación se vuelve borroso. Ello es así en la medida en que evalúo “formulaciones normativas” en función de otras “formulaciones normativas”.

En rigor, gran parte de la dificultad en determinar el “tipo de existencia de normas” involucrada en esta operación de identificación parece reposar en la diversidad de sentidos en que puede entenderse el término “existencia”³⁸. En este caso concreto, podría argüirse que la “existencia”, para Alchourrón y Bulygin, se traduciría en la constatación de ciertos hechos empíricos³⁹. En este caso, en el “hecho” de que una formulación ha sido construida de acuerdo a los criterios de otras formulaciones.

Este “círculo” genera un verdadero embrollo. Éste parece descansar en la existencia de dos niveles de existencia que pueden ser distinguidos. Por un lado, un nivel referido a la existencia de las “normas” en el nivel del lenguaje⁴⁰, es decir, a la identificación dogmática de qué material legislativo “debe” considerarse lingüísticamente admisible. Se trata de una identificación que es “equivalente” al hecho de mostrar que la “norma”, en cuya existencia se interesa el dogmático, fue creada de acuerdo a una autoridad competente y conforme al procedimiento establecido. Por otro lado, esta identificación lleva necesariamente a presuponer otro nivel (o meta-nivel) en el que consideremos la existencia de reglas no reducibles a términos puramente factuales que permitan mostrar las condiciones formales de pertenencia (“existencia legal o formal”) de las “normas” del primer nivel.

Siendo así, identificar, en el primer nivel, significaría, en rigor, reconstruir las reglas –sintácticas externas– con las que se construyen formulaciones normativas bien formadas, esto es, reconstruir, en última instancia, las meta-reglas que definen externamente el sentido de las formulaciones normativas del primer nivel.

Además de la falta de distinción de niveles, la duda filosófica sobre la naturaleza de esta instancia, duda que explica el encomillado insistente que, en esta subsección, encierra al término norma, radicaría en

³⁸ NAVARRO, Pablo, *Legal Reasoning and Systematization of Law*, en *Pluralism and Law*, Soeteman (ed.), Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2001, p. 257.

³⁹ También admitirían otros tipos de existencia no empírica de normas: por ej., la existencia lógica de normas derivadas.

⁴⁰ NAVARRO, *Legal Reasoning and Systematization of Law* cit., p. 257.

LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS "TEORÍAS DOGMÁTICO-JURÍDICAS"

que los dogmáticos cuando emplean este término parecen estar pensando, como procuraré mostrar en las dos subsecciones siguientes, en la existencia de formulaciones normativas bien formadas que tienen "significado".

La duda, entonces, consiste en saber cuál es el "producto" de esta instancia de identificación: ¿formulaciones normativas o normas? Es una duda relevante para la pregunta posterior referida a determinar sobre qué clase de productos será posible articular los criterios de pertenencia como legalidad y deductibilidad. Frente a esta pregunta, una alternativa posible nos indicaría que, ante la ausencia todavía de "significado", aún estamos frente a la existencia de formulaciones normativas y no de normas, motivo por el cual la frase "identificación de «normas»" sólo sería una manera de hablar, a menos que con ella estuviésemos pensando en la existencia de un meta-nivel compuesto por ciertas normas o reglas –últimas– que definen externamente⁴¹ ciertas condiciones formales de existencia de las formulaciones normativas de primer nivel y, entonces, al hablar de "normas" tenemos in mente este tipo de reglas. Ésta sería una manera posible de sostener que la identificación de las condiciones externas de formación de normas primarias o secundarias⁴² depende de un meta-nivel compuesto por reglas o normas últimas⁴³ que ya no pueden, sin caer en un círculo, ser reconstruidas como puras formulaciones normativas⁴⁴.

⁴¹ Véase VON WRIGHT, ob. cit., p. 26.

⁴² Tiene perfecto sentido el hecho de que los dogmáticos se interroguen no sólo por la pertenencia de normas primarias, sino también por la pertenencia de normas secundarias, especialmente de aquellas que suministran criterios (subordinados) de identificación del derecho. Así, el dogmático de nuestro ejemplo podría preguntarse por la pertenencia de la norma que le impone la obligación de pagar el precio al vendedor y también puede preguntarse por la pertenencia de la norma secundaria (contrato de compraventa) que le impuso esa obligación (y la potestad de recibir la cosa objeto del contrato), y así sucesivamente hasta llegar a los criterios últimos de pertenencia del sistema jurídico de que se trate. Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, Caps. V y VI.

⁴³ Normas cuya pertenencia no puede estar condicionada por la previa pertenencia de otras normas del sistema sin caer en un regreso al infinito, motivo por el cual su introducción obedecería a criterios extrasistemáticos. Cfr. CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales* cit., ps. 31-54.

⁴⁴ En todo caso ésta es una cuestión ríspida de la filosofía jurídica en la que se

GUILLERMO LARIGUET

4.2. *La identificación de los ámbitos internos de validez de las normas*

Con todo, esta clase de identificación no es exhaustiva pues, en los problemas normativos, es preciso determinar si las formulaciones normativas existentes del primer nivel (o las “normas” con la salvedad precedente) son *internamente aplicables*⁴⁵.

Una “norma” –concebida como “producto global”– configura una estructura compleja que puede disecarse en los ámbitos internos de validez en los que es aplicable: la clase de acción que describe (ámbito material), la clase de sujeto especificado (ámbito personal) y el tiempo y espacio en que habrá de aplicarse (ámbito témporo-espacial). Así, una norma obliga, permite, prohíbe o faculta dentro de ciertos ámbitos que, a su vez, son empíricamente constatables⁴⁶. Una norma sería obligatoria en ciertos ámbitos y al dogmático compete, mediante sus teorías jurídicas, definir –en términos empíricamente controlables– el “sentido objetivo” que una acción debe tener.

De conformidad con esto, las teorías dogmático-jurídicas podrían ser definidas como *instrumentos de reconstrucción de ámbitos posibles de validez interna de las normas*. Es decir: serían instrumentos de reconstrucción de las condiciones internas de formación de las formulaciones normativas.

Si esto se admite, las proposiciones identificatorias de esta clase, son proposiciones, en última instancia, *individualizatorias* de las normas aplicables⁴⁷. Para mostrar esto baste sólo un ejemplo: la “teoría

encuentra inmiscuido el problema del “carácter normativo” del derecho y la pregunta –todavía no despejada– sobre el contenido “conceptual” o “prescriptivo” de los criterios últimos de identificación de normas. Cfr. CARACCIOLO, *El sistema jurídico. Problemas actuales* cit., ps. 34-54.

⁴⁵ NAVARRO, Pablo y MORESO, José, *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, en *Isonomía*, Nº 5, 1996, ps. 125-126-128.

⁴⁶ VERNENGO, ob. cit., ps. 117-123, 439-444.

⁴⁷ En principio, una norma N es aplicable *syss* N pertenece al Derecho x y es internamente aplicable. Se trata de la Tesis Normal de aplicabilidad de una norma; tesis que podría ser considerada insuficiente por una teoría del derecho que tenga en cuenta cierta clase de propiedades morales en las normas a fin de considerarlas aplicables a un caso. Cfr. NAVARRO, Pablo *et al.*, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, en *Análisis e Diritto*, 2000, p. 134.

de la persona en el Derecho Civil"⁴⁸. Se trata de una teoría jurídica que reconstruye –en forma parcial– el ámbito de validez interna de un grupo determinado de normas. Esto es así porque se endereza a reconstruir el "ámbito personal" de validez de las normas del Código Civil⁴⁹. El argumento "sujeto" –sobre el que se construye la teoría de la persona– constituye un concepto con funciones, como sostiene Frändberg, *dimensionales*⁵⁰, esto es, funciones que especifican las dimensiones o ámbitos de aplicabilidad de las normas jurídicas⁵¹. El área de aplicación de una norma estaría definida como la intersección de los conjuntos material (M), personal (P) y espacio-temporal (ET). La intersección de los conjuntos M, P y ET da por resultado un nuevo conjunto I que tiene por elementos los comunes (x, por ej.) a M, P y ET⁵².

4.3. *La identificación del "significado" de las formulaciones normativas*

La asignación de significados a las formulaciones normativas es metodológicamente importante pues, como indiqué, si las teorías dogmático-jurídicas pueden reconstruirse como cálculos interpretados, es imperioso el ejercicio de asignación de significado. Pero, como vimos, la asignación de significado en un cálculo axiomático refiere a una interpretación empírica.

En la identificación de la existencia de normas, observábamos que las reconstrucciones de los dogmáticos del derecho del sentido externo de formulaciones normativas de primer nivel se conectaban, en última instancia, con la existencia de reglas pertenecientes a un meta-nivel, últimas responsables de las condiciones formales de existencia de las primeras. En tal sentido, traté de insinuar que la identificación de formulaciones normativas del primer nivel tiene un *paralelo fuerte* con

⁴⁸ VERNENGO, ob. cit., ps. 249 y ss.

⁴⁹ Si esto es así, las teorías jurídicas son *reconstrucciones conceptuales parciales* y la pregunta ahora versa en determinar si –como tales– estas reconstrucciones son parte de una teoría jurídica mayor, es decir, de una teoría jurídica "completa".

⁵⁰ FRÄNDBERG, Ake, *An Essay on the Systematics of Legal Concepts, Scandinavian Studies in Law*, vol. 31, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1987, ps. 92, 106-107.

⁵¹ FRÄNDBERG, ob. cit., ps. 92, 106-107.

⁵² En términos formales: $M \cap P \cap ET$ def. $\{x / x \in M \wedge x \in P \wedge x \in ET\}$.

GUILLERMO LARIGUET

la noción epistemológica de interpretación empírica. Más, este paralelo es “parcial” porque, por su parte, la identificación de los ámbitos internos de validez de las formulaciones normativas también lo tiene. Mediante ella, como intenté sugerir, los dogmáticos tienen la oportunidad de “completar” el “sentido interno” de las formulaciones normativas. En otras palabras: tienen la oportunidad de determinar la *referencia empírica* de la norma y ello es posible mediante la determinación de sus condiciones internas de formación o, lo que es equivalente, mediante la reconstrucción de sus ámbitos posibles de validez.

¿Quiere esto decir que una formulación normativa tiene “sentido interno” o, lo que es equivalente, “significado empírico” sólo cuando hemos *identificado* su ámbito interno de aplicabilidad?

La respuesta puede ser afirmativa en la medida en que admitamos que la determinación de la “referencia empírica” de la norma como producto global, a través de sus ámbitos de validez, es parcialmente equivalente con la noción de interpretación empírica.

Con todo, si esta conjetura es correcta, la cuestión no deja de generar cierto asombro. Una norma *qua* “significado”, como señalé, puede verse como el significado deóntico de una clase de acciones, razón por la cual la noción de “sentido interno” o “significado empírico”, que presupone la noción de interpretación empírica de teorías, no sería comparable, de ningún modo, con la noción de significado deóntico. La cuestión merece ser esclarecida.

Una salida posible para ello, sería sostener que la identificación de las formulaciones normativas básicas, que servirán de base a la sistematización, remite a términos cargados de significado empírico. Esto es posible desde que se advierte que, *normalmente*, los significados de los términos que aluden a cada uno de los ámbitos de validez son asignados conforme un criterio empírico-cognoscitivo: “el uso de las palabras vigente en una determinada comunidad lingüística”⁵³.

El significado de estos términos, con arreglo al criterio empírico

⁵³ Criterios de uso que gradualmente suelen ser modificados o sustituidos por definiciones estipulativas realizadas por legisladores, jueces, dogmáticos y teóricos generales del derecho. Véase ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Definiciones y normas*, en BULYGIN, Eugenio y FARREL, Martín *et al.*, *El lenguaje del Derecho*, Homenaje a Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 20-21.

mencionado, suele ser identificado por los dogmáticos con el significado de la norma como "producto global". Esto haría inteligible el hecho de que, por un lado, el "significado" de una formulación normativa internamente bien formada" sea traducible a la "noción empírica de significado" y, por el otro, a que la noción de identificación de los ámbitos internos de validez de las normas sea traducible a la noción de interpretación empírica.

Muchos filósofos y dogmáticos, sin embargo, titubearían de la rotunda plausibilidad de esta idea. Sostendrían que, al menos, existe un sentido de la expresión norma –en tanto que significado de las formulaciones normativas– que, bajo ningún concepto, podría ser comparado con la noción empírica de significado. Esta posición estaría abonada por entender que una norma, en sentido estricto, se define como la modalización deóntica que afecta a una clase de acción. Si este entendimiento es verosímil, ellos podrían preguntarse lo siguiente: ¿En qué sentido una modalización deóntica que ya es el significado normativo de una acción dependería de cómo es usada por cierta comunidad de hablantes?

Evidentemente, la discusión está enmarañada y no es genuina. Ella parece surgir de la ambigüedad con que la dogmática suele usar la expresión "norma".

Como subrayé, una norma –en tanto producto global– es expresada por una estructura lingüística compleja. En esta estructura aparecen componentes que forman parte del frástico, es decir, parte del componente indicativo de la norma. En este caso, el sujeto, la acción que realiza u omite, la ocasión temporal en que la realiza u omite, son los componentes que determinan la "referencia empírica" de la norma. Por otro lado, la norma, en sentido estricto, remite al néustico. Éste, por definición, es un carácter deóntico determinado que afecta con operadores modales tales como Ph, P, O o F a un componente específico del frástico: la acción.

Cuando se sostiene que los dogmáticos del derecho se "despreocupan del contenido empírico de sus proposiciones", pareciéramos estar pensando en la *interpretación en sentido estricto*, es decir, en la identificación –no empírica– del significado deóntico de una clase de acciones. En términos de Alchourrón y Bulygin a la identificación del

GUILLERMO LARIGUET

“universo de soluciones deónticas”; universo que, como se ha dicho, es una función del universo de acciones que componen parte del frástico de la norma.

La discusión filosófica, entonces, en torno al carácter empírico o no empírico de la identificación de “significado” de las formulaciones normativas se originaría en el hecho de que estos operadores modales deónticos (soluciones) tienen una referencia no independiente del componente acción que forma parte del frástico⁵⁴. En rigor ello es así porque, la proposición indicativa encerrada en el frástico más su afectación especial por un operador deóntico, constituyen la “norma completa” o “producto global” de las formulaciones normativas, esto es, son componentes inextricablemente unidos en lo que von Wright denomina el “núcleo” de las normas⁵⁵.

Lo que ocurre, es que esta unidad es descompuesta en dos partes: el significado deóntico en sentido estricto es independizado conceptualmente por los dogmáticos del significado (empírico) de los términos que componen la parte indicativa de la norma o frástico. Ello se explicaría en el hecho de que los dogmáticos intentan determinar, por un lado, cuál es el universo de casos que la norma regula a través de la reconstrucción empírica de los ámbitos internos de validez y, por el otro, intentan determinar las soluciones deónticas; soluciones que afectan de un modo especial a las acciones que componen parte de la estructura del frástico.

Ello sería así porque, como explican Alchourrón y Bulygin, la determinación del universo de casos que la norma regula (que componen el frástico) constituye un problema relativamente independiente de la determinación del universo de soluciones, toda vez que el universo de casos que la norma regula no está determinado por el universo del discurso⁵⁶. El universo de casos, en rigor, es el resultado de una clasificación de los elementos del universo del discurso sobre la base de propiedades relevantes de los componentes del frástico de la norma. En tal sentido, en muchas ocasiones, los dogmáticos clasifican pro-

⁵⁴ VERNENGO, ob. cit., p. 441.

⁵⁵ VON WRIGHT, ob. cit., p. 87.

⁵⁶ Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* cit., p. 117.

iedades con arreglo a criterios de relevancia diferentes de los tenidos en cuenta por el legislador. Siendo así, los conceptos y teorías dogmático-jurídicas suelen usarse como herramientas –no cognoscitivas– de clasificación de propiedades. Se trata de la introducción subrepticia de propiedades que resultan axiológicamente relevantes en el marco de hipótesis que el dogmático maneja en discrepancia con las tesis de relevancia del legislador. En tal sentido, son hipótesis que forman parte de una función muy importante de la dogmática: la *función práctica o normativa*.

Si esto se aceptara, resultaría inteligible, ahora por otra vía, la afirmación según la cual los dogmáticos se desprecupan del contenido empírico de sus proposiciones toda vez que las propiedades de los componentes del frástico, con el que se reconstruyen los casos de regulación de la norma, no son el resultado de una identificación empírica sino el resultado de modificaciones “prácticas” o “normativas” del contenido del derecho identificado.

5. Consideraciones finales

Como adelanté en la introducción a este trabajo, la cuestión preliminar que debía resolverse consistía en mostrar que el modelo diseñado por Alchourrón y Bulygin reconstruía racionalmente las teorías dogmático-jurídicas en términos de cálculos interpretados. Esto explica que me haya concentrado, por una parte, en presentar una reconstrucción epistemológica que dé cuenta del carácter empírico de la identificación de normas y, por otra, en discutir algunas de las dificultades conceptuales que existen al momento de considerarla de tal modo. Es un dato notable el hecho de que este problema repercute directamente en el problema semántico que trata de determinar en qué consiste la referencia (y por tanto los fundamentos veritativos) de las teorías dogmático-jurídicas e, indirectamente, en el problema del status categorial de la dogmática jurídica.

Predicar carácter empírico de la identificación de normas es, en realidad, una manera de hacer consistentes las dos principales tesis del positivismo metodológico: por un lado, la tesis de las fuentes sociales del derecho y, por el otro, la tesis de la separación conceptual

GUILLERMO LARIGUET

entre derecho y moral. La primera permite operar una reducción⁵⁷ del objeto de conocimiento dogmático-jurídico a determinados hechos; la segunda exige una descripción del material normativo axiológicamente neutral.

Admitir que en el modelo de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin existe un fuerte paralelismo entre la noción epistemológica de cálculos interpretados y la noción de teoría dogmático-jurídica y, en especial, entre la noción de interpretación empírica de un cálculo y la noción de identificación de normas, conduce a explorar el problema, que aquí no he respondido, de si este modelo puede considerarse una reconstrucción plausible de la *relevancia epistémica peculiar* de las teorías dogmático-jurídicas, esto es, de aquella relevancia que se define en *forma independiente* del ideal de ciencias empírico-formales.

Habitualmente, los dogmáticos o los filósofos del derecho suelen asociar esta relevancia con el carácter “normativo” de la dogmática; carácter que, en forma harto oscura, presupone numerosas y divergentes tesis filosóficas involucradas, al menos, con la existencia de dos problemas: por un lado, una concepción ontológica sobre las normas y, por el otro, una concepción epistemológica acerca de cómo debiera reconstruirse la relevancia teórica de la dogmática jurídica.

Con relación a conceder una respuesta satisfactoria a estos dos problemas, he tratado de sugerir que el modelo propuesto por ellos parece estar comprometido en la defensa de las dos tesis del positivismo metodológico que describí precedentemente. Si esta sugerencia fuese admitida, la cuestión ahora consistirá en explorar la plausibilidad filosófica de este modelo en orden a capturar la peculiaridad de la dogmática jurídica.

Después de todo, el problema que aún queda en pie versa en dar una respuesta satisfactoria a la pregunta de si el carácter *normativo* de la identificación es lo que constituye la peculiaridad epistémica de la dogmática, tal como han pretendido mostrar por vías opuestas Kelsen y Dworkin. En qué consista esta normatividad y cuál sea su relevancia epistémica son problemas en los que habrá que seguir explorando.

⁵⁷ Cuyas características técnicas deben precisarse.

SOBRE LA INTERPRETACIÓN/APLICACIÓN DEL DERECHO: SU CARÁCTER ALOGRÁFICO

por EROS ROBERTO GRAU¹

1. Introducción

En las notas que siguen pretendo sintetizar el contenido de los primeros capítulos de mi *Ensayo y discurso sobre la interpretación/aplicación del derecho*², en el que sostengo que la interpretación/aplicación del derecho opera su inserción en la realidad; opera en la mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular; en otras palabras, aun: opera en su inserción en la vida. Interpretar el derecho –concluyo– es caminar de un punto al otro, de lo universal a lo particular, confiriendo la carga de “contingencialidad” que faltaba para tornar plenamente contingente lo particular.

Mi punto de partida, en ese libro, se encuentra en la afirmación de que la interpretación del derecho no es una actividad de conocimiento, sino constitutiva, por lo tanto decisional, aunque no discrecional. Dicho de otro modo: la interpretación del derecho involucra no sólo la declaración de sentido que contiene el texto de la norma, sino la constitución de la norma, a partir del texto y de los hechos.

En los primeros capítulos, ahora resumidos, reflexiono acerca del texto normativo, de los hechos, de la norma jurídica y de la norma de decisión.

¹ Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo.

² Malheiros Editores, San Pablo, 2002.

EROS ROBERTO GRAU

2. Interpretar/comprender

Las exposiciones tradicionales sobre la interpretación del derecho generalmente comienzan con una alusión a la *comprensión*.

Se dice entonces, en referencia a la interpretación en general, que, aun cuando el verbo denote distintos significados, *interpretar* es, esencialmente, *comprender*.

Decimos, en *sentido amplio*, que *interpretar* es comprender. Frente a un determinado signo lingüístico, a él atribuimos un significado específico, de pronto elegido, definiendo la connotación que expresa, en concordancia con las reglas de sentido del lenguaje bajo el cual dicho signo se presenta. Practicamos, entonces, el ejercicio de *comprensión* de aquel signo (buscamos entenderlo). *Interpretar*, pues, en sentido amplio, es *comprender* signos lingüísticos.

En *sentido estricto*, sin embargo, el verbo *interpretar* asume distinta connotación. Cualquier acto de comunicación puede encerrar una u otra de las siguientes situaciones:

- [i] Que las palabras y expresiones del lenguaje en ella utilizadas sean suficientemente claras, verificándose, así, una situación de *isomorfia* (Wróblewski 1985/23);
- [ii] que no exista esa claridad y las dudas se manifiesten en relación al sentido preciso de tales vocablos y expresiones.

Se plantea así, en esta segunda situación, como antecedente indispensable para la plena *comprensión*, el determinar el significado de las términos y frases de las que se trata, en lo que se pretende precisar sus sentidos. En esta ocasión, por lo tanto, la *interpretación (en sentido estricto)* –ejercicio complejo, distinto de la rápida obtención de un significado específico– antecede, en la medida en que la viabiliza, a la plenitud de la *comprensión*. Interpretamos, *en sentido estricto*, para comprender; *comprender* es *interpretar en sentido amplio*.

3. Situaciones de isomorfia y situaciones de interpretación

Raras veces nos colocamos, en el uso del lenguaje jurídico, frente a *situaciones de isomorfia*. Por lo general en ella afloran *situaciones de interpretación*. Ambigüedad e imprecisión de las palabras y expre-

siones del lenguaje jurídico encaminan, inexorablemente, a la instalación de situaciones de *interpretación en sentido estricto*.

Además, siempre, aun cuando se trate de situaciones de *isomorfía*, el ejercicio de determinación de sentido de las palabras y expresiones, se impone. Nótese que hasta los mismos términos u oraciones unívocas, en el lenguaje cotidiano, asumen –o deberían asumir– en el lenguaje jurídico, sentidos más precisos de los que en el primer nivel a ellas se le atribuyen (Larenz 1983/83). De ahí que se ha de tomar con sumo cuidado la afirmación de que *in claris cessa interpretatio*, a la que se contraponen las máximas de Ulpiano, *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio* (*Digesto*, lib. 25, tít. 4, frag. 1, § 11), y de Celso, *Scire legis non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (*Digesto*, lib. 1, tít. 3, frag. 17).

Con relación a ese punto, además, se torna imprescindible que observemos que la claridad de una ley no es una premisa, sino el resultado de la interpretación, en la medida en que únicamente se puede afirmar que la ley es clara después de haber sido ella interpretada. Eso es de una claridad sin igual, aunque pocos lo perciban.

Más allá de eso, tanto la *situación de duda* (*situación de interpretación*) cuanto la *situación de isomorfía* dependen de actos concretos de comunicación, no pudiendo ser consideradas *in abstracto*: el mismo texto es claro o dudoso según los contextos concretos de su uso; la claridad (isomorfía), en principio, es una noción pragmática comprometida con algunos caracteres semánticos del lenguaje jurídico (Wróblewski 1985/27). El texto claro se vuelve oscuro en función de la tensión de los intereses que lo circundan; la lucha por la producción de sentido del texto se instala en el centro de esa tensión.

4. Por qué se impone la interpretación del derecho

Practicamos, mientras tanto, la interpretación del derecho no, o no sólo, porque el lenguaje jurídico es ambiguo e impreciso, sino porque, como más adelante veremos, interpretación y aplicación del derecho son una sola operación, de modo que interpretamos para aplicar el derecho y, al hacerlo, no nos limitamos a interpretar (= comprender) los textos normativos, sino que también comprendemos (= interpretamos) los hechos.

EROS ROBERTO GRAU

El intérprete auténtico procede a la interpretación de los textos normativos y, concomitantemente, de los hechos. De suerte que el modo bajo el cual los acontecimientos que componen el caso se presentan va también a pesar de manera incisiva en la producción de la(s) norma(s) aplicable(s) al caso.

Pero eso no es todo, puesto que –reitero– la interpretación del derecho es constitutiva y no simplemente declarativa. Es decir: no se limita, la interpretación del derecho, a una mera comprensión de los textos y de los hechos; va más allá de eso.

Con respecto a interpretación/aplicación, ella parte de la comprensión de los textos normativos y de los hechos, pasa por la producción de las normas que deben ser ponderadas para la solución del caso y concluye escogiendo una determinada solución para él, consignada en la norma de decisión.

Corresponde distinguir, pues, las normas jurídicas producidas por el intérprete auténtico a partir de los textos y de los hechos de la norma de decisión del caso, expresada en la sentencia judicial.

5. La exposición de Friedrich Müller y la concretización del derecho

El texto normativo –dice Müller (1993/169)– no contiene inmediatamente la *norma*. La *norma* es *construida*, por el intérprete, en el desarrollo del proceso de *concretización* del derecho [el precepto jurídico es una materia que precisa ser “trabajada”].

Inicialmente nos movemos desde el *texto de la norma* hacia la *norma jurídica*. Luego pasamos de la *norma jurídica* hasta la *norma de decisión*, aquella que determina la solución del caso. Sólo entonces se da la *concretización de la norma*, es decir, a través de la *producción de una norma jurídica general*, en el marco de solución de un caso determinado.

La *concretización* del derecho no es un mero descubrimiento (*Rechtsfindung*) del derecho, sino la producción de una *norma jurídica general* en el marco de solución de un caso determinado (Müller 1993/168-169).

Así, la *concretización* involucra también un análisis del *ámbito de*

SOBRE LA INTERPRETACIÓN/APLICACIÓN DEL DERECHO: SU CARÁCTER ALOGRÁFICO

la norma, entendiéndolo como tal el aspecto de la realidad al que corresponde el texto. Dicho de otro modo: la *norma* es producida, en el curso del proceso de *concretización*, no a partir exclusivamente de los elementos del *texto*, sino también de los datos de la realidad a la cual ella, la norma, debe ser aplicada³.

Ahora bien, desde el momento de la elaboración del texto, hasta el instante de su aplicación, la norma es determinada histórica y socialmente. Luego, cuando el jurista conoce los elementos y situaciones del *mundo de la vida* sobre las cuales recae determinada norma no se refiere a un tema *metajurídico*. La norma está compuesta por la historia, por la cultura y por las demás características de la sociedad en el ámbito de la cual se aplica.

La concretización implica un andar desde el *texto de la norma* en dirección a la *norma concreta* (la *norma jurídica*), que no es aun así, todavía, el destino a ser alcanzado; la concretización solamente se realiza en el paso siguiente, cuando es descubierta la *norma de decisión*, apta para dar la solución al conflicto que consustancia el caso concreto. Por eso afirman algunos autores que la interpretación y la concretización son distintas entre sí, a lo que respondo al sustentar que no existe, hoy en día, interpretación del derecho sin concretización. Ésta es, pues, la etapa de conclusión de aquélla.

6. Comprender y reexpresar

El término “interpretación” conlleva al menos dos sentidos:

- [i] La actividad de interpretar;
- [ii] el producto, resultado de la actividad de interpretar. En este segundo sentido, la “interpretación” es la norma, o sea, el sig-

³ Para Müller, el ámbito normativo es más que una mera suma de datos, abarcando un complejo real y posible, que aparece en toda regla (= enunciado normativo), formulado con elementos estructurales reproducidos de la realidad. El ámbito de la norma no congrega (inmediatamente) la totalidad de los hechos; él se manifiesta cuando un programa de interpretación es practicado (por el intérprete), observando la aplicación de normas jurídicas; entonces, tomando en cuenta el hecho concreto, emergen en aquel ámbito relevantes estructuras sociales básicas que irán a delinear su universo.

EROS ROBERTO GRAU

nificado que se atribuye (como resultado de la actividad de interpretación) a los textos de las leyes y de otros actos normativos (Tarello 1980/102).

De ahí que *interpretar*, desde el mismo momento de la interpretación del texto normativo, no sea únicamente *comprender*.

La interpretación es una relación entre dos expresiones; la primera (que es portadora de una *significación*), expresión original, es el *objeto de la interpretación*; la segunda, llamada “la interpretación”, cumple, en relación a la otra, la función de *interpretante* (Ortigue 1987/219). La interpretación aporta a la primera expresión (*objeto de interpretación*) una *nueva forma de expresión*, que no es necesariamente verbal – como ocurre en el caso de la artes *alográficas* (música y teatro); así, interpretar es *comprender + reformular o reexpresar bajo una nueva forma*.

Por otra parte, la interpretación de cualquier lenguaje verbal o notacional consiste en *mostrar algo*: ella va “*de lo abstracto a lo concreto, de la fórmula a la respectiva aplicación, a su ‘ilustración’ o a su inserción en la vida*” (Ortigue 1987/220). En la interpretación de los hechos, al contrario, se va de lo concreto a lo abstracto, de la experiencia al lenguaje.

La interpretación, pues, articula una operación de *mediación* que consiste en transformar una expresión en otra, para tornar más comprensible el objeto al cual el lenguaje se aplica.

7. Significantes y significados

Si concebimos la interpretación del derecho como una operación de carácter lingüístico, deberemos describirla como un proceso intelectual a través del cual, partiendo de *fórmulas lingüísticas* contenidas en los actos normativos, alcanzamos la determinación de su *contenido normativo*: transitamos desde los *significantes* (los enunciados) hacia los *significados* (Zagrebelsky 1990/68).

Lo que pretendo fundamentar es el carácter *alográfico* de la interpretación del derecho.

8. Artes autográficas y artes alográficas

Podemos distinguir dos tipos de expresión artística: el de las artes *alográficas* y el de las artes *autográficas*. En las artes *alográficas* (música y teatro), la obra únicamente se completa con el concurso de dos personajes, el autor y el intérprete; en las artes *autográficas* (pintura y literatura), el autor contribuye sólo a la realización de la obra (Ortigue 1987/221).

En ambas (artes *alográficas* y artes *autográficas*) hay *interpretación*, sólo que son diferentes, una y otra.

La interpretación de la pintura y de la literatura implica *comprensión* (la obra, *objeto de interpretación*, es contemplada únicamente por su autor; la *comprensión* cambia hacia una *contemplación estética*, independientemente de la mediación de un *intérprete*).

La interpretación musical y teatral implica *comprensión + reproducción* (la obra, *objeto de interpretación*, para que pueda ser *comprendida*, en función de la *contemplación estética*, requiere un *intérprete*; el *primer intérprete* comprende y reproduce, y el *segundo intérprete* comprende mediante [a través de] la comprensión/reproducción del *primer intérprete*) (aunque en esa “segunda” comprensión se manifieste, también, la construcción de una *nueva forma de expresión*).

9. El texto normativo es alográfico

El texto, precepto o enunciado normativo es *alográfico*. No se completa con el sentido que le atribuye el legislador. La completitud del texto solamente se alcanza cuando el *sentido por él expresado* es producido, como *nueva forma de expresión*, por el intérprete.

Pero el “sentido *expresado* por el texto” es ya algo nuevo, diferente del *texto*. Es una *norma*.

Eso significa que el *texto* normativo, dirigido a la solución de conflictos (esto es, una decisión *normativamente fundada* para problemas prácticos, concretizando el *deber ser* [*sollen* y no *sein*] y no la *contemplación estética*) requiere de un *intérprete* (“*primer intérprete*”) que *comprenda y reproduzca*, no para que un *segundo intérprete* pueda *comprender*, sino a fin de que un determinado conflicto sea resuelto.

EROS ROBERTO GRAU

La interpretación del derecho opera la mediación entre el carácter general del *texto* normativo y su aplicación particular: esto es, opera su *inserción en la vida*.

10. La determinación del contenido normativo

La interpretación, entonces, es un proceso intelectual a través del cual, partiendo de *fórmulas lingüísticas* contenidas en los *textos, enunciados, preceptos o disposiciones*, alcanzamos la determinación de un *contenido normativo*. Actividad volcada al discernimiento de enunciados semánticos vehiculados por *preceptos (enunciados, disposiciones, textos)*. El intérprete separa la *norma* de su cobertura (el *texto*); en este sentido, el intérprete “*produce la norma*”.

Actividad que se presta a transformar *disposiciones (textos, enunciados)* en *normas*, la interpretación es el medio de expresión de los *contenidos normativos* de las *disposiciones*, medio a través del cual el intérprete desenmascara las *normas* contenidas en las *disposiciones*.

Interpretar es atribuir un significado a uno o varios signos lingüísticos escritos en un *enunciado normativo*. El *producto* del acto de interpretar, por lo tanto, es el *significado* atribuido al *enunciado o texto (precepto, disposición)* (Canotilho 1991/208).

11. Texto y norma (las normas resultan de la interpretación)

Aparecen claramente diferenciados, en este punto de mi exposición, el *texto (enunciado, disposición)* y la *norma*. *Texto* y *norma* no se identifican: el *texto* es el *signo lingüístico*; la *norma* es lo que se *revela, designa* (Canotilho 1991/225).

De ahí que podemos afirmar, siguiendo a Zagrebelsky (1990/68-69), que el *acto normativo*, como punto de expresión final de un poder normativo, se concreta en una *disposición (texto o enunciado)*. Las *disposiciones* están dotadas de un significado, a ellas atribuido por los que operan al interior del procedimiento normativo, significado que desearon *imprimirle*. Ocurre que las *disposiciones* deben *expresar* un significado para aquellos a los cuales son dirigidas. De allí surge la necesidad de distinguir con claridad los significados *otorgados* a las

disposiciones (enunciados, textos) por quien las elabora y los significados *expresados* por las *normas* (significados que exclusivamente son revelados a través y mediante la interpretación, en la medida en que las *disposiciones* son transformadas en *normas*).

La interpretación, por esa razón, es el medio de expresión de los *contenidos normativos* de las *disposiciones*, medio a través del cual investigamos las *normas* contenidas en las *disposiciones*. Por lo que diremos que surge, la *interpretación*, como una actividad *que se orienta a transformar disposiciones (textos, enunciados) en normas*.

Las *normas*, por lo tanto, resultan de la interpretación. Y el ordenamiento jurídico, en su valoración histórica-concreta, es un *conjunto de interpretaciones*, esto es, *conjunto de normas*. El conjunto de las *disposiciones (textos, enunciados)* es únicamente *ordenamiento jurídico en potencia*, un *conjunto de posibilidades de interpretación*, un *conjunto de normas potenciales*. El *significado* (o sea, la norma) es el resultado de la labor interpretativa. Vale decir: el *significado de la norma es producido por el intérprete*.

Las *disposiciones*, los *enunciados*, los *textos* nada dicen; solamente pasan a decir algo cuando efectivamente se convierten en *normas* (esto es, cuando –a través y mediante la *interpretación*– son transformados en *normas*). Por eso *las mismas resultan de la interpretación* y podemos decir que ellas, *en cuanto disposiciones*, no dicen nada –ellas dicen lo que los intérpretes dicen que ellas dicen– (Ruiz y Cárcova 1991/320).

12. El intérprete produce la norma

Sin embargo –nótese bien– no significa que el intérprete, literalmente, *elabore* la norma. Expresándolo de otro modo: el intérprete no es un creador *ex nihilo*; él *produce* la norma –no, empero, en el sentido de fabricarla, sino en el sentido de *reproducirla*–.

El producto de la interpretación es la *norma* expresada como tal. Pero ella parcialmente *preexiste*, potencialmente, envuelta en el *texto*, o *enunciado*.

Vale decir: la *norma* se encuentra (parcialmente), *en estado de latencia*, inmersa en el *enunciado (texto o disposición)*; el intérprete es el que la descubre. En este sentido –esto es, en el sentido de la separación

EROS ROBERTO GRAU

de la *norma* de su envase: en el sentido de hacerla brotar del *texto*, del *enunciado*— es que afirmo que el intérprete “produce la norma”. El intérprete comprende el sentido originario del texto y lo mantiene (debe mantener) como referencia de su interpretación (Gadamer 1991/381).

Supóngase la entrega, a tres escultores, de tres bloques de mármol iguales entres sí, encomendándoseles tres Venus de Milo. Al finalizar el trabajo de esas personas tendremos tres Venus de Milo, perfectamente identificables como tales, pero diferentes entre sí: en una de ellas la curva del hombro aparece más acentuada; en otra, los pómulos del rostro despuntan; en la tercera, los senos están túrgidos y los pezones erguidos. No obstante, son, definitivamente, tres Venus de Milo —ninguna Victoria de Samotracia—.

Esos tres escultores “produjeron” tres Venus de Milo. No gozaron de libertad para, cada uno a su gusto y estilo, esculpir las figuras o símbolos que la inspiración de cada cual deseaba —el principio de existencia de esas tres Venus de Milo no está en ellos—.

Tratándose de tres escultores experimentados —como aquellos de la metáfora de la que me valgo— diremos que, en verdad, no *crearon* las tres Venus de Milo. Porque les fue requerida la *producción* de tres Venus de Milo (y no de tres Victorias de Samotracia; u otra imagen cualquiera) y, en verdad, cada una de ellas *ya se encontraba en cada bloque de mármol*, ellos —se dirá— únicamente retiraron el mármol, para que ellas brotaran, tal como se encontraban, ocultas.

Lo que pretendo, también, además de sustentar el carácter *alográfico* de la interpretación del derecho, es afirmar que diferentes intérpretes —cual diferentes escultores “producen” distintas Venus de Milo— “producen”, a partir del mismo *texto, enunciado o precepto*, diferentes *normas jurídicas*. Parafraseando a Kelsen (1979/467), afirmo que *decir que una de esas Venus de Milo está basada en una obra griega, no significa, en verdad, sino que ella se encuentra dentro de los límites o del cuadro que una obra griega representa — no significa que ella es “la” Venus de Milo, sino sólo que es “una” de las Venus de Milo que pueden ser producidas dentro del marco de la obra griega.*

Dije, anteriormente, que la norma *parcialmente preexiste*, de forma potencial, en los pliegues de un *texto*, o un *enunciado*. Debo ahora explicar por qué ella preexiste sólo *parcialmente* en el interior del *texto*.

SOBRE LA INTERPRETACIÓN/APLICACIÓN DEL DERECHO: SU CARÁCTER ALOGRÁFICO

Es que la *norma* es producida, por el intérprete, no únicamente a partir de elementos que se desprenden del *texto* (el mundo del “deber ser”), sino también a partir de los elementos del caso al cual será aplicada, esto es, a partir de los elementos de la realidad (mundo del “ser”).

Por eso la *norma* se encuentra, en potencia, sólo parcialmente contenida en los pliegues del *texto*. Así, la metáfora de los escultores produciendo la Venus de Milo debe, como cualquier metáfora, ser tomada en términos no absolutos.

13. El intérprete auténtico

A esta altura, conviene que dejemos completamente aclarado que –así como solamente un auténtico escultor estará en condiciones de trabajar adecuadamente el mármol, distinguiendo las vetas y las proporciones de la obra– el intérprete dotado de poder suficiente para *elaborar* las normas es el “intérprete auténtico”, en el sentido conferido a esa expresión por Kelsen (1979/469 y ss.).

Exclusivamente el intérprete auténtico elabora derecho, en el sentido de definir normas de decisión.

14. Interpretación = aplicación

Interpretación y aplicación no se realizan autónomamente. El intérprete descubre el sentido del texto a partir y en virtud de un determinado caso (Gadamer 1991/397); la interpretación del derecho consiste *en concretar la ley* en cada caso, esto es, en su *aplicación* (Gadamer 1991/401). Así, aparece una ecuación entre interpretación y aplicación: no estamos, aquí, delante de dos momentos distintos, sino frente a una sola operación (Marí 1991/236). *Interpretación y aplicación* implican un proceso unitario (Gadamer 1991/381).

15. Interpretación de los textos y de los hechos

Interpretar el derecho es *concretar la ley* en cada caso, o sea, es *aplicar* la ley (Gadamer 1991/401); de ahí que decimos que el intérprete discierne el sentido del texto a partir y en virtud de un determinado

EROS ROBERTO GRAU

caso concreto (Gadamer 1991/397). Ahora bien, siendo, la *interpretación*, concomitantemente *aplicación* del derecho, debe ser entendida como *producción práctica del derecho*, precisamente como lo explica Friedrich Müller (1993/145-146), para quien no hay tensión entre *derecho* y *realidad*; no existe un terreno compuesto por elementos *normativos*, de un lado, y elementos *reales* o *empíricos*, por otro. Por eso, la articulación *ser* y *deber-ser* (relación *norma-hecho*) es más que una cuestión de la filosofía del derecho; es una cuestión de la estructura de la norma jurídica tomada en su transposición práctica y, en consecuencia, al mismo tiempo una cuestión de la estructura de este proceso de transposición.

Eso significa, como más arriba señalé, que la *norma* es producida, por el intérprete, no sólo a partir de elementos reunidos en el *texto normativo* (mundo del *deber-ser*), sino también de los elementos del caso al cual será aplicada, esto es, de datos de la realidad (mundo del *ser*).

Lo que firmemente debe aquí subrayarse, a partir de la metáfora de Kelsen (1979/467), es el hecho de que el “marco de la norma” sea, a la vez, marco del *texto*, pero no sólo de él; es, asimismo, el reborde del *texto* y del *caso*. El intérprete analiza también el *caso*, necesariamente, más allá de los *textos*, al emprender la producción práctica del derecho.

Por eso no se encuentran soluciones previamente estructuradas, como productos semiindustrializados en una línea de montaje, para los problemas jurídicos.

El trabajo jurídico de construcción de la norma aplicable a cada caso es artesanal. Cada solución jurídica, para cada situación, será siempre nueva. Por eso mismo –y esto debe ser destacado– la interpretación del derecho se efectúa no como un mero acto de lectura de textos normativos, para lo que bastaría al intérprete ser alfabetizado.

16. La interpretación de los hechos

Es bastante peculiar, en cuanto a la interpretación (= comprensión) de los hechos, la interpretación del derecho. Pues éste, como luego se verá, instituye su propia realidad. De allí la importancia del relato de los hechos (= narrativa de los hechos a considerar) para la interpretación.

Sobre el punto, van Roermund (1997/18 y ss.) produjo un ensayo en el cual, tomando al relato como estructura específica del lenguaje en uso, indaga sobre el vínculo epistemológico existente entre el relato y lo relatado; van Roermund llama a este lazo “interceptación de referencia” o “hipótesis de interceptación”.

La “interceptación de referencia” (o *hipótesis narrativa*, de van Roermund) es un paradigma epistemológico que se opone al predominante en el pensamiento jurídico, el *representacionismo*. El presupuesto de éste se encuentra en que el conocer es, en *última instancia*, una copia, lo que *no es algo distinto* a una copia de la realidad —el conocer implica una representación del mundo exterior en nuestras ideas (reflejo) o una representación de nuestras ideas en el mundo exterior (proyección)—.

La crítica al *representacionismo* no lleva a la afirmación de que se pueda prescindir de la *representación* como momento del conocimiento; es una crítica a la atribución de carácter *absoluto* de la *representación*. Lo que con ella se pretende es *relativizar* el momento conceptual de la *representación*, articulándolo con el concepto de “punto de vista” o, mejor dicho, de “posición”, más aún, de *lugar* desde el cual se piensa. Dice van Roermund (1997/19) que el relato es una estrategia que excluye una multiplicidad puramente convencional de “perspectivas” o una pura reificación de la realidad.

Lo que por lo tanto interesa enfatizar es la circunstancia de que los hechos no serán lo que son fuera de su relato (es decir, fuera del relato al que corresponden).

La “interceptación de referencia” (o hipótesis narrativa, de van Roermund) ataca el presupuesto esencial del “legalismo”, esto es, el pensamiento como copia de la realidad, el “representacionismo” (dice el autor: “la dogmática jurídica inmuniza la práctica jurídica contra todo ataque a este presupuesto”).

17. La hipótesis de Durrell

Propongo referirnos a la aproximación (= estrategia) presentada por van Roermund como la “hipótesis de Durrell”, en alusión al conjunto de distintas versiones de los mismos hechos descriptas en el

EROS ROBERTO GRAU

denominado “Cuarteto de Alexandria” –*Justine, Baltasar, Mountolive* y *Clea*, en verdad cuatro diferentes novelas–.

Deseo señalar que la interceptación del “*lugar* desde el cual se piensa” es insuficiente para exhibir toda la amplitud de no-compromiso entre el relato y lo relatado.

Ese compromiso es antes que nada comprometido en razón [1] de que jamás describimos la realidad; lo que describimos es *nuestro modo de ver la realidad*; de ahí la imposibilidad del “representacionismo”.

Más allá de que no describamos la realidad, no obstante nuestro modo de verla [2a] ella misma determina nuestro pensamiento y [2b] al describirla, ese acto estará determinado [i] por nuestra precomprensión de aquélla (= de la realidad) y [ii] por el lugar que ocupamos al hacerlo (= nuestro lugar en el mundo es aquel desde el cual pensamos).

Podemos afirmar, así, que también en lo que respecta a los hechos no existe, en derecho, lo verdadero. Inútil es que busquemos la *verdad de los hechos*, porque los que importan en y para la construcción de la norma son aquellos *recibidos/percibidos por el intérprete auténtico* –ellos, como son percibidos por él, son los que informarán/conformarán la producción/elaboración de la norma.

18. El texto y los hechos, la norma jurídica y la norma de decisión

Este conjunto de observaciones, que me parece esencial para el desenvolvimiento de una exposición consistente sobre la interpretación (= interpretación/aplicación) del derecho, reclama, por fin, una concluyente distinción, entre la *norma jurídica* y la *norma de decisión*.

La primera de ellas, *norma jurídica*, es el resultado de la interpretación. Pero, como hemos visto, la interpretación/aplicación del derecho no es sólo interpretación del texto escrito, sino también de los hechos.

Ella es dirigida, en última instancia, a la solución de un caso concreto, que se da mediante la obtención de una “norma de decisión”. Ésta no será, pues, sino la norma jurídica ya aplicada a un caso concreto.

(Traducción del autor).

Bibliografía

- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, 4ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1991.
- GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, Malheiros, São Paulo, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 4ª ed., trad. de Joao Baptista Machado, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1979.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Auflage, Springer, Berlin, 1983.
- MARÍ, Enrique E., *La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegetica y su nexa con el proceso codificador de la modernidad*, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Enrique E. Marí y otros, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1993.
- ORTIGUES, Edmondo, *Interpretação*, en *Enciclopedia Einaudi*, vol. 11, trad. de Conceição Pais, Imprensa Nacional-Casa de Moeda, Lisboa, 1987.
- RUIZ, Alicia E. C. y CÁRCOVA, Carlos María, *Derecho y transición democrática*, en MARÍ, Enrique E. y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- VAN ROERMUND, Bert, *Derecho, relato y realidad*, trad. de Hans Lindahl, Tecnos, Madrid, 1997.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1985.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale – I – Il sistema delle fonti del diritto*, ristampa aggiornata, UTET, Torino, 1990.

¿ES POSIBLE INTERPRETAR LITERALMENTE LAS LEYES?

por ENRIQUE P. HABA*

El objeto de las palabras, aunque los filósofos [¡y no sólo ellos!] parecen olvidar este simple hecho, es tratar de materias que no son palabras.

B. RUSSELL

I. Introducción

A los ojos de un positivismo jurídico ingenuo, parece claro y bien sencillo: “lo dice la ley”... ¡y con eso basta! De un lado, el derecho “estricto”; del otro, cualquier otro género de soluciones. Todo sería fácil, una alternativa muy simple. *Tertium non datur*. Al jurista, en *cuanto tal*, no habría de quedarle otro camino –se piensa– que el de optar, lisa y llanamente, por la primera de estas dos clases de soluciones.

¿Y si a ese positivista le preguntáramos cómo se hace para saber qué “dice” la ley? Probablemente nos respondería, luego de asombrarse un poco por nuestra pregunta, que ello surge en forma obvia de los términos mismos en que la ley está formulada; al menos para la generalidad de los casos, es decir, salvo para unas situaciones, más bien “excepcionales”, en que se ponen de manifiesto “lagunas” de los materiales positivos. Por lo habitual no cabrían dificultades para conseguir

* Este estudio recoge sustancialmente el contenido del cap. X (más el apartado final: § 90) de una obra en preparación perteneciente al mismo autor: *El espejismo de la interpretación literal (Encrucijadas del lenguaje jurídico)* (abrev. EIL). Ese libro será publicado próximamente por la *Escuela Judicial* del Poder Judicial de Costa Rica.

ENRIQUE P. HABA

la comprensión unívoca de lo que exponen los preceptos del derecho escrito. Una interpretación *literal* de los textos legales¹ bastaría, pues, para saber a qué atenerse, generalmente.

El planteamiento del positivismo jurídico ingenuo presupone que la interpretación literal no da lugar, en sí misma, a mayores problemas. Mediante dicho procedimiento, frente a un texto dado, cualquier intérprete –todos los juristas o al menos la amplia mayoría de ellos– debería arribar al mismo resultado. Para cada texto jurídico no existiría sino la posibilidad de *una sola* interpretación literal. Y eso tendría que significar también, por otro lado, que tal manera de interpretar admite una clara delimitación con respecto a cualesquiera otras, o sea, que ella constituye un modo *específico* de aprehender el contenido de las disposiciones jurídicas.

Ambos extremos –univocidad, especificidad– necesitan dar por supuesto, así sea implícitamente, la posibilidad de una noción lo bastante neta y diferencial de tales procedimientos. Tendría que ser viable, pues, explicitar un concepto, relativamente preciso, capaz de indicar qué debemos hacer para interpretar literalmente y cuáles son los *límites* de tal interpretación. Es decir, un concepto que sirva de base para que, aplicándolo, cualquier jurista, al proceder a interpretar “literalmente”, llegue a los mismos resultados normativos que sus colegas dispuestos a hacer otro tanto. Como veremos, el punto ofrece dificultades bastante mayores de lo que el positivista ingenuo se imagina.

Aclaración

No todo *positivismo jurídico* es “ingenuo”, por supuesto. Basta con pensar en autores como Kelsen, Bobbio, Hart, etcétera, para apreciar que también una visión agudamente crítica del quehacer jurídico puede ser encarada desde ángulos positivistas. Pero el positivismo que subyace a la manera de pensar de la mayoría de los juristas prácticos, en cambio, bien podemos calificarlo de ingenuo: ellos no llegan a tematizar verdaderamente sus modos habituales de pensar, ignoran problemas de

¹ A lo largo del presente texto, el término “ley” o “legal” se usa en sentido muy amplio, para hacer referencia a cualquier clase de disposiciones del Derecho escrito, esto es: no sólo las de leyes propiamente dichas, sino también las constitucionales, los reglamentos administrativos, etcétera.

fondo que ese pensamiento plantea en cuanto se someten a análisis sus criterios básicos y sus límites. Aquí se intenta llamar la atención sobre dicha insuficiencia, por lo que se refiere, en especial, al asunto de la interpretación *literal*.

Vamos a examinar distintos intentos que teóricos del derecho han presentado para alcanzar una delimitación satisfactoria de lo que es interpretación “literal” o “gramatical” (ambos términos serán utilizados aquí como sinónimos, siguiendo en esto a buena parte de la doctrina jurídica); pero daré cuenta asimismo de críticas que se relacionan con esos intentos. Mi conclusión fundamental será que, a diferencia de lo que implícitamente da por admitido el positivismo ingenuo, la interpretación literal-gramatical puede:

- a) Ser llevada a cabo con orientaciones diferentes, o sea, que su concepto no basta para asegurar univocidad en la aplicación de la misma, y
- b) que la elección entre dichas orientaciones depende de factores extraliterales.

Para justificar dichas conclusiones es oportuno efectuar el recuento de una cierta variedad de puntos de vista que la doctrina de los juristas ha manejado sobre la cuestión. Aunque fatigante, pienso que esta enumeración (si bien no es taxativa, sino sólo indicativa) servirá para hacer patente, mediante esa serie de sucesivas aproximaciones al concepto de método literal-gramatical, hasta qué punto es difícil, por no decir imposible, alcanzar una delimitación conceptual general neta para tales procedimientos.

Concepto de “método” jurídico

La palabra *método* será empleada aquí en su sentido más amplio, como acostumbran hacerlo los juristas:

“Por método jurídico, el jurista entiende toda técnica de acercamiento al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, y además la técnica de interpretación del derecho” (Brimo: 217).

De acuerdo con este sentido amplísimo, “método” puede llamarse a *todo* procedimiento interpretativo aplicado a la intelección de las leyes (Para nociones más específicamente *científicas* de dicho término,

ENRIQUE P. HABA

véase en los sitios siguientes: Haba 1990 [esp. §§ II, VII, VIII y IX *in fine*], 1991 [§ I.B], 1996c [§ II], 2003 [cap. XI]).

Como punto de partida tomaré en cuenta una noción primaria de interpretación literal, tal cual ésta aparece con frecuencia definida en estudios de derecho (II). Partiendo de dicha hipótesis inicial de trabajo, trataré de ir afinando el análisis en los apartados siguientes. Comenzaré fijándome *en* un intento –poco trascendente, a mi juicio– de distinguir entre método gramatical y método semántico en la interpretación jurídica (III). Después, buscando precisar mejor el alcance de la interpretación literal, indicaré unas dificultades que resultan de la diferencia entre un sentido literal “puro” y un sentido literal “combinado”, así como de la necesidad de establecer los límites que tiene la aplicación literal dentro del proceso global de la subsunción jurídica (IV). Otras dificultades tienen que ver con el hecho de que, aun cuando se entienda que el sentido literal es resultado de una interpretación de carácter objetivo, el mismo texto puede llegar a admitir pluralidad de interpretaciones literales, todas ellas “objetivas” (V). A esa altura del examen cabrá preguntarse si, al fin y al cabo, no sería más adecuado concluir que no existe ninguna interpretación propiamente literal (VI). Pero es dable pensar que, a pesar de todo, la interpretación literal presenta ciertos rasgos típicos, por lo cual me parece adecuado recoger una definición que, sin perjuicio de ser elástica, se adecua a la experiencia jurídica existente en esta materia (VII-VIII). Prosiguiendo el análisis trataremos de ver en qué se distinguirá una interpretación literal así concebida, frente a otros tipos de interpretación, en particular con respecto a la llamada “interpretación lógica” (IX), y habremos de preguntarnos cuáles son, en general, las relaciones entre aquélla y los procedimientos que no son calificados de propiamente “literales” (IX-X). En función de todo lo explicado arribaremos a la conclusión, finalmente, de que la interpretación literal desempeña, como figura de la argumentación jurídica, el papel de un punto de partida y de límite para la determinación del sentido de textos del derecho positivo; pero esto de modo tal que las modalidades de dicha forma de interpretar y el alcance que a ella se le otorgue dependen, en definitiva, de factores extralingüísticos (XI-XII). Agregaré, por último, una síntesis de mis principales conclusiones (XIII y XIV).

El objetivo del presente trabajo, acorde con el del libro en el que como capítulo será incluido, sobre todo es tratar de llamar la atención sobre dificultades (que habitualmente no se toman en consideración). No se me oculta que el camino trazado para ponerlas de manifiesto es algo engorroso, por sus idas y vueltas en torno a la sencilla idea central, además de ser un tanto reiterativo. Mas confío en que si el lector tiene la paciencia de seguir este examen, le permitirá comprobar que la interpretación “literal” es cosa menos palmaria de lo que a primera vista puede parecer. Los profesionales del derecho, a juzgar por discursos suyos donde invocan precisamente *tal* orden de interpretaciones, dan la impresión de tener poca, por no decir ninguna, conciencia de esas dificultades.

II. Noción primaria

Engisch (1967:105) señala que en el campo de la interpretación jurídica se da una división básica. La significación de los textos legales puede ser determinada de dos maneras: ya sea por medio de una interpretación que se conforme al “sentido propio de las palabras” (*Wortsinn*), ya sea por intermedio de una interpretación que busca un sentido que se indagará de cualquier otra manera. La primera de estas dos vías constituye en su opinión, la interpretación gramatical.

Aceptemos esa distinción como punto de partida. Pero sería necesario precisarla, en mayor grado. ¿Qué quiere decir, aquí, “el sentido de las palabras”? ¿Y cómo ha de ser posible determinarlo en cada caso? He ahí los problemas claves. Veremos que los autores no han conseguido, en general, resolverlos de manera satisfactoria.

Al parecer, fue C. F. v. Savigny el primero en proponer una distinción neta entre el “elemento” gramatical y otros tres “elementos”: el lógico, el histórico y el sistemático.

Acotación

Sin embargo, Wurzel (cap. II.4: 22 s.) considera que Savigny abandonó luego esta clasificación, propuesta en el § 33 (*Interpretación de leyes aisladas*) de su *Sistema del Derecho Romano actual*; ya que en el § 35 (*Interpretación de leyes defectuosas*) de esta obra, presenta

ENRIQUE P. HABA

como medios interpretativos: “1. contexto interno de la legislación; 2, relación de la ley con su fundamento; 3. valor intrínseco (?) del contenido logrado por medio de la interpretación. El primer medio corresponde al momento sistemático, el último (tercero) carece de toda determinación desde el punto de vista científico”, Y el segundo se refiere al “fundamento de la ley (ratio)” (Wurzel: 23).

Véase también Savigny 1951:23 y siguientes (donde el autor señala que la interpretación debe ser a la vez “universal” e “individual”), y 35 y siguientes (donde examina más de cerca el trabajo “sistemático” de la ciencia del derecho: evolución de los conceptos –37 y ss.–, ordenamiento de las proposiciones jurídicas –39–, interpretaciones extensiva y restrictiva –39 y ss.–).

Savigny entendía que el “elemento gramatical” se refiere a las palabras por medio de las cuales el legislador transmite su pensamiento al pensamiento del intérprete. Este último debería, en consecuencia, tratar de exponer las reglas de lenguaje que fueron aplicadas por aquél:

“El elemento *gramatical* de la interpretación tiene a la palabra por objeto, la cual permite pasar del pensamiento del legislador a nuestro pensamiento. Ese elemento consiste, por ende, en exponer las reglas de lenguaje aplicadas por el legislador” (1840, § 33: 213 s.).

Definiciones inspiradas en las ideas de Savigny aparecen recogidas por numerosos autores. La que presentan Aubry/Rau, por ejemplo, puede considerarse típica:

“Se llama comúnmente interpretación gramatical a aquella que se aboca a determinar el verdadero sentido de un texto oscuro o incompleto, sirviéndose para ello de los usos del lenguaje o de las reglas de la sintaxis”².

Cabe señalar, sin embargo, que si se acepta un concepto amplio del término *interpretación*, no sería imprescindible que el texto sea “oscuro o incompleto” para que haya necesidad de interpretarlo. En efecto, si por “interpretación” se entiende *toda* determinación del sentido de un texto, es obvio que *todo* texto requiere alguna interpretación para vincularle un significado. El texto, en sí mismo, no es más que

² En este sentido véase, por ej., Fabreguettes: 380.

el *signo* de uno o más sentidos intelectivos posibles; la interpretación consiste justamente en el hecho de determinar, a partir de aquellos signos, cuáles son, en general o en cada caso, los sentidos pertinentes. Si no hay interpretación, el texto no es capaz de decirnos nada, dado que él, en sí mismo, no constituye otra cosa que un conjunto de formas gráficas³. Por tanto, la interpretación literal podría en principio ser aplicable a cualesquiera textos legales; inclusive, y acaso más que nada, a disposiciones cuya letra se considere “clara”.

Es lo que, por ejemplo, dice precisamente Gény. Hablando de los casos en que la ley es “clara”, él señala: “el papel de la interpretación se reduce, aproximadamente, a otorgarle al texto todo el alcance que comporta su fórmula. Y entonces se dice que la interpretación permanece esencialmente *gramatical* o *literal*, porque, en efecto, no se supone que el legislador, para expresar su pensamiento, se aparte de las reglas normales y usuales de la lengua” (§ 24:31).

Origen histórico

Coing hace remontar tales procedimientos al Derecho Romano, e incluso más lejos, hasta los Derechos más arcaicos: “Para ninguna disciplina es tan válida como para la jurisprudencia, la sentencia: ‘En el principio estuvo la palabra. Al comienzo de la interpretación jurídica se encuentra –esto vale para todos los Derechos arcaicos, y también para la madre de los Derechos continentales, el Derecho Romano– una estricta interpretación de las palabras (*Wortauslegung*). Menos conocido que este hecho, el de que la interpretación jurídica comienza con una severa interpretación literal, es la circunstancia de que los juristas romanos de los últimos tiempos de la República llegaron a combinar ese arcaico tipo de interpretación con las ciencias de la gramática y de la etimología, que se habían ido desarrollando. La interpretación de las palabras fue desarrollada por los juristas romanos orientándola hacia la interpretación *gramático-filológica*” (1959:7).

“Esta interpretación, que tiende a operar con significaciones de las palabras como si se tratase de dimensiones fijas, es el más antiguo método de la jurisprudencia” (1969:317 s.).

³ Véase Haba 1972: § 1 y 2.

ENRIQUE P. HABA

III. Método gramatical y método semántico

Aubry/Rau, del mismo modo que otros autores, acoplaban la referencia a los aspectos gramaticales (“sintaxis”) y semánticos (“usos del lenguaje”), al caracterizar lo que es la interpretación literal. Ahora bien, se podría preguntar si *ambos* aspectos son igualmente decisivos en el marco de *este* tipo de interpretación. Cipriano lo pone en duda e insiste, en cambio, sobre la necesidad de distinguir de manera neta entre esas dos vías. Su tesis es que de ninguna manera se han de confundir los métodos gramaticales con los semánticos. Señala que no se puede jamás prescindir de las reglas gramaticales al interpretar, mas sí es posible, en su caso, dejar de lado el sentido –semántico– de todas o cuales palabras.

Cipriano insiste en hacernos recordar que la gramática y la semántica forman parte, ambas, de la lingüística. Pero mientras la primera se ocupa de la estructura –forma– de la lengua (posibles combinaciones de las palabras, puntuación, etc.), la segunda se refiere al sentido mismo –contenido– de los términos. Cada disciplina establece, para cierto tipo de casos, su propia semántica. En cambio, existe *una sola* gramática, la que es general para todas las disciplinas que utilizan el lenguaje común como base: no hay una gramática específicamente jurídica, una gramática de la medicina, etcétera.

Es posible, claro está, llegar a alterar el sentido de un precepto jurídico; mas hasta en tal hipótesis sería necesario recurrir a la gramática común. El método “gramatical” está presente de modo constante en el proceso de la interpretación, aunque se halle complementado por uno o varios métodos de otra naturaleza: por ejemplo, mediante aspectos semánticos. La gramática es, pues, algo que encontramos *siempre* en la base del lenguaje jurídico. Y aun para aquellos casos en que, por una u otra razón, el intérprete se aparte del sentido estricto de ciertos términos legales, eso no constituye –concluye Cipriano– un abandono del método *gramatical*. Lo que ocurre, ahí, es que se prescinde únicamente de la interpretación *literal* (semántica) de los referidos términos. No hay que confundir, pues, esas dos maneras, complementarias, de determinar cuáles son los sentidos jurídicos.

Si bien esa observación de Cipriano es correcta, no me parece que ella dé en el blanco de las verdaderas dificultades de fondo a que nos

enfrentamos a la hora de tratar de precisar cuáles son las vías propias de la interpretación literal. No es la cuestión del *nombre*, “gramatical”, lo que origina confusiones.

Se diga o no “gramatical”, esos procedimientos conciernen fundamentalmente a cuestiones de tipo semántico. Cuando queremos precisar el sentido “gramatical” de una ley, o cuando nos preguntamos si no sería mejor que en alguna medida se haga abstracción de dicho sentido, la discusión no se refiere, por lo general, a la aplicación de unas reglas gramaticales propiamente dichas (si bien tampoco puede descartarse del todo que incluso puedan llegar a plantearse, en algún caso, dificultades a este último respecto)⁴. Se trata de controversias que giran sobre todo en torno al alcance *semántico* de tales o cuales expresiones. Y aun si nos decidiéramos a no darle el nombre de interpretación “gramatical” a esos intentos de precisión que indagan sobre el sentido de la letra, un cambio de denominación no afectaría para nada al *contenido* mismo de la indagación así realizada.

Sea como fuere, bajo un nombre u otro, la pregunta fundamental sigue siendo la misma: cuáles han de ser los *criterios* para determinar el “verdadero” sentido semántico del texto legal. Es cierto que no se puede prescindir de la gramática para comprender tales textos, mas no creo que a nadie se le haya ocurrido hacerla a un lado; todo el mundo da por presupuesta, simplemente, la vigencia de las reglas gramaticales. El centro de las discusiones entre los intérpretes del Derecho no suele estar ubicado precisamente ahí, sino que ellas conciernen a tales o cuales indeterminaciones semánticas de los textos. Me parece, por eso, que el punto sobre el cual Cipriano pone el acento, en definitiva constituye apenas una cuestión de índole terminológica. Decidir si la interpretación literal debe ser llamada *también* gramatical, o no, es cosa de convención, lingüísticamente opcional. No creo que esto tenga, ni haya tenido jamás, trascendencia sobre el manejo *práctico* de los procedimientos así denominados.

IV. Dificultades: sentido literal “puro” y sentido literal “combinado”; aplicación literal y subsunción

Hemos advertido que el método literal-gramatical se emplea para

⁴ Cf. Ross (§ 25) y Wolff (Parte II).

ENRIQUE P. HABA

aprehender el sentido de la ley, por medio de la gramática y la semántica, pero que las dificultades se plantean sobre todo en relación con esta última. Se trata, pues, de determinar aquello que en alemán se denomina el *Wortsinn* (sentido propio de las palabras) o *Wortlaut* (letra, sentido textual, tenor literal).

Como “sentido textual” se suele entender⁵ la significación que corresponde a un término o a una combinación de ellos de acuerdo con la utilización común del lenguaje, o bien, en su caso, según algún uso de carácter específicamente jurídico (sea que se trate de un empleo aplicable al derecho en general, sea que se tome en cuenta un sentido que corresponde sólo en el marco de determinada ley o de un inciso de dicha ley). Estos diversos tipos de sentido pueden, por lo demás, presentarse combinados a la hora de interpretar el conjunto de los términos de un precepto, pues su aplicación “literal” no es un asunto de índole simplemente filológica.

Por lo habitual se admite que la determinación de un sentido literal representa la etapa inicial en la intelección de los preceptos del derecho escrito. Ya era así en el Derecho Romano:

“El intérprete puede valerse de todas las posibilidades que le ofrece el texto de la ley, la solución propuesta debe siempre encontrar apoyo en la ley, sea directamente, en el sentido literal de los *verba*, sea indirectamente, en la *sententia*, es decir, en uno de los sentidos autorizados por las virtualidades lógicas del texto. A ello se reduce finalmente el respeto por la voluntad del legislador; pero si falta ese mínimo, no se podría hablar de «interpretación»” (Vonglis: 195).

Heck subraya la diferencia que existe entre dos momentos de la interpretación gramatical. Señala que el *Wortsinn* se constituye primeramente como una “imagen provisoria”, primer paso en la interpretación; esa “imagen” se obtiene por aplicación de las reglas del lenguaje (§ 3.6: 59). Mas cabe distinguir entre este *prima facie Wortlaut* y un sentido literal final (§ 12.8.a). El primero consiste en nociones hipotéticas que se desprenden de la percepción de las palabras *Wortsinn* inicial. El segundo, en cambio, no aparece sino al final del proceso de la interpretación, cuando se llega a determinar *–elegir–* en definitiva

⁵ Cf., por ej., Larenz (307) y Bartholomeyczik (19).

el sentido de la ley. Ahí se le da *preferencia*, entre distintas ideas (*Vorstellungsbild*) posibles, a una de ellas: precisamente a aquella que encuentra su sostén en los puntos de apoyo *lingüísticos* (98 y ss.).

De ahí que corresponda distinguir, según Heck (§ 12), entre sentido literal *puro* y sentido literal *combinado*. El primero resulta de la aplicación sola de reglas lingüísticas, mientras el segundo recurre además a otros puntos de apoyo (§ 12.2:95). Si analizamos la impresión que en nosotros despierta una frase, en función de nuestro “sentido del lenguaje” (*Sprachgefühl*), nos damos cuenta de que ello no se encuentra motivado sólo por las reglas propiamente dichas de la lengua, sino que allí incorporamos también, en forma inconsciente, otros elementos: reglas de la psicología común, juicios de valor, nociones extraídas de la experiencia, circunstancias varias que estamos presuponiendo (§ 12.4:97). Por eso, aunque puede haber un sentido literal puro para determinado mandato legal, tomado aisladamente, empero sería mejor no hablar de “sentido literal” con referencia al cuerpo entero de una ley (§ XII.5: 97). Hasta el *prima facie Wortlaut* constituye ya una forma de sentido literal combinado (§ XII.8:98).

“Bien mirado, en realidad no existe un puro sentido textual (*reinen Wortlaut*) de todo un escrito, sino solamente un sentido textual puro de frases aisladas” (§ 4.6.c:67). “Los medios (*Hilfsmittel*) lingüísticos, si son aplicados solos, a veces no alcanzan para otorgar un sentido a las palabras de la ley. Desde este punto de vista, la ley no tiene absolutamente ningún sentido textual puro. En otros casos, el posible sentido textual es de lo más indeterminado, aunque el sentido textual más inmediato sea determinado, éste resulta asombrosamente inutilizable. Por lo demás, faltan características que sean lo bastante seguras para aislar el sentido textual puro del combinado” (§ 12.2:95).

Ya las observaciones de Heck procuraban, pues, llamar la atención sobre las dificultades de proceder a una interpretación “puramente” literal. No obstante, eso que él había advertido en 1914, parece haber llegado poco a los oídos de la doctrina tradicional. En el marco de ésta, la interpretación gramatical no suele aparecer verdaderamente problematizada. Esa doctrina se aferra al clásico modelo del silogismo judicial, donde la *subsunción* jurídica de los hechos bajo la norma se efectuaría poco menos que automáticamente.

ENRIQUE P. HABA

Doctrina jurídica tradicional

Bien puede servir como ejemplo de dicha doctrina lo que expone Bartholomeyczik (22) al referirse a la aplicación literal de la ley.

Según ese autor, es ante todo necesario proceder a dividir el precepto en dos componentes: *Tatbestand* (presupuesto de hecho) y *Rechtsfolge* (consecuencia jurídica). A partir de ahí, se trata de lograr, por medio de un trabajo específicamente jurídico, que el *Tatbestand* quede susceptible de ser utilizado para la subsunción; cada uno de los elementos (notas conceptuales) del *Tatbestand* debe ser precisado de modo tal que resulte posible subsumir, bajo él, la situación de hecho concreta (*Sachverhalt*) a la que el precepto será aplicable.

“De ahí, que siempre el *Tatbestand* consista sólo en el abstracto *Tatbestand* legal, mientras que el *Sachverhalt*, en cambio, es el acontecimiento concreto que se da en el plano de la vida real. El *Sachverhalt* debe, pues, ser subsumido bajo el *Tatbestand* o el *Tatbestand* ser traducido en el *Sachverhalt*”. El *Tatbestand* aparece entonces dividido en sus notas abstractas, individualmente consideradas, cada una de las cuales posee un sentido literal propio. Y el *Sachverhalt* tiene que ser dividido, análogamente, en hechos históricos individuales (*Tatumstände*) que puedan corresponder respectivamente a aquellas notas.

Los elementos del *Tatbestand*, así presentados, vale decir, interpretados literalmente, consisten en conceptos jurídicos, unas categorías abstractas que designan fenómenos jurídicos. En tales condiciones se hace posible la subsunción, o cuando menos se va a estar “en camino” para lograrla con ayuda de medios interpretativos complementarios.

V. Dificultades: sentido objetivo y sentido subjetivo; pluralidad de interpretaciones literales; elementos del sentido literal y fronteras de éste mismo

Recapitulemos. El método literal-gramatical es aquel que, para determinar la significación de los textos, se basa, simplemente, en el recurso al sentido de las palabras y a las reglas corrientes de la sintaxis del idioma utilizado. Las mayores dificultades se refieren sobre todo

al primero de estos dos aspectos: hallar los criterios para determinar el *verdadero* “sentido de las palabras”.

Quedó señalado que puede tratarse, para tales o cuales palabras, del significado que les corresponde, ya sea en el lenguaje corriente, ya sea en lenguajes más particularmente jurídicos. Es posible, además, que el sentido varíe según se recurra a contextos más o menos amplios, los cuales se pueden –¿y se deben?– tomar en cuenta para determinar los significados propiamente jurídicos; es decir, que una palabra o una misma expresión pueden ser referidas a más de un solo sentido. Mas para saber qué ha de entenderse exactamente bajo la expresión “el sentido de las palabras”, son necesarias precisiones adicionales. Sin éstas, la fijación del contenido del método literal quedaría vacío en su dimensión fundamental, la perspectiva semántica.

Las palabras son, desde el punto de vista semántico, la expresión de un pensamiento; éste constituye, justamente, el “sentido” de ellas. Por tanto, cuando se hace referencia al “sentido de las palabras”, hay que preguntar: ¿de *qué* pensamiento se trata? O bien: ¿al pensamiento de *quién* queremos remitirnos? Sólo por intermedio de una de estas dos preguntas, o de ambas complementariamente, estamos en condiciones de encontrar una orientación precisa para saber dónde localizar el sentido buscado. En la primera hipótesis (¿qué?), la pregunta va dirigida en forma *directa* al *contenido* del pensamiento en cuestión. En la segunda manera de plantear las cosas, en cambio, nos conformamos con preguntar cuál o cuáles son los *sujetos* que tienen el derecho de *elegir* ese contenido; se trata, pues, de una manera *indirecta* –pero que, así y todo, puede llegar a ser bastante determinada– de llegar a decidir si el sentido será, en su caso, A o B o C...

Esas dos maneras de encarar el asunto remiten, respectivamente, a lo que se ha llamado las interpretaciones “objetiva” y “subjetiva”⁶. En efecto: el “sentido de las palabras” puede ser localizado en un pensamiento –*objetivo*– que se considera inherente (al menos en un contexto dado) a los términos mismos, o se puede indagar, en cambio, un pensamiento –*subjetivo*– que de modo real se haya hecho presente en el

⁶ Sobre la diferencia entre interpretación “objetiva” e interpretación “subjetiva”, véase Haba 1992: § I.

ENRIQUE P. HABA

espíritu del autor del texto, el legislador, cuando ha sancionado esas palabras. He ahí dos tipos de pensamiento susceptibles de aparecer ligados a una misma expresión lingüística, pero que pueden no llegar a coincidir uno con otro.

Comenta Schreier: “El pensamiento que se hace expresión tiene siempre un doble contenido: el pensamiento pensado y el pensamiento que estaba ya dentro (*verborgen lag*) de la expresión misma. De ahí, que también la interpretación pueda ser llevada a cabo de dos maneras. Se puede encarar la expresión como exteriorización emanada de una persona, en cuyo caso la pregunta es: ¿qué quiso decir con esto?, y allí se halla comprendida entonces, toda la situación personal de ese sujeto. O bien, se puede preguntar: ¿qué quiere decir esta expresión en el marco de una determinada esfera de comprensiones?”

Ahora bien, ¿a cuál de estas dos clases de sentido habría que darle la prioridad, con vistas a la interpretación de los textos jurídicos? Eso depende del tipo de interpretación que se elija. Suele considerarse que una interpretación es “literal” si se atiene a sentidos que corresponden *objetivamente* a los términos mismos, con independencia de todo otro tipo de consideraciones (sobre el autor, sobre finalidades, etc.).

Ahora bien, no basta simplemente con decidirse por interpretar de manera “literal”. Queda por saber *cómo* alcanzar a aprehender esos sentidos “objetivos” que se consideran los literales. Estamos otra vez ante la pregunta señalada al comienzo del presente párrafo: hallar el significado *propio* de cada uno de los términos del texto, y teniendo asimismo en cuenta, claro está, las reglas gramaticales que determinan el alcance de las combinaciones posibles entre estos significados. No basta con formular la advertencia de que, en principio, no se trataría de averiguar un sentido “subjetivo”. No sólo cabe, desde luego, pluralidad de sentidos subjetivos, sino que también puede haber *más de un* sentido “objetivo”: eventualmente el mismo término podemos hallarlo empleado en distintas clases de lenguajes, y las polisemias se presentan incluso en el seno de un mismo lenguaje. La dificultad mayor consiste, pues, en saber *cómo elegir* entre distintos sentidos que sean “objetivamente” posibles –¡todos ellos!– para una misma expresión lingüística. No es un criterio *único*, nada más que uno solo, el susceptible de utilizarse para determinar el contenido de la interpretación

literal respecto a un texto dado; eventualmente es dable encararla de acuerdo con distintas direcciones de comprensión, no menos “literales” (si se entiende así) unas que otras, por los variados elementos de indeterminación que conforman la dinámica del lenguaje *mismo*⁷. Quiere decir que un mismo texto puede ser objeto, en su caso, de interpretaciones literales *diferentes*.

Por lo demás, la interpretación de la “letra” necesitaría referirse a la *totalidad* de los elementos del texto. Significa que ha de considerar, no sólo las palabras mismas, sino también otros de esos elementos, como los signos de puntuación, las cursivas, etcétera. “La interpretación tiene que tomar en cuenta la totalidad de los medios de expresión utilizados por el legislador; también, así, los signos de puntuación, incluso la separación entre párrafos y hasta los caracteres externos del modo en que ha sido formulado el escrito, como por ejemplo *los subrayados*” (Meier-Hayoz, § 184:131).

Mas, ¿cuáles son las propias fronteras de semejante “totalidad”? ¿Qué forma parte del texto *mismo* (está “adentro”, por así decir) y qué formulaciones lingüísticas son sólo adyacentes o hasta del todo ajenas a él *mismo* (están “afuera” de éste)? Es posible referirse a una frase de pocas palabras, pero asimismo se podría querer interpretar un inciso que contiene más de una frase o un artículo de varios incisos, o hasta varios artículos de un capítulo, etcétera. Además, de acuerdo con la legislación del caso, cabría entender que los títulos, subtítulos u otras anotaciones forman también parte (o no) de la “letra”⁸. Por este camino se podría hasta llegar a considerar como casos de interpretación literal, aquellas determinaciones donde se ponen en juego criterios que corresponden más bien a la *sistemática* jurídica. Así, Keller señala que hay *principios* que algunos vinculan, en el marco de puntos de vista sistemáticos, al “sentido gramatical de las palabras [...] Esos principios pueden ser invocados, de acuerdo con el contenido de sus

⁷ EIL, *Primera parte*: esp. caps. II-III y el Apéndice 2.

⁸ En el Derecho suizo, por ejemplo, los títulos y anotaciones marginales pertenecen también al texto legal mismo. El legislador los ha “considerado como parte del texto legal, o sea, no sólo como destinados a facilitar la orientación, sino como introducidos para que, en caso necesario, sirvan también como complemento y modo de aligerar (*Entlastung*) el texto” (Meier-Hayoz, § 97: 112).

ENRIQUE P. HABA

respectivas fórmulas, cuando el enfoque sistemático se toma, hasta cierto punto, como formando parte de las consideraciones ‘gramaticales’, o sea, cuando el resultado de las reflexiones sistemáticas se cuenta como cosa perteneciente al «sentido de las palabras»” (85).

Si bien hay quienes admiten este último punto de vista, la mayoría de los autores estiman que lo específico de la interpretación gramatical-literal es lo de encarar las palabras o las frases de alguna manera relativamente *aislada*, por cuanto fácilmente ellos sucumben a la inocencia de pensar que el significado de cada palabra tiene una dimensión fija.

VI. ¿Existe, de veras, la interpretación simplemente “literal”?

Los puntos de vista presentados hasta aquí tratan, en general, de aportar precisiones para determinar mejor en qué consiste la interpretación literal. Mas hay autores que, en cambio, adoptan unas posiciones que tienden a *negar* la existencia misma de procedimientos capaces de ofrecer un carácter *específicamente* literal-gramatical para interpretar las leyes. Veamos algunas de las razones aportadas en tal sentido.

En cuanto a los aspectos gramaticales propiamente dichos, ya tuvimos oportunidad de considerar las objeciones de Cipriano, a saber: la observación de que *todos* los métodos interpretativos acuden a la gramática⁹. Otros autores van más lejos. Según ellos, no sólo la gramática está siempre ahí para interpretar las leyes, sino que igualmente pasa con los factores lingüísticos en *general*. O bien, si se prefiere verlo desde otro ángulo, cabe sostener que ningún método interpretativo puede prescindir de consideraciones *extra-lingüísticas*. No existiría, en consecuencia, un método que fuera *propiamente*, específicamente, *lingüístico*. Por ende, no se ve en qué podría consistir lo *particular* de una vía literal-gramatical de acercamiento a los textos legales.

Ahora bien, tengo la impresión de que esta clase de observaciones, aunque inspiradas en consideraciones realistas, no alcanzan para justificar que se le niegue *toda* especificidad a las aproximaciones llamadas “literales” para interpretar las leyes. Salvo si se toma, como punto

⁹ Supra: III.

mismo de partida, ciertas definiciones que *prejuzguen* tal cosa, o sea, si expresiones como “literal”, “lenguaje”, “sentido”, etcétera, aparecen definidas ya de un modo tal que le impongan *–per definitionem–* tal o cual característica al concepto mismo de esa interpretación. Dicho de otro modo: si a *priori* partimos de una noción demasiado amplia –o, al contrario, una muy estrecha– de qué cosa corresponda entender por “literal” o “gramatical”, entonces es fácil concluir, por simple efecto de tautología, que todo procedimiento interpretativo es –o que, al contrario, no puede ser *solamente–* literal-gramatical, de acuerdo con la definición preestablecida. Así planteadas las cosas, la imposibilidad de que haya métodos “literales” resulta una consecuencia de mero carácter terminológico, no una comprobación de orden empírico-realista. Podremos verlo, por ejemplo, trayendo a colación ideas que en tal sentido han formulado Bobbio y Cossio.

Para Bobbio, toda interpretación consiste en un análisis de lenguaje, una interpretación de *verba*. Que se recurra a un medio u otros –interpretación de las palabras mismas de la ley, interpretación histórica, interpretación sistemática, etcétera– siempre se trata, en sustancia, de una interpretación “gramatical”. Porque en todos los casos se precede a buscar, para tales cuales contextos de proposiciones (las de la ley misma u otras), aquellas reglas que determinan el uso de los términos en cuestión: la “gramática” (en sentido amplio) del lenguaje de un legislador dado.

Las diferentes orientaciones para interpretar la ley son todas “gramaticales” (Bobbio).

“En efecto, también la llamada interpretación de la *mens* es una interpretación de *verba* [...] El pasaje de la interpretación de la *letra* a la interpretación del *espíritu*, no consiste nada más que en extender la indagación sobre el uso de las palabras en cuestión a contextos de proposiciones cada vez más numerosos y respectivamente menos afines al contexto inicial [...] Por interpretación de la *intención*, en definitiva, se debe entender el uso de todos aquellos medios que son aptos para establecer el significado de una palabra o de un grupo de palabras utilizadas; pero todos estos medios, recuérdese, son *lingüísticos*.

”La llamada interpretación *histórica* es el análisis de proposiciones normativas que estaban vigentes en tiempos pasados; la interpretación

ENRIQUE P. HABA

sistemática estudia la conexión de las proposiciones normativas que el instituto examinado mantiene con proposiciones referentes a institutos afines, ubicables unas y otras en la misma categoría general. En lo esencial, también esa interpretación de la intención, a la que ahora habitualmente se le llama *lógica*, es una interpretación gramatical; pues el jurista, en esta primera fase de la investigación, no hace otra cosa que fijar, con todos los medios que están a su disposición, y que no pueden ser sino medios lingüísticos, las reglas de uso de las palabras empleadas, o, como se dice con una expresión corriente ahora en el uso de los positivistas lógicos, la ‘gramática’ (EIL: § 8) de ese *lenguaje particular* que es el lenguaje de un legislador determinado” (1950, § 9 *in fine*: 359, cursiva E. P. H.).

Cossio pone el acento, en cambio, sobre la circunstancia de que una interpretación literal supondría la posibilidad –que él considera absurda– de que la comprensión de las leyes se opere con base en la consideración *aislada* de sus palabras o frases. Por “método gramatical” *stricto sensu*, Cossio entiende una “elaboración” del vocabulario de la ley partiendo de la idea de que tal palabra o tal frase poseen una autonomía desde el punto de vista gramatical; de este modo se prescindiría de las conexiones lógicas entre las diversas leyes, o incluso entre las partes de un mismo precepto. Es lo que –según él– hacían, por ejemplo, los glosadores y los postglosadores, cuando empleaban una técnica interpretativa basada en sinonimias, etimologías, ejemplos de casos paralelos; en dichas escuelas, el recurso a aspectos lógico-sistemáticos no aparece sino de manera rudimentaria.

No corresponde quedarse en “el hecho de las palabras”, prosigue Cossio, sin trascender a la esfera de las significaciones. Pero el método gramatical no es plenamente consciente de esta diferencia entre “el hecho de la palabra” contenida en la ley y su significación. De ahí que, por la fluctuación constante entre estos dos extremos, lo cual caracteriza a dicho método, éste finalmente impregne de elementos racionales a aquello que ahí se considera como un dato puramente empírico. Y, lo que es más, esa fluctuación hace que “el hecho de las palabras” (del texto legal) conduzca al intérprete hacia una limitación de las significaciones jurídicamente legítimas, sin advertir que éstas se hallan “estructuradas” por otras significaciones que no son las de las palabras mismas.

Por otro lado, un autor como F. Müller señala que la interpretación literal, es decir, aquella que trabaja de manera más directa con el texto mismo, difícilmente logre llegar a ofrecer resultados “evidentes”. La objetividad que ella tiene es “limitada”, ya que depende de desarrollos y valoraciones respecto a los sentidos lingüísticos. Los resultados de tipo etimológico no son aplicables a la concreción del derecho que está vigente. En definitiva, esa “objetividad” se apoya en convenciones lingüísticas que se hallan impuestas, ya sea en forma general o al menos dentro de la ciencia jurídica.

Paso a señalar algunas conclusiones por mi propia parte. Pienso que ninguna de las dos opiniones recogidas tiene por qué implicar necesariamente que no exista la *posibilidad* de emplear un método *puramente* literal.

Lo que Bobbio señala, es sólo esto: que en la interpretación de una ley se puede acudir *también* a otras proposiciones que las de dicho método, pero que aun en ese caso se trataría siempre de un análisis de *lenguaje*. En consecuencia, aunque toda interpretación sea “gramatical”, esto no excluye –cabe acotar– que una interpretación literal *propriamente dicha* pueda ser distinguida de otras clases de interpretación, aun si tanto aquélla como éstas hayan de consistir, todas ellas, en unos “análisis de lenguaje”. La interpretación literal, a diferencia de las otras, se referiría exclusivamente, o al menos principalmente, a las proposiciones que conforman el texto *mismo* de la ley. De este modo, cabe pensar que la distinción se hallaría suficientemente establecida.

Cossio, por su parte, tampoco llega a negar propiamente la existencia de un método gramatical *stricto sensu*. Se limita a insistir en que método semejante no sería el *adecuado* para arribar a los verdaderos significados jurídicos. Vale decir que, según él, el método literal existe como tal, pero el jurista debería ir más allá, superarlo. Por tanto, Cossio reconoce (implícitamente) la sustantividad de dicha vía, aunque la rechaza en el plano axiológico.

En cuanto a lo que señala Müller, cabría pensar que si unos criterios de “objetividad” lingüística fuesen adoptados de una manera rigurosa, es decir, si se estuviera *siempre* dispuesto a reconocer que el sentido lingüístico de un texto es el que emana de una aplicación de dichas

ENRIQUE P. HABA

convenciones, entonces podría en muchos casos disponerse de un punto de partida bastante firme¹⁰; así, por lo menos quedarían de lado sentidos que no sean legitimados por dichas convenciones. Si se está firmemente dispuesto a respetarlas, más allá de consideraciones (discutidas y discutibles) acerca de la “justicia del caso”, el campo de indeterminación de los textos jurídicos se reduciría en mucho. Ante situaciones en que la interpretación resultase dudosa, bastaría entonces con recurrir al dictamen de lingüistas, o al resultado de encuestas (científicamente efectuadas) que tengan por objeto comprobar cuál es la “convención” que *de hecho* domina en el círculo de quienes se juzga legitimados para determinar los criterios semánticos aplicables a la intelección de las leyes. Es verdad que, así y todo, seguirán subsistiendo casos dudosos; pero su número disminuiría en forma considerable.

No es necesario abocarnos a una comparación más detenida de las posiciones que sustentan los autores comentados. Resulta claro que, sin perjuicio de las sensibles diferencias que existen entre las bases filosóficas de que parten respectivamente, ellos han querido subrayar, por unas u otras razones, que la autonomía de los procedimientos propiamente literales es muy relativa. Pero eso no significa que dichos procedimientos no pueden presentar, repito, ciertos caracteres específicos¹¹.

VII. Una definición

Hemos visto, desde una serie de ángulos, las dificultades que con-

¹⁰ Se trataría de lo que he llamado una *Autoridad-idea* (subtipo: Autoridad-lenguaje), cf. en los sitios siguientes: Haba 1972 (§ 7), 1977 (§ 15), 1979 (§ 46 y 50), 1980 (§ II).

¹¹ Otros autores presentan, a veces, razones que van más o menos en la misma dirección que las observaciones de Bobbio y de Cossio. Un tanto entremezcladas, aunque planteadas con mayor desarrollo, podemos encontrarlas, por ejemplo, en el estudio de Vernengo. Sin embargo, no resulta fácil despejar qué es lo que este autor entiende exactamente por interpretación “literal”. Dicha expresión aparece utilizada, en su trabajo, tanto de acuerdo con sentidos muy amplios (o inclusive como sinónimo de toda interpretación de la ley), cuanto en sentidos más restringidos: por ej., cf. allí en las ps. 10, 53, 60-63, 65-68, 98 (Mas no estoy seguro de que en esas páginas se trate, aunque fuere implícitamente, de unas definiciones propiamente dichas. Si señalo esos pasajes, de todos modos, es porque acaso contengan algunas “pistas” que, por mi parte, no he logrado seguir adecuadamente).

lleva todo intento de precisar lo que pueda consistir el campo *propio* de la interpretación literal. Mas voy a elegir, a pesar de todo, una de las definiciones presentadas para tratar de delimitar conceptualmente esta clase de interpretaciones. Aunque ella deja “goteras” abiertas, pienso que puede servir para señalar, *en líneas generales*, a qué procedimientos suelen los juristas referir dicha calificación. Con tal base, quedaremos en condiciones de proseguir luego el examen en otra dirección¹²: entonces compararemos la interpretación literal con otras maneras jurídicas de interpretar, para ver si acaso, por ese lado, la especificidad de aquélla consigue asomar de modo más neto.

Antes de ofrecer esa definición, importa distinguir entre dos cuestiones:

- a) Lo referente a la posibilidad de señalar los *límites* de ese tipo de interpretación, determinados caracteres que sirvan para distinguirlo de otras interpretaciones.
- b) Lo de saber, ya en el *interior* de tales límites, a qué criterios deba acudirse para poner tal interpretación en práctica.

Este último punto admite soluciones diversas, inclusive contradictorias, como vimos. No obstante, para alcanzar la definición más general de qué son los procedimientos literales-gramaticales en el Derecho, podemos contentarnos con brindar una respuesta que se refiere sólo a la primera (a) de dichas cuestiones. Pues aunque los criterios (b) de la interpretación literal-gramatical puedan ser variados, eso no sería obstáculo para proporcionar una mera caracterización *genérica* de aquélla, esto es: una caracterización global que suministre simplemente el *marco* definitorio general (a), dentro del cual sería *luego* posible, en su caso, decidirse por estos o aquellos criterios lingüísticos de orden más específico (b).

Un marco de esa índole se encuentra bastante bien caracterizado por la definición que proporciona Du Pasquier. Según este autor, dicho tipo de interpretación:

“Consiste en extraer de las palabras mismas (semántica), de su ubicación en la frase y de la sintaxis, inclusive de la puntuación, el sentido exacto del artículo en cuestión” (§ 197:185)¹³.

¹² Infra: IX-XI.

¹³ El término “semántica”, incorporado a esta definición, ha sido agregado aquí (no pertenece a Du Pasquier).

ENRIQUE P. HABA

Pienso que tal caracterización recoge en buena medida lo más típico de aquellos procedimientos que, en la práctica del derecho, suelen aparecer rotulados como casos de interpretación “literal” o “gramatical”. Pero tratemos de cotejarlos, en los numerales siguientes, con otras formas de interpretar las disposiciones jurídicas, ante todo con la interpretación llamada “lógica”¹⁴.

Acotación

Si se compara dicha definición con la indicada al principio, aquella “noción primaria” que he tomado como punto de partida (supra: II), cabe reconocer que las diferencias no son demasiado sensibles. Aunque la definición de Du Pasquier parece ser, de todos modos, algo más completa, no es en su mero tenor literal donde podamos ver un “progreso” neto con respecto, por ejemplo, a la caracterización que brindaban Aubry/Rau. No obstante, pienso que si el lector toma la definición propuesta pero teniendo en cuenta ahora los desarrollos presentados hasta aquí, tal vez ella consiga sugerirle una mayor riqueza de sentido que si la hubiese encontrado directamente al comienzo.

Por otra parte, cabe repetirlo, dicha noción no pretende otra cosa que servir como un cuadro para ubicar mejor los *problemas* mismos que plantea este tipo de interpretación; aunque se trata, claro está, de problemas que el “cuadro” no se halla en condiciones de resolver por sí solo (infra: esp. XI-XII).

VIII. La letra de la ley como punto de partida y como límite para sus interpretaciones (función positiva y función negativa del texto legal)

Hemos visto cómo los textos del Derecho pueden llegar a ser vinculados, cada uno, a más de un sentido normativo. En esas condiciones, cabe preguntarse cuál es el “poder” del texto *mismo* para determinar los resultados finales de su interpretación: ¿qué papel *propio* suele

¹⁴ Para un cuadro general de las formas de interpretar las leyes, donde la interpretación literal-gramatical es presentada simplemente como uno de las tantas vías posibles para tratar de aprehender el sentido de las leyes, puede verse mi trabajo sobre los *Esquemas interpretativos...* (Haba 1972).

desempeñar la letra de la ley ante el intérprete? De lo que se trata, es de saber cómo “ve” este mismo la función de esa letra, hasta qué punto él suele considerar que la solución interpretativa alcanzada depende de la formulación *lingüística* que tiene por delante. Dicho todavía de otro modo, ¿en qué medida se considera el jurista *vinculado* por el *lenguaje* del precepto que va a interpretar? Esa cuestión ha sido encarada más de una vez por teóricos del Derecho, a menudo vinculándola al papel de la interpretación literal.

Por lo general, el punto aparece enfocado del modo siguiente. Si se trata de un texto que se considera “claro”, se entiende que el tenor literal, por sí solo, es suficiente para dar el sentido íntegro de la disposición. Pero si se trata de un texto más o menos “oscuro”, el intérprete puede encarar la situación de dos maneras:

- Es posible que, aun en ese caso, un examen atento de la letra en sí misma, sin recurrir a elementos de juicio extraliterales, sirva para aclarar finalmente el sentido de ese texto (tal la función que Aubry/Rau reservaban a la interpretación literal)¹⁵.
- O bien, el sentido textual de la disposición contribuirá, al menos en cierta medida, a orientar la labor de esclarecimiento; la letra ofrecerá desde ya alguna idea sobre la esfera de la norma en examen, una “pista” para que –con la ayuda complementaria de otros criterios– se esté en condiciones de conseguir más “claridad”.

Sea como sea, del texto legal emanan indicaciones jurídicas que van en dos direcciones: sentidos normativos que la letra legitima y sentidos que ella descarta. Así, Heck (§ 12.8) considera que el sentido textual de la ley cumple, sobre la base de las reglas del lenguaje, una doble función heurística. Función *positiva*: porque conduce a elegir, como sentido concreto para el texto, cierta idea que es preferida por parecer la de más directa vinculación con las palabras. Y función *negativa*, propiamente limitativa, de barrera: porque prohíbe que sean admitidos, para ese texto, sentidos que se consideran como no susceptibles de ser armonizados con los términos de éste.

En cuanto al punto de vista *positivo*, Heck dice: “Tenor textual de

¹⁵ Véase la definición proporcionada por esos autores, supra: II.

ENRIQUE P. HABA

la ley (*Gesetzeswortlaut*), en este sentido, es aquella representación conceptual (*Vorstellungshild*) preferida desde el punto de vista lingüístico. Esta noción puede ser utilizada, en el plano lógico, como un vinculante supuesto de hecho (*bindender Tatbestand*)” (99). Y en cuanto al punto de vista *negativo*, dice: “El tenor textual negativo es una *barrera*, una frontera, dentro de cuyos límites la elección de las representaciones conceptuales puede tener lugar de acuerdo también con puntos de vista materiales” (ibíd.). Confrontar, asimismo, en dicho estudio, el § 3.6.b: 60.

Larenz considera que toda interpretación comienza por encarar el sentido de las palabras. A veces ella puede llegar a su objetivo mediante, simplemente, la labor de poner en claro el uso jurídico preciso del lenguaje; eso cuando nada hace pensar que la ley, en el pasaje interpretado, se haya apartado de dicho uso. Sin embargo, agrega ese autor, tales desviaciones (frente al lenguaje) no pueden jamás ser excluidas por completo. En consecuencia, al sentido posible de las palabras le corresponden dos funciones: constituye el punto de partida de la interpretación judicial, y al mismo tiempo establece el límite para esta actividad (307-309).

Vonglis señala que a semejante función de límite, consistente en “hacer efectiva la totalidad del sentido literal de los *verba* y abstenerse de ultrapasarlo”, ya en el Derecho Romano correspondían, por “obediencia a la voluntad del legislador”, “las dos reglas de la interpretación literal: a) *no* hay lugar a admitir una restricción de la ley, que no se halle formulada expresamente en ésta; b) igualmente, está prohibido aportar un complemento a la disposición expresa de la ley o extender el dominio de su aplicación” (43).

Sin embargo, me parece que ese límite podría ser concebido de dos maneras, una más y otra menos amplia. Esto es: o bien el límite estaría determinado exclusivamente por los significados habituales de los términos, o bien, él se extendería hasta comprender también sentidos menos habituales –zona marginal– pero que filológicamente, de todos modos, aun se hallan más o menos ligados a dichos términos. Esta alternativa pone de manifiesto, una vez más, la elasticidad de aquello que puede considerarse cubierto por la “letra” misma de la ley o lo que sea susceptible de ser desprendido de ella por un análisis meramente

“literal”. A tal punto es así que hasta puede resultar dudosa la posibilidad de establecer una frontera tajante entre lo que emana de una interpretación propiamente dicha –aunque fuera una interpretación muy extensiva– y aquello que cabe considerar, antes bien, como una *integración*.

En definitiva, la determinación de los límites de la letra es una cuestión de *decisiones* interpretativas. De estas depende que esos límites sean concebidos en una forma o en otra. Y mucho importa tener en cuenta que no toda utilización del lenguaje resulta ser capaz de imponer en la misma medida ciertos límites a los sentidos susceptibles de ser vinculados a las formulaciones efectuadas en dicho lenguaje. La formulación lingüística es a veces *más* y a veces *menos* determinante, intersubjetivamente, para *imponer* que ella sea entendida en un sentido dado; eso depende de los términos empleados y también de los contextos –lingüístico y extralingüístico– en que la comunicación se produce¹⁶. Como anota, con toda razón, Hirsch:

“Es muy probable que ninguna hipótesis sea verdadera para todas las instancias y clases de significado verbal. A veces, un uso del lenguaje es lo único que sirve para constituir el sentido; a veces, aparentemente, una particular selección de las palabras impone sólo limitaciones y no es lo único que determina el sentido que es realmente deseado” (cap. 2.A:28).

No obstante, se ha señalado (cfr. Spies: 170, 2ª col.) que todas las tentativas de hallar un “límite” para la interpretación propiamente dicha, cuando se considera como su “frontera” los significados que son todavía “posibles” desde el punto de vista del texto (caso de la *Andeutungstheorie*)¹⁷, están condenados al fracaso. Y ello porque ahí, en definitiva, no se recurre más que a fórmulas de simple carácter *general*, las que no permiten trazar ninguna frontera verdaderamente tajante.

Muchos llegan a concluir, por eso, que la referida función de “límite” es muy débil o hasta inexistente. Así, Kriele dice que la idea de un “sentido-posible-de-las-palabras” es tan vaga, y además tan manipulable en función de la posibilidad de fijarles sentidos técnicos, que en

¹⁶ EIL: § 10, 17, 32.k) y 33 (g-i).

¹⁷ EIL: § 68.c).

ENRIQUE P. HABA

la práctica, es decir, en la mayoría de los casos, ya no significa nada. A su juicio, la decisión sobre si se preferirá una interpretación más amplia o más restringida, o si hay que colmar una “laguna”, etcétera: todo eso no aparece orientado en función del “sentido-posible-de-las-palabras”, sino que se rige por otros criterios, esto es, por la manera en que tales o cuales interpretaciones son capaces de ser insertadas en el contexto de la rama jurídica correspondiente y por la consideración de las consecuencias prácticas (es decir, la pregunta: “¿a qué conduce esto?”). Pero ello significa –concluye Kriele– que la interpretación se orienta tácitamente, en última instancia, según criterios de *justicia*¹⁸.

Sea como sea, el hecho de destacar la función de límite que, de una u otra manera, le cabe a la letra de las disposiciones jurídicas, corresponde a la idea de que el texto suministra apenas un “punto de partida” para su interpretación, pero que no predetermina integralmente el resultado *final* de ésta. Tal punto de vista está en armonía con la *Audeutungstheorie*. En definitiva, quiere decir que los medios lingüísticos por sí solos no alcanzan, en muchos casos, para resolver cuál es el sentido de una formulación jurídica¹⁹.

IX. La interpretación “lógica”

Tratemos de determinar qué entienden, distintos autores, bajo la etiqueta “interpretación *lógica*”. Ello nos interesa aquí porque, de una manera u otra, esas conceptualizaciones tienen que ver con la discusión sobre si la interpretación literal constituye un procedimiento verdaderamente *distinto* entre los posibles medios interpretativos. Consideremos, pues, algunos criterios de distinción que han sido indicados para tales efectos.

Ya vimos que Savigny distinguía el “elemento gramatical” frente a otros tres “elementos” de la interpretación, entre los cuales se encuentra el “lógico”²⁰. Según dicho autor (1840: § 33), el elemento

¹⁸ EIL: § 37, a la altura de la nota 14.

¹⁹ Esa insuficiencia había sido señalada ya por Heck (esp. § 12; ver supra, IV). Ella ha sido puntualizada igualmente con referencia a la posible aplicación de técnicas tomadas de las ciencias lingüísticas actuales.

²⁰ Supra: II.

gramatical se refiere a la palabra mientras que el elemento lógico encara la “estructura” del pensamiento, esto es, la “relación lógica” que se da entre las diferentes partes de ese pensamiento.

Pero tal distinción, del mismo modo que la precisión de los restantes “elementos”, no resulta muy clara. Kriele (§ 20) lo ha observado con justa razón. Este autor hace notar (81) que Savigny no presenta ningún ejemplo que sirva para aclarar tales diferencias. Sería necesario, pues, tratar de determinar mejor lo que quería exactamente decir cuando él hablaba de una interpretación (“gramatical”) que “tiene a la palabra por objeto [...] [y] consiste en exponer las reglas de lenguaje aplicadas por el legislador”²¹.

A juicio de Kriele (82), no corresponde pensar que Savigny se refería ahí a la determinación del “sentido de las palabras”. Esto sería demasiado amplio, dado que, para alcanzar una determinación semejante, cabría recurrir igualmente a los otros “elementos”. En cuanto al elemento “lógico”, a veces esta expresión es comprendida hoy de otra manera. Se considera que consiste en la determinación del sentido de los conceptos y de las relaciones entre ellos, o que se refiere a la extensión o restricción de la significación de los términos, o hasta se asimila la interpretación lógica a la interpretación sistemática. Cabe preguntarse, agrega Kriele, qué es lo que Savigny entendía propiamente al emplear la expresión “relación lógica”. Es probable que tuviera en vista el hecho de que la atención del intérprete debe pasar de la consideración aislada de una frase o de una parte de la frase al contexto que las engloba: es decir, a las excepciones, las definiciones, las explicaciones, que se hallan en el mismo texto pero más lejos.

De cualquier modo, y ya dejando de lado lo que Savigny pueda haber pensado al respecto, lo cierto es que la expresión “interpretación lógica” es equívoca. Unos llegan a comprender globalmente, bajo esta rúbrica, toda una serie o inclusive la totalidad de los procedimientos que difieren de la interpretación literal. Otros, en cambio, ven en ella nada más que uno (solo) de los tantos métodos interpretativos, refiriéndolo o no a la voluntad del legislador. Además siempre existe,

²¹ Supra: II.

ENRIQUE P. HABA

claro está, la posibilidad de adoptar posiciones más o menos intermedias, o hasta de llegar a discutir que exista algún tipo de interpretación de carácter *específicamente*, particularmente, “lógico”.

En definitiva, podría decirse que la frontera entre ambas vías resulta dada por el hecho de que la aproximación literal concentra su atención sobre el lenguaje, las palabras, mientras que la interpretación lógica recurre a unos medios distintos. Ahora bien, Wurzel señala (cap. II.4) que concebida la distinción en esos términos, ella se limita a destacar la importancia del aspecto lingüístico al interpretar, pero que en realidad no nos dice prácticamente sobre el otro miembro de la clasificación: la interpretación a la que se llama “lógica”. Este segundo miembro viene a carecer, así, de todo valor *positivo*: se trata de una noción vaga, que aparece simplemente como un concepto opuesto al primero (interpretación literal), sirviéndole apenas de complemento. Y dado que evidentemente toda actividad interpretativa debe ajustarse a la lógica, tal característica no puede constituir un rasgo susceptible de distinguir de manera específica a *un* método en particular; también la interpretación gramatical tiene que apoyarse, desde luego, en la lógica (ibíd.: 22).

Sea como fuere, vemos que la frontera entre esas dos formas de interpretar no aparece trazada de un modo neto. Según Bobbio (1938: 139), por ejemplo, la interpretación gramatical no corresponde realmente a ninguna interpretación en particular, sino que se trata, en el mejor de los casos, del presupuesto general de toda interpretación; la interpretación lógica, en cambio, comprende todos los tipos posibles de actividad interpretativa. Coviello, por su parte, subraya (§ 25) que toda interpretación debe ser a la vez literal y lógica, puesto que la letra no es más que el punto de partida para llegar al pensamiento; es precisamente la lógica, las reglas del pensamiento, lo que nos permite determinar un resultado interpretativo único, para cada texto, mientras que puede arribarse a más de un sentido si se parte de las solas reglas del lenguaje (75 s.).

Podemos encontrar, naturalmente, otros intentos de precisar las distinciones. Veamos aun lo que señala Ross. Ese autor distingue (1963: cap. IV) tres tipos de problemas en la interpretación: sintácticos, lógicos, semánticos (en sentido restringido). Y si bien él señala que la

creencia en una interpretación puramente literal no es más que una “ilusión” (§ 24 *in fine*: 118), cabe pensar que eso no sería óbice para reunir bajo el nombre de “literales”, en homenaje a la terminología tradicional, aquellas interpretaciones que se aplican precisamente a aspectos sintácticos y semánticos.

“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” (§ 25: 119). “Los problemas semánticos de la interpretación, en sentido restringido, son aquellos que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases [...] 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” (§ 27: 130).

¿En qué consistiría, pues, la interpretación no-literal, aquella que se dirige a las cuestiones “lógicas”? Según Ross, estos “problemas” se refieren a las relaciones entre una expresión y otras, en el seno de un contexto. Él señala como particularmente importantes, en el marco de dichos problemas, los que resultan de inconsistencias, redundancias y presuposiciones (§ 26: 124).

No obstante, Ross indica que la distinción entre los tres grupos de “problemas” es relativa. No se trata, en definitiva, más que de “abstracciones analíticas”. En la realidad, cada problema es captado siempre como parte orgánica de una *estructura* de sentido que se aprehende simultánea o sucesivamente: la verdadera guía de la interpretación es, según ese autor, el “principio de entidad” (§ 25: 119).

X. Criterios literales y criterios extraliterales

Aunque las fronteras no son tajantes, cabe pensar que, si se tiene en cuenta la definición dada (supra: VII), la interpretación literal podría ser distinguida de otros procedimientos. Distinción que, si bien no será clara en todos los casos, resulta palpable en otros. Y ella puede tener su importancia porque, como Wurzel (cap. II.4: 21) señala con toda razón, cuanto más nítidamente el procedimiento literal-gramatical consiga ser diferenciado frente a otros medios interpretativos, tanto

ENRIQUE P. HABA

más aparecerá justificada la distinción entre los resultados jurídicos que se hallan encuadrados en el marco de la letra y aquellos que responden a otros fundamentos.

Significa que diferenciar entre interpretación literal y otras maneras de interpretar constituye requisito primordial para la “transparencia” del pensamiento jurídico: para saber si determinada interpretación se *justifica* (ya sea sólo, principalmente o en cierta medida) por la letra de un texto de derecho positivo, o si responde más bien a razones de índole diferente (finalidades, intereses, conceptualismo jurídico, etc.)²². Hay soluciones jurídicas que resultan impuestas, prácticamente, en función de la conformación lingüística de un texto; otras son, en cambio, incompatibles con ese texto, y hay otras, todavía, que podrían acaso ser conciliadas con éste, pero sin estar necesariamente impuestas ni negadas por él mismo. Una interpretación literal-gramatical es aquella que, frente a la letra de una disposición del derecho escrito, nos permite decir cuál de esas tres situaciones se da, para tales o cuales respuestas jurídicas, en relación con el texto considerado. Y nos lo dice sobre la base, justamente, de la intuición *lingüística* del intérprete –intuición que es, en buena medida, intersubjetiva–. Puede, en su caso, tratarse de una intersubjetividad “calificada”: esto es, no simplemente la que corresponde al *native speaker* común, sino sobre todo la de los juristas como grupo especializado. El lenguaje jurídico se presenta como un lenguaje más o menos técnico, o sea, que la conciencia lingüística del jurista obedece, en algunos aspectos, a criterios semánticos *específicos*, de orden profesional. Y también *estos* criterios entran a jugar, por supuesto, cuando él interpreta “literalmente”.

Ahora bien: cuando las soluciones que el intérprete propone, ante un texto, se justifican, ya sea única o complementariamente, por unas razones *distintas* a la intuición lingüística por sí sola, entonces nos hallamos ante procedimientos que *no* son estrictamente “literales”. La existencia, en definitiva, de esos dos grandes tipos de razones de derecho –las que se fundan principalmente en reglas lingüísticas y muchas *otras*– permite distinguir (a menudo) el sentido literal frente a sentidos

²² En cuanto a esas “razones de índole diferente” véanse, por ej., los métodos de que da cuenta el trabajo indicado en la nota 14, supra.

que, aun siendo posibles para el texto examinado, aparecen justificados de manera diferente: es decir, mediante criterios extraliterales.

Así, puesto que es perfectamente posible que, a la hora de tener que aplicar textos jurídicos, la interpretación literal *sola* no alcance para determinar por entero las soluciones normativas, no hay más remedio que resolver –si no es explícita, por lo menos implícitamente– un punto crucial: ¿cuándo y en qué medida es jurídicamente admisible ir más allá del método literal, esto es, recurrir también a otros procedimientos? Eso puede darse, ya sea con vistas a completar los resultados “literales”, ya sea llegando hasta a dejarlos completamente de lado. He aquí, pues, la pregunta clave: ¿hasta qué punto el método gramatical resulta suficiente para aprehender el sentido de las leyes y en qué circunstancias aquél debería ceder el paso al empleo de otros medios? Es la cuestión de las relaciones funcionales entre la interpretación literal y otros modos de (co)determinar las soluciones jurídicas.

(Este ángulo, que ahora abordamos, es de tipo *extrínseco*, si se quiere: enfoca una cuestión de límites, se trata de ver hasta dónde pueden intervenir los procedimientos gramaticales en el seno de la interpretación jurídica globalmente considerada. Lo que nos habíamos planteado antes, se refería más bien a aspectos *intrínsecos*, a criterios internos del método literal, a sus propias pautas de funcionamiento, sin tomar mayormente en cuenta los vínculos que ella pudiera [o no] tener con la puesta en práctica de otros modelos interpretativos).

XI. Relaciones entre interpretación literal y otros medios interpretativos

Podría concebirse una solución extrema hipotéticamente: considerar al método gramatical como el *único* apto para hallar el sentido de la ley, vale decir, entender que no habría ninguna otra vía legítima para acceder al “verdadero” significado del texto. En consecuencia: interpretación-de-la-ley = interpretación-literal. En tal caso no tendría sentido preguntar hasta qué punto ese procedimiento basta para proporcionar el contenido intelectual de los textos, pues entonces resulta que, *ya por definición*, no cabe ninguna posibilidad (legítima) para determinarlo de otra manera. Mas nadie pregona hoy semejante posición,

ENRIQUE P. HABA

o al menos no aparece sostenida así hasta sus últimos extremos. Las opiniones se dividen acerca de cuáles hayan de ser los *límites* para la aplicación de interpretaciones literales.

En general, se entiende que el método gramatical constituye simplemente un *primer* paso en los procedimientos para interpretar el Derecho. Ya Savigny había señalado (1840, § 33: 215) que los cuatro “elementos” de esa interpretación, entre los cuáles se halla el “gramatical”, deben ejercer su influencia de manera unificada (*vereinigt wirken*). Quiere decir que no se trata de cuatro “formas” (*Arten*) de interpretación entre las cuales se pueda elegir, sino que estas “diferentes actividades” (*Tätigkeiten*) deben manejarse de manera conjunta, si se quiere alcanzar un resultado interpretativo correcto.

Lo afirmado por Savigny, que *todas* esas “actividades” se dan en *todos* los casos de interpretación, es punto muy opinable, naturalmente. Y acaso se trata, en buena medida, de una cuestión más bien terminológica, cuya respuesta depende de lo que cada quien entienda por “gramatical”, “lógica”, etcétera. Pero lo cierto es que la interpretación gramatical, de cualquier modo que se la conciba, sea en una forma más amplia o más estrecha, siempre puede presentarse ligada íntimamente a otras especies de recursos interpretativos. Según Heck (§ 12.1: 94), por ejemplo, a las reglas del lenguaje le correspondería, en la interpretación, nada más significación “heurística”, no un alcance propiamente normativo. Heck subraya (§ 13.11: 101 ss.) el carácter no-normativo de las reglas del lenguaje y el hecho de que las reglas lingüísticas no son sino unos “medios auxiliares” (*Hilfsmittel*) –¡aunque ciertamente muy importantes!– para arribar a conocer el sentido de la ley. En consecuencia, y dado que lo literal no es sino *uno* de los medios posibles para llegar a conocer el sentido de las leyes, aquéllo podría no sólo ser *completado* sino hasta *desplazado*, en su caso, por otros medios interpretativos.

Es razonable concluir, pues, que la letra de la ley no brinda otra cosa que un “marco”²³, en el interior del cual le corresponde al intérprete *elegir* tal o cual solución, cosa que a menudo es efectuada acudiendo a criterios que no son propiamente “literales”²⁴. Y esos criterios –se-

²³ Así le llama Kelsen: § 45.d). Y véase EIL: § 50.

²⁴ Es eso justamente lo que había señalado Heck, al distinguir entre los sentidos

ñalan algunos– pueden incluso conducir, llegado el caso, a violentar en mayor o menor medida el “marco”, o sea, llevar a que se prescinda de tales o cuales aspectos de la letra misma. El intérprete –si aceptamos la imagen que suele hacerse de sí mismo, su conciencia profesional de jurista– persigue alcanzar una solución “justa”, a partir (o dentro) de la esfera de lo que le marca la letra²⁵. Pero a veces esta última ofrece apenas un punto de apoyo, no las verdaderas razones que sean suficientes para determinar tal solución. Si el intérprete se limita a emplear nada más el método literal, es *únicamente* en aquellos casos donde dicho medio le alcanza para arribar a un resultado jurídico “satisfactorio”. De lo contrario, acude a otros procedimientos interpretativos, sea a título complementario o sustitutivo.

El intérprete se encuentra, pues, confrontado a una serie de alternativas. Ahora bien, ¿de *qué* depende la elección que él procede a efectuar entre ellas? Tal es, después de todo, la pregunta fundamental. Y la verdad es que lo decisivo *realmente*, para inclinar la balanza de esa elección, son unos elementos de juicio que, por cierto, echan sus raíces mucho más allá que lo de fijarse en cuestiones que sean de *mero* orden lingüístico.

XII. Carácter decisivo de factores extralingüísticos

En definitiva, y aunque suene a paradoja, los caracteres concretos de una interpretación literal van a depender de criterios extraliterales. De tales criterios dependen no sólo las relaciones entre métodos literales y no-literales, sino también la determinación de los rasgos del enfoque literal mismo, a saber:

- La precisión del *marco* propio de tales procedimientos interpretativos, esto es, saber cuáles son *exactamente* sus fronteras y cuándo puede decirse que ellas han sido traspasadas;

“puro” y “combinado” (supra: IV). Véase también Vernengo: 98 y ss.; pero me parece que estos desarrollos vienen en definitiva a decir más o menos lo mismo que Heck, aunque reformulado de manera menos diáfana (ver también supra: nota 11).

²⁵ “Si el texto legal es confuso –y hasta injusto–, hay un traslado de las normas resentidas hacia las que tienen salud idiomática para aproximarse a la justicia” (Cipriano: 53).

ENRIQUE P. HABA

- y la manera de determinar, ya *dentro* de dicho marco, *qué* sentidos jurídicos se busca hallar (el modo de conocimiento, la orientación, los caminos de la investigación).

Es así porque los medios concretos empleados en la interpretación literal resultan, en última instancia, de la manera de *concebir* el lenguaje examinado: el *tipo* de sentidos que se considere ligado a ese lenguaje. Sabemos que la polisemia, las vaguedades, etcétera, son características inherentes al lenguaje común (y en general de los lenguajes no artificiales)²⁶, y que el lenguaje jurídico se halla constituido, en su mayor parte, por sectores de lenguaje común, de manera que sus sentidos son, todos ellos, convencionales²⁷. Así, puesto que los significados textuales que se indagan pueden ser de índole muy variada (según, por ej., la clase de individuos a los que el lenguaje en cuestión se suponga estar dirigido), es inevitable *elegir* entre ellos: preferir tal o cual clase de sentidos, dejando de lado otros. El texto de una ley no significa la misma cosa para un jurista que para un lego; incluso puede significar cosas distintas para juristas de diferentes tendencias, escuelas o inclinaciones.

La forma de entender el lenguaje depende de un *consenso* (ciertas convenciones), más o menos inconsciente o consciente, sobre sentidos imputados a aquél. Mas tal consenso puede darse *o no*, para tales o cuales casos concretos o especies de casos. Cuando no se da, surgen desinteligencias –perturbaciones en la comunicación– entre aquellos que emplean ese lenguaje. Entre los juristas, esas desinteligencias no faltan. Ellas se traducen, cuando se refieren al significado de las leyes, en discusiones sobre su interpretación. Dichas desinteligencias no son, en última instancia, más que la consecuencia de haber sido adoptados (o sea, elegidos) puntos de partida diferentes para comprender el lenguaje de los textos examinados, hay criterios semánticos disímiles entre los intérpretes.

Tales escogimientos, que proporcionan la base misma de los criterios usados para interpretar “literalmente”, están fundados en factores extralingüísticos. Puesto que *elegimos* entre distintas formas de enten-

²⁶ EIL: § 9.

²⁷ EIL: § 6.

der un lenguaje, es obvio que esa elección no puede depender simplemente del lenguaje *mismo*, aun cuando será *expresada*, en su caso, a través de algún lenguaje. En efecto:

“El objeto de las palabras, aunque los filósofos (¡y no sólo ellos!) parecen olvidar este simple hecho, es tratar de materias que no son palabras” (Bertrand Russell, cit. Shaff: 84).

La elección de significados, en la interpretación jurídica, tiene que ver con decisiones relativas a *fundamentos* del derecho que se aplica: intereses, finalidades, pautas de valor, sistemas conceptuales, etcétera. Según el *tipo* –mentalidad, conocimientos, ideología, etcétera– de jurista considerado, y en general según la clase de destinatario (de la ley) en que el intérprete piensa cuando está interpretando, será la manera en que éste conciba la semántica del lenguaje analizado. Pero todo eso no es, *en sí mismo*, lenguaje. Son cuestiones relativas a la *dirección* –¡contingente!– que se le dé a un lenguaje. Se trata, pues, de factores extralingüísticos²⁸; por más que de ellos dependa, en definitiva, el manejo concreto que se haga del lenguaje en cuestión.

XIII. Conclusiones sobre la interpretación literal

Resumo las principales conclusiones que, a mi juicio, merecen ser desprendidas de lo expuesto en el presente estudio:

- i) La interpretación literal-gramatical posee una *cierta* especificidad, de acuerdo con la definición dada (supra: VII *in fine*).
- ii) Esa definición permite trazar una diferencia, de modo muy *general*, respecto a otros procedimientos interpretativos, aunque las fronteras no son tajantes.
- iii) La letra sirve como punto de partida para entender la ley, así como puede suministrar también un límite (“frontera”) para circunscribir cuáles son las interpretaciones posibles de ella misma y ofrecer cierta orientación al procurarlas.
- iv) Mas el contenido mismo de las reglas a que se ajuste la interpretación literal depende de la manera de concebir la semántica del lenguaje respectivo; ello puede variar según el tipo de oyen-

²⁸ Supra: X. Y véase EIL: § 19.

ENRIQUE P. HABA

te-lector (un ideal) en que piense el intérprete, o sea, según qué criterios semánticos son los que éste acepte (y cuáles los que él rechace).

- v) Por otro lado, frente a las disposiciones concretas que corresponda interpretar, el método literal puede ser aplicado ya sea *solo*, ya sea en combinación con *otras* especies de criterios interpretativos.
- vi) La decisión frente a dicha alternativa, o inclusive la posibilidad de que los resultados de una interpretación gramatical sean desplazados ante los emergentes de otras maneras de interpretar, todo ello depende de criterios extra-literales; el intérprete lo *decide* (elección) por motivos que *no* son meramente lingüísticos.
- vii) La interpretación literal constituye, así, *una* de las figuras de la argumentación jurídica, y su alcance se halla determinado, en cada caso, por relaciones –que pueden ser muy variadas– con otras figuras del razonamiento jurídico (interpretación sistemática, interpretación teleológica, etc.) a las que se puede acudir asimismo para determinar la regulación jurídica aplicable²⁹.

En definitiva:

Los procedimientos literales-gramaticales suministran un marco o un punto de partida para la interpretación de los textos jurídicos. Dentro y fuera de ese marco, la interpretación puede ser llevada a cabo según distintas orientaciones y figuras argumentativas, entre las que se elige por razones que en última instancia son de índole extraliteral³⁰. Más aún, en el fondo ahí resultan decisivos una variada constelación de

²⁹ Para un panorama de *esas* figuras, véase Haba 1972: pássim.

³⁰ En la Teoría del Derecho de años recientes se ha ido abriendo paso la idea de que esa orientación podría ofrecerla lo de considerar al derecho como una especie de “narración”, en cierto modo similar al contenido intelectual de una novela u otros relatos. Lo cierto es que semejante comparación, si bien no es enteramente falsa y permite señalar algunas analogías (entre las infinitas posibles) a título de *divertimento* intelectual, resulta antes bien mistificadora para llamar la atención sobre el funcionamiento real de los discursos jurídicos. Esa “novelización” del pensamiento jurídico induce a evitar, o en todo caso contribuye a disimular mediante unos tecnicismos de jerga literario-esteticista, la captación lisa y llana, esto es, sin desviar la atención hacia unos rebuscamientos expositivos *pour la galerie*, sobre cuáles son también las profundas *contradicciones* y en general los múltiples *desórdenes pragmáticos* –o sea,

factores psicológicos y sociales, básicos, cuya naturaleza propia es, antes bien, de orden supra (o infra)-lingüístico, por lo menos hasta cierto punto; los cuales pueden hallar expresión ¡o no!, tanto mediante unas como mediante otras formulaciones lingüísticas. Todo eso –razones extraliterales y en general factores extralingüísticos– determina que el resultado de una interpretación literal sea, en su caso, preferido o postpuesto ante soluciones jurídicas obtenidas por otras vías.

XIV. Excurso: tesis básicas generales

Por encontrarse el lenguaje jurídico conformado sobre la base del habla común, aquél recoge en su seno indeterminaciones propias de ésta³¹. Los textos legales que son objeto de interpretaciones llamadas “literales” no escapan a ese destino³². Ello nos ha llevado a examinar la pregunta siguiente: ¿en qué medida cabe superar esa indeterminación, para lograr que el discurso de la ciencia jurídica sea lo más preciso posible? Subrayaré ahora, para terminar, las conclusiones básicas que, a mi juicio, corresponden extraer de los desarrollos presentados aquí.

i) La precisión que alcanzan o pueden alcanzar las formulaciones efectuadas en un lenguaje dado, se mide en función del grado de *inter-subjetividad* que el uso de ellas tenga en el seno de un círculo de locutores.

ii) La claridad, y eventualmente la distinción, constituyen una condición necesaria pero no suficiente para la precisión; la primera se refiere a una impresión subjetiva, mientras que la última implica uniformidad *de hecho* (univocidad) en el uso lingüístico práctico por parte de una pluralidad de locutores.

¡inclusive los decisivos elementos de *a-sistematicidad!*– que conforman al derecho como fenómeno *social* (véase Haba 2000 [parte II] y 2001 [§ 5]). En decidida contraposición a la plétora de eufemismos y pedantismos –esencialmente ilusionistas y escapistas– con que se adornan las teorizaciones “narrativistas”, se puede confrontar el modelo de cuatro pasos que he señalado como vía (relativamente sencilla) para obtener unas respuestas de Derecho positivo que por encima de todo estén en condiciones de alcanzar, para quien persiga esta otra finalidad, soluciones jurídicas que sean de veras transparentes y lo más realistas posible: Haba 2002, esp. § 5-8.

³¹ Tal conclusión queda respaldada, especialmente, por lo expuesto en EIL: caps. II, III y IX.

³² Tal conclusión queda respaldada, especialmente, por lo expuesto en la *Segunda Parte* de EIL.

ENRIQUE P. HABA

iii) Los juristas suelen decir que un texto es “claro” o “poco claro”; pero es frecuente que entre ellos no reine acuerdo al respecto, lo cual revela que, en esos casos, la discusión gira en torno a formulaciones jurídicas poco precisas (y no faltan juristas que hasta asimilan “claridad” con algo tan vago como unas ideas de “justicia” o “equidad”, “razonabilidad”, etc.).

iv) Frente a expresiones imprecisas, hay formas diferentes de precisarlas; pero siempre se trata, entonces, de referir lo poco preciso a otra fórmula lingüística que en lo pertinente es *más* intersubjetiva.

v) De todos modos, el esfuerzo de aumentar la precisión choca con límites; esto es, cuando ya no podemos encontrar otra formulación lingüística substitutiva que posea una superior intersubjetividad para distinguir las notas relevantes.

vi) Esos límites tampoco pueden ser superados, en su caso, por medio de cuantificaciones o formalizaciones, ya que la imprecisión reaparece entonces en el momento de pasar a *interpretar* las cifras o los signos artificiales, momento indispensable para poder aplicar unas u otros a circunstancias reales. Cuando se recurre a tal clase de medios, no debiera perderse de vista que, de todas maneras, con ello subsisten los problemas de fondo, por lo cual todo eso viene a parar a que se caiga en falacias de falsa precisión.

vii) Son particularmente proclives a incurrir en inadvertencias de tal naturaleza, en el derecho, los aficionados a la lógica deóntica o a otras especies de simbolización y formalización del lenguaje jurídico. Para la práctica del derecho, la construcción de lenguajes artificiales se ha revelado (en general) como una complicación inútil y tendente a disimular los problemas de fondo.

viii) Nada de eso quita que, sin apartarse en lo fundamental de los marcos de la lengua común, valga la pena incrementar al máximo el grado de precisión del lenguaje jurídico. El jurista puede preocuparse por lograr, en función de los contextos correspondientes, formulaciones más intersubjetivas; esto es, no conformarse con la simple “claridad” de expresiones poco determinadas (“buenas costumbres”, “sana crítica”, “razonabilidad”, etc.), ni con meros tecnicismos profesionales (“naturaleza jurídica”, “juicio monitorio”, etc.).

ix) No basta, por lo demás, con que las expresiones jurídicas sean bastante precisas, sino que esa precisión, cuando se da, importa que redunde en beneficio de una mejor aplicación práctica de los preceptos correspondientes; es decir, que ellas resulten adecuadas, así, para finalidades sociales perseguidas en su utilización. La precisión es un *medio*, no un fin en sí misma, cuando menos en el campo del derecho.

x) El grado de precisión posible y deseable para el lenguaje jurídico no es uniforme: hay aspectos y sectores de la regulación jurídica que, por su propia naturaleza, requieren una flexibilidad de manejo que sería perjudicada por un alto grado de precisión en las disposiciones aplicables; para otros aspectos, en cambio, alcanzar el máximo de precisión pueden ser el desiderátum, y caben, naturalmente, situaciones intermedias.

xi) En el seno de los ordenamientos jurídicos existentes se pueden encontrar ejemplos de todos esos grados de precisión o imprecisión. Por eso, la controversia en torno a si el lenguaje del derecho es preciso *en general*, se revela, a mi juicio, como una discusión ociosa.

xii) En el fondo, dicha discusión responde a razones de orden valorativo o incluso ideológico: unos *desean* que el lenguaje jurídico sea más preciso, en tales o cuales aspectos, y otros *desean* que siga siendo más o menos como es, sin perjuicio de reivindicar para éste el calificativo de “científico” (Los primeros invocan ejemplos de imprecisiones injustificadas –las hay– y los segundos señalan ejemplos de precisión o de una flexibilidad conveniente –también los hay–. Por lo demás, la calificación de “injustificadas” o “conveniente” reposa sobre *juicios de valor*, que suelen darse por presupuestos en forma más bien implícita que explícita, y los cuales, desde luego, siempre pueden ser discutibles).

xiii) El discurso jurídico podría constituir una ciencia en sentido amplio, pero hasta el presente sus locutores profesionales practican en forma predominante unas formas de razonamiento que no le han permitido superar la condición de ser apenas una “ciencia” en sentido amplísimo³³.

³³ Véanse los lugares indicados más atrás, I, al final de la digresión *Concepto de método jurídico*; esp. 1990 (Anexo), 1991 (Epílogo), 2003 (§ 88).

ENRIQUE P. HABA

xiv) La letra de las leyes no es autosuficiente y las interpretaciones llamadas “literales” no significan más que *uno* entre los variados grupos de puntos de vista a que se puede recurrir para interpretar esos textos. Interpretaciones que son llamadas así, no sólo pueden conducir a resultados distintos según quienes las lleven adelante y hasta contradecirse unas con otras, sino que ellas necesitan ser integradas con puntos de vista extra-literales (ideologías, etc.) y a menudo tomando en cuenta, inclusive, elementos de juicio que en buena medida no son propiamente lingüísticos (situaciones y conductas, etc.).

Literatura

a) Trabajos mencionados

Aubry/Rau: AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit Civil français. D'après la méthode de Zachareæ* (Sixième édition, *Revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence* par Etienne Bartin), t. I., Librairie Marchal & Billard, Paris, 1936, p. 928.

Bobbio (1938): BOBBIO, Norberto, *L'analogia nella logica del Diritto*, Università di Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, Serie II-Memoria XXXVI, 1938, p. 212.

— (1950) *Scienza del Diritto e analisi del linguaggio*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año 4, Nº 2 (junio 1950), ps. 342-367, Giuffrè, Milán (Hay versión en esp.: *Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje*, en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho* [trad. de Alfonso Ruiz Miguel], ps. 173-200; Valencia [Esp.], Fernando Torres, 1980).

Brimo: BRIMO, Albert, *Logique juridique et méthode juridique*, en *La logique juridique*, A. Pedone, Paris, 1967, ps. 213-223.

Cipriano: CIPRIANO, Néstor Amílcar, *La ley y la palabra. Hacia la revisión de un método de interpretación de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 69.

Coing (1959): COING, Helmut, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik (Los métodos jurídicos de interpretación y las teorías de la hermenéutica general)*, Colonia y Opladen, Westdeutscher Verlag, 1959, p. 56.

— (1969): *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (2ª ed., reelab.), Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. xv-369 (Hay trad. de la 1ª ed., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona).

- Cossio: COSSIO, Carlos, *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*, en J. A. 71-25/42, sec. Doctrina, agosto de 1940 (Hay una publicación independiente de este estudio, editada por la Universidad de Santa Fe).
- Coviello: COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del Derecho Civil*, trad. del italiano por Felipe De J. Tena), Uteha, México, 1938, p. 628.
- Du Pasquier: DU PASQUIER, Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Delachaux & Niestlé, Neuchatel-Paris, 1967 (4ª ed., mise à jour et augmentée), p. 364 (hay trad. al castellano).
- Engisch: ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. de Ernesto Garzón Valdés, *Presentación, revisión y adaptación al Código Civil español*, por Luis García San Miguel), Guadarrama, Madrid, 1967, p. xviii-272.
- Fabreguettes: FABREGUETTES, M. P., *La logique judiciaire et l'art de juger* (2ª ed., revue et augmentée), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1926, p. 574.
- Gény: GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé positif. Essai critique* (Seconde édition revue et mise au courant. Précédé d'une Préface de Raymond Saleilles), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2 t., 1919, reeditado en 1954, ps. xxv-446-422 (hay trad. al castellano de la 1ª ed. [1899], Reus, Madrid).
- Heck: HECK, Phillipp, *Gestzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1914, ps. vii-314 (se cita por la versión abreviada contenida [ps. 46-141] en: DUBISCHAR, Roland [redactor, con un postfacio de Josef Esser], *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* [El problema de la obtención del Derecho, interpretación de la ley y jurisprudencia de intereses, formación de conceptos y jurisprudencia de intereses], Bad Homburg vor der Hoehe/Berlín/Zurich, Gehlen, 1968 [eds. ors. respectivamente: 1912, 1914 y 1932], p. 229).
- Hirsch: HIRSCH Jr., E. D., *Validity in Interpretation*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1967, p. 287.
- Keller: KELLER, Adolf, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes (La crítica, corrección e interpretación de la letra de la ley)*, P. G. Keller, Winterhur, 1960, p. 305.
- *Teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto J. Vernengo, de la 2ª ed. al. 1960), Universidad Nacional Autónoma de México, 1982 (2ª reed.), p. 364.

ENRIQUE P. HABA

- Kriele: KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation (Teoría de la obtención del derecho, desarrollada con base en el problema de la interpretación de la Constitución)*, Duncker & Humblot, Berlín, 1977 (2ª ed., ampl. por un postfacio), p. 366.
- Larenz: LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed. (*Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage*), Springer, Berlin Heidelberg-Nueva York, 1975, xviii-489 (hay trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, de la 4ª ed., definitiva, de 1979: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980, p. 536).
- Meier-Hayoz: MEIER-HAYOZ, Arthur, Comentario al art. 1º del Código Civil suizo, en *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht. Einleitung. Artikel 1-10 ZGB*, ps. 78-212, Berna, Stämpfli, 1962.
- Müller: íd., *Juristische Methodik (Metodología jurídica)*, 2ª ed. (*Zweite, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage*), Duncker & Humblot, Berlín, 1976, p. 327.
- Ross (1963): ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963, p. xiv-375.
- Savigny (1840): VON SAVIGNY, Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts (Sistema del Derecho Romano actual)*, Berlín, 1840, vol. I, Veit und Comp., 1840, L-430 p. (hay trad. al castellano publicada por Góngora, Madrid; existe además una traducción parcial, incluida en AA.VV., 1949).
- (1951): *Juristische Methodenlehre (Metodología jurídica)*, Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, Herausgegeben von Gerhard Wesenberg, G. F. Koehler, Stuttgart, 1951, p. 73 (se trata de notas tomadas por J. Grimm, de un curso dado por Savigny en el semestre de invierno 1802/1803) (trad. de J. J. Santa-Pinter, *Metodología jurídica*, Depalma, Buenos Aires, col. Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales, Nº 2, 1979, p. 89).
- Schaff: SCHAFF, Adam, *Introducción a la semántica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 402.
- Schreier: SCHREIER, Fritz, *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte (La interpretación de las leyes y de los negocios jurídicos)*, Franz Deuticke, Leipzig-Viena, 1927, p. v-125.
- Vernengo: VERNENGO, Roberto J., *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 107.

- Vonglis: VONGLIS, Bernard, *La lettre et l'esprit la loi, dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Sirey, Paris, 1968, p. 220.
- Wolff (1952): WOLFF, Karl, *Die Gesetzessprache (El lenguaje de la ley)*, Brüder Hollinek, Viena, 1952, p. 121.
- Wurzel: WURZEL, Karl Georg, *Das juristische Denken. Studie (El pensamiento jurídico. Estudio)*, Moritz Perles, Viena, 1904, p. 102.

b) *Estudios complementarios del autor*

- (1972): *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela/Facultad de Derecho (*Cuaderno de Filosofía del Derecho*, Nº 9), Caracas, 1972 (publ. en 1976), p. 111.
- (1973): *Sur une "méthodologie" de l'interprétation juridique*, *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVIII, ps. 371-383.
- (1977): *Langage juridique et interprétation littérale, envisagés sous l'angle de la possibilité d'une méthodologie pour l'interprétation des lois*, Tesis de doctorado presentada en la Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, p. xxvii-448 (Sinopsis: 1980).
- (1978b): *Naturaleza jurídica de las acciones posesorias (Una interpretación literal, con un excursus metodológico)*, *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C. R.), Nº 34 (enero-abril de 1978), ps. 185-226.
- (1979): *Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete (Elementos de opción)*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 39 (septiembre-diciembre de 1979), ps. 153-258, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José (Es el último de una serie de tres artículos publicados en dicha Revista, los anteriores aparecieron en los Nº 37 [enero-abril, ps. 11-93] y 38 [mayo-agosto, ps. 225-317] del mismo año; el material de estos dos artículos se halla comprendido en Haba 2003).
- (1980): *Lenguaje jurídico e interpretación literal (Conclusiones de una Tesis)*, *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho* (ALMFD) Nº 1 (1980), Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales (OLIJS), Facultad de Derecho/Universidad de Carabobo (Rectorado), Valencia (Venezuela), ps. 129-144, publ. 1984.
- (1986): *Interpretación judicial, política y derechos humanos*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, Apéndice, t. V, ps. 434-442.
- (1990): *Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?*, en *Doxa*, Nº 7 y 8 (1990), respectivamente ps. 169-247 y 241-270, Universidad de Alicante. Una versión corregida y algo ampliada apareció en *Revista de Ciencias*

ENRIQUE P. HABA

- Jurídicas* (Univ. de C. R.), Nº 66 (mayo-agosto de 1990: ps. 67-134) y 67 (septiembre-diciembre de 1990: ps. 169-244); de esta versión hubo también un pequeño tiraje independiente en forma de libro.
- (1991): *Sciences du droit – quelle “science”?* *Le Droit en tant que science: une question de méthodes*, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 36, ps. 165-187. Ésa es una versión mejorada respecto del texto en castellano, *Ciencia jurídica: ¿qué “ciencia”?* (*El Derecho como ciencia: una cuestión de métodos*), el cual fue publicado, con sucesivas correcciones y ampliaciones, en varios sitios.
- (1992): *Voluntad del Legislador como opción interpretativa (¿posibilidad real o ficción?)*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1992, *Apéndice*, t. VI, ps. 710-725.
- (1993): *Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho*, en *Doxa*, Nº 14, ps. 269-317 (Versión revisada y ampliada: en 1999b, ps. 47-155. Versión abreviada: *Pas assez “épistémologique”... mais pourtant bien vu! Du manque de réalisme dans l’actuelle Théorie du Droit – et de ce qu’elle pourrait apprendre d’un juriste d’antan*, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 42 [1997], ps. 101-116).
- (1995): *Sobre el derecho como “técnica” o “tecnología”. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico*, en *Doxa*, Nº 17-18, ps. 491-498 (También en 1999b, ps. 107-116).
- (1996a): *Una discusión: ¿Quiénes son los “irracionalistas” en la Teoría del Derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan “racionales”, ni “razonables”, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)*, en *Doxa*, Nº 19 (1996), ps. 385-402 (Versión corregida y ampliada: en 1999b, ps. 271-315).
- (1996b): *Lógica formal y Derecho*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1996, *Apéndice*, t. VII, ps. 625-632 (Recogido, con ampliaciones, en 2003: cap. VIII).
- (1996c): *Teoría del Derecho y metodologismo. Una discusión sobre el alcance de las metodologías y sus resultados*, en *ibíd.*, ps. 1017-1029.
- (1998): *Teorización constructivista como “forma de vida” (Sobre “reglas y formas” del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)*, en *Doxa*, Nº 21-I (1998), ps. 147-170.
- (1999a): *Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales*, en *Doxa*, Nº 22 (1999), ps. 49-78.

¿ES POSIBLE INTERPRETAR LITERALMENTE LAS LEYES?

- (1999b): HABA, E. P. *et al.* (AA.VV.: José F. Palomino Manchego, dir.), *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Lima, Grijley, p. xxi-325.
- (2000): *Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón "constructivista": ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?*, en *Doxa*, Nº 23 (2000), ps. 561-596.
- (2001a): *Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho. El "bluff" Dworkin*, en *Doxa*, Nº 24 (2001), ps. 165-201.
- (2001b): *Normativismo y realismo como opciones del juez (De la razón práctica amputada a la racionalidad jurídica integral)*, en AA.VV. (José M. Delgado Ocando y Levis Ignacio Zerpa, coords.), *Curso de Capacitación Judicial sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia (Serie Eventos Nº 3), Caracas, 2001, ps. 39-161.
- (2001c): HABA, E. P. (dir.), *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, Textos destinados a la Cátedra de Filosofía del Derecho, San José (C. R.), p. xv-376.
- (2002): *Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)*, en *Doxa*, Nº 25 (2002), en prensa.
- (2003): *El espejismo de la interpretación literal*, libro pendiente de publicación (véase la nota inicial (*) del presente trabajo).
- (xxxx): *Invitación al razonamiento jurídico realista*, libro pendiente de publicación.

DINÁMICA E INTERPRETACIÓN DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

por PABLO MARTÍN PEROT y JORGE L. RODRÍGUEZ*

Resumen

La estructura y dinámica de las modernas democracias constitucionales constituye un desafío para la filosofía del derecho, puesto que ha obligado a replantear sus categorías de análisis para hacer frente a nuevos problemas, tanto en el plano teórico, como en el plano semántico y en el plano normativo. Desde el punto de vista teórico, ha reactualizado la disputa relativa al modo de concebir las relaciones entre el derecho y la moral. Desde el punto de vista semántico, ha refinado las elaboraciones teóricas en torno a la interpretación del derecho. Desde el punto de vista normativo, ha obligado a repensar el modo de justificar los diseños institucionales que nos resultan más familiares. En el presente trabajo se efectuará una breve reseña de estos tres problemas y se tratará de justificar que la postura que parece más plausible aceptar en la faz semántica permite superar objeciones que desde la faz normativa pueden dirigirse contra la tutela constitucional de ciertos derechos básicos y los mecanismos de control de constitucionalidad.

* Una versión parcial de este trabajo fue presentada por Jorge L. Rodríguez en conferencia en las *II Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política* realizadas en Mar del Plata en noviembre de 2002. Universidad de Mar del Plata.

PABLO MARTÍN PEROT – JORGE L. RODRÍGUEZ

1. Introducción

Consideramos en términos generales que nuestra posición es moderadamente optimista sobre la posibilidad del progreso en filosofía. Porque si bien se ha cuestionado la idea de auténtico progreso en el ámbito de la ciencia y, consiguientemente, con mayor razón podría dudarse de que la filosofía avance, cuando los temas centrales que preocupan a los filósofos parecen ser siempre los mismos, creemos que cuando menos existe progreso en filosofía en lo que respecta al modo en el que se discuten esos temas y en las herramientas de las que nos valemos para ello.

Nos ocuparemos en este trabajo de un problema que si bien no es actual, en el sentido de haber acaparado los titulares de los diarios de la última semana, suscita la atención de la filosofía del derecho contemporánea porque ha obligado a los teóricos a refinar sus categorías de análisis y repensar sus respuestas a preguntas perennes en el área, tales como las relaciones entre el derecho y la moral, las características peculiares de la interpretación de las normas jurídicas y la justificación normativa de nuestras prácticas institucionales. Nos referimos a la estructura y dinámica de las modernas democracias constitucionales, en las que ciertos derechos básicos son resguardados en la máxima jerarquía normativa y excluidos así de la agenda política ordinaria, estableciéndose mecanismos de control de constitucionalidad de normas inferiores y actos en función de su compatibilidad con esos derechos fundamentales.

2. Derechos básicos y un nuevo giro en la discusión en torno a las relaciones entre el derecho y la moral

Un primer ámbito de reflexión filosófica que ha experimentado una considerable renovación como consecuencia del fenómeno comentado es el del examen de las relaciones entre el derecho y la moral. Como es harto conocido, en este frente han batallado durante siglos dos enfoques antitéticos en filosofía del derecho. Por una parte, el iusnaturalismo defiende la tesis de la existencia de una conexión necesaria o conceptual entre derecho y moral, de manera tal que la identificación

de una norma como jurídicamente válida importaría necesariamente una evaluación moral de su contenido. Por la otra, el iuspositivismo, a grandes rasgos, podría caracterizarse por la defensa de la tesis de la independencia conceptual entre derecho y moral, en el sentido de que la individualización de las normas que componen un sistema jurídico no requeriría un examen de sus méritos sustantivos.

En sus versiones más progresistas, podría decirse que ambas corrientes de pensamiento, desde presupuestos filosóficos muy distintos, persiguen un mismo cometido: alertarnos sobre la posibilidad del abuso del poder. En tal entendimiento, el iusnaturalismo, concentrando su atención en el carácter normativo del derecho, descarta a las normas manifiestamente injustas como componentes de los sistemas jurídicos, dado que ellas no crearían genuinas obligaciones. En cambio, el positivismo, centrandó su atención en el carácter social del derecho, busca alcanzar ese mismo fin –rechazar la naturaleza genuinamente vinculante de las normas moralmente injustas– distinguiendo entre el derecho que es y el derecho que debe ser, es decir, destacando que el hecho de que una norma posea una fuente social adecuada para considerarla parte del derecho existente no ofrece una respuesta concluyente sobre el deber de obedecerla o aplicarla.

En el marco de esta polémica, la estructura y funcionamiento de las democracias constitucionales ha provocado un fuerte impacto. Ello por cuanto en los sistemas constitucionales, determinar si una norma de jerarquía inferior es o no válida depende de una evaluación de su compatibilidad con los derechos tutelados en la Constitución. Y cuando se discute sobre la constitucionalidad de una norma, resulta frecuente recurrir a razonamientos que entran en el dominio de la argumentación moral. Por consiguiente, la misma configuración positiva de los sistemas constitucionales parecería exigir una evaluación moral de las normas infraconstitucionales para determinar si ellas son o no válidas.

Podría pensarse que esta realidad ha venido a clausurar el enconado debate entre las dos posturas enfrentadas y que, donde los filósofos con sus cavilaciones no han podido ponerse de acuerdo, la historia y los procesos políticos han ofrecido una respuesta concluyente. No obstante, los filósofos no parecen dispuestos a resignarse tan fácilmente a perder sus incumbencias. Y en cierto sentido es correcto que no lo

PABLO MARTÍN PEROT – JORGE L. RODRÍGUEZ

hagan: pensar que la configuración concreta de una institución social puede resolver un problema filosófico parece tan ingenuo como creer que fue el telescopio el responsable de terminar con la concepción tolemaica en astronomía. La respuesta que se ofrezca a un problema filosófico que plantee la realidad política o social no sólo depende de esa realidad, sino también de cómo estemos dispuestos a reconstruirla. Así, el análisis de las democracias constitucionales ha vuelto a poner en el centro de la escena de la filosofía del derecho de las últimas décadas la discusión en torno a las relaciones entre derecho y moral.

En una visión muy panorámica, y sin pretensión de tomar posición aquí en este debate, queremos destacar que el enfoque antipositivista ha recibido el vertiginoso impulso del pensamiento del filósofo norteamericano Ronald Dworkin, quien sobre la base de una concepción de los derechos como “cartas de triunfo” y destacando el papel que desempeñan los principios jurídicos en la justificación de las decisiones judiciales, construyó un provocativo argumento para descalificar las tesis centrales del positivismo. Su idea podría resumirse del siguiente modo: en los casos controvertidos o “difíciles”, los jueces no justifican sus decisiones apelando a reglas identificables por su origen social, sino a principios, los cuales, por sus características, no serían identificables en virtud de ningún test relativo a su origen sino en razón de sus méritos sustantivos. Entonces, si tales principios han de considerarse parte del derecho, no sería posible demarcar un límite claro entre el derecho que es y el derecho que debe ser, esto es, entre derecho y moral.

En el terreno del positivismo, la respuesta a este desafío no tardó en surgir. Y no fue una, sino al menos dos. Porque si bien desde el punto de vista positivista no puede admitirse la existencia de conexiones necesarias entre derecho y moral, en los últimos años ha surgido una controversia en el seno de esta corriente sobre la posibilidad de una particular conexión contingente entre ambos dominios normativos. Algunos autores han sostenido que es viable compatibilizar los postulados positivistas con la admisión de ciertos principios morales como fundamentos de validez jurídica. La pregunta que podría plantearse es si no entra en conflicto con las tesis básicas del positivismo el aceptar que la corrección moral constituya un posible criterio de validez ju-

rídica, que ciertas normas morales sean parte de un sistema jurídico en virtud de su valor moral, aun en los casos en que carezcan de una fuente social adecuada. Dos respuestas diversas se han ofrecido a este interrogante, dando lugar a dos corrientes enfrentadas: el positivismo excluyente y el positivismo incluyente; cada una de las cuales hace una interpretación distinta de la tesis de la independencia conceptual entre derecho y moral.

El rasgo distintivo del positivismo excluyente, cuyo principal defensor es Joseph Raz, podría sintetizarse en la afirmación de que la validez jurídica de una norma depende siempre de su origen social. Si la validez jurídica de una norma es una función de su fuente social y no de su contenido, entonces que algo sea derecho no puede depender de que deba ser derecho. Esto no precluye la posibilidad de que una norma moral sea una norma jurídica. Más bien, si una norma moral es una norma jurídica válida, ello debe ser así en virtud de la posesión de una fuente social haber sido promulgada por un legislador competente, por ejemplo, no en virtud de las consideraciones morales que puedan aducirse en su defensa.

Por otro lado, el positivismo incluyente acepta que ciertos principios morales pueden ser jurídicamente válidos en virtud de sus méritos sustantivos, con independencia de que exista una fuente social que les acuerde tal carácter. Los defensores de esta corriente, entre quienes se cuentan Jules Coleman, David Lyons, Wilfrid Waluchow y el propio Herbert Hart, consideran que se trata de una forma de positivismo porque no se admite una conexión necesaria entre derecho y moral. A diferencia de Dworkin, el positivista incluyente sostiene que el que la moral sea o no una condición de validez jurídica en un cierto sistema depende de lo que en concreto las normas de dicho sistema establezcan. Para decirlo con la terminología de Hart, si en un cierto sistema jurídico su regla de reconocimiento establece que la moral es una condición de validez jurídica, entonces ella lo será respecto de ese sistema. Si en cambio la regla de reconocimiento no incorpora ningún principio moral, entonces ellos no figurarán entre los criterios de validez jurídica del sistema respectivo.

En síntesis, para el positivismo incluyente la moral puede de hecho ser una condición de la validez jurídica respecto de ciertos sistemas

PABLO MARTÍN PEROT – JORGE L. RODRÍGUEZ

jurídicos. En ellos, la existencia y contenido del derecho dependería de valoraciones y principios morales. Tal sería el caso, a juicio de esta posición, de las democracias constitucionales contemporáneas, en las que la validez de las leyes dependería, entre otras cosas, de su conformidad con ciertos principios morales básicos tutelados por sus constituciones.

3. Interpretación constitucional: la tensión entre abstracción y eficacia de los criterios de validez

Un segundo aspecto de la filosofía del derecho que se ha rejuvenecido con el examen de la estructura y dinámica de los sistemas constitucionales es el de la teoría de la interpretación jurídica. Para explicar el modo en el que las normas constitucionales que tutelan derechos básicos funcionan como patrones de validez jurídica, los teóricos han debido reexaminar la estructura de las normas, el modo en que se resuelven los conflictos entre ellas, así como los criterios de asignación de significado a las formulaciones normativas.

En lo que respecta a esta última cuestión, las democracias constitucionales ofrecen un problema muy complejo al teórico. Ello así por cuanto las normas constitucionales son las de mayor jerarquía dentro de un ordenamiento jurídico, razón por la cual todas las restantes deben adecuarse a ellas para ser admitidas como válidas. Pero, por la misma razón, las normas constitucionales poseen el mayor nivel de abstracción y, por eso, su formulación suele ser considerablemente vaga y usualmente contienen referencias a conceptos valorativos, cuyos contornos de aplicación son por demás imprecisos. Resulta entonces difícil determinar en qué casos una norma de jerarquía inferior es incompatible con ellas. Podría decirse que los problemas de interpretación de las normas constitucionales son los más difíciles de resolver y, simultáneamente, los que resulta de la mayor importancia resolver. Lo cual obliga a preguntarse en qué medida las normas constitucionales pueden cumplir eficazmente tanto el papel de criterios de validez como de principios generales de justificación de las restantes normas del orden jurídico.

Las diferentes posturas existentes en torno a la interpretación de

las normas constitucionales dependen de la toma de posición respecto del problema más general de la interpretación del derecho. Y aquí las teorías pueden clasificarse en tres grandes núcleos. En un polo extremo se ubican quienes defienden la existencia de una única respuesta correcta para cada caso de aplicación de las normas jurídicas, es decir, la existencia de una única interpretación correcta para cualquier norma y cualquier supuesto de aplicación. Esta tesis ha sido muchas veces asociada con una concepción ingenua de corte realista en filosofía del lenguaje. Pero posee también notorios defensores que, desde una posición semántica mucho más refinada y compleja, sostienen que la actividad que deben desplegar los jueces para justificar sus decisiones en los casos difíciles, esto es, en aquellos en los que abogados igualmente razonables parecen contar con buenos argumentos en apoyo de interpretaciones disímiles de las normas en juego, no difiere cualitativamente de lo que deben hacer en los casos rutinarios o fáciles, en el sentido en que tanto en unos como en los otros las partes tienen derechos o deberes que preexisten a la decisión judicial, de modo que el derecho ofrece una respuesta clara también en los casos difíciles y es deber de los jueces encontrarla. Esa única respuesta correcta consistiría en aquella que resulte más fácilmente congeniable con el conjunto de principios que mejor explique y justifique nuestras prácticas institucionales pasadas.

En el extremo opuesto del espectro de posiciones frente a la interpretación jurídica se ubican quienes defienden lo que podría denominarse la tesis de la indeterminación radical. Desde este punto de vista, se argumenta que toda formulación en el lenguaje de una norma es susceptible de un número indeterminado de posibles interpretaciones entre las cuales no existe pauta de corrección alguna. Poniendo énfasis en que el derecho ha de ser formulado en el lenguaje ordinario, a lo sumo enriquecido con ciertos términos técnicos, y subrayando el problema de la vaguedad y la textura abierta de los lenguajes naturales, se concluye en una concepción escéptica en cuanto al papel que desempeñan las normas de carácter general en el razonamiento práctico. Los defensores de esta posición suelen citar en su apoyo la idea de Saúl Kripke, inspirada en ciertos pasajes de las *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein, según la cual un cierto conjunto de conductas

PABLO MARTÍN PEROT – JORGE L. RODRÍGUEZ

a las que ordinariamente interpretaríamos como consistente en el seguimiento de una regla, es en realidad compatible con un número indeterminado de diferentes formulaciones de la regla en cuestión, con lo cual perdería sentido la misma idea de “seguir una regla”. Es sólo desde este punto de vista que resulta correcta la afirmación del obispo Hoadly cuando decía que “quienquiera que tenga la autoridad última para interpretar las leyes, es él el verdadero legislador para toda intención o propósito, y no la persona que primero las formuló”.

Sería por completo implausible pretender en pocas líneas descalificar estas dos posturas extremas, dado lo sutil y elaborado de sus argumentos. Pero hay algo en cada una de ellas que parece básicamente erróneo y que se manifiesta en el modo en el que ambas fracasan a la hora de dar cuenta de las intuiciones ordinarias que poseemos acerca de la interpretación de las normas jurídicas. En otros términos, y parafraseando a Hart, si es que estas concepciones parecen en cierto sentido esclarecedoras es porque son, en última instancia, exageraciones de ciertas verdades sobre el derecho, que arrojan luz sobre algunos de sus aspectos peculiares, pero cuya luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto.

La tesis de la única respuesta correcta no logra justificar por qué una visión coherente de nuestras prácticas institucionales pasadas ha de conducir a un único conjunto de principios subyacentes y no más bien a una pluralidad de alternativas, ni tampoco ofrece una respuesta satisfactoria al problema de la existencia de genuinas disputas frente a los casos difíciles, si es que en ellos una de las partes posee realmente un derecho preexistente a la decisión de los jueces. La tesis de la indeterminación radical, por su parte, no puede suministrar una explicación plausible del seguimiento de reglas o normas sin admitir que es posible captar o comprender una regla general con independencia de la posibilidad de formularla en un lenguaje, lo cual lleva al rechazo del argumento escéptico. Pero entre ambas alternativas, resta un amplio campo para lo que podría denominarse la tesis de la indeterminación parcial, según la cual las normas jurídicas poseen casos fáciles pero también casos problemáticos de interpretación. En otras palabras, por el modo en el que se encuentran formuladas las normas generales,

ellas tienen un cierto contenido significativo, el cual descalifica ciertas alternativas, pero resulta insuficiente para fundar la existencia de una única respuesta correcta.

En defensa de esta posición, Hart denominaba como “noble sueño” a la tesis de la única respuesta correcta y como “pesadilla” a la tesis de la indeterminación radical, y sostenía que la concepción más plausible de la interpretación jurídica debe ubicarse en el justo medio entre esos dos extremos.

Las posiciones específicas en materia de interpretación constitucional giran en torno a esta polémica básica. Así el “originalismo” –o concepción de la Constitución anclada en el pasado–, esto es, la posición según la cual las normas constitucionales deben ser interpretadas tal como lo que habrían hecho sus autores –los padres fundadores–, y el “actualismo” –o concepción de la Constitución como árbol viviente–, es decir, la posición de conformidad con la cual las normas constitucionales deben entenderse en concordancia con nuestra comprensión actual de los valores que subyacen a ellas, pueden tomarse como dos formas distintas de precisar el sentido de las normas constitucionales frente a casos difíciles en el marco de la tesis de la indeterminación parcial.

4. Las objeciones contramayoritarias a los sistemas constitucionales

Un tercer ámbito en el que se desenvuelve en filosofía del derecho la discusión en torno a la dinámica de los sistemas constitucionales es el relativo al plano normativo de la justificación de nuestras instituciones políticas.

Ocurre que, desde una ideología democrática de corte liberal, se ha cuestionado el mecanismo de protección constitucional de ciertos derechos ya que, si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional de ciertos derechos implica precisamente una restricción a lo que la mayoría puede decidir. Por otra parte, dejar en manos del poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos implica sujetarse a la decisión de órganos que no son representativos ni políticamente res-

PABLO MARTÍN PEROT – JORGE L. RODRÍGUEZ

ponsables respecto del contenido de nuestros derechos. En consecuencia, cabe preguntarse si es democráticamente defendible el diseño institucional de tutela de derechos básicos en la Constitución y de control jurisdiccional de constitucionalidad.

Estas dos críticas parecen apoyarse en dos visiones incompatibles sobre la interpretación constitucional. En efecto, el argumento que objeta por contramayoritaria la tutela de derechos básicos a nivel constitucional parece presuponer que la Constitución dice algo, esto es, tiene cierto contenido significativo y no constituye simplemente un repertorio de buenos deseos. Por eso es que limita lo que la legislatura puede decidir por simple mayoría. En cambio, el argumento que alerta sobre el peligro de una presunta “dictadura de la magistratura” parece presuponer que los jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no conciliable con la Constitución y, en consecuencia, que la delegación en los jueces de tales decisiones no establece sobre ellos límite alguno, esto es, que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos altamente vagos y de contenido fuertemente valorativo, no establecen por sí ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los jueces.

A primera vista, de esto podría concluirse un dilema para quienes pretenden cuestionar este tipo de diseño institucional: o bien las normas constitucionales poseen cierto contenido significativo, por muy impreciso y valorativamente cargado que éste pueda parecer, o bien carecen de todo contenido significativo. En el primer caso, el argumento de la dictadura de la magistratura resulta insostenible ya que, pese al evidente reconocimiento de que cuando los jueces declaran la inconstitucionalidad de una norma poseen un cierto margen de discrecionalidad, si las normas constitucionales tienen algún contenido significativo, entonces existe un criterio de corrección y de crítica para este tipo de decisiones. En el segundo caso, la crítica contramayoritaria resulta insostenible, ya que si las normas constitucionales no tienen contenido significativo alguno, entonces en nada limitan las potestades de lo que la legislatura por mayoría puede decidir. Por consiguiente, las dos críticas no podrían ser defendidas conjuntamente.

Esta conclusión, no obstante, debe ser revisada, puesto que ella sólo resultaría admisible si respecto de la interpretación constitucional cupieran dos alternativas excluyentes entre sí: que existe una única respuesta correcta para cada caso o que las normas constitucionales son radicalmente indeterminadas. Una manera simple de escapar al dilema consistiría en señalar que esa disyunción es falsa: si se acepta que las normas constitucionales que tutelan derechos básicos pueden tener casos claros pero también casos problemáticos de aplicación, esto es, si se asume la tesis de la indeterminación parcial, entonces podría decirse que en los casos claros la Constitución limita antidemocráticamente las decisiones de la legislatura y en los problemáticos delega en los órganos de control una decisión discrecional y, debido a su fuente, antidemocrática. De modo que ambas críticas resultarían compatibles bajo el presupuesto de la tesis de la indeterminación parcial.

Por otra parte, el dilema propuesto resulta además muy débil como respuesta a las críticas: sólo sostiene que una de las objeciones debería abandonarse si es que se quiere defender la otra. Siendo ello así, aun admitiendo la alternativa entre sólo dos posibles visiones de la interpretación constitucional, el objetor podría replicar al dilema con otro dilema: si la Constitución tiene un cierto contenido significativo, en la medida en que dice algo, limita antidemocráticamente al legislador, y si no tiene contenido significativo alguno, el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad deja en manos de funcionarios no elegidos democráticamente una decisión puramente discrecional respecto de cuáles son nuestros derechos básicos. De manera que en cualquiera de los dos casos este diseño institucional resultaría antidemocrático.

Consideramos que estas respuestas por parte de quienes objetan la tutela constitucional de derechos básicos y el control judicial de constitucionalidad resultan plausibles, pero ello todavía deja en pie la asimetría entre las dos críticas en lo que atañe a sus presuposiciones respecto de la interpretación constitucional. Y, a nuestro criterio, es sólo encubriendo sus presupuestos acerca de la interpretación constitucional que estas objeciones adquieren cierta fuerza de convicción.

Veamos primero la objeción que apunta al carácter antidemocrático de la delegación en ciertos órganos de control de las decisiones sobre

PABLO MARTÍN PEROT – JORGE L. RODRÍGUEZ

la constitucionalidad de las normas. Supóngase que se asume la tesis de la indeterminación radical. En tal caso, es correcto que el mecanismo de protección constitucional de derechos básicos lleva a una delegación de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas en el órgano de control. Dado que para este enfoque no hay ningún caso claro de inconstitucionalidad, el órgano de control tomaría siempre una decisión discrecional, de modo que la estrategia de tutela constitucional de derechos básicos conduciría siempre a una instrucción dada al órgano de control del siguiente tipo: “resuelva usted lo que le parezca”. En otras palabras, bajo esta visión de la interpretación constitucional el argumento funciona, pero queda atado a la implausibilidad general de este enfoque de la interpretación.

Supóngase en cambio que se parte de la tesis de la única respuesta correcta. En tal caso, el órgano de control nunca tendría discrecionalidad en sentido fuerte, esto es, nunca debería resolver sin sujeción alguna a una pauta general preestablecida. Por supuesto, tendría sí discrecionalidad en un sentido diferente –al que Dworkin califica como “débil”–: al menos algunas de sus decisiones serían finales, esto es, irrecurribles. Pero esto es algo muy distinto de lo anterior, y quita todo viso de plausibilidad a la objeción. En efecto: adoptamos democráticamente la decisión de resguardar ciertos derechos. Damos a los jueces la instrucción de controlar que no se sobrepasen los límites que nosotros hemos fijado. Los jueces deben controlar esto: sus decisiones no son discrecionales en sentido fuerte, es decir, no sujetas a ninguna pauta normativa preestablecida. Cuando resuelven declarar la inconstitucionalidad de una norma, lo hacen porque eso es lo que nosotros hemos decidido al resguardar ciertos derechos básicos. Por cierto que, al llevar a cabo esta tarea, los jueces se pueden equivocar. Y algunas de sus decisiones equivocadas podrán quedar firmes. Pero esto no puede usarse como argumento para objetar el mecanismo de tutela constitucional de derechos básicos por su carácter antidemocrático. Porque más allá de los fuertes reparos que pueden dirigirse contra la concepción que aquí se presupone de la interpretación de las normas constitucionales, la objeción en esta intelección se limitaría a poner de manifiesto la falibilidad de los procedimientos de control. Y sólo funcionaría en todo caso para sistemas con constituciones pétreas, esto

es, no susceptibles de reforma, por cuanto allí donde existen procedimientos de reforma constitucional, siempre es posible superar por esa vía los errores judiciales.

Supóngase por último que se parte de la tesis de la indeterminación parcial. Habrá entonces casos claros y casos problemáticos de inconstitucionalidad. En los claros, los jueces deberán controlar que no se superen los límites que hemos fijado al resguardar constitucionalmente ciertos derechos básicos, por lo que la objeción de la dictadura de la magistratura no resultaría plausible por las mismas razones expuestas al comentar la tesis de la única respuesta correcta. Ahora bien, ¿qué pasa con los casos problemáticos? En ellos los jueces sí tendrían discrecionalidad en sentido fuerte, es decir, no estarían sujetos a pautas normativas claramente establecidas con anterioridad. Sin embargo, la instrumentación del mecanismo de tutela de derechos básicos en la jerarquía constitucional se asienta en la posibilidad de la existencia de casos claros. Los casos problemáticos son anómalos y, en ese sentido, excepcionales. Es cierto que la mayoría de los planteos de inconstitucionalidad que llegan a los tribunales son problemáticos, pero eso no hace sino demostrar que el mecanismo del resguardo constitucional de derechos básicos funciona al menos en los casos fáciles. Y aunque en los casos difíciles los jueces poseerían discrecionalidad en sentido fuerte, no hay ninguna razón para pensar que necesariamente la protección de ciertos derechos en la jerarquía constitucional debe ir acompañada por una delegación en el Poder Judicial –o en cualquier otro órgano de control– para decidir de manera discrecional en los casos difíciles. Podría por ejemplo optarse por un sistema de control que asuma de manera estricta el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Todo depende en última instancia de cómo se decida instrumentar los mecanismos de control, nada de la decisión de resguardar derechos en la máxima jerarquía normativa.

Pasemos ahora a la crítica contramayoritaria directa a la tutela de derechos fundamentales en el nivel constitucional. Se sostiene, como se expuso, que resulta antidemocrática la limitación constitucional de lo que puede decidirse por mayoría por parte del Poder Legislativo. Se argumenta que no puede justificarse desde una concepción política

PABLO MARTÍN PEROT – JORGE L. RODRÍGUEZ

estrictamente democrática que una generación limite lo que democráticamente puedan decidir las generaciones futuras.

Como hemos visto, un punto de vista semejante presupone el rechazo de la tesis de la indeterminación radical. De las dos alternativas frente a la interpretación que restan, esto es, la tesis de la única respuesta correcta y la de la indeterminación parcial, sólo respecto de la primera la objeción posee genuina fuerza de convicción, ya que si se asume la tesis de la indeterminación parcial, es más fácil defender que la legitimidad de un texto constitucional puede mantenerse durante muchas generaciones. Dicho texto reflejaría cierto consenso básico muy elemental, que resultaría abierto a variaciones en la interpretación frente a casos difíciles a lo largo del tiempo.

Por lo demás, la objeción contramayoritaria se funda en un concepto muy restringido de “democracia” que resulta indefendible. ¿Se consideraría desde este punto de vista “genuinamente democrático” un sistema que permitiera decidir por simple mayoría que todas las decisiones políticas las tome en el futuro un dictador? Si se responde afirmativamente a esta pregunta, entonces no puede criticarse la limitación a la aplicación estricta de la regla de la mayoría que impone la tutela constitucional de ciertos derechos, ya que ella supone una restricción mucho menos grave que ésta. Si en cambio se responde de manera negativa, entonces “democracia” no puede ser simplemente la aplicación estricta de la regla de la mayoría. Se estarían reconociendo límites a lo que puede decidirse por mayoría. Pero esto es justamente en lo que consiste el mecanismo de resguardo constitucional de derechos fundamentales, de modo que no parece haber razón alguna para considerarlo “antidemocrático”.

Para decirlo en otras palabras, bajo un concepto puramente formal de democracia, según el cual ella se identifica con la regla de la mayoría, la tutela constitucional de derechos fundamentales sería perfectamente democrática si es que la decisión de resguardar derechos fue adoptada por mayoría. Si en cambio se sostiene que no es democrática una decisión que limite la aplicación de la regla de la mayoría para casos futuros, nuestro concepto de democracia no puede ser puramente formal. Habrá que reconocer entonces límites sustantivos a lo que se puede decidir democráticamente. Pero ¿cuáles serían esos límites? Su-

póngase que sólo se fija la siguiente restricción: no se puede decidir por mayoría la exclusión de algunos miembros de la comunidad política en la toma de decisiones. El sistema se asentaría entonces sobre dos reglas: todas las decisiones políticas deben adoptarse mediante la regla de la mayoría y todos los miembros de la comunidad política tienen derecho a participar en la toma de decisiones. Si esto es así, ya existiría un derecho que no podría restringirse por vía de las decisiones colectivas ordinarias, es decir, existiría al menos un derecho básico que no podría ser eliminado por simple mayoría. Pero examinemos la cuestión más a fondo. En un sistema que sólo consagre esta limitación, si bien la mayoría no podría decidir directamente la exclusión de las minorías en la toma de decisiones, podría lograr ese mismo fin, respetando la restricción convenida, de un modo indirecto pero mucho más drástico: la mayoría podría decidir el exterminio de la minoría. ¿Sería esto “democrático”? Si se responde negativamente, tal como parece sensato esperar, entonces es preciso resguardar más derechos, y no sólo el derecho de todos a participar en las decisiones: tantos derechos como sea necesario para garantizar a cada individuo las condiciones mínimas para que pueda ejercitar la democracia. Esto no sólo permite justificar los esquemas actuales de derechos fundamentales resguardados, sino que brinda sólidas bases teóricas para ampliar ese esquema de derechos con el objeto de garantizar en los hechos una genuina igualdad entre los ciudadanos. Siendo ello así, el concepto de “democracia” presupuesto en la crítica al diseño institucional de tutela de derechos básicos, más que conducir a su rechazo parece más bien contribuir a una justificación de la necesidad de su ampliación.

En síntesis, hemos intentado ofrecer una rápida revisión de algunas de las discusiones que se han suscitado en la filosofía del derecho a partir de una cierta configuración de nuestros sistemas jurídicos y hemos tratado de aportar un minúsculo grano de arena para mostrar el modo en el que la reflexión filosófica puede enriquecer nuestra comprensión de los fenómenos sociopolíticos. En este sentido, creemos que la filosofía puede al menos servirnos de ayuda para abrir nuestros ojos. Lo que no es poco, ya que intentar cambiar la realidad con los ojos cerrados nos convertiría en émulo del Quijote, pero no en su versión idealista sino en su lectura más triste.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

por MANUEL ATIENZA*

La tesis de que existe una estrecha relación entre el Estado constitucional y la argumentación jurídica no pasa de ser una obviedad, pero quizás no sea ya tan obvio precisar cómo hay que entender esa relación. Como se sabe, por “Estado constitucional” no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una constitución, sino el Estado dotado de una Constitución (o incluso sin una constitución en sentido formal, sin un texto constitucional) con ciertas características: la constitución del “Estado constitucional” no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (el “principio dinámico del sistema jurídico-político” [véase, Aguiló, 2001]), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho. El Estado “constitucional” se contrapone así al Estado “legislativo”, puesto que ahora el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado

* Universidad de Alicante.

MANUEL ATIENZA

liberal de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos, y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela a la progresiva implantación del modelo del Estado constitucional.

En los últimos tiempos ha sido frecuente señalar que la nueva realidad de los sistemas jurídicos (en los países occidentales desarrollados) requería también la elaboración de nuevos modelos teóricos; en particular, el debate se ha centrado en la necesidad de superar el positivismo jurídico y sustituirlo por una concepción del Derecho (no positivista) que permita dar cuenta de la nueva realidad. En mi opinión, la inadecuación del positivismo jurídico es un hecho (en contra véase, por ej., Comanducci, 2002). O, dicho con más precisión: de las dos tesis que supuestamente caracterizan al positivismo jurídico, la primera, la de las fuentes sociales del Derecho, es sin duda verdadera, pero por sí sola no permite caracterizar una concepción del Derecho, y la segunda, la de la separación entre el Derecho y la moral, no permite reconstruir satisfactoriamente el funcionamiento real de nuestros sistemas jurídicos. Por supuesto, esta última distinción (entre el Derecho y la moral) puede trazarse con sentido en el contexto de cierto tipo de discurso jurídico, pero no en otros; en particular, el discurso jurídico justificativo contiene o presupone siempre un fragmento moral. Para decirlo en el lenguaje de Carlos Nino (1985): las normas jurídicas no son razones autónomas para justificar decisiones, sino que toda justificación es una justificación moral (lo cual, ciertamente, no es otra cosa que una reformulación de la tesis de Alexy [1978] de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica de carácter general).

La crítica al positivismo jurídico no supone, por lo demás, la rehabilitación de alguna otra de las diversas concepciones que han tenido algún grado de vigencia en el siglo XX. En particular, no me parece que las insuficiencias del positivismo puedan superarse recurriendo a

alguna versión de la teoría iusnaturalista. Es cierto, como ha hecho notar Ferrajoli (1989), que el constitucionalismo moderno “ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado” y, desde luego, ha pulverizado la tesis positivista (no de todos los positivistas) de que el Derecho puede tener cualquier contenido. Pero ello, por sí mismo, no permite tampoco (como ocurría antes en relación con la tesis de las fuentes sociales) caracterizar una concepción del Derecho. También es cierto –si se quiere– que el papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto del soberano lo desempeña ahora la constitución respecto del legislador (sobre esto, Prieto, p. 17), pero dar cuenta del paralelismo es una cosa, y contar con instrumentos teóricos que permitan reconstruir y orientar los procesos de producción, interpretación y aplicación del Derecho (y, en particular, cómo articular la relación entre el Derecho legal y el constitucional), otra bastante distinta. El iusnaturalismo (concretamente, el del siglo XX), no parece haberse interesado mucho por el discurso jurídico justificativo interno al propio Derecho (las argumentaciones de los jueces, de los abogados, de los legisladores...), ni siquiera cuando ha elaborado teorías (como en el caso de la de Fuller [1964]) que, en muchos aspectos, preanunciaba el constitucionalismo contemporáneo.

En realidad, ninguna de las principales concepciones del Derecho del siglo XX ha sido proclive a desarrollar una teoría de la argumentación jurídica, a ver el Derecho como argumentación. Dicho en forma sumaria: El formalismo ha adolecido de una visión excesivamente simplificada de la interpretación y la aplicación del Derecho y, por tanto, del razonamiento jurídico. El iusnaturalismo tiende a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica (Holmes [1920] comparó en una ocasión a los juristas partidarios del Derecho natural con los caballeros a los que no basta que se reconozca que su dama es hermosa; tiene que ser la más bella que haya existido y pueda llegar a existir). Para el positivismo normativista el Derecho –podríamos decir– es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir, y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de la argumentación jurídica.

MANUEL ATIENZA

El positivismo sociológico (el realismo jurídico) centró su atención en el discurso predictivo, no en el justificativo, seguramente como consecuencia de su fuerte relativismo axiológico y de la tendencia a ver el Derecho como un mero instrumento al servicio de fines externos. Y las teorías “críticas” del Derecho (marxistas o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno) necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo.

Me parece que los déficits anteriores (y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional) es lo que explica básicamente que en los últimos tiempos se esté gestando una nueva concepción del Derecho que, en un trabajo reciente (Atienza 2000), he caracterizado con los siguientes rasgos:

- 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario –además de las reglas– para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.
- 2) La tendencia a considerar las normas –reglas y principios– no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico.
- 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto –o no sólo– en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto –o también– en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etcétera.
- 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho.
- 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.
- 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales (para ser válida una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la constitución).

- 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas –de sujeción del juez a la ley–, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales.
- 8) La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, la aceptación de la misma parece tener carácter moral.
- 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política.
- 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica; la actividad del jurista no está guiada -o no está guiada exclusivamente- por el éxito, sino por la corrección, por la pretensión de justicia.
- 11) La importancia puesta en la argumentación jurídica –en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones–, como característica esencial de una sociedad democrática.
- 12) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalización o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso.
- 13) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada.

Ahora bien, aunque yo señalaba entonces como uno de los rasgos de esta “nueva” –o relativamente nueva– concepción del Derecho la importancia creciente de la argumentación jurídica, prácticamente todas las otras características están ligadas con eso, esto es, llevan a un aumento cuantitativo y cualitativo de los procesos de argumentación jurídica. Para mostrarlo, me referiré únicamente a dos de esas notas: la importancia de los principios y la creencia de que existen ciertos criterios objetivos que guían la práctica del discurso jurídico justificativo.

MANUEL ATIENZA

Como es bien sabido, la distinción entre reglas y principios es una cuestión sumamente controvertida, en la que no cabe entrar aquí. Me parece, sin embargo, que existe un consenso amplio en cuanto a la mayor dificultad –dificultad argumentativa– que supone el manejo de principios. Visto desde la perspectiva de la justificación de las decisiones judiciales (y los principios no operan únicamente en esta instancia del Derecho), cabría decir que la justificación supone varios niveles (Atienza y Ruiz Manero 1996).

El primero es el nivel de las reglas. La aplicación de las reglas para resolver casos (casos fáciles) no requiere deliberación en el sentido estricto de la expresión, pero ello no supone tampoco que se trate de una operación meramente mecánica. En todo caso, el nivel de las reglas no es siempre suficiente. Con una frecuencia que puede cambiar de acuerdo con muchos factores, los jueces tienen que enfrentarse con casos para los que el sistema jurídico de referencia no provee reglas, o provee reglas contradictorias, o reglas que no pueden considerarse justificadas de acuerdo con los principios y valores del sistema. Naturalmente, esto no quiere decir que en tales supuestos el juez pueda prescindir de las reglas, sino que tiene que llevar a cabo un proceso de deliberación práctica (de ponderación) para transformar ciertos principios en reglas. Ello supone realizar operaciones como las siguientes: la construcción de una tipología de clases de casos a partir de un análisis de las semejanzas y de las diferencias consideradas relevantes; (en algunas ocasiones) la formulación de un principio a partir del material normativo establecido autoritativamente (la explicitación de un principio implícito); la priorización de un principio sobre otro, dadas determinadas circunstancias (el paso de los principios a las reglas). La argumentación jurídica en estos casos no puede reducirse, obviamente, a su esquematización en términos deductivos; el centro radica más bien en la confrontación entre razones de diversos tipos: perentorias o no perentorias, autoritativas o substantivas, finalistas o de corrección, institucionales o no...

La creencia en la existencia o no de criterios objetivos que controlan la justificación de las decisiones jurídicas es de radical importancia para abordar el problema de la discrecionalidad. Me limitaré a considerar la discrecionalidad de los órganos administrativos (la discrecio-

nalidad jurídica no se agota aquí), sobre la que últimamente ha tenido lugar en España una interesante polémica (sobre ella, Atienza 1995).

La importancia de la cuestión radica en que, por un lado, se reconoce que las transformaciones del Estado contemporáneo, y, en particular, el cambio en la función de la ley (el paso de una “vinculación positiva” a una “vinculación estratégica”) lleva a una revalorización de la discrecionalidad administrativa (la actividad administrativa no es mera ejecución jurídica), y, por otro lado, la Constitución española (en el art. 9º, ap. 3º) garantiza “la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos”. ¿Son entonces los actos discrecionales de la Administración (el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico, las intervenciones y regulaciones económicas, etc.) susceptibles de control judicial?

Si a la cuestión se desea responder en forma positiva (si se quiere respetar la prohibición de arbitrariedad), no queda en mi opinión más remedio que partir de la idea de que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente porque provengan de cierta autoridad, sino que se precisa además que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico (los cuales, a su vez, no pueden ser otra cosa –si pretenden estar justificados– que concreciones de los anteriores), o sea, hay que presuponer una concepción suficientemente amplia de la razón. El escepticismo en este campo no puede conducir a otra cosa que al decisionismo, a considerar que la cuestión decisiva es simplemente la de “quien está legitimado para establecer la decisión”.

Es interesante darse cuenta de que la existencia de la discrecionalidad (en sentido estricto [sobre el concepto de discrecionalidad, Liffante, 2001]) es el resultado de regular de una cierta forma la conducta: no mediante normas de acción (normas condicionales), sino por medio de normas de fin, que otorgan la posibilidad de optar entre diversos medios para alcanzar un determinado fin y también (hasta cierto punto) de contribuir a la concreción de ese fin; el razonamiento con ese tipo de norma no es el razonamiento clasificatorio, subsuntivo, sino el razonamiento finalista que parece encajar en el esquema de lo que Aristóteles llamó “silogismo práctico”. Digamos que los principios (los principios en sentido estricto), por un lado, y las normas de fin, por

MANUEL ATIENZA

el otro, ponen de manifiesto que la argumentación jurídica no puede verse únicamente en términos de subsunción, sino también en términos de ponderación y en términos finalistas. La teoría de los enunciados jurídicos tiene, pues, mucho que ver con la teoría de la argumentación jurídica lo que, naturalmente, no tiene nada de sorprendente.

Lo dicho hasta aquí podría quizás resumirse de esta manera: una idea central del Estado constitucional es que las decisiones públicas tienen que estar motivadas, razonadas, para que de esta forma puedan controlarse. Dado que el criterio de legitimidad (del poder) no es aquí de carácter carismático, ni tradicional, ni sólo formal-procedimental, sino que, en una amplia medida, exige recurrir a consideraciones materiales, substantivas, se comprende que el Estado constitucional ofrezca más espacios para la argumentación que ninguna otra organización jurídico-política.

Ahora bien, eso no debe llevar tampoco a pensar que el Estado constitucional sea algo así como un Estado argumentativo, una especie de imperio de la razón. Las “teorías constitucionalistas del Derecho” (Bongiovanni [2000] incluye bajo el anterior título –como casos paradigmáticos– las obras de Dworkin y de Alexy) corren el riesgo de presentar una imagen excesivamente idealizada del Derecho, probablemente como consecuencia de que son teorías formuladas preferentemente o casi exclusivamente desde la perspectiva del aceptante, del “hombre bueno”. Por eso conviene no perder de vista que, como ya hace tiempo advirtió Tugendhat (1980), el Derecho del Estado constitucional no es el mejor de los imaginables, sino simplemente el mejor de los realmente existentes.

Por un lado, no cabe duda de que el Estado constitucional sigue dejando amplios espacios a un ejercicio del poder que para nada hace uso de instrumentos argumentativos. Pongamos algunos ejemplos. Por razones de economía comprensibles, muchas de las decisiones que toman los órganos públicos (incluidos los órganos judiciales) y que se considera no revisten gran importancia no son motivadas: si no fuera así, se haría imposible un funcionamiento eficiente de las instituciones. Además, la burocratización creciente, el aumento de la carga de trabajo de los jueces, etcétera, lleva a que la no argumentación (la práctica de utilizar modelos estereotipados es, con frecuencia, una for-

ma de no motivar) se extienda a decisiones que pueden tener consecuencias graves. Tampoco son motivadas, como se sabe, las decisiones de los jurados; en España, precisamente, hay una experiencia interesante, pues recientemente se introdujo el jurado (un jurado de legos) y se estableció la obligación de que motivaran sus decisiones, lo cual (dada la dificultad de la tarea) es probablemente una de las causas del (relativo) fracaso de la institución. La argumentación legislativa presenta notables debilidades: el proceso de elaboración de las leyes exhibe, en nuestras democracias, más elementos de negociación que de discurso racional, y las exposiciones de motivos son paralelas, pero no equivalen del todo, a las motivaciones de las decisiones judiciales. Y, en fin, una de las consecuencias del 11 de septiembre es el incremento creciente (y la justificación) de los actos del Poder Ejecutivo que quedan al margen de cualquier tipo de control (jurídico o político).

Por otro lado, el carácter argumentativamente deficitario de nuestras sociedades es especialmente preocupante en relación con el fenómeno de la globalización, esto es, en relación con importantes ámbitos de poder que escapan al control de las normas del Estado. Parece, por ejemplo, obvio que las instituciones empresariales (las grandes empresas multinacionales) detentan un inmenso poder sobre las poblaciones y que sería absurdo considerar simplemente como un poder privado regido básicamente por el principio de autonomía. Y no parece tampoco que haya ninguna razón sólida para limitar el campo del Derecho al Derecho del Estado y al Derecho internacional entendido como aquel que tiene por objeto las relaciones entre los Estados soberanos. Twinning ha insistido recientemente en que uno de los retos que la globalización plantea a la teoría del Derecho es precisamente el de superar esa visión estrecha de lo jurídico (Twinning, 2000, p. 252), y creo que no le falta razón. El pluralismo plantea sin duda muchos problemas de carácter conceptual y puede resultar, por ello, una construcción insatisfactoria desde el punto de vista de una teoría exigente. Pero el paradigma jurídico estatista (prescindir de los fenómenos jurídicos –o, si se quiere, parajurídicos– que se producen más allá y más acá del ámbito estatal) cercena el potencial civilizatorio del Derecho y tiene el riesgo de condenar a la irrelevancia a la teoría del Derecho.

MANUEL ATIENZA

Bibliografía

- Aguiló Regla (2001): AGUILÓ REGLA, Joseph, *El concepto de Constitución*, en *Doxa*, 23.
- Alexy (1978): ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.; trad. castellana, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1989.
- Atienza (1995): ATIENZA, Manuel, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, REDA, Nº 85.
- (2000): *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Atienza y Ruiz Manero (1996): ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Bongiovanni (2000): BONGIOVANNI, Giorgio, *Teorie "coatituzionalistiche" del Diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Cluel, Bolonia.
- Comanducci (2002): COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en *Isonomía*, 16.
- Ferrajoli (1989): FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari; trad. castellana, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- Fuller (1964): FULLER, Lon L., *The morality of law*, Yale University Press.
- Holmes (1920): HOLMES, Oliver W., *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, Nueva York.
- Lifante (2001): LIFANTE, Isabel, *Sobre el concepto de discrecionalidad jurídica*, inédito.
- Nino (1985): NINO, Carlos, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- Prieto (1997): PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- Tugendhat (1980): TUGENDHAT, Ernst, *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Rechts*, en *A. R. S. P.*, Neue Folge, 14.
- Twinning (2000): TWINNING, William, *Globalization and Legal Theory*, Butherworths.

UN ANÁLISIS DE LOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO “ESTADO”*

por SANTIAGO LEGARRE¹

Muchas realidades se hallan involucradas cuando se piensa, se teoriza y se habla acerca del *estado*. Son realidades en parte iguales y en parte distintas, porque se trata de un concepto y un término análogos, con diversos significados que se comunican entre sí.

En primer lugar, el estado es el complejo grupo de personas, familias y otras asociaciones cuya espontánea interacción se complementa con una coordinación autoritativa² ejercida por un gobierno que ordena al grupo hacia un fin –el “bien común político”– mediante normas e instituciones compendiosamente llamadas “derecho”³. Se trata, por tan-

* Este trabajo fue motivo de un diálogo enriquecedor en una reunión del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Austral. El autor agradece a los participantes en dicho seminario sus valiosos comentarios.

¹ Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional, Universidad Austral, Buenos Aires.

² Esta autoridad se halla estrechamente vinculada con el tercer significado de estado, que se explicará infra 4 ss.

³ En la expresión “bien común político”, como en otras de tenor semejante (vgr., “comunidad política”), no debe verse alusión a la política partidaria. Más aún, para prevenir toda confusión aclaro que los partidos políticos no constituyen “comunidades políticas” en el sentido aristotélico de la expresión que se privilegiará en estas páginas (cfr. infra 10-11).

SANTIAGO LEGARRE

to, de una comunidad jurídicamente organizada, con un gobierno y leyes⁴. En este sentido (i), estado es sinónimo de “comunidad política”⁵ o “sociedad política”⁶.

Es importante resaltar que el estado (i) –la vida política– no agota “lo público” ni lo social: existen múltiples fenómenos asociativos “públicos-no-políticos”, en cuyo seno se dan fenómenos de autoridad “pública-no-política”. Ejemplo de estos fenómenos son las iglesias, los clubes y los sindicatos⁷. A veces se reserva la expresión “sociedad

⁴ No toda comunidad jurídicamente organizada es un estado: volveremos más adelante (infra 10-11) sobre las características distintivas del gobierno y el derecho estatales. Por otra parte, pueden existir comunidades nacionales –*naciones*– sin organización jurídica completa que, por tanto, tampoco son estados.

⁵ *Communitas politica*, *communitas civilis* y *civitas* son las expresiones preferidas por Tomás de Aquino al argumentar en materia política. Cfr., por ej., el importante pasaje de *Suma Teológica*, I-II q. 21 a. 4 ad 3: “*homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum, et secundum omnia sua*” (“el hombre no se ordena a la comunidad política según todo él ni según todo lo suyo”). Sin embargo, en nuestros días la expresión “comunidad política” (el equivalente de *communitas politica*) se presta a la confusión advertida en la nota 3 supra, mientras que “comunidad civil” (el equivalente de *communitas civilis*) puede confundirse con la idea de “sociedad civil”, que es de reciente data –a pesar de sus raíces hegelianas– y tiene un significado distinto, como se verá seguidamente. Dado que Aquino usa los tres términos mencionados para referirse a una realidad social esencialmente idéntica a la que aquí llamamos estado (i), parece preferible reservar esta palabra para traducir e interpretar sus textos. Cf. Finnis (1998), 219: “*Civitas* y sinónimamente *communitas politica* o *communitas civilis*, en Aquino, pueden usualmente ser traducidos por ‘un estado’, ‘estados’, o ‘el estado’...” Finalmente, habiendo caído bastante en desuso el significado tradicional de la expresión “comunidad política”, el término estado –una vez precisado su significado– tiene la ventaja de no hacer sonar injustificadamente distante la enriquecedora doctrina política del Aquinate.

⁶ A lo largo de estas páginas las expresiones “comunidad política” y “sociedad política” se usarán como sinónimos sin perjuicio alguno del valor conceptual de las conocidas distinciones entre comunidad y sociedad elaboradas en 1887 por el sociólogo alemán Ferdinand Tönnies en su célebre *Gemeinschaft und Gesellschaft*. Con relación al valor de dichas distinciones, Pierpaolo Donati, apenas comenzar su *Teoria relazionale della società*, hace un nuevo abordaje de la “pareja” *gemeinschaft-gesellschaft*, pleno de matices sugerentes. Donati (1991), Cap. 2, esp. 2.1.

⁷ *A fortiori*, en estas asociaciones también se dan fenómenos de *derecho*, en parte iguales y en parte distintos del caso central de derecho, que es el derecho del estado. Así, por ejemplo, el reglamento de un club y el estatuto de un sindicato son casos periféricos de derecho. Sobre caso central y casos periféricos de derecho, véase Finnis (2000a), I y X.6.

civil” –de corte originariamente hegeliano– para referirse al conglomerado de estos grupos intermedios⁸ (*mediating structures*, se los llama en el mundo angloamericano) cuya gestación y vida no dependen de una intervención gubernamental sino de la iniciativa de las “bases”, como se suele decir. En contra de todo esfuerzo totalitario, se ha reivindicado en nombre de la sociedad civil la actuación cooperativa que transcurre por carriles independientes de los del estado. En efecto, si bien el gobierno del Estado no puede dejar de ejercer el poder de regulación del cual se halla investido en aras del bien común político, el propio bien común exige que las instituciones de la sociedad civil sean respetadas y tengan libertad suficiente para poder acometer sus legítimos objetivos.

Se ha definido a la sociedad civil como:

[U]na esfera de relaciones y un conjunto de recursos, culturales y asociativos, relativamente autónomos del ámbito tanto político como económico, sustancialmente caracterizada por una propia capacidad de proyecto, orientada a favorecer una convivencia social más avanzada. En dicha esfera, varios grupos de ciudadanos se agregan y se movilizan libremente para elaborar y expresar sus propias preferencias, para hacer frente a sus necesidades fundamentales, para perseguir determinados intereses⁹.

Contrariamente a lo que con cierta frecuencia se sostiene, sociedad

⁸ Cabe aclarar que cuando se afirma que en la base de la vida social no existen individuos sino grupos no se pretende sostener una concepción organicista de la sociedad sino subrayar una modalidad específica de la acción humana, esto es, su fundamental estructura relacional o cooperativa: cfr., Donati (1991), *pássim*.

⁹ Garelli-Simone, 443. Viola, por su parte, caracteriza a la sociedad civil como “un mundo complejo, habitado de formaciones sociales (instituciones libres no gubernamentales) cada una de las cuales tiene su propia finalidad específica de carácter sectorial pero perteneciente de algún modo al bien común, que es el bien propio de la política”. Viola (1999), 30. En este trabajo, sugestivamente titulado *Società civile e società politica: tra cooperazione e conflitto*, el autor también se hace eco de la interesante definición sugerida por Mauro Magatti en la ponencia que presentó en un congreso que tuvo lugar en Nápoles, a fines de 1999, con el título *Quale società civile oggi in Italia?* Magatti había definido la sociedad civil como “la existencia de una pluralidad de sujetos sociales capaces de acción autónoma y de regulación de los comportamientos individuales y orientada a resolver problemas o a satisfacer exigencias comunes”. Cf. Viola (1999), 29.

SANTIAGO LEGARRE

política y sociedad civil no son realidades necesariamente contrapuestas ni siquiera totalmente distintas: admiten una distinción lógica pero no material. Ello es así pues, como expresa Francesco Viola, “la sociedad política y la sociedad civil están habitadas por los mismos sujetos. Esto no debe sorprender porque la sociedad no es una entidad que sustituya a la persona; es, más bien, una actividad. Las varias formas de asociación son en realidad formas diversas de actividad humana, cada una caracterizada por fines propios y reglas apropiadas”¹⁰. Es cierto, no obstante, que la adecuada comprensión de la relación entre sociedad política –estado (i)– y sociedad civil requiere una permanente atención a variaciones terminológicas y conceptuales muchas veces sutiles, puesto que, como veremos a continuación, *estado*, en otros sentidos relevantes y usuales de la palabra, significa algo materialmente distinto de sociedad civil¹¹.

El estado en este primer sentido (i) ha adoptado distintas formas a lo largo de la historia¹²: la *polis* griega, la *republica* romana, la

¹⁰ Viola (1999), 31. No obstante, Viola aclara que “la sintonía e interconexión entre sociedad civil y sociedad política obviamente pertenecen a un modelo ideal. En los hechos con frecuencia sus relaciones son tempestuosas” (32). Y expresa a continuación con belleza que “[a] partir del medioevo toda la historia de la vida social está signada por el riesgo de que el apretón de manos entre sociedad civil y sociedad política se transforme en un brazo de hierro en el cual una busca colapsar a la otra [...] la sociedad civil es posible sólo cuando la política no es absoluta, es decir, no absorbe en sí misma todas las dimensiones del bien común...” ídem, 32-33.

¹¹ Existe una creciente literatura sobre la idea de “sociedad civil”, tanto en Europa como en los Estados Unidos. Uno de los rasgos distintivos de muchas corrientes reivindicatorias de esta idea es la diferenciación radical entre sociedad civil y estado: la primera viene a superar o a contraponerse al segundo. Es significativo el título de uno de los libros que abrieron surcos en esta dirección en el mundo angloamericano: Berger, P. y Neuhaus, R. J., *To Empower People. From State to Civil Society* (cfr. Bibliografía). Sin embargo, a los fines de evitar desacuerdos innecesarios o tal vez inexistentes conviene precisar en cada caso qué entienden los teóricos de la sociedad civil por *estado* cuando descargan sus ataques contra esta institución. En este sentido, es de gran provecho la disquisición sobre la “semántica de lo civil” llevada a cabo por Donati en un trabajo publicado en 2000 en Italia, que tuvo oportunidad de exponer y publicar con posterioridad en la Argentina bajo los auspicios del CIAFIC. Cfr. Donati (2000) y Donati (2002). Para evitar confusiones debo aclarar que este autor no asigna a la acepción de estado que se privilegiará en este trabajo un rol significativo, por lo cual nos distingue una divergencia terminológica, no necesariamente conceptual.

¹² Como afirma Yacobucci (309-310), “...la filosofía social se ha servido de esa

civitas medieval y el *estado nacional moderno*, son ejemplos paradigmáticos de realizaciones de la comunidad política¹³. Sin embargo, ni bien se mira se advierte que es frecuente llamar *estado*, a secas, a una particular encarnación del estado en sentido (i): el “estado nación” que prevaleció a partir de la modernidad¹⁴. El estado, en este segundo sentido (ii), se caracteriza principalmente por el atributo de la soberanía, con las transformaciones que ésta sufrió desde su despertar como *soluta potestas* en la pluma de Bodin, hasta la posterior consolidación de la idea de “estado de derecho”, y la actual crisis ocasionada por los fenómenos de integración y globalización –una crisis que se encuentra, a comienzos de este siglo XXI, en un punto indudablemente álgido–. En este sentido (ii), entonces, estado es sinónimo de “estado nación”, “estado nacional” o “estado moderno”¹⁵. Para designar esta significa-

palabra [Estado] como concepto universal que denomina toda forma de constitución política. [...] Así, fenómenos como el de la *polis*, el *regnum*, la *civitas* o la república, pueden ser referidos bajo la común denominación de Estado”.

¹³ Cuando en un grupo social complejo, como la comunidad internacional, no puede hablarse de una sociedad política, en razón de la ausencia de la unidad de dirección dada por una instancia final de decisiones autorizadas (*authoritative*), reforzadas por la amenaza de sanciones, entonces adquiere una relevancia distinta –y tal vez mayor– la diferenciación entre sociedad civil y estado. Pues, siguiendo con el ejemplo de la comunidad internacional, la afirmación de la existencia de una sociedad civil global implica tanto como la negación de la existencia de un estado mundial. Debo esta idea al profesor Francesco Viola.

¹⁴ Como explica Bidart Campos, este sentido (ii) de “estado” es el que paga tributo más exacto al origen histórico de la palabra: “hemos de admitir que la palabra en sí no aparece en el vocabulario político (como sinónima de organización política) hasta Maquiavelo. Es Maquiavelo quien la introduce cuando afirma que todos los estados que existen son repúblicas o principados”. Bidart Campos (1997), 132. En el mismo sentido, Medrano (54), para quien el término “estado” se *politiza* a partir del Renacimiento (cfr. también, Yacobucci, 309). Por su parte, el *Oxford English Dictionary* atestigua que el vocablo inglés *state* recién comenzó a tener un significado estable en el contexto político a partir del siglo XVI (cf. *O. E. D.*, vol. XVI, 554, s. v. *state*, significados 29-32).

¹⁵ Medrano propone llamar “acepción restringida de estado” a lo que aquí se denomina estado nacional o estado en sentido (ii). El autor describe acertadamente la perspectiva de quienes sólo aceptan una noción restringida de “estado”, perspectiva bien diversa de la adoptada en este trabajo: “Las nociones restringidas se atienen estrictamente al contexto histórico en que surgió el Estado occidental moderno; sería ésta una individualidad histórica peculiar, que nació, creció, culminó y, quizás, se

SANTIAGO LEGARRE

ción, a lo largo de estas páginas se preferirá alguna de aquellas tres expresiones, aunque en razón de su amplitud la primera acepción de estado (i) abarca la segunda (ii), con la cual guarda una relación de género y especie.

La distinción entre (i) y (ii) permite aventar confusiones frecuentes en discusiones acerca de la presunta o postulada *desaparición del estado* –discusiones por cierto abundantes en nuestros días–. Muchas veces los desacuerdos estriban simplemente en que quien niega esta desaparición se refiere a una cosa (estado en sentido [i]) y quien la afirma se refiere a otra distinta (estado en sentido [ii])¹⁶. Ciertamente quien esto escribe niega, por razones que se irán evidenciando con el correr de las páginas, la desaparición, presente o futura, del estado en sentido (i) – sin que ello implique abrir juicio sobre la posibilidad de la completa desaparición en el futuro de la forma política que conocemos como “estado nacional” (estado en sentido [ii]). Ya que, si la globalización finiquitará la existencia de los países tal como los conocemos; si nos dirigimos hacia un “estado mundial”; o si, en fin, el derecho internacional y el derecho de la integración acabarán definitivamente con las soberanías nacionales: ninguna de estas preocupaciones es especialmente relevante en conexión con este estudio académico, aun cuando involucren materias de interés e importancia.

Más importante que la distinción lógica (relación género-especie) señalada precedentemente es la diferencia material que existe entre la realidad signficada por las dos primeras acepciones examinadas y otra realidad que, sin embargo, quizá por sus también parciales similitudes, es llamada igualmente *estado*. Se trata del conjunto de personas, órganos e instituciones investidos de autoridad pública para la consecu-

está extinguiendo ante nuestros ojos; sería, pues, engañoso extender el vocablo Estado para nombrar otras realidades enteramente distintas como –se dice– la *polis* griega, la república romana, las ciudades y reinos medievales, etc.” (Medrano, 59).

¹⁶ “¿A qué se alude, entonces cuando se habla de la ‘crisis del Estado’? Por cierto, *no siempre a la misma cosa*. Por lo pronto, la generalidad se refiere al ‘Estado moderno’ (estado [ii]), es decir, a una acepción restringida; al proceder así no se descarta, desde luego, el surgimiento y subsistencia de otros ‘tipos históricos fundamentales de Estado’, es decir, de otras clases de ‘Estados’ –en el sentido amplio del término– distintos del «Estado moderno»”. Medrano, 60, énfasis agregado. Sobre la idea de “acepción restringida de estado” (cfr. supra nota 15).

ción del bien común de la sociedad política y dotados de la competencia de crear normas. En este sentido (iii), estado es sinónimo de “gobierno”: el gobierno de la comunidad política, es decir, el gobierno del estado en el sentido (i). Este significado dice especial relación con el estado como “sujeto de derecho” o “persona jurídica”¹⁷ con capacidad de “representar”¹⁸ al grupo (i) tanto en la esfera interna, verbigracia, ante los tribunales –como cuando se dice: “El Estado argentino demandó a tal empresa ante los tribunales”– cuanto en sede internacional –como cuando se dice: “El Estado argentino se comprometió a cumplir tal tratado internacional”–. Es el *Estado* con mayúscula, como sujeto de derechos y obligaciones¹⁹.

¹⁷ Ni el estado ni ningún otro grupo humano es, estrictamente hablando, persona ya que un grupo no es, por definición, una *substancia individual* de naturaleza racional (Boecio). Sin embargo, en el discurso jurídico se habla de “personalidad jurídica” para aludir a la adscripción legal de derechos y obligaciones en cabeza de ciertas realidades que adquieren así el carácter de sujetos de derecho. En este sentido, ejemplificado en el texto que acompaña esta nota, el Estado (iii) (gobierno) es “persona jurídica”. Por otra parte, en el discurso filosófico se puede hablar de “personalidad moral” para aludir a la existencia de un grupo –con independencia de que la ley le adscriba derechos y obligaciones. Decir que tal grupo –vgr. el estado (i)– es “persona moral” es aceptable como modo de expresar la realidad de que el grupo tiene una actuación y una responsabilidad moral propias, irreducibles a la actuación y responsabilidad de los individuos que lo componen, que hacen del grupo algo parecido a un sujeto agente. Finnis pone el siguiente ejemplo, muy apropiado para el contexto político (teórico) en que se inserta el tema de la personalidad de los grupos: “Es correcto afirmar que mantener un mecanismo de disuasión nuclear es un acto del estado-nación que lo lleva a cabo: el acto de amenazar seriamente con la imposición de destrucción nuclear a modo de represalia contra un potencial estado-nación adversario” –aun cuando “[n]o todos los miembros del grupo participan en el acto y algunos no tienen responsabilidad moral por él”–. Finnis (1989), 272. En suma, recalco que la personalidad (jurídica y moral) de los grupos es tan sólo una metáfora para expresar la realidad de la acción social de las únicas verdaderas personas: los miembros del grupo, fuera de los cuales éste no tiene existencia alguna. Véase, Finnis (1989), *pássim*. Una “Nota” reciente en la *Harvard Law Review* acierta al destacar que la personalidad jurídica es una metáfora; yerra, en cambio, al afirmar que las sociedades comerciales (*corporations*) y demás personas jurídicas son “entidades no-humanas”, ya que son, precisamente asociaciones... entre hombres. Nota, 1747 y 1752.

¹⁸ No se hace referencia aquí a la representación política –cuya existencia misma ha sido objeto de tanto debate– sino a la capacidad de obligar.

¹⁹ Dado que quienes eligen la palabra “Estado” para significar lo referido aquí como (iii) usan generalmente mayúscula, escribiré “estado” con minúscula –para sig-

SANTIAGO LEGARRE

Este tercer sentido de estado resalta el rol de la *autoridad* en la comunidad política, a tal punto que a veces, como consecuencia de una simplificación o, más bien, un atajo, se incurre en un cierto subjetivismo –como cuando se dice: “La autoridad decidió tal cosa”²⁰–. En frases como ésta, por demás frecuentes, lo que se expresa de una manera abreviada es: “El gobierno (o, si se prefiere, el estado en sentido [iii]), investido de autoridad o en ejercicio de su autoridad, decidió tal cosa”. Cuando se trata a la autoridad como sujeto de acciones se traslada a dicho sujeto una determinada cualidad o calidad de sus actos –la autoridad– en virtud de la cual dichos actos son obligatorios para sus destinatarios. Por ello conviene reservar el término “autoridad” para la calidad referida y la palabra “gobierno” (del estado) para el sujeto que la detenta²¹.

También en relación con este tercer sentido (iii), se llama estado al “sector gobierno” y a la “administración pública”²², expresión esta

nificar, como ya se dijo, lo que en el texto se explica como (i)– con la finalidad de ajustar lo más posible el lenguaje y aventar posibles confusiones. No obstante, como es práctica habitual, si en el original dice “Estado”, respetaré la mayúscula independientemente de a qué sentido de “estado” se refiera el autor citado.

²⁰ Así, por ejemplo, la *Human Rights Act 1998*, del Reino Unido de Gran Bretaña, prescribe: “Es ilegítimo para una autoridad pública (*public authority*) actuar en cualquier forma incompatible con un derecho de la Convención (Europea de Derechos Humanos)” (sección 6[1]). En la sección 6(3) define “autoridad pública” como “cualquier persona cuyas funciones son de una naturaleza pública”. En sentido semejante, la Constitución Argentina al legislar sobre “acción de amparo” establece que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo [...] contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...” (art. 43). Sin dejar de incurrir en subjetivismo, son menos inapropiadas las expresiones “autoridades” o “autoridades gobernantes”, también de uso frecuente para connotar el gobierno que detenta la autoridad. Ejemplo: “Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República...” (art. 3º, Const. Arg.). Cfr. también el artículo 43 de la misma Constitución, parcialmente transcripto en esta misma nota.

²¹ De tal manera, por ejemplo, antes que: “La autoridad pública no puede entrometerse en las «acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero»”; conviene decir: “El estado y el gobierno carecen de autoridad para entrometerse en «las acciones privadas de los hombres que de ningún modo...»”

²² El gobierno es, en frase feliz de Finnis, *public managing structure* (“estructura

última en la cual por “administración” me refiero a la tarea de gobierno en general, tanto administrativa, cuanto legislativa y judicial, en los términos de la tradicional división tripartita de funciones.

Resulta claro, entonces, que lo político (lo estatal en sentido [i]), y más todavía lo público²³, es algo distinto del conjunto de órganos e instituciones al que se refiere esta acepción (iii)²⁴. Se trata, entre

administrativa pública”). A renglón seguido, en un giro no tan feliz y aparentemente contradictorio, el autor identifica esa estructura administrativa con el estado (“[u]na cosa es sostener, como requiere la razón, que la *ratio* de la comunidad política requiere que la estructura administrativa pública, el Estado [en el original se lee: ‘the state’, con minúscula], deba identificar [...] aquello que es verdaderamente valioso...”; loc. cit.). Según tuvo oportunidad de aclarar por correspondencia el autor citado, esto fue, “en el mejor de los casos, una concesión a modos corrientes de hablar en el derecho constitucional y penal de los Estados Unidos (como cuando se dice, por ej., “State vs. Smith”, en supuestos en que nosotros [léase, los abogados de países del *commonwealth*] decimos “The Queen vs. Smith”). Carta electrónica de J. Finnis, del 2-6-2001. Nótese, como descargo adicional a favor de Finnis, que en Gran Bretaña la Reina no integra el gobierno (por ello se habla de *The Queen and her government*) y, en ese sentido, su figura es un símbolo del estado (i) y de su continuidad ya que aquélla permanece mientras que los distintos gobiernos pasan. Por otra parte, me aventuro a conjeturar que la concesión terminológica aludida se haya debido al público al cual estaba destinado el trabajo citado, que es una versión académica de lo que originalmente fue un escrito presentado en un proceso judicial seguido en los Estados Unidos en el cual Finnis intervino como perito experto. Sobre la intervención de Finnis en este juicio, iniciado ante los tribunales del Estado de Colorado y culminado en la Corte Suprema de los Estados Unidos, cfr. George (1995-96).

²³ Ya se ha insinuado que “público” y “político” no son exactamente lo mismo. Se ha sostenido que fue el cristianismo quien posibilitó la afirmación de que la política no agota lo público y que, en razón de ello, la sociedad civil tiene, por así decirlo, sus propios fueros más allá (y más acá) de la actividad política. Por similares razones los principios de esa religión también estarían en la base histórica del principio de subsidiariedad. Cfr. Viola (1999), 32-33, quien concluye: “Por ello en la *polis* arisototélica no está presente la sociedad civil, mientras que sí lo está en las comunas medievales” (33).

²⁴ Esto lo ve con finura Viola: “es necesario distanciarse de la errónea identificación de la sociedad política y de la política con el Estado [...] es necesario distinguir bien la política como actividad institucional de la política como búsqueda del bien común de toda la sociedad”. Viola (1999), 30-31. Nótese, para evitar toda confusión, que Viola usa “Estado” para referirse a lo que aquí se llama gobierno del estado o estado en el tercer sentido (iii), ya que aparentemente sigue la terminología de Maritain, a la que se hará tangencial referencia infra (nota 49): “En realidad –como ha notado

SANTIAGO LEGARRE

otras cosas, de una realidad más amplia, ya que las personas que, miembros del estado (i), no integran sin embargo el gobierno por no ser funcionarios o empleados “públicos” (*rectius*: “gubernamentales”), también deben procurar el bien común de la asociación (i), con modos de responsabilidad diversos según sus tareas²⁵. Por plantear una analogía, la diferencia que hay entre estado (i) y gobierno es parecida a la que, en otro ámbito, existe entre una universidad y el rectorado que la dirige. La primera está integrada por alumnos, profesores, bienes materiales (edificios, libros, computadoras) e inmateriales (investigación, colaboración intelectual, amistad), todos ordenados a un bien común bajo la dirección y con la ayuda (*subsidium*) de un gobierno (el rectorado) y de normas apropiadas (los estatutos universitarios)²⁶. Como se ve *mutatis mutandis*, el gobierno –estado en sentido (iii)– es un elemento del estado y se relaciona con éste como la parte con el todo; lejos se halla, sin embargo, de agotar su esencia²⁷.

Jacques Maritain– el Estado es un aparato institucional al servicio de la sociedad política o cuerpo político. Es una estructura en función del bien común”. Viola (1999), 31, cita intermedia de *L'uomo e lo Stato*, de Maritain, omitida.

²⁵ Nuevamente Viola aporta lucidez: “...la empresa de la búsqueda y la determinación del bien común es y debe ser propia de todos los ciudadanos y no ya solamente de sus representantes políticos”. Viola (1999), 31.

²⁶ Debo el germen de este ejemplo al ingenio del profesor Alfonso Santiago (h), del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Austral. El profesor Santiago (h) ha formulado su propia semántica de lo que él llama “el sistema político”. Santiago (h), 73-83. Ambos coincidimos en la preocupación por prevenir equívocos: “Es frecuente la confusión, tanto en el lenguaje ordinario como científico, entre gobierno y Estado. Nosotros hemos procurado una clara distinción entre ambos términos” (76, n. 6). También me parece lograda su caracterización del estado como de “naturaleza accidental”, “carácter limitado” y “condición instrumental al servicio de la persona” (74). Señala a continuación certeramente que “el Estado representa la unidad política fundamental, la instancia institucional final, el escenario activo de la vida y del proceso político, el sujeto de la historia colectiva que, a través de sus diversas etapas, se va configurando” (74). Sin embargo, no parece atinada su caracterización del estado como “quien ejerce, con las debidas limitaciones, el poder soberano...” (75) Como ya se dijo (*supra* 3-4), el ejercicio de este título, tanto en el plano interno como en el internacional, no está inmediatamente en cabeza del estado –en el sentido (i), al que Santiago (h) viene haciendo referencia– sino del gobierno (estado en sentido [iii]).

²⁷ Como sostiene Medrano, “...el Estado es –primera y fundamentalmente– una

UN ANÁLISIS DE LOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO “ESTADO”

Se hizo referencia anteriormente a que lo político no agota lo público: además del bien común político –el bien común del estado– existen otros bienes comunes públicos –el bien común de la familia, iglesia(s), club, gremio–. Ya vimos que a veces se engloba a estas instituciones en la idea de “sociedad civil”, que sintetizaría el concepto de lo “público-no-estatal”. Pues bien, así como lo gubernamental, las estructuras estatales (iii), no agotan lo político (estatal [i]), *a fortiori* ese aparato burocrático tampoco agota lo público. La actuación del estado (i) mediante el gobierno (iii) para procurar el bien común político, tiene razón de ser en la medida en que se la concibe como una ayuda para las personas y comunidades que integran la sociedad política: ésta es la esencia de los principios del bien común y de subsidiariedad, cruciales para una adecuada justificación del estado²⁸.

Por ello, en expresiones como “sector público” hay que tener cuidado y definir a qué se está haciendo referencia. Muchas veces –por ejemplo, en el discurso de la macroeconomía– “sector público” es igual a “sector gobierno” (o “administración pública”). En estos casos, donde dice *público* debe leerse *gubernamental*. Pero, en virtud de lo explicado precedentemente, existe un sentido más amplio de sector público, que expresa mejor la realidad de la existencia de fenómenos sociales que no son gubernamentales, ni siquiera políticos –aun cuando exista interacción entre el gobierno y el estado–, por un lado, y dichos fenómenos, por otro. El sector público, así entendido, permite concebir la existencia de actores no gubernamentales (en este sentido –y sólo en este sentido– “privados”)²⁹ que se mueven por fines “públicos-no-políticos” (el bien de su propio grupo) y también (aunque más o menos

especie de sociedad o grupo social complejo, alguna de cuyas *partes* suele denominarse con la misma expresión que designa a la *totalidad* que integran...” (Medrano, 56, énfasis agregado).

²⁸ Como afirma Viola, “la función de la autoridad política no es fundamentalmente la de sustituir las iniciativas de la sociedad civil, paralizándolas, ni la de dirigirlas coactivamente desde arriba, sino la de sostenerlas, coordinarlas e integrarlas a la finalidad de la realización del bien común en todos sus aspectos relevantes. Éste es, dicho sea de paso, el sentido propio del principio de subsidiariedad”. Viola (1999), 32.

²⁹ De ahí que se hable de “privatizaciones” –aunque en realidad se está haciendo referencia a actividades públicas y, por tanto, hiperreguladas–.

SANTIAGO LEGARRE

inmediatamente, según el modo de responsabilidad que les quepa) por fines “públicos-políticos” (el bien común político).

Tal vez un ejemplo pueda ilustrar todo lo dicho hasta aquí³⁰. En la Argentina, el “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” (énfasis agregado), instituido por la Ley 23.187 del Congreso de la Nación, es (parte del sector) *público*. En efecto, cumple funciones en miras del bien común de los abogados, el cual se articula, a su vez, con el bien común político, que exige alguna razonable reglamentación de la profesión legal. Por esta razón el gobierno, mediante la ley mencionada, le reconoce una personería especial, de derecho público, impone a los abogados la colegiación obligatoria y los somete *ope legis* a su autoridad y a sus normativas –autoridad y normativas que son “públicas-no-políticas”, al menos en la medida en que su razón de ser sea el bien de la asociación profesional³¹, y “públicas-políticas”, en la medida en que su razón de ser sea el bien del estado (i) en sí mismo³²-. Pero en ningún caso se tratará de una asociación, autoridad o normativa “gubernamentales”: el Colegio Público no integra el sector gobierno ni la administración pública; su objetivo inmediato no es la búsqueda del bien común político sino de un bien común sectorial; los “socios” eligen sus propias autoridades, y la institución se financia con recursos que no provienen de las arcas del gobierno³³. Como se dijo en el caso

³⁰ En la caracterización del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal he seguido, en sustancia aunque no siempre en la terminología, el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso “Ferrari c/Estado nacional” (*Fallos*: 308:987 [1986]) en el que, por decisión unánime, se sostuvo la constitucionalidad de la colegiación obligatoria. Este criterio fue ratificado por una Corte con composición parcialmente distinta en “Baca Castex c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” (*Fallos*: 323:1374 [2000]), con disidencia del juez Vázquez quien, a diferencia de los jueces que integraron la mayoría, hizo mérito de nuevas normas de desregulación que no existían al tiempo de la decisión *in re* “Ferrari”.

³¹ Cfr. “Ferrari” cit., voto de la mayoría, consid. 10: el Colegio ejerce una autoridad *pública*.

³² El bien del estado incluye los bienes de las personas y grupos que lo integran, por lo cual el desarrollo argumental del texto incurre en una cierta simplificación, por demás difícil de evitar.

³³ Por las razones enumeradas en el texto creo que el hecho de que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal haya sido instituido por una ley no echa a perder el ejemplo. Aunque quizás el caso sería más claro si se tratara de una norma

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Ferrari c/Estado Nacional*”, la actuación del Colegio Público de Abogados “hace innecesaria en este punto la injerencia estadual inmediata y directa y con ello una hipertrofia de la burocracia que puede llegar a ser el peor enemigo de la real autoridad del propio Estado”³⁴.

Las comillas en “socios” se deben a que, como acertadamente explica la Corte Suprema en “Ferrari”, los miembros del Colegio Público no son socios en sentido estricto, en cuanto no tienen opción de entrada y salida del Colegio en virtud de la obligatoriedad de la colegiación –aun cuando su condición de socio se parezca en otros aspectos a la de los miembros de una asociación³⁵–. Por ello, concluye la Corte, es un error plantear la colegiación obligatoria como una vulneración del derecho constitucional de (no) asociarse, ya que “el Colegio no es una asociación (art. 14, Const. Nac.) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado, y que éste por delegación, circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea...”³⁶ Esto es lo que Barra llama, con frase lograda, “delegación transestructural de cometidos”³⁷. En este contexto es fundamental, sin embargo, recordar que:

Las instituciones en las que recae la delegación tienen *su propio* bien común, respecto del cual no actúan por delegación estatal ni requieren de ella, aunque se hallen sujetas a las regulaciones estatales que procuran satisfacer el bien común del todo social;

- ii) dichas instituciones (o al menos muchas de ellas) preceden (no necesariamente en el tiempo sino en el plano moral) al estado –como lo indica el principio de subsidiariedad– y sería un error pensar que el derecho positivo puede ignorarlas sin pagar las

que delegara competencias estatales en una asociación preexistente, tanto en un supuesto como en otro estaríamos frente a un ente de naturaleza pública no estatal, un integrante de la sociedad civil antes que del gobierno político.

³⁴ “Ferrari” cit., consid. 6º del voto concurrente del juez Belluscio, con transcripción parcial de la disidencia de los ministros Sagarna y Casares en “Constantino Sogga y otros” (*Fallos*: 203:100, 125 [1945]).

³⁵ “Ferrari” cit., consid. 8º.

³⁶ “Ferrari” cit., consid. 11º.

³⁷ Barra, 246.

SANTIAGO LEGARRE

consecuencias. Esta pretensión ha signado desafortunadamente algunas formas *démodées* de positivismo jurídico –de la misma manera en que ciertos intentos *naïves* de iusnaturalismo incurrieron en la equivocación de negar lo obvio: que *de hecho* el estado puede barrer con instituciones preexistentes y prescindir de su normatividad moral³⁸–.

Esta normatividad moral difiere sustancialmente, dicho sea de paso, de las “conexiones fácticas” a las que se refiere el juez Petracchi en su voto concurrente en el caso que venimos analizando, cuando dice: “...no cabe que el Estado imponga la pertenencia a una asociación o grupo determinado, y tampoco debe elevar sin más al plano normativo las *conexiones fácticas* entre personas que, antes que del consenso, derivan de las estructuras coercitivas espontáneamente desarrolladas en el curso histórico de la sociedad” (del consid. 9º; énfasis agregado). Cierta razón tiene el magistrado Petracchi: de las meras conexiones fácticas no se siguen normas morales: *no ought from is* [el deber ser no puede derivarse del ser]. Pero la realidad cognoscible por el hombre excede las conexiones cuya constatación, sólo a título de bruto *factum*, se atrevería a aceptar buena parte del pensamiento ilustrado y positivista en su denuncia de la “falacia naturalista”³⁹. De manera pareja, sería un error negar la existencia misma de la normatividad moral con fundamento en una aproximación tan crítica a la realidad social que, al ver en todo fenómenos de poder y dominación, opaque las reales –aunque limitadas– dimensiones de la libertad del hombre. Antes bien, en

³⁸ En ambos casos se trata, seguramente, de una confusión de planos que la evolución del pensamiento y el diálogo científico pueden contribuir a superar. En este sentido debe destacarse la importancia del libro de Finnis, J. M., *Natural Law and Natural Rights*, como intento de acortar las distancias que separan al iusnaturalismo del positivismo. El libro, originalmente publicado en 1980, fue traducido al italiano en 1996 y al castellano en 2000 (las citas a lo largo de este trabajo remiten a la edición castellana). Tanto la *Introducción* a la edición italiana, a cargo del profesor F. Viola, como el *Estudio Preliminar* que acompaña la edición castellana, a cargo del traductor, el profesor Cristóbal Orrego, de la Universidad de Los Andes (Santiago de Chile), ilustran bien el impacto de la obra. Véase también la completa síntesis de la obra llevada a cabo por el profesor Rodolfo Vigo (cfr. *infra* Bibliografía).

³⁹ Sobre la “falacia de la falacia naturalista”, véase el libro de Massini Correas que lleva precisamente ese título (cfr. Bibliografía).

el conocimiento de esa realidad, con miras a actuar, la persona descubre directivas racionales –la “ley natural”, tal como la entendían los clásicos⁴⁰– que orientan su acción hacia su propia felicidad y la de sus congéneres. Y es precisamente gracias a estas normas que puede satisfacerse la razonable inquietud que recoge el mismo juez de que “resulten plausibles las iniciativas tendientes a otorgar a los miembros de aquélla (la sociedad) mayores oportunidades de consciente y racional participación y control en el ámbito de la formación de las decisiones que les interesan” (loc. cit.).

Concluida la explicación del ejemplo, conviene aclarar que lo que aquí se ha referido como (iii) engloba dos realidades parcialmente distintas: el gobierno –el rectorado, según la analogía propuesta páginas atrás– y los gobernantes –tal o cual rector. De manera pareja, se habla de *la* autoridad en general y de *tales* autoridades concretas– aunque esto merece la observación que se formulara supra⁴¹. Pues bien, el significado focal de gobierno (estado [iii]) es el primero de los dos: una realidad institucional y normativa antes que unas personas que hoy están y mañana quizás no. Tal vez se encuentre detrás de esta preferencia semántica la superioridad moral del gobierno de las leyes por sobre el gobierno de los hombres. Aunque, huelga decirlo, no existen instituciones ni normas sin personas que las encarnen.

He intentado desplegar, siquiera parcialmente, el panorama de significados de “estado”. De entre los que aquí cuentan los dos más importantes son, sin duda, el primero (i) y el tercero (iii). Como afirma

⁴⁰ Vale la pena aclarar que desafortunadamente la expresión “ley natural” ha devenido insoportablemente ambigua, acarreado por consiguiente una pléyade de confusiones dignas de la Torre de Babel. Para un ejemplo típico de diálogo de sordos, véase el reciente debate entre R. P. George, J. E. Fleming y J. W. Koterski, S. J., recogido en las páginas de la *Fordham Law Review* (Cfr. Bibliografía). Como dice allí George, “[l]os términos ‘ley natural’ y ‘positivismo legal’ no tienen un significado estable en el discurso legal, político y filosófico contemporáneo. Por ello, es incumbencia de los académicos que participan en discusiones en las que estos términos son usados el prestar cuidadosa atención a los diferentes significados que se les asignan por parte de distintos escritores o por un mismo escritor en contextos diferentes. El precio del descuido en relación a esto es el error y la confusión”. George (2001b), 2301.

⁴¹ Cf. supra 4.

SANTIAGO LEGARRE

John Finnis, ambos se encuentran enraizados en el lenguaje común⁴²; aunque tal vez en el lenguaje coloquial contemporáneo se tiende últimamente a usar “estado” más bien para significar gobierno estatal⁴³. En el discurso académico se aceptan y emplean los dos significados, a veces en una misma oración y sin advertencia alguna⁴⁴. Otro tanto ocurre en el vocabulario jurídico: en el derecho constitucional⁴⁵ y en

⁴² Finnis (1998), 220, n. 4: los sentidos opuestos en que se usa la palabra estado están igualmente enraizados en el lenguaje común. Si bien Finnis probablemente tiene en mente la lengua inglesa, como señala el *Oxford English Dictionary* (vol. XVI, 550, s. v. *state*) la palabra tiene o ha tenido en las lenguas romances la mayoría de los significados de los términos ingleses *state* y *estate*.

⁴³ Esta observación acerca del estado (iii) no solamente es válida para el español coloquial: otro tanto es cierto respecto de los países de habla inglesa, de Italia, etc. Sin embargo, la otra significación de estado (i) dista de haber devenido obsoleta. Así, por ejemplo, al definir *commonwealth*, la decimoquinta edición de la *Encyclopaedia Britannica* (1982) dice: “término empleado a menudo por escritores del siglo XVII, como Thomas Hobbes y John Locke, para denotar el concepto de *comunidad organizada*. Para ellos significaba casi lo mismo que *civitas* o *res publica* significaban para los romanos; o lo que ‘el estado’ significa en el siglo 20” (*Micropaedia*, s. v. *commonwealth*, énfasis agregado). Y al definir “el estado”, la *Macropaedia* de la misma *Encyclopaedia* dice prístinamente: “El ‘estado’, en cuanto el término se refiere a la organización política de la sociedad, es usado en dos maneras: una más general, significando el cuerpo total de personas que están organizadas políticamente y otra más específica, significando las instituciones de gobierno” (*Macropaedia*, s. v. *state, the*).

⁴⁴ El *Oxford English Dictionary* señala que, a veces, el significado de “estado” (*state*) depende de si la palabra se encuentra acompañada o no de un artículo: cuando se habla de “el estado” (*the state*) o “un estado” (*a state*), significaría lo que aquí se llama (i); cuando se usa sin artículo, lo que aquí se designa (iii), vgr: Secretario de Estado (*Secretary of State*); Departamento de Estado (*State Department* o *Department of State*). Si bien estos casos son claros, los otros numerosos ejemplos, tomados de textos fechados de 1582 en adelante, con los que el *O. E. D.* pretende ilustrar este señalamiento demuestran, antes bien, que no se trata de una regla firmemente establecida. Cf. *Oxford English Dictionary*, vol. XVI, 554, s. v. *state*, significado 32.

⁴⁵ La Constitución Argentina, por ejemplo, distingue claramente dos realidades que corresponden al primer y tercer significado de “estado”. Para referirse al estado (i) el texto de 1853 aludía a la “Confederación” u, ocasionalmente, a la “Nación” (merced a la reforma de 1860 todas las referencias a la Confederación fueron reemplazadas por Nación). Al gobierno (estado [iii]), en cambio, se lo llamaba simplemente “gobierno”, federal (*Título Primero*) o de provincia (*Título Segundo*), según el caso. Un ejemplo paradigmático en el que se acoge –acertadamente– la distinción entre Estado y gobierno es el art. 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la

el derecho internacional público⁴⁶, “estado” suele designar la sociedad política, jurídicamente organizada (*the people*)⁴⁷; aunque en ocasiones también se refiere al gobierno.

Ahora bien, es importante cuidar que las variaciones terminológicas y conceptuales existentes no arrastren el descuido de las realidades

forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución” (énfasis agregado). El art. 19, segunda parte, también deja claro que la Nación se refiere al estado (i) y no al gobierno al afirmar que: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. El gobierno no tiene “habitantes”; el estado (i), sí: la población es uno de sus elementos. Nótese, finalmente, que en unas pocas ocasiones la Constitución Argentina, en su redacción original, emplea la propia palabra “Estado”. Cfr., por ej., arts. 37, 67, incs. 2º y 12, 100 (según la numeración de 1853/60). Es particularmente interesante el art. 67, en cuanto establece que: “Corresponde al Congreso [...] 2º) Imponer contribuciones directas por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, la seguridad común y bien general del Estado lo exijan”. Resulta prístino que estos bienes atribuidos al “Estado” se refieren antes que al gobierno a la realidad social perdurable en función de la cual aquél existe. La reforma constitucional de 1994 incorporó más referencias al “Estado” (arts. 36, 38, 75, incs. 19 y 24) –siempre con mayúscula– y a la “Nación” (arts. 41, 75, incs. 2º, 19 y 30; 99, incs. 1º y 18; 100, 124), con significados variados, en ambos casos, según la norma de que se trate. Merece subrayarse la distinción entre “Estado” y “sociedad” que traza el art. 75, inc. 19, en el que implícitamente se recoge la idea –tan de moda actualmente– de “sociedad civil”. La norma se refiere a la sanción de leyes de organización de la educación “que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad...”

⁴⁶ Los documentos internacionales al referirse a los estados tampoco aluden principalmente a los gobiernos de los países sino a las comunidades políticas mismas que, mediante los actos de sus gobernantes, cooperan entre sí y contraen obligaciones recíprocas. Otro tanto puede predicarse de las referencias de las constituciones a los “Estados extranjeros” a efectos jurisdiccionales (cfr., por ej., el art. 116 *in fine* de la Const. Arg.).

⁴⁷ Los *Estados Unidos* de América son *estados* –equivalentes a nuestras provincias, a veces llamadas, no casualmente, estados provinciales– en tanto comunidades políticas federadas (*states, commonwealths, people...*). Fallos de la Corte Suprema de ese país de finales del siglo XX llegan al punto de emplear un lenguaje antropomórfico y personalista para caracterizar a los estados. Cfr. la síntesis de Suzanna Sherry en su artículo, de tono crítico, sugestivamente titulado *States are people too*: según la Corte, los estados tienen dignidad, sentimientos, estima, voluntad, autonomía, derechos. Sherry, 1126-1128. Este tipo de predicados también han sido atribuidos por el Tribunal a las sociedades comerciales (*corporations*). Cf. nota, 1754. Acerca de los límites de estas metáforas, cf. Finnis (2000b), 9-11.

SANTIAGO LEGARRE

que las palabras y los conceptos significan. Para evitarlo, conviene elegir qué significado se va a asignar a los términos clave e intentar mantenerse fiel a la elección realizada a lo largo del discurso científico. De lo contrario, la analogía cuando no la ambigüedad de la palabra “estado” puede sumergirnos en un mar de confusión que perjudica no sólo a la claridad discursiva sino también a la propia realidad social. En efecto, como fruto de confusiones conceptuales se ha facilitado, por ejemplo, la absorción –en la teoría y en la práctica– del estado (i) por el gobierno o la identificación de lo público con lo gubernamental o la afirmación de la sociedad política a expensas de la sociedad civil. La precisión terminológica –que no la obsesión por estipular el significado de todo lo que se dirá– puede facilitar el arribo a buen puerto en un tema que se presenta plagado de confusiones y malentendidos. Ésa es, al menos, la esperanza que anima este trabajo.

Menos importante, en cambio, aparenta ser la determinación de cuál de los significados de “estado” se privilegiará. Estando enraizados tanto el primero como el tercero en el lenguaje común pareciera que la máxima *De nominibus non est disputandum* debiera presidir la elección terminológica. Sin embargo, habida cuenta de que el tercer significado de estado es expresado igualmente –sino mejor– por el término “gobierno”, es mejor optar por la palabra “estado” para referirse al cuerpo social en su totalidad. Esta elección responde además a un motivo adicional que la dota de razonabilidad. Si se llama estado al gobierno se oscurece el hecho de que son algunas personas en concreto las que toman una serie de decisiones, revestidas de autoridad, que repercuten en la vida social. De esa manera, se deshumaniza la operación gubernamental y se facilita, tal vez –aunque no necesariamente–, el tránsito hacia concepciones autoritarias del rol del gobierno. Por ello, y sin desconocer la validez de otras opciones, resulta preferible el criterio de Bidart Campos⁴⁸ y Finnis⁴⁹, entre muchos otros, que

⁴⁸ “Usamos latamente la palabra *estado* para mencionar a la organización política constante y permanente, con cualquier forma histórica que haya tenido o tenga”. Bidart Campos (1997), 132.

⁴⁹ Al comenzar el Capítulo VII de su libro *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, titulado *The State: Its Elements and Purposes*, el profesor de Oxford dice diáfano: “*Civitas* y sinónimamente *communitas politica* o *communitas civilis*, en Aquino, pueden usualmente ser traducidos por ‘un estado’, ‘estados’ o ‘el estado’,

UN ANÁLISIS DE LOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO “ESTADO”

reservan la denominación estado para la sociedad política (i), mientras que al conjunto de personas e instituciones que la coordinan (iii) lo llaman gobierno.

Se podrían, entonces, recapitular las elecciones terminológicas y conceptuales propuestas diciendo que, en función de ellas, “estado” significa lo referido anteriormente como (i); para significar lo referido como (ii) se debe aludir al “estado moderno”, y para (iii) conviene usar la palabra “gobierno”. Debe entenderse, no obstante, que expresiones como, por ejemplo, “es competencia *del estado* ocuparse de la moral pública” o “*el estado* no está legitimado para invadir ciertos ámbitos de privacidad”, son equivalentes a: “es competencia *del gobierno* ocuparse de la moral pública” o “*el gobierno* no está legitimado para invadir ciertos ámbitos de privacidad”. Ello es así puesto que en estas frases cuando se dice “el estado” se quiere decir “el estado, mediante su gobierno y leyes”⁵⁰; y cuando se dice “el gobierno” se

pero nunca significar ‘el Estado’ (nótese la mayúscula, ausente en las anteriores referencias al estado) en cuanto gobierno, órganos de gobierno o sujeto de derecho público”. Finnis (1998), 219. En la página siguiente aclara: “Lo que a lo largo de este libro yo llamo el estado y Aquino la *civitas* o *societas/communitas civilis/politica* es llamado vgr. por Maritain el cuerpo político (*body politic*); lo que yo llamo gobierno y Aquino *princeps/principatus, praelatus/praelatio*, etc., Maritain llama el Estado, es decir, aquella parte del cuerpo político que se especializa en los intereses del todo...” (220, n. 4, con cita del libro de Maritain, Jacques, *Man and the State*, publicado en inglés en 1951). Dada la importancia del pensamiento de Finnis, sumada al hecho de que su obra me ha servido de punto de referencia cuando no de guía, juzgo oportuno formular una advertencia sobre alguna evolución que me parece haber encontrado en la terminología que emplea. Mientras que en su *Natural Law and Natural Rights* (publicado en 1980 y traducido al italiano en 1996, como ya fuera indicado) “estado” (*state*) significa, al menos en algunas ocasiones (vgr. 158, 160), “estado moderno” (es decir, estado en el sentido [ii]), en su libro más reciente *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (1998) estado (*state*) es siempre equivalente a comunidad política (o sea, estado en el sentido [i]). Cfr. Finnis (1998), 219; en el mismo sentido Finnis (1999), 613, 616, aunque nótese que en este último caso el traductor al español optó por “Estado”, cuando el original decía “*state*”. Véase también, Finnis (1989), 271, n. 9, donde para referirse al estado (ii) usa la expresión “estado moderno” –y no “estado” a secas como lo había hecho en *Natural Law and Natural Rights*–.

⁵⁰ Es sugerente, en línea con el desarrollo del texto, el título del capítulo VIII del libro de Finnis, *Aquinas*, aludido en la nota anterior: *The State: Its Government and Law*.

SANTIAGO LEGARRE

quiere decir “el gobierno del estado”, ya que, naturalmente, existen otros gobiernos con autoridad diversa: los gobiernos de las comunidades intermedias.

Ahora bien, ¿qué diferencia al estado de otros grupos sociales multifamiliares, como los clubes, los sindicatos, las universidades y los demás grupos intermedios constitutivos de lo que, como vimos, hoy se designa “sociedad civil”? Si bien no es posible desarrollar aquí una teoría social que responda el interrogante acabadamente, adhiero a quienes piensan que, dado que la sociedad (o asociación) es una *actividad* (de un grupo de personas), las sociedades (o asociaciones) se distinguen entre sí *por su finalidad*⁵¹. Por lo tanto, lo que distingue al estado es su carácter de unión de personas y grupos en miras a una determinada finalidad: el bien común político, un bien sin restricciones particulares –porque debe buscar incluir en armonía a todos los sectores– aunque se trate de un bien común limitado⁵². Este bien común es, como se ha dicho, “el horizonte comprensivo de la totalidad del bien humano”⁵³. Por ello, desde tiempos de Aristóteles, se reserva para la comunidad encargada de procurarlo el calificativo de *completa*⁵⁴, connotado, a su vez, por el adjetivo “política” (en expresiones como “comunidad política” o “bien común político”). El siguiente párrafo escrito por Finnis exprime más rasgos de esta nota característica del estado:

[Es una] asociación omnicomprensiva en la que se coordinarían las iniciativas y actividades de los individuos, de las familias y de la vasta red de asociaciones intermedias. El sentido de esta asociación omnicomprensiva sería asegurar el conjunto total de condiciones materiales y de otro tipo, incluyendo formas de colaboración, que tiendan a favorecer, facilitar, y fomentar que cada individuo haga realidad su desarrollo personal [...] Tal conjunto de condiciones incluye alguna co-

⁵¹ Finnis (1998), II.2-II.4; Viola (1999), 31 y ss.

⁵² Cfr. Finnis (1998), VII.2 y VII.6.

⁵³ Viola (1999), 31. Esta afirmación del carácter omnicomprensivo del bien común político es compatible con consideraciones más amplias e igualmente valiosas según las cuales también existe un bien común de la humanidad entera e incluso de todo el universo (cfr. Cardona, *pássim*).

⁵⁴ A partir del medioevo la expresión preferida es *communitas perfecta*, en la que “perfecta” es sinónimo de “completa”.

ordinación [...] de todos y cada uno de los planes de vida individuales y de todas y cada una de las formas de asociación. De manera que no hay ningún aspecto de los asuntos humanos que en cuanto tal esté fuera del ámbito de tal comunidad completa⁵⁵.

Estas palabras vuelven otra vez sobre la finalidad del estado, su razón de ser: el bien común político, un objetivo cuya plena consecución solamente está al alcance de la comunidad completa, aun cuando las personas y las comunidades *menores* también puedan y deban contribuir a su realización. La procura eficaz de dicho objetivo requiere un gobierno y leyes coactivas que pongan término, de una manera razonable, a los complejos problemas de coordinación que se plantean en el seno de la comunidad⁵⁶. Sólo así puede asegurarse el conjunto de condiciones materiales y morales que componen el bien común político⁵⁷. Es *com-*

⁵⁵ Finnis (2000a), 177; en sentido concorde, Viola (2001) sostiene que la comunidad política es completa "en cuanto ningún aspecto importante o esencial de las cosas humanas queda fuera de ella" (41), y "en cuanto portadora de todas las exigencias sociales necesarias para el pleno desarrollo humano" (43). El profesor siciliano subraya que se refiere a las exigencias *sociales* pues sólo respecto de ellas la comunidad política puede reputarse completa (ídem, 49, notas 5 y 9).

⁵⁶ Contra ciertas formas de positivismo jurídico, la idea de la existencia de una instancia final unificada de decisiones razonables tiene una precedencia moral –y por tanto una importancia mayor– respecto de la existencia de sanciones y coacción. Éstas son verdaderamente necesarias y adquieren sentido pleno solamente en virtud de la necesidad de coordinación razonable subrayada por la primera idea. Esto ha sido reconocido también por autores como J. Raz, que se consideran a sí mismos positivistas. Para enfatizar la idea se vale de una hipótesis de una sociedad de ángeles, en la cual por definición no harían falta sanciones y en la que, sin embargo, haría falta derecho, esto es, una instancia final de decisiones revestidas de autoridad (*authoritative*). Raz, 183-187. Apoyado en Tomás de Aquino, Finnis llega a la misma conclusión que Raz al imaginarse una hipotética sociedad de santos. Finnis (1998), 248, 256, 265, 269.

⁵⁷ El bien común es una realidad compleja o, más precisamente, plena de matices y, por tanto, difícil de entender. De más está decir que aquí no se pretende desarrollar una teoría completa acerca del bien común. Viola, al abordar este tema con mayor profundidad, sugiere que el bien común está compuesto de: i) bienes instrumentales, a saber, condiciones de tipo diverso que ayudan –¡una vez más el principio de subsidiariedad!– a cada miembro de la sociedad política a llevar a cabo *su propio* plan de vida, y ii) bienes intrínsecos, como la solidaridad y la cooperación, que implican la realización de actividades conjuntas, que no pueden llevarse a cabo sin el concurso de varias personas. Estos últimos bienes serían intrínsecos porque solamente se los puede acometer y disfrutar en compañía y gracias a un esfuerzo conjunto. Viola

SANTIAGO LEGARRE

pleta, entonces, la comunidad dotada de gobierno y leyes de esas características; las otras comunidades, subordinadas al orden impuesto por las autoridades de la comunidad completa son, como consecuencia de, y con relación a, esa definición, *intermedias*.

Viola ofrece una explicación que complementa y enriquece la expuesta precedentemente:

En razón del particularismo de la vida social se justifica la razón de ser de la sociedad política, que tiene una función arquitectónica. Es necesario, en efecto, reconducir las iniciativas de los individuos y de los grupos a una cierta unidad; de otro manera se desperdigarían en mil riachuelos, se obstaculizarían entre ellas y se correría el riesgo de la absolutización de lo particular⁵⁸.

Como es sabido, Aristóteles concluyó que la *polis* griega era la forma paradigmática de comunidad completa y autosuficiente para asegurar el bien omnicomprendido de sus miembros. Podemos inferir de esta conclusión que la forma de comunidad que en cada época tenga pretensiones de ser completa se queda con la denominación “estado”, “comunidad política” o “cuerpo político”⁵⁹. Pues aunque dicha forma –como ocurre con el estado contemporáneo– no se ajuste a las descripciones aristotélicas de las formas paradigmáticas de *polis*, de todas maneras reclama para sí la función omnicomprendida que el filósofo atribuía a la ciudad-estado griega⁶⁰.

(1999), 36-37; 40-41. Concluye este autor que “se trata de bienes que perderían su significado intrínseco si no fueran producto y fruto de una acción común” (41). Comp. Finnis (1998), VII.5, especialmente, 238-239 y VII.7, esp. 247, para quien el bien común político es de carácter instrumental: no es un bien en sí, sino un bien al servicio de otros bienes básicos. Esta afirmación solamente podría admitir un matiz en lo que hace a un aspecto del bien común: la restauración de la justicia a través de sanciones irreparables impuestas por el gobierno del estado. Sólo este aspecto del bien común podría considerarse, según Finnis, de carácter básico, no instrumental (247-252).

⁵⁸ Viola (1999), 32.

⁵⁹ *The body politic*: así se designa a veces en el mundo anglosajón lo que en este trabajo se llama estado. Cfr., por ej., las referencias de Finnis (1998), 220, n. 4.

⁶⁰ El texto al que corresponde esta nota es una paráfrasis significativamente modificada de parte del segundo párrafo de la p. 177 de Finnis (2000a).

Bibliografía

- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica* (Club de Lectores, Buenos Aires, 1949; edición de I. Quiles, S. J.).
- BARRA, R. C., *Principios de Derecho Administrativo* (Ábaco, Buenos Aires, 1980).
- BERGER, P. L. y NEUHAUS, R. J., *To Empower People. From State to Civil Society* (2ª ed., a cargo de M. Novak, AEI Press, Washington D. C., 1996).
- BIDART CAMPOS, G. J., *Lecciones elementales de política* (5ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1997).
- CARDONA, C., *La metafísica del bien común* (Rialp, Madrid, 1966).
- DONATI, P., *Teoria relazionale della società* (FrancoAngeli, Milano, 1998; primera edición: 1991).
- *Per una nuova società civile in Italia: scenari e programmi*, en GARELLI, F. y SIMONE, M. (a cura di), *Quale società civile per l'Italia di domani? Atti della 43ª Settimana Sociale dei Cattolici Italiani* (il Mulino, Bologna, 2000).
- *La giustizia e la società civile nell'era della globalizzazione*, en AA.VV., *Epistemología de las Ciencias Sociales. La Justicia* (CIAFIC, Buenos Aires, 2002).
- *Encyclopaedia Britannica: Micropaedia et Macropaedia* (15ª ed., USA, 1982).
- FINNIS, J. M., *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press, Oxford-New York, 1980).
- *Legge naturale e diritti naturali* (G. Giappichelli, Torino, 1996; a cura di F. Viola; trad. de *Natural Law and Natural Rights*, a cargo de Fulvio Di Blasi).
- *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford University Press, Oxford-New York, 1998).
- *Ley natural y derechos naturales* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000a; trad. de *Natural Law and Natural Rights*, a cargo de Cristóbal Orrego S.).
- *Persons and their Associations* [1989] (Suppl. vol. LXIII, *Proceedings of the Aristotelian Society* 267).
- *Law, Morality, and “Sexual Orientation”* (69 *Notre Dame Law Review* 1049) (1994).
- *The Priority of Persons*, en HORDER, J. (editor), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series* (Oxford University Press, Oxford-New York, 2000b).

SANTIAGO LEGARRE

- FLEMING, J. E., *Fidelity to Natural Law and Natural Rights in Constitutional Interpretation* (69 *Fordham Law Review* 2285) (2001).
- GARELLI, S. y SIMONE, M. (a cura di), *Quale società civile per l'Italia di domani? Atti della 43ª Settimana Sociale dei Cattolici Italiani* (il Mulino, Bologna, 2000).
- GEORGE, R. P., *Making Men Moral: Civic Liberties and Public Morality* (Clarendon Press, Oxford-New York, 1993).
- “Shameless Acts” Revisited: Some Questions for Martha Nussbaum (9 *Academic Questions* 1) (1995-96).
- *Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review* (69 *Fordham Law Review* 2269) (2001a).
- *The Natural Law Due Process Philosophy* (69 *Fordham Law Review* 2301) (2001b).
- KOTERSKI, J. W., S. J., *Response to Robert P. George, Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review* (69 *Fordham Law Review* 2297) (2001).
- MASSINI CORREAS, C. I., *La falacia de la falacia naturalista* (Edium, Mendoza, 1995).
- MEDRANO, J. M., *La crisis del Estado* (Año 2, *Revista Colección*, Buenos Aires, 1995).
- Nota, *What we talk about when we talk about persons: the language of a legal fiction* (114 *Harvard Law Review* 1745) (2001).
- Oxford English Dictionary* (Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1989).
- RAZ, J., *Razón práctica y normas* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; trad. de *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Princeton University Press, 1990, a cargo de J. R. Manero, 1ª ed., Hutchinson, London, 1975).
- SANTIAGO (h), Alfonso, *La Corte Suprema y el poder político. Función política y posibles modelos institucionales* (Ábaco, Buenos Aires, 1998).
- SHERRY, S., *States are People Too* (75 *Notre Dame Law Review* 1121) (2000).
- VIGO, R. L., *La teoría jurídica de John Finnis*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nº 20 (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000).
- VIOLA, F., *Società civile e società politica: tra cooperazione e conflitto* (1999 *Nova et Vetera* ed. it. 1, 3-4).
- *La crisi della politica come comunità di vita* (2001 *Dialoghi* 1).
- YACOBUCCI, G. J., *La Sociedad, el Estado y el Derecho* (vol. XVIII, Nº 1-2, *Estudios Paraguayos* 307) (1990-1995).

DEONTOLOGÍA JURÍDICA

por ANDRÉS OLLERO TASSARA¹

“Siempre queda la independencia interna y sentida. Ésta se alimenta, a diario, en una viva preocupación por el respeto de los derechos humanos y un decidido rechazo de sus violaciones”.

L. PORTERO GARCÍA

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, asesinado por la banda terrorista ETA, en su Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, el 30 de octubre de 1991, sobre *La independencia en la Justicia como principio y como realidad*, página 35.

¿Qué pueden tener en común deontología jurídica y derechos humanos? Pocas dudas ofrece que entre las exigencias de la primera –sea cual sea la profesión que como jurista se ejerza– se incluirá siempre el más escrupuloso respeto de los segundos; pero semejante obviedad no justificaría suficientemente el emparejamiento.

Podría acudir a otro paralelismo superficial: si se pregunta hoy por el interés que la deontología jurídica merece –e, incluso, si sería tal como para remediar su escasa o nula presencia como disciplina

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

autónoma en Planes de Estudios de la Licenciatura²– la respuesta afirmativa podría resultar tan unánime como si se formulara similar interrogante en relación a los derechos humanos. Es cierto que –aun partiendo de tan previsible unanimidad– a la hora de establecer de modo concreto qué exigencias deontológicas serían de obligado cumplimiento, los resultados acabarían siendo de lo más variado. Tampoco faltan, sin embargo, similitudes sobre el particular en lo que a los derechos humanos respecta; sin perjuicio de que –afortunadamente– su actual nivel de positivación en buen número de ordenamientos jurídicos mejore en este caso notablemente la situación. De esa realidad da también indirectamente fe la presencia más consolidada y creciente de su estudio en los “currícula” de la carrera de Derecho.

En todo caso, donde –a mi juicio– se hace más estrecha la conexión entre deontología jurídica y derechos humanos es en su acrobática ubicación, que bordea la afilada rasante entre moral y derecho; problema filosófico-jurídico donde los haya. La deontología jurídica, ¿encierra un conjunto de exigencias morales que desbordarían los imperativos jurídicos? ¿Son realmente “jurídicos” los derechos humanos, aun antes de que una ley positiva asuma sus exigencias?³ ¿Por qué llamaríamos, pues, *deontología jurídica* a lo que más bien habría que catalogar como deontología “metajurídica”? ¿Son concebibles, pues, *derechos* no propiamente jurídicos –“morales” quizá...– a fuer de prelegales? En resumen –pregunta filosófico-jurídica por excelencia–, ¿nos disponemos a abordar auténticos problemas jurídicos o sólo a difundir una relajante música celestial?

Términos no poco enredosos se nos irán acumulando. La reiterada alusión a la *ética*, por ejemplo, no debe llevarnos a enmascarar el

² Si me guardan el secreto, les comentaré que –quizá como consecuencia de ello– cuando no hace mucho en un Colegio de Abogados español se necesitaron carpetas impresas con dicho rótulo, se acabaron encargando –interpolación mediante– unos sugestivos cartapacios destinados a “odontología jurídica”.

³ De ello nos hemos ocupado en nuestros trabajos, *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía* y *Para una teoría “jurídica” de los derechos humanos*, incluidos en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Hay versión francesa e italiana de ellos y de otros de temática afín: *Droit “positif” et droits de l’homme*, Bordeaux, Éditions Bière, 1997, y *Diritto “positivo” e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 1998.

diverso objetivo y alcance –si no, incluso, fundamento- de instancias que, exhibiendo similar raigambre ética, proponen exigencias tan distintas como las morales y las jurídicas. En concreto: cuando hablamos de deontología jurídica ¿pretendemos establecer imperiosamente un modelo de jurista o nos limitamos a exhortar a muy diversos profesionales a que se conviertan altruistamente en juristas modelo?

La cuestión no es baladí. En el primer caso –desde una óptica más jurídica que moral- estaríamos fijando unos límites éticos por debajo de los cuales cualquier jurista se encontraría profesionalmente bajo mínimos. En el segundo proyectaríamos en el lejano horizonte la máxima perfección moral alcanzable en el ejercicio de una profesión jurídica. Más allá de uno y otro rubicón, al jurista sólo le quedaría verse sometido respectivamente a expediente sancionador o a proceso de canonización; no parece ser lo mismo...

De la ética –o, para más de uno, de “lo moral” en su sentido más amplio...– solemos hablar como de la fuente última de nuestras obligaciones. Se admite, sin duda, que hay deberes y deberes; no todos de similar alcance. Pero los jurídicos tienden, desde esta óptica, a plantearse como una mera variante específica de deberes –objeto de esa “Ética especial” presente en más de un tratado clásico...–, lo que los incluiría dentro de un más amplio corpus normativo regido por principios homogéneos. Ese radical fundamento común convertiría en accidental el peculiar impacto sancionador de lo jurídico. Por deontología jurídica habríamos de entender –desde esta perspectiva amplia- la suma de todas las exigencias éticas planteables a un jurista con ocasión del ejercicio de su profesión; algo así como un mapa de todos sus imaginables problemas de conciencia.

La perspectiva jurídica se decanta por el contrario con más nitidez si, más que de ética, hablamos derechamente de *moral*. Por más que el avasallador léxico anglosajón nos vaya complicando la vida, el jurista cuando oye hablar de moral piensa inevitablemente en algo que no es (al menos, “aún”...) propiamente jurídico. Sería, como mucho, prejurídico; cuando, precisamente por no ser derecho, se nos propone que debería serlo. No se trataría –*lege lata*– de derecho propiamente dicho sino –*lege ferenda*– de mera propuesta de tal. Si la enmarcáramos así, una deontología jurídica en sentido estricto, debería concebirse –más

ANDRÉS OLLERO TASSARA

acá de la moral— como un nuevo capítulo del *Derecho Administrativo, Parte Especial*, preocupado de analizar y sistematizar los códigos éticos en vigor en las diversas profesiones jurídicas. No estaríamos ya, sin duda, hablando de lo mismo...

¿De qué obligaciones habríamos de tratar, pues, a la hora de proponer una deontología para juristas? Mi propuesta sería que hablásemos de las unas y de las otras, pero sin olvidarnos de recordar sus oportunas diferencias. La Constitución española (art. 117,1 *in fine*) marca, por ejemplo, con nitidez un modelo de jueces profesionales: “sometidos únicamente al imperio de la ley”. ¿Se verá, por ello, un juez modelo obligado a olvidar sus más profundas convicciones morales a la hora de ejercer su profesión? Hablar de una deontología profesional que obligara a contravenir las propias convicciones suena contradictorio. Plantear una deontología jurídica que pudiera empujar al juez a la insumisión frente a la ley nos introduciría en un ámbito pintoresco. Habremos, pues, de admitir que toda deontología profesional —como toda ética— incluye no sólo exigencias jurídicas sino también otras morales, capaces incluso de incitar al abandono de la propia profesión. Nadie sugeriría, por ejemplo, que la deontología profesional postule un modelo de Rey dispuesto, si fuera el caso, a negarse a rubricar una ley; sin perjuicio de que nadie regatee el título de Rey modelo al dispuesto a abdicar —siquiera por un día— antes que asumir un acto que repugne a sus más decisivas convicciones morales.

La relación entre derecho y moral, tan rica en matices, nos irá obligando a explorar nuevos vericuetos en este intento de delimitar de qué hablamos cuando de deontología profesional se trata.

Deontología jurídica y moral personal

Situados en la acepción más amplia de la deontología, queda fuera de duda que cualquier trabajo profesional no es sino un aspecto más de una biografía personal, que es lógico se vea presidida por principios morales unitarios y coherentes. Ni la doble verdad ni la doble moral pueden aspirar a convertirse en modelo de uso de razón o de ejercicio de la libre voluntad. Convertir el abandono de los propios principios

en postulado *profesional* primario puede prometer una ilimitada eficacia, pero halla difícil acomodo en el contorno ético propio de cualquier deontología.

Habría, pues, que descartar el refugio en una dimensión presuntamente neutra o técnica, que permitiera entender la invocación a lo profesional como aviso de que toda convicción moral queda de antemano aparcada. Lo lógico será, por el contrario, que para cualquier persona consciente de su dignidad el desempeño de su trabajo plantee problemas de conciencia, con no menos intensidad que se los pueda suscitar el desempeño de sus responsabilidades familiares o el destino de su tiempo libre.

La deontología jurídica, dentro de este más amplio contexto, podría someter a sus destinatarios a situaciones de riesgo con más frecuencia que las de otras profesiones. El problema de la “ley injusta” es –con Antígona oficiando de portavoz– uno de los más viejos tópicos morales de la historia. Si todo ciudadano –Antígona no era, que se sepa, jurista ni actuaba en condición de tal...– ha de reflexionar sobre cuándo el rechazable contenido de una ley invita en conciencia a negarle acatamiento, la cuestión se convierte en problema de particular significado para todo jurista, obligado por su profesión a entenderse, de un modo u otro, con la aplicación de las leyes.

La situación no es, sin embargo, única. Ni siquiera muy distinta a la de los que ejercen otras profesiones –sanitarias o informativas, por ejemplo– estrechamente vinculadas a la protección y respeto de derechos humanos básicos, como los relacionados con la vida o la intimidad personal.

El ejercicio de una profesión no es, sin embargo, una mera peripecia personal. A diferencia de cualquier aleatoria ocupación individual, una profesión implica siempre un trabajo realizado para otros y –de alguna manera– con o junto a otros. Ello no dejará de condicionar el tipo de respuesta que haya de ofrecerse ante situaciones como las señaladas.

Cualquier ciudadano podrá considerarse obligado por sus convicciones personales a adoptar ante determinada ley una actitud de *desobediencia civil*; llevándola incluso a la práctica en el sentido más estricto del término: de modo público y notorio, asumiendo las con-

ANDRÉS OLLERO TASSARA

secuencias sancionatorias que tal conducta lleve consigo⁴. Un juez al que se prohíbe en el ejercicio de su función rehusar un fallo, ni siquiera pretextando oscuridad o insuficiencia de la ley, menos aún podrá inaplicarla cuando es la nítida claridad de su contenido (para él éticamente repugnante) la que alimenta su perplejidad. Su desobediencia civil le habría de llevar más bien a renunciar a ejercer como tal; de modo drástico o provocando la puesta en práctica de los mecanismos disciplinarios oportunos. Como en tantos otros casos de colisión entre derecho y moral, la deontología en su sentido más amplio llevaría en este caso al profesional a convertirse decididamente en víctima de las sanciones derivadas de normas jurídicas que la desconocieran.

Apelar a una supuestamente deseable escisión entre exigencias éticas privadas y públicas, olvidando la existencia de la persona como indivisible sujeto común, conduciría a una falsa solución. Tomada en serio y vuelta por pasiva, tan curiosa esquizofrenia llevaría a justificar uno de los tópicos de uso más frecuente –y más ayunos de constatación empírica– en polémicas deontológicas habituales en las profesiones sanitarias. El posible recurso de un profesional de la sanidad pública a la objeción de conciencia –pieza clave de la tolerancia que toda ética pública incluye en una sociedad abierta y plural– a la hora de realizar determinada práctica, que no tendría luego inconveniente en llevar a cabo lucrativamente de forma privada.

Los problemas deontológicos no cabe, pues, resolverlos mediante la fuga a la doble moral, sino partiendo de una elemental cuestión: en el ejercicio profesional las exigencias éticas suelen ser, al menos, cuestión de dos.

Deontología jurídica y moral social

Si de lo que se nos habla es de *moral social* acecha de nuevo el peligro del equívoco. Las exigencias éticas pueden ser consideradas “sociales” por el objetivo y alcance de la conducta evaluada, pero también –asunto bien distinto...– por el sujeto del que emanan los criterios de evaluación.

⁴ Al respecto y sobre la relación con la objeción de conciencia FALCÓN Y TELLA, M. J., *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000, ps. 54, 76, y 170 y ss.

Cabe, en primer lugar, calificar de “sociales” todas las exigencias morales que, desde la perspectiva de nuestra concepción personal del bien, se nos dirigen respecto a las conductas que nos relacionan con los demás. Basta repasar someramente el decálogo, para comprobar que la inmensa mayoría de sus exigencias merecerían tal rótulo. Me consideraré personalmente obligado a comportarme en la vida social de un modo u otro, para no traicionar mis propias convicciones. Desde esta perspectiva particularmente amplia, cabría considerar como exigencias de mi moral social el posible recurso, ya apuntado, a la *objeción de conciencia*, relativa siempre a conductas a realizar para, junto o con otros.

Recordando la fórmula clásica que diversificaba las normas éticas según el objetivo que pretendían alcanzar, cabría de modo menos expansivo reservar el rótulo “moral social” para catalogar determinadas exigencias destinadas a configurar un modelo de sociedad donde la búsqueda del propio concepto de bien –considerado a la vez deseable para los otros– no tropiece con obstáculos de entidad. No se pretende, en este caso, sólo preservar un hueco excepcional en el que poder mantener a salvo la propia convicción, sino contribuir a conformar positivamente y dar vigencia a un código moral adecuado al modelo de sociedad que consideramos necesario para todos. La *desobediencia civil*, con su peculiar intensidad pública, cumpliría de modo arquetípico tal función. Mientras el objetor intenta sólo esquivar una práctica que considera éticamente repugnante, el insumiso apunta derechamente a un replanteamiento generalizado de la institución que la justificaba.

Aún más nos acercará a un concepto restrictivo de la deontología profesional la segunda acepción de “moral social”, inicialmente aludida. Nos referimos con ella a unas exigencias éticas que son “morales” en la medida en que no son –por el momento, o no habrán de ser nunca...– jurídicas. A la vez, no brotan sin embargo de modo exclusivo de mi peculiar concepción del bien o de los modelos de sociedad que pueda excluir, sino que surgen de los criterios éticos socialmente consolidados de hecho, gracias a la presencia pública de concepciones del bien potencialmente plurales.

El concepto de *persona* adquiere un peculiar significado cuando se lo contrasta, marcando clara distancia, con el de *rol* social. Sin duda mi conciencia personal no puede ser una cuando actúo yo y otra cuando

ANDRÉS OLLERO TASSARA

ejerzo de juez, porque al ejercer de juez soy yo mismo el que actúo; pero no es menos obvio que hay exigencias éticas que asumiré por el mero hecho de ser yo y otras que sólo habré de hacer propias en la medida en que asuma una función judicial.

No menos claro resulta que habré de ser yo mismo quien marque las primeras –sin perjuicio de que para ello haya libremente decidido hacer propios determinados códigos morales–, mientras las segundas acabarán dependiendo de todos los que contribuyen –de hecho o de derecho– a configurar uno u otro “rol”. Entre ellos yo mismo, como es lógico. Mi deontología profesional, en su sentido más amplio, no dejará de impulsarme a configurar en la moral positiva de la sociedad un modelo de mi profesión que promueva sus perfiles deseables, o al menos no les plantee insuperables obstáculos.

La deontología profesional, en todo caso, ha cambiado ahora de centro de gravedad. Ya no es una “Ética especial” personal, reguladora de uno de mis particulares ámbitos de conducta, sino que cobra una dimensión primordialmente relacional. Con ella entrarán en juego peculiares dimensiones éticas emparentadas con nociones como *responsabilidad* o *confianza*. Mi moral personal puede imponerme la exigencia ética de no defraudar a los demás, y en consecuencia rechazaré toda norma social que favorezca el fraude; pero, una vez integrado en un contexto profesional, difícilmente podré dar contenido concreto y coherente a todo ello si no es partiendo de cómo los demás esperan que yo me comporte. Las *expectativas* sociales se convertirán así en elemento decisivo.

Adentrados ya de lleno en el ámbito jurídico cabría, por ejemplo, plantear como mera exigencia deontológica la obligación de todo el que solventa una controversia de ajustar su fallo a los que precedentemente en casos similares haya emitido, aportando en caso contrario una justificación suficiente. Se trata de extremos que abordará por vías aparentemente más amplias el propio ordenamiento jurídico, a través de los mecanismos procesales de unificación de doctrina, o de una jurisprudencia constitucional tan dubitativa y poco consolidada como la española sobre igualdad en aplicación de la ley⁵; aunque, en este

⁵ Sobre el particular *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

segundo caso, su forzada restricción a las resoluciones de un mismo órgano judicial –o sección del mismo– apenas permita establecer diferencia significativa. Como consecuencia el derecho, lejos de dotar de particular vigor a exigencias deontológicas de especial calado, puede acabar devaluándolas al someterlas a ponderación con otros aspectos institucionales; como los suscitados en España por la siempre delicada relación entre el ámbito de juego del Tribunal Constitucional y el tradicional del Tribunal Supremo.

Aun así, surgirá un núcleo de nuevas exigencias éticas que dependen más de los otros que de uno mismo: son ellos los que nos adjudican o no una confianza, que nuestra respuesta personal no debe traicionar. Cobran cuerpo, como consecuencia, peculiares responsabilidades. Con frecuencia se ignora esta realidad, de la mano de la simplista escisión entre la moral privada y una ética pública que acabaría teniendo su único reflejo en la sanción jurídica; de modo particular, en la jurídico-penal.

Consecuencia de ello sería la proverbial falta de sensibilidad, entre quienes asumen funciones o cargos públicos, respecto a exigencias deontológicas (¿las tiene su profesión?) calificables como *responsabilidad política*. No hablamos ya de moral personal, porque pueden tener por objeto conductas sobre cuya inocencia su protagonista no abrigue la menor duda. Tampoco hablamos de derecho, porque éste no ha entrado aun en juego o acabará declarándose incompetente al respecto. Nos referimos a conductas que, al menos pasajera y empañan el ámbito de confianza que ha de acompañar a toda relación entre el hombre público y el ciudadano al que dice representar y servir⁶.

No muy distinta puede acabar siendo la situación en el ejercicio de otras profesiones, dada su dimensión pública. El mismo Derecho Privado se ha visto siempre llamado a albergar, como exigencia ética de indeclinable proyección jurídica, esa relación de mutua confianza plasmada en el rico e indeterminado concepto de la *buena fe*.

⁶ Al respecto, y con ocasión o excusa de la llamada guerra sucia en la lucha antiterrorista, nuestro trabajo, *Responsabilidades políticas y Razón de Estado*, en *La criminalidad organizada ante la justicia* (GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., dir.), Universidad, Sevilla, 1996, ps. 23-35.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

La situación fronteriza de la deontología profesional, entre moral y derecho, queda así particularmente de relieve. Con independencia de exigencias neta y directamente derivadas de nuestra concepción personal del bien, e incluso a falta de normas jurídicas que las recojan, nos consideraremos éticamente obligados a comportarnos como “se espera” que lo haga un profesional merecedor de la confianza de esos conciudadanos para los que se trabaja. Habremos igualmente de asumir unas pautas de comportamiento respetuosas con los derechos de las personas junto a o con las que se ejerce dicha labor.

Entra así en juego otro concepto no menos decididamente “social” que el de expectativa: el de *apariencia*. En más de un caso –como ya hemos visto en la esfera política– no bastará con que la conducta que realizamos sea éticamente intachable; será preciso además –puesto que nos hallamos de lleno en el ámbito de lo público– que no parezca lo contrario, ya que ello lesionaría esa confianza en nosotros depositada con eficacia no menor que si el fraude hubiera sido real. Antígona cede ahora el paso a la mujer del César. Por más que el concepto de lo “políticamente correcto” sea propenso a generar alergias (respecto a las que no me reconozco inmune), la deontología nos planteará exigencias éticas –vinculadas con lo “profesionalmente correcto” o con una “buena praxis”– decisivas para mantener la mutua confianza que el ejercicio de una profesión implícitamente exige.

Ejemplo arquetípico de lo dicho, en el ámbito de la deontología jurídica, sería el debate sobre la admisibilidad de la afiliación política o sindical de jueces y fiscales. Plantear el problema en términos de moral personal no tendría ningún sentido, ya que la adhesión de cualquiera de estos funcionarios a una u otra ideología se ve obviamente protegida por Constituciones como la española, que para defender su “libertad ideológica” garantiza incluso que nadie –tampoco un juez...– podrá “ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” (art. 16.1 y 2).

La dimensión social de la cuestión no se contenta, sin embargo, con la existencia de una independencia “subjetiva” del juez, que nos remitiría en última instancia al fuero de su conciencia, sino que exige una independencia –por aparente– “objetiva”. Ésta se vería empañada por la vinculación pública a opciones representativas de intereses par-

ciales, por legítimos que ellos pudieran ser⁷. Tal independencia objetiva no se la considera –Tribunal Europeo de Derecho Humanos incluido– como mera exigencia deontológica, sino que se plasma en normas jurídicas e incluso constitucionales (art. 127.1, CE).

No menos polémicas –aunque faltas por el momento en nuestro caso de una solución tan neta– serían las exigencias deontológicas aplicables a la relación con los medios de comunicación, como las suscitadas por la proliferación de los llamados *jueces* o fiscales *estrellas* o la configuración periodística de *procesos paralelos*. Tanto la apariencia de que el juez asume una dependencia –metalegal– de criterios o intereses dominantes en los medios, como la invalidación de las garantías personales vinculadas a restricciones informativas sobre el proceso, plantean exigencias deontológicas, que –dada la protección preferente de las libertades de expresión e información– no siempre lleguen a encontrar asiento jurídico suficiente.

Deontología y moral positiva

Esta significativa presencia de los otros, a la hora de delimitar las exigencias deontológicas que gravan a los profesionales que les prestan servicios, podría oscurecer un aspecto nada irrelevante de nuestro problema: el del fundamento capaz de atribuir auténtica dimensión ética a estas obligaciones.

Es bien conocida la “falacia naturalista” en que fácilmente se acaba incurriendo cuando de manera casi inconsciente se eleva a categoría ética lo que, sin más, “se hace” en la vida social; como si sólo por ello “debiera hacerse”. Baste recordar versiones simplistas de esa *realidad social* a la que la norma se aplica, utilizada como obligado criterio de interpretación jurídica, o alusiones a encuestas que – pese a limitarse a reflejar el comportamiento fáctico de los ciudadanos– parecen dar

⁷ Sobre el particular las contribuciones de F. Soto Nieto (*Deontología judicial. El preciado atributo de la independencia*), y J. Ma. Álvarez Cienfuegos (*Función de los jueces en la creación del derecho*) a la obra colectiva *La Universidad y las profesiones jurídicas. Deontología, función social y responsabilidad*, publicada en 1998 por el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, esp. ps. 163 y ss., y 209 y ss.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

por hecho que la valoración ética que cualitativamente merece tal conducta es idéntica a su reiteración cuantitativa.

Tal peligro aumentaría, tras habernos remitido a las expectativas de los ciudadanos. No faltará alguna sociedad en que todo ciudadano medianamente informado dé por hecho que nadie declarará a efectos fiscales sus ingresos más allá de lo que considere públicamente controlado; derivar de ahí una exigencia deontológica que obligara a los asesores fiscales a optimizar tal fraude no parecería muy razonable.

Las expectativas han de entenderse, pues, más como síntoma o referencia que como fundamento último de las exigencias deontológicas. Se da por hecho que lo que el ciudadano puede esperar ha de moverse dentro de un implícito marco ético, vinculado al respeto de los derechos de los demás y a la salvaguarda del “interés público”. Nos vemos así conducidos a otro aspecto clave de la siempre problemática relación entre derecho y moral.

*Si no basta que una conducta se vea masivamente repetida para que podamos considerarla como expresión de la moral positiva de una sociedad, ¿qué elemento justificaría el adecuado paso de la mera realidad fáctica a la exigencia ética? Las clásicas teorías de la costumbre como posible fuente del derecho apuntaban –con no poca circularidad– a cierta *opinio iuris* como factor decisivo de dicha transubstanciación: un mero uso social se convertiría en norma jurídica sólo cuando se detectara también que de hecho era realmente considerada como tal...*

Para que de la conducta social predominante pasemos a una moral positiva, en sentido estricto, habría de entrar también en juego una *opinio* –o sea, toda una concepción práctica de lo justo– que nos impide soslayar el eterno problema del fundamento de nuestras obligaciones éticas y jurídicas. De la mano de esta constatación nos veríamos conducidos a los más clásicos aspectos de la relación entre moral y derecho. ¿Existe un fundamento “natural” capaz de justificar determinadas exigencias deontológicas, lleguen éstas o no a cobrar rango jurídico? ¿Son todas ellas, por el contrario, fruto de códigos convencionales, escritos o no?

Si nos remitimos al ámbito de las profesiones sanitarias –en las que la doctrina y la práctica del control deontológico ha avanzado ya

de modo más intenso— queda fuera de toda duda que la elaboración de códigos éticos, o la formulación de protocolos indicativos de una buena praxis, no pretende tanto levantar acta de lo que masivamente se viene haciendo como establecer —ante una posible dispersión o multiplicidad de actitudes— lo que razonablemente deberá hacerse. Es obvio que, tras ello, late una determinada opción ética; sin perjuicio de que sus perfiles y su estabilidad acaben en la práctica viéndose también notablemente condicionados por las conductas fácticas.

Problema central en la relación entre moral y derecho ha venido siendo también la discutida fijación de la frontera entre una y otro. Pretender resolver tan ardua cuestión por la vía de remitir la moral a lo privado y lo jurídico a lo público rebosa candor, ya que lo único que se hace con ello es trasladar el problema: cómo resolver cuándo una conducta debe ser objeto de control ético público y cuándo puede privatizarse, de modo que cada cual se comporte al respecto como en conciencia considere más adecuado⁸.

Esta imaginativa solución —incluso una vez despejada tan peliaguda incógnita— acabaría diluyendo de paso toda deontología jurídica, que pasaría a ser: o mera exigencia moral personal, no susceptible de otro control que el de la propia conciencia, o plena exigencia jurídica, con un paradójico efecto reduplicativo. En realidad, quedaría una vez más de manifiesto que sólo tras emitir un comprometido juicio moral cabría establecer esa pacífica frontera entre una exigencia moral privada, llena de connotaciones axiológicas, y una exigencia jurídica, rebosante de aires presuntamente neutros y procedimentales.

Añádase a ello un nuevo aspecto, en el que está en juego el objetivo mismo de toda deontología profesional: la necesidad de hacer efectivas en el ejercicio social de una profesión determinadas exigencias éticas que desbordan —por su incidencia y por su posibilidad de verse sometidas a control— el ámbito de la mera moral personal, sin llegar a requerir necesariamente una plena positivación jurídica. La vieja idea positivista que trazaba una impermeable frontera entre derecho y moral aparece así como particularmente responsable de la escasa presencia

⁸ De ello nos hemos ocupado en *Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1996-1997 (XIII-XIV), ps. 509-530.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

actual (para bien o para mal; cada cual juzgará...) de la deontología jurídica. Por paradójico que resulte, el secreto de la existencia de ésta radica en que no es ni privada ni pública sino todo lo contrario, o más bien sería, por “social”, ambas cosas a la vez.

Partiendo de la perspectiva moral que caracterizaba a la deontología en su sentido más amplio, el problema consistiría en la necesidad de establecer (de la mano de una concepción práctica de lo justo) una doble frontera sucesiva, hasta deslindar tres campos: el de las exigencias éticas maximalistas destinadas a dar paso a una persona modelo, perfeccionada en el ejercicio de su profesión; el de las exigencias éticas capaces de preservar la confianza de los ciudadanos, mediante el respeto de sus justas expectativas sobre el desenvolvimiento de un razonable modelo profesional; el de las exigencias éticas que, por hallarse más directamente vinculadas a valores y derechos constitucionales, se verían llamadas a gozar de la protección de las normas jurídicas, o incluso de sanción penal.

La mentada apelación a la *opinio iuris* nos ayudaría ahora a entender en qué medida buena parte de las exigencias deontológicas más elementales cobran un inevitable aire prejurídico; no serían aún derechos, por no haber cobrado positivación jurídica, pero podrían recibirla en cualquier momento y convertirse en tales; sobre todo, si la imperiosa necesidad de su entrada en juego lo hiciera indispensable.

No ha dejado de apuntarse algún paralelismo entre la provocativa categoría de los llamados *derechos morales*, que desafía la muralla positivista derecho-moral, y unos *deberes morales*, que cobrarían protagonismo específico en el ámbito deontológico. Por paradójico que resulte, los mentados derechos morales no son menos sino más jurídicos que los otros, precisamente por merecer ser tildados de “morales”. Con ello se nos indica que no responden a políticas coyunturales apoyadas en razones de oportunidad o eficacia, sino que emanan de principios éticos de tan particular tonelaje como para merecer una garantía reduplicativa y reforzada.

Los deberes morales, propios de la deontología profesional, parecen aspirar también a encontrar una doble instancia protectora, pero justificada más bien por un doble propósito prudencial: contar con un

ámbito de decantación experimental de lo exigible, por una parte, y favorecer en lo posible una saludable mínima intervención jurídica, por otra.

Es bien conocido el relevante papel que en toda esta tarea se concede a los Colegios profesionales; figura que –anécdotas, con nombre y apellidos, al margen...– goza de reconocimiento específico en la Constitución española (art. 36). A la hora de justificar algunas de las consecuencias de tan elevado refrendo –colegiación obligatoria, entre otras...– el control deontológico tiende a aparecer, no sin algunos ribetes de voluntarismo, como argumento decisivo.

Parece claro que el papel de los Colegios nos es llevar al cielo de cabeza a todos sus forzados miembros. Sin perjuicio de las rituales invocaciones a los patronos/as de turno, más que disponerse a forjar un inmejorable profesional modelo, pretenden promocionar un modelo de profesional que respete mínimamente las expectativas depositadas por los ciudadanos en quienes desempeñan tal –siempre relevante– profesión. Lógicamente, conscientes de la inevitable escasez del profesional modelo, no dejarán de esgrimir cuando convenga sanciones disciplinarias para hacer factible tan laudable empeño.

Este intento de diseñar los adecuados perfiles de una buena práctica profesional deja traslucir la convicción de que no nos hallamos ante una cuestión meramente *técnica*, como si del mero visado de un proyecto se tratara. Nos acercamos, más bien, a una *praxis* rebotante de implícitas exigencias éticas. Entra así en juego aquella dimensión experimental que acompaña a este peculiar escalón entre lo moral y lo jurídico. Con frecuencia las exigencias emergerán al filo de problemas novedosos, cuya consideración deontológica presupone un cercano conocimiento de la materia éticamente evaluada. Los códigos éticos profesionales habrán de ir, más de una vez, por delante de la ley. No viene mal contar con este primario control de apariencia prejurídica, para evitar más de un destrozo por parte de un ordenamiento jurídico habitualmente poco propicio a la sutilidad.

Bastaría, para comprender que el legislador deje abierto un cierto ámbito de autorregulación, recordar la actitud del Tribunal Constitucional español ante los problemas suscitados hoy por la biotecnología. Tras tomarse generosos años para reflexionar sobre la cuestión acaba

ANDRÉS OLLERO TASSARA

sugiriendo, mirando de soslayo al propio legislador, que no se recarguen más aún sus ya prolijas tareas convirtiéndole en juez de novedosas *quaestiones disputatae*⁹. Se nos sugiere quizá que, sin perjuicio de que la Constitución siga siendo considerada nuestra norma jurídica primera, parecería más prudente que la sentencia de su tribunal por excelencia fuese por el contrario la última, y nunca demasiado apresurada.

Los códigos éticos se convertirán en campo experimental de la delicada operación a la que ya hemos hecho referencia: determinar qué exigencias éticas han de considerarse de obligado cumplimiento en la profesión. El previsible *pluralismo* de las convicciones morales de los colegiados no justifica, ni hace viable, ninguna fuga al *relativismo*. No se trata tampoco de dar vía libre a ninguna invasión colegial en la conciencia de los profesionales. Como ya vimos, las exigencias derivadas de cada moral personal encontrarían siempre como vía de emergencia el recurso a la objeción; de modo similar a lo que acontece frente a normas jurídicas hechas y dadas.

Los Colegios habrán, pues, de ser el escenario natural de un indispensable debate ético, cuyos resultados estarían destinados a lucir –en su momento y ocasión– los máximos galones jurídicos. Que realmente así sea parece asunto discutible. No sólo por una ya tópica queja: casi no se dan en España debates de tal tipo, de peculiar riqueza en países de su entorno; también porque una muy arraigada norma antideontológica (los trapos sucios se lavan en casa...) tiende a hacer de las suyas. Ello explica que, mientras todo lo relativo a aborto o eutanasia se convierte en las profesiones sanitarias en objeto de debate deontológico cotidiano, los “incentivos” (por no recurrir a términos penales...) dedicados por la industria a orientar el suministro de unos u otros fármacos soporten un silencio notablemente pesado (de pesadilla quizá...).

No es raro tampoco que junto a esta deseable salvaguarda de exi-

⁹ “No es función de este Tribunal establecer criterios o límites en punto a las determinaciones que, con apoyo en dicha directriz (la promoción de la ciencia), pueda establecer el legislador, máxime en una materia sometida a continua evolución y perfeccionamiento técnico” –STC 116/1999 de 17 de junio, F. 6 –“Boletín de Jurisprudencia Constitucional” (en adelante “BJC”) 1999 (219), p. 33. De todo ello nos hemos ocupado en *Bienes jurídicos o derechos: ilustración “in vitro”, en El siglo XXI y el razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba (Argentina), 2000, ps. 237-263.

gencias éticas, o la responsable garantía de expectativas ciudadanas, se acabe mezclando el intento de asegurar expectativas bien diversas –de los propios colegiados– con prioritaria relevancia económica. No hay duda de que la mera defensa de la competencia encierra en sí una dimensión ética; la Constitución española no deja de reconocer como derecho de los ciudadanos “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38). Pero, sin perjuicio de la remota obligación moral de obedecer cualquier norma legítima, y de la siempre prudente actitud de evitar sanciones disciplinarias, no toda conducta objeto de éstas podría, sólo por ello, considerarse deontológicamente rechazable¹⁰. Una cosa es que el papel de los Colegios profesionales resulte particularmente relevante en la determinación de las exigencias deontológicas a respetar por sus miembros y otra, bien distinta, que la deontología profesional se reduzca a la obediente observancia de todo y sólo lo que tales Colegios gusten establecer.

Junto a la ya comentada dimensión experimental, señalábamos también las posibles –aunque siempre arriesgadas– ventajas derivadas de un ámbito de autorregulación profesional. De nuevo lo público y lo privado dejan entrever ámbitos sociales fronterizos. Al reconocer, por ejemplo, a la familia un papel públicamente relevante se invita a evitar prudentemente una excesiva “juridización”, o “judicialización”, de sus conflictos; sin perjuicio de la obligada tutela de los delicados derechos en juego. La ya clásica reticencia ante posibles excesos de *paternalismo* por parte de los poderes públicos, empeñados en invadir ámbitos sociales –en supuesto y bienintencionado beneficio de los afectados– cobra aquí sentido. Sin duda se podrán resolver con más eficacia y humanidad los problemas del enfermo terminal con un adecuado despliegue de protocolos sobre tratamientos médicos paliativos que con una expeditiva e indiscriminada despenalización de la cooperación al suicidio...

¹⁰ De ello se ocupó oportunamente la STC 93/1992 de 11 de junio. F. 8 –“BJC” 1992 (135), p. 93– que distingue entre exigencias de relevancia deontológica, como el cumplimiento de los turnos de guardia por las oficinas de farmacia, y las resoluciones colegiales que aspiran a conseguir una relativa compensación económica entre los farmacéuticos, instándoles a cerrarlas durante determinados períodos. Los comentarios del Fiscal E. Torres-Dulce sobre el particular me han resultado particularmente instructivos.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

Deontología jurídica y derecho

No son pocos los problemas que han ido siendo esbozados, ni muy diversos a los que se plantean a propósito de los derechos humanos, siempre a caballo de la controvertida frontera entre derecho y moral.

Si las exigencias deontológicas son meramente “morales”, por qué no dejar su cumplimiento al buen hacer y entender de cada cual. Si los derechos humanos no son todavía jurídicos, en nombre de qué cabrá exigir que los reconozcan las leyes, si no es pretendiendo imponer a los demás opciones morales personales. Si las exigencias deontológicas –por ser de justicia– son en realidad jurídicas, cómo pueden los poderes públicos delegar su control y garantía en instituciones sociales, por dignas y prestigiosas que fueren. Quizá lo que ocurre es que los derechos humanos –con sus exigencias de justicia– son en realidad ya jurídicos, sin perjuicio de que –precisamente por ello– haya que dotarlos por vía constitucional y legislativa del máximo de positividad disponible. Si alguien tan poco iusnaturalista como Hart admitió que, por vía de hecho, no parece imaginable que subsista un ordenamiento sin un *mínimo de derecho natural*, obvio resulta que no sería más imaginable realidad jurídica alguna sin un *mínimo de positividad*.

El tantas veces citado Tribunal Constitucional español justifica la capacidad autorreguladora de los Colegios profesionales, no sólo por su relevancia pública –descartando toda identificación simplista entre *público* y *estatal*– sino también por la peculiar situación de “sujeción especial” que sus colegiados asumen. Ella justificaría tal “delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales”¹¹.

Esta perspectiva legal colorearía peculiarmente la dimensión más restrictiva de la deontología jurídica. Ello nos invita a repasar el mismo panorama hasta ahora sobrevolado, pero en sentido inverso. Antes, teniendo a la persona como punto de partida, hemos ido avanzando desde la moral personal a la social, hemos constatado su decantación como moral positiva, vinculada a una *opinión* –no a una “fuerza nor-

¹¹ STC 219/1989 de 21 de diciembre, F. 3 –“BJC” 1990 (105), p. 174–.

mativa de lo fáctico” – progresivamente juridizadora. Ahora partiremos de la legalidad constitucional para intentar remontarnos a las fuentes de las que en realidad se alimenta.

Una vez que, con rango constitucional, “se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales” (art. 26, CE), cabe excluir de la deontología profesional en sentido estricto cualquier tipo de exigencia sin respaldo jurídico. Lo que gravitaría sobre los profesionales no serían exigencias éticas meramente morales, sino propiamente jurídicas, por más que su fuente inmediata no hayan sido los poderes públicos sino las corporaciones –no menos “públicas”– en las que han delegado un amplio ámbito de autorregulación. En consecuencia, su régimen disciplinario queda sometido a ulterior control jurisdiccional, sin que se convierta en “cosa juzgada” en ámbito alguno ajeno a lo jurídico.

Parecería, pues, que la alusión a una deontología jurídica sería meramente tautológica, en la medida en que el jurista no se vería sometido a otras exigencias que las que gocen de respaldo jurídico. También la afirmación de que los derechos humanos sólo se convierten en propiamente jurídicos cuando se ven recogidos formalmente en una norma parece reducirlos a música celestial. No se habría producido realmente el decisivo paso desde entender que los derechos son tales en la medida en que los acaban recogiendo las leyes hasta entender que las leyes son tales en la medida en que respetan determinados derechos.

En ambos casos se nos condena a ser víctimas de un espejismo. Las leyes sólo nos dicen, en múltiples aspectos, qué exigencias derivan del respeto a los derechos en la medida en que se parte implícitamente de un concepto, tan prelegal como jurídico, de su contenido. La moral social positiva, como fuente de *opinio*, se convierte en inevitable clave interpretativa y auténtica frontera de lo jurídico. La *realidad social* que condiciona la aplicación de la *ley*, y garantiza que se convierte en *derecho vivo*, no es un mero dato sociológico, sino expresión práctica de una exigencia de justicia, que aflorará a través de conceptos indeterminados –pero no por ello menos jurídicos...– como la *buena fe*, lo *razonable*, lo *proporcional* y tantos otros.

La deontología jurídica deja ya de ser tan estricta, para dar entrada a elementos jurídicos en trance de positivación, presentes en las ex-

ANDRÉS OLLERO TASSARA

pectativas ciudadanas. Quien pondrá el marchamo formal será siempre un poder público o, previa y subordinadamente, la corporación en la que ha delegado, pero los contenidos jurídicos les vienen proporcionados, no sólo como materia prima para el Midas de turno, sino como exigencia jurídica que reclama adecuada positivación. La moral positiva fruto de propuestas de moral social, alimentadas por una pluralidad de morales personales, ayuda a emerger prelegalmente a lo jurídico.

Con los derechos humanos no ocurre nada muy diferente. El intento de remitir toda esta operación prelegal a la supralegalidad constitucional daría paso a un nuevo espejismo. La propia Constitución resulta “ilegible” sin una conceptualización práctica (no meramente teórica o literal) de sus valores y principios, donde no dejan de entrar en juego exigencias jurídicas que emergen de la moralidad positiva. El Tribunal Constitucional español no ha tenido inconveniente en reconocerlo así respecto a derechos -tan involucrados en la deontología jurídica- como los de honor o intimidad¹², cuyo contenido considera abierto a una dinámica de decantación social de lo jurídico. Definir qué es lo íntimo o lo deshonesto equivale a definir qué es jurídicamente exigible en tales ámbitos. En otros casos el reconocimiento no es tan explícito, pero la dinámica real no es en absoluto diversa. El intérprete lee el derecho menos en el texto que en el contexto -no fáctico sino ético- que lo hace legible.

Todos los elementos de la deontología jurídica en sentido más amplio confluyen en estas tareas de decantación, tanto de la moral positiva

¹² “Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico”; en esa determinación de su “núcleo esencial” juegan un papel escalonado el Poder Judicial y el propio tribunal, que han de abordar una “delimitación de los hechos y de sus efectos” -STC 171/1990 de 5 de noviembre, F. 4, “BJC”, 1990 (115), p. 133-, en lo que no es sino una auténtica labor de calificación jurídica. Ese carácter fronterizo entre moral positiva y derecho se pondrá también de manifiesto al dictaminar un órgano judicial si determinado artículo periodístico “traspasa las lindes marcadas por los usos sociales en relación con el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia” -STC 197/1991 de 17 de octubre, “BJC” 1991 (127), p. 94-, o a la hora de constatar que la filmación de la agonía del torero “Paquirri” incluía “imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido” -STC 231/1988 de 2 de diciembre, F. 6 “BJC” 1988 (92), p. 1583-.

plasmada en los códigos éticos, como de las claves interpretativas de su eventual revisión judicial. Lograr que las convencidas propuestas personales de moral social se conviertan de hecho en moral positiva; insuflar luego en ésta la *opinio iuris* indispensable para dotar a sus exigencias éticas de relevancia jurídica y de cobertura legal es tarea indispensable de quien no renunciando modestamente a llegar a poder ser considerado profesional modelo no está dispuesto a evadirse a la hora de conformar el modelo de su propia profesión.

Este continuo engarce –sin confusión identificadora– de derecho y moral nos sitúa en la entraña misma de la creación del derecho. Situados en ella pierden todo sentido viejos conflictos simplistas. Los iusnaturalistas clásicos que tachaban de *ley inicua* a la que se apartaba de la recta razón, no le regateaban el dudoso homenaje de reconocerla como “ley”. Lo que en realidad les importaba clarificar es que no había obligación moral alguna de cumplirla, o incluso la había de desobedecerla. Cuando el positivista radical postula que la norma jurídica “es justa por el solo hecho de ser válida”, o el positivista puritano sugiere que afirmar la validez jurídica de una norma no implica pronunciarse sobre su vinculación moral¹³ se adentra en un arriesgado escaqueo, si lo que sugiere es que la consideración moral que la norma merezca es jurídicamente irrelevante. Ross, a fuer de positivista, parece dejar sentado algo bien distinto con su vinculación entre validez jurídica y obediencia desinteresada¹⁴. Son quienes tienen motivos morales para

¹³ N. Bobbio considera, en efecto, la primera expresión como propia de “la teoría del positivismo jurídico, considerado en su expresión más radical” –*Contribución a la teoría del derecho* (ed. de A. Ruiz Miguel), Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 311–, mientras que el positivismo jurídico como teoría (y no como “ideología”) “no implica necesariamente una apreciación positiva de los datos tal y como han sido objetivamente revelados y representados: tiene una función principalmente descriptiva y sólo indirectamente prescriptiva” –*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 111. Críticas similares al “positivismo jurídico como ideología del derecho” en *Il positivismo giuridico*, Litografia Artigiana M. & S., Torino, 1979, ps. 265 y ss.

¹⁴ A. Ross registra que la validez de la norma jurídica para su destinatario se apoya en unos “impulsos inculcados en el medio social, que son vividos como un imperativo categórico que lo ‘obliga’, sin referencia a sus ‘intereses’ o incluso en conflicto directo con éstos”. El juez al aplicar la norma “está motivado primera y principalmente por impulsos desinteresados” y “jamás sería posible edificar un orden

ANDRÉS OLLERO TASSARA

obedecer al derecho, y no los policías ni los verdugos, quienes en realidad lo mantienen vivo; la labor de tan probos funcionarios acaba siendo más eficaz por su capacidad conformadora de la moralidad positiva de la sociedad que por su capacidad de exhibir fuerza física. Una ley formalmente válida pero falta de vigor social legitimador es un borrador de letra muerta. Unos derechos humanos cuyo contenido se remite al texto escrito, serán un cheque en blanco en manos del intérprete, si una moralidad positiva consolidada no le impide reescribirlo.

Ni en la deontología ni en los derechos humanos cabe remitirse a meras claves formales o procedimentales, si no queremos limitarnos a orquestar música celestial; como tiempo ha nos decía el poeta: “nuestros cantares no pueden ser sin pecado un adorno. Estamos tocando el fondo...”¹⁵

jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto hacia la ideología jurídica en vigor”. Similares mecanismos de obediencia reconoce en el “ciudadano ordinario”; lo que tiene como consecuencia que “la fuerza ejercida en nombre del derecho no es considerada como mera violencia”. Por más que pueda darse una discrepancia entre una “actitud ‘moral’ genuina” y esta obediencia formal, “hay un límite para la escisión posible entre las dos actitudes de la conciencia jurídica. Cuando este límite ha sido alcanzado, el respeto hacia el gobierno y el derecho queda sustituido por una conciencia revolucionaria” –*Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1977, ps. 54-56–.

¹⁵ CELAYA, G., *Cantos iberos*, 5ª ed., Turner, Madrid, 1977, p. 58.

LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LATINOAMÉRICA¹

por MAURICIO BEUCHOT

Introducción

Considero un honor ingresar a la Academia Mexicana de los Derechos Humanos. Agradezco muy de veras el que se me haya invitado a formar parte de ella. En este discurso de ingreso deseo hablar de cómo creo que debe plantearse la iusfilosofía de los derechos humanos desde América Latina. Asumo un filosofar no puramente abstracto, sino situado y contextualizado por el ámbito nuestro, latinoamericano; más concretamente, mexicano. Me preocupa estar en un país en el que hay toda una tarea que hacer para apoyar los derechos humanos, y evitar que sean violados. Que se puedan evitar arrestos injustificados, torturas, amenazas, etcétera. Tanto en el nivel individual como también en lo social, a saber, lograr que se respeten garantías individuales, derechos sociales y económicos, derechos grupales, étnicos, etcétera.

En vista de ello, hay dos cosas que siento la obligación de hacer, precisamente como filósofo mexicano. Una es mirar en retrospectiva hacia la historia del pensamiento en México, para aprender las lecciones que nos brinda nuestro pasado histórico, y recuperar lo que podríamos llamar toda una tradición de reflexión y defensa de los derechos hu-

¹ Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de los Derechos Humanos para la que fui elegido en febrero de 1999.

MAURICIO BEUCHOT

manos. Eso iluminará el presente. La otra es mirar desde el presente hacia el futuro. Así, no sólo veré cómo ha sido la defensa de los derechos humanos, sino cómo debe ser, y tendré que aportar mi grano de arena para ello. Lo cual no es poco.

Así pues, comenzaré con un breve recuento, necesariamente incompleto, de esa defensa de los derechos humanos en la historia de México, para obtener algunos paradigmas o modelos. Y después ofreceré mis propias reflexiones de cómo tiene que ser hoy en día, y hacia el futuro, esa defensa. Si hemos de hacer caso a H.-G. Gadamer, estamos siempre inmersos en tradiciones, las cuales tenemos que enriquecer, y a veces cambiar drásticamente². Como se verá, tenemos ya en México una gran tradición de dicha defensa, de la que podemos sentirnos orgullosos. No habrá que romperla ni destruirla, sino promoverla y mejorarla. Desde ella misma es como podremos enfrentarnos a esa otra tradición, nefasta, de violaciones. Frente a una línea, o cadena, de personajes que han luchado teórica y prácticamente a favor de los derechos humanos en México, ha habido otra cadena y otra línea, de hombres que los han violado y han promovido su violación. No es digna de hacerse esa otra historia, más que para evitarla, para no repetirla; por eso, la que vale es la que nos puede enseñar a frenar a esos que no parecen ser capaces de reconocer a sus semejantes como semejantes.

El decurso de la historia

Comienzo, pues, con el bosquejo de esa historia, de esa tradición de defensa de los derechos humanos en México en el ámbito filosófico, del pensamiento. Solamente serán algunos ejemplos paradigmáticos, pero los suficientes para hacernos ver esa tradición en la que se engarzan como un *continuum* de preocupación y compromiso con la dignidad del hombre.

Como sabemos, los derechos humanos tienen por antecesores los derechos naturales. Lo que no es tan sabido es que no fueron solamente

² Cf. GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1977, ps. 344 y ss.

los proclamados en el siglo XVIII, sino que son anteriores. Una connotada historiadora francesa de la filosofía del derecho, Blandine Barret-Kriegel, dice que no fue en la Revolución Francesa donde surgieron los derechos humanos, sino en las aulas de la Escuela de Salamanca, en el siglo XVI³. Y no fueron tanto determinados por la labor de Francisco de Vitoria o Domingo de Soto, grandes visionarios de los mismos, sino por la vehemente lucha que por ellos realizó Bartolomé de las Casas, que inspiró a todos esos maestros y aun los corrigió en varios puntos. Lo hizo, sobre todo y precisamente, cuando se puso a defender no sólo a los indios sino también a los negros, arrepentido de haber pedido que se trajeran para ayudar a los indígenas. Lo que él quería era salvar a los indios de la desaparición total, producto de la destrucción sistemática de que se les hacía objeto; pero se dio cuenta de que era un remedio tan atroz como la enfermedad que pretendía combatir, y dio marcha atrás. Así pudo escribir no solamente el célebre libro de la *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, que conmovió al mundo, sino además lo que el insigne lascasista Isacio Pérez Fernández, de Madrid, ha editado con el nombre de *Brevísima relación de la destrucción de África*, por ser un manuscrito de Las Casas que se encontró sin título⁴. Pero ése es el contenido. Allí traza todas las atrocidades hechas por los portugueses y los españoles hacia el África. Habían comenzado los portugueses, en las Islas Canarias, donde sometieron a los habitantes de las mismas, de origen norafricano. Luego pasaron a las costas de África, a hacer esclavos o a comprarlos a otros esclavistas. Después los siguieron los españoles, en la misma ominosa ocupación. En todos los casos, Bartolomé señala la injusticia con que se llevó a cabo esa destrucción del África, y lo denuncia con la misma decisión y amargura con las que lo hizo en el caso de los indios. Se nota el arrepentimiento que tiene por la petición de negros para soportar el peso de los indios, y es un testimonio que dio en su diócesis chiapaneca de México, al igual que en España.

Algo semejante se ve en Tomás de Mercado, otro sevillano, como

³ Cf. BARRET-KRIEGEL, B., *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, Paris, 1989, especialmente el capítulo III, y ps. 47 y 94.

⁴ Cf. DE LAS CASAS, B., *Brevísima relación de la destrucción de África*, ed. I. Pérez Fernández, San Sebastián, Salamanca, 1992, ps. 12-15.

MAURICIO BEUCHOT

Las Casas, que enseñó en México y luego en España. Escribió una *Suma de tratos y contratos* que es considerada un clásico de la economía por el historiador del análisis económico Schumpeter⁵. Allí se ve forzado a tratar el tema de la esclavitud, porque era uno de los rubros del comercio. Habla de ello diciendo que sabe que es un comercio, el de esclavos, permitido por el derecho positivo. Pero, más allá de lo que positiva el hombre, se coloca en el ámbito del derecho natural, que prevalece sobre el positivo, y dice que es un comercio nefasto que debería prohibirse. Con un gran dolor se queja de lo que allí se está haciendo, al separar a los cónyuges, a los padres y a los hijos, llevarlos en barcos en los que la mayoría muere, y llegar a las plazas a ser miserablemente vendidos, como mercancía. He aquí algunas de sus palabras, que nos muestran su convicción antiesclavista, ya desde tan temprano en la historia indiana: “Así diciéndose en público (como se dice) que gran parte de los negros que se sacan, vienen cautivos contra justicia, no se pueden mercar, ni entrometer nadie en semejante negociación (so pena de pecado, y restitución). Y aun se podría decir con verdad, que en alguna manera peca más, el que de su tierra los saca, que el que dentro della injustamente los cautiva. Porque aquél los imposibilita a cobrar su libertad, desterrándolos, y transportándolos della, do no hay quien vuelva por ellos, o los rescate. Que en su tierra, aunque estuvieren injustamente cautivos, en fin tendrían esperanza de mejor remedio de libertarse”⁶. Eso nos hace ver que había gente que tomaba la causa del desvalido para plantearse el problema de los derechos humanos como derechos naturales.

Julián Garcés, obispo de Tlaxcala-Puebla, había obtenido del Papa Paulo III la bula *Sublimis Deus*, en la que se declaraba racionales a los indios, y se prohibía el quitarles las posesiones y esclavizarlos. En ella se abolía la esclavitud; pero no se le hizo caso. Otro obispo, Don Vasco de Quiroga, se preocupa por el derecho de los indios a una educación, incluso los adultos, así como al trabajo, a tener una profesión

⁵ Cf. DE MERCADO, T., *Suma de tratos y contratos*, Editora Nacional, Madrid, 1975; SCHUMPETER, J., *Historia del análisis económico*, FCE, México, 1984 (re-imp.), vol. I, ps. 104 y 108.

⁶ DE MERCADO, ob. cit., p. 280.

u oficio, o un empleo digno, y es lo que propone en sus hospitales-pueblo, que eran al mismo tiempo lugares de aprendizaje y de labor⁷.

Muy cerca de Don Vasco estuvo, en Michoacán, Fray Alonso de la Vera Cruz, que fue eficaz consejero suyo, y luego pasó a ser uno de los primeros catedráticos en la naciente Universidad de México. Supo conjuntar la filosofía y el derecho, y defendió la licitud que asistía a los indios en tener posesiones, en su obra *De dominio infidelium*. Defendió esto como un derecho natural y también como un derecho positivo, señalando las prerrogativas que tenían los pueblos indios para evitar que los terratenientes españoles les quitaran terrenos que les pagaban a precios irrisorios y luego además les cobraban tributos. Silvio Zavala dice de él que es el fundador del derecho agrario en México⁸.

Ya en la segunda parte del siglo XVI, encontramos a Fray Juan Ramírez, que peleó denodadamente contra la esclavitud. Lewis Hanke ha exhumado documentos suyos en los que se presenta como un campeón antiesclavista⁹. Este dominico dejó escritos en los que hablaba con tintes muy expresivos de las penas que sufrían los indios por la esclavitud y los trabajos forzados que hacían, a tal punto que ya ni podían o no querían reproducirse y tener más hijos, sobre todo en vista de la miserable situación a la que estarían destinados.

En el siglo XVII, Juan Zapata y Sandoval, al parecer tío del famoso poeta novohispano Juan de Sandoval y Zapata, fue un criollo agustino. Tan prominente profesor resultó que no sólo enseñó en México, sino también en Valladolid de España, y en 1605 publicó su obra *De iustitia distributiva*¹⁰. En ella, como lo dice el título, trató de la justicia distributiva, pero también de todos los aspectos clásicos de la justicia.

⁷ Cf. BEUCHOT, M., *La filosofía social de los pensadores novohispanos. La búsqueda de la justicia social y el bien común en tiempos del virreinato*, 2ª ed., IMDOSOC, México, 2000, ps. 29-41.

⁸ Cf. ZAVALA, S., *Fray Alonso de la Vera Cruz, iniciador del derecho agrario en México*, en *Revista de Filosofía* (UIA, México), 17 (1984), ps. 345 y ss.

⁹ Cf. BEUCHOT, M., *La teología de los dominicos novohispanos de México, en el siglo XVI*, Cuadernos Presencia Dominicana, México, 1992, ps. 77-87.

¹⁰ Cf. ZAPATA Y SANDOVAL, *Disceptación sobre justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuestas. Segunda parte*, trad. e introd. de M. Beuchot, UNAM, México, 1995.

MAURICIO BEUCHOT

Entendía la justicia distributiva como la equitativa distribución de los bienes comunes, tales como los cargos y puestos, tanto civiles como eclesiásticos. Más allá del derecho positivo, y más allá sobre todo de sus distorsiones, según las cuales se privilegiaba notoriamente a los españoles para todos los puestos, Zapata alude al derecho natural que tenían los nacidos en las Indias, tanto criollos como mestizos e incluso indígenas, sobre los peninsulares, pues dice que ellos son muchas veces los más aptos para los cargos que se distribuían y para los cuales se elegían personas no tan dignas. En efecto, criollos, mestizos e indígenas conocían la lengua y amaban a sus coterráneos, cosa que no podía decirse de esos hispanos peninsulares que ni podían comunicarse más que por intérprete, y no se interesaban para nada en el bien de esas gentes.

A él se puede agregar, en ese mismo siglo, al arzobispo- virrey Don Juan de Palafox y Mendoza. En un escrito sobre la naturaleza del indio, además de hablar de sus virtudes y buenas disposiciones, hace una defensa de los mismos¹¹. Algo parecido hizo don Carlos de Sigüenza y Góngora, en su *Teatro de virtudes políticas*, en el que no puso personajes clásicos, griegos o romanos, según se hacía, como paradigmas de esas virtudes, sino que, rompiendo la costumbre, tomó ejemplos de los reyes y gobernantes indígenas de la historia antigua mexicana¹².

Ya en el siglo XVIII, Francisco Xavier Alegre tiene una discusión de la esclavitud, en que la condena. Dice: "...siendo así que estos etíopes ni son esclavos por su nacimiento [...] ni pueden ser considerados como cautivos de guerra justa –ya que sus bárbaros reyezuelos guerrearán entre sí por mejor antojo o por causas insignificantes–; más todavía, después de que los europeos establecieron aquel comercio, las más de las veces hacen la guerra sólo por coger hombres para venderlos, como claramente se ve por las historias de los portugueses, ingleses y holandeses (de los cuales los últimos dedícanse con gran empeño a tal comercio); síguese que esa esclavitud, como expresamente

¹¹ Cf. BEUCHOT, M., *La cuestión social en el arzobispo don Juan de Palafox y Mendoza (México, siglo XVII)*, en *Cuadernos salmantinos de filosofía* (Salamanca, España), 17 (1990), ps. 483-491.

¹² Cf. BEUCHOT, *La filosofía social...* cit., ps. 105.

escribió Molina, es de todo injusta e inicua...”¹³ Condena, pues, la esclavitud como injusta e inicua. Y también su cofrade Francisco Javier Clavigero, en algunas disertaciones que acompañan su *Historia antigua de México*, defiende a los indígenas de los juicios peyorativos que sobre ellos emitían algunos ilustrados como Raynal y De Pauw.

En el siglo XIX tenemos el ejemplo de los próceres de la independencia, de manera connotada por Miguel Hidalgo y por José María Morelos. Pero muchos de los ideólogos también lo hicieron, como Fray Servando Teresa de Mier, y hasta José María Luis Mora.

En cuanto al siglo XX, hay numerosos defensores de los derechos humanos. Sólo voy a mencionar dos ejemplos de entre los desaparecidos, que son Luis Recaséns Siches y Héctor González Uribe. Recaséns Siches, profesor e investigador en Filosofía y Derecho en la UNAM, tiene un trabajo acerca de los derechos humanos en la revista *Diánoia*, del Instituto de Investigaciones Filosóficas, del año 1974. Allí recorre un tanto la historia de la Declaración de 1948, y revisa muchos de los presupuestos filosóficos en los que se sustenta.

Él, al igual que otro jurista y filósofo que fue muy connotado, Eduardo García Máynez, sostenía la teoría llamada axiología jurídica. Era una postura que se centraba en una visión de los valores. Según este punto de vista, no se puede sustentar una ética sólo formal, de pura racionalidad dialogante, sino que además se tenía que sostener una ética material o de contenidos. No sólo una ética de corte kantiano, sino una ética al estilo de Max Scheler. Ésta hace que se deba postular un contenido axiológico en el que se apoya la ética. Pero, además, en esta ética axiológica o valorativa se funda el derecho. Llega a ser, por ello, una axiología jurídica, esto es, una iusfilosofía que hace que el derecho no desconozca valores universales que rigen la estructuración del actuar humano.

Esos valores se van desplegando de manera ordenada desde los que tienen que ver con la protección de la vida, de la integridad del hombre, de la defensa, habitación, etcétera, que dan lugar a los distintos

¹³ ALEGRE, F. X., *Institution. Theologic.*, lib. VI, prop. XI, n. 32, t. III, p. 290; en MÉNDEZ PLANCARTE, G. (comp.), *Humanistas del siglo XVIII*, UNAM, México, 1979 (1ª reimpr.), p. 56.

MAURICIO BEUCHOT

derechos humanos en los que se hacen concretos. Los derechos plasman valores, y los derechos humanos plasman valores básicos y muy primigenios del ser humano. Son los que hacen que tales derechos humanos adquieran su contextura propia. “Los derechos humanos son principios máximos de estimativa jurídica”¹⁴.

Por su parte, Héctor González Uribe, profesor e investigador de Filosofía y Derecho en la Universidad Iberoamericana, ve los derechos humanos como la defensa que tiene la persona en contra de las ideologías transpersonalistas, esto es, que con su totalitarismo niegan a la persona, al individuo humano. Reconoce que los derechos humanos tienen una inspiración individual, pero no necesariamente individualista, y se yerguen como una defensa de la persona en contra de los totalitarismos, tanto fascistas como socialistas, esto es, de toda índole.

Para él, los derechos humanos derivan de la dignidad humana, brotada de la naturaleza misma del hombre. Son, pues, un logro humanitario y personalista. El mismo explica que toma de Recaséns Siches los nombres y además las ideas generales de humanismo y personalismo. En efecto, le debe el impulso de procurar un humanismo, en sentido amplio, esto es, no un individualismo, sino una recuperación del bien del ser humano. Es un personalismo, puesto que se opone al transpersonalismo o totalitarismo. Además, defiende a la persona frente al Estado, para que éste no la devore; pero sin engrandecer tanto la persona, que ésta no deba supeditarse al bien de sus semejantes. La dignidad del hombre es anterior a su reconocimiento por el Estado, y aun es independiente de él. Según el personalismo, el poder o autoridad del Estado tiene límites, los encuentra justamente en la dignidad humana. Lo nefasto del transpersonalismo, que se salta a la persona, es que la sujeta completamente al todo social, es un totalitarismo. Por eso González Uribe señala que el transpersonalismo sólo puede fracasar, y hay que fortalecer el personalismo. Cree que son compatibles los derechos individuales y los sociales, en sus justas medidas o límites. Pero es necesario superar el egoísmo y procurar una mayor responsabilidad social. No el hombre individualista del liberalismo, ni el hombre

¹⁴ RECASÉNS SICHES, L., *Los derechos humanos*, en *Diánoia*, 20 (1974), p. 133.

masificado del totalitarismo, sino el hombre social, será el que pueda renovar y hacer prosperar los derechos humanos¹⁵.

Planteamiento teórico latinoamericano

¿Qué es lo que hace latinoamericana, más concretamente mexicana, mi fundamentación y defensa de los derechos? Se trata de equilibrar, como pide Leopoldo Zea, lo universal y lo particular en nuestro filosofar¹⁶. Es decir, por un lado, estamos insertos en la filosofía universal, pero también estamos contextuados en una filosofía particular, local, nacional o mexicana. Lo propio y peculiar de nuestro contexto mexicano son precisamente los acontecimientos nacionales que piden la iluminación de nuestra filosofía, los problemas que suscitan esas reflexiones y respuestas filosóficas. Es lo que yo denomino universal analógico: participa de la semejanza respecto de la filosofía mundial, pero en él predomina la diferencia de su propia especificidad latinoamericana y mexicana. Hay una proporcionalidad analógica de lo universal y lo particular, en la que predomina lo particular, surgido de la propia realidad en la que se inserta.

Y lo que ha configurado nuestra realidad es una violación sistemática e impune de los derechos humanos, que esperamos que cambie. Por ello la filosofía que en México se haga sobre los derechos humanos ha de ser de resistencia, y capaz de aducir argumentos para detener esa práctica y actitud violatoria, conculcadora. Lo propio de nuestro país –en diversas medidas compartido con otros países– es tener una legislación que atienda mucho a los derechos humanos pero con una praxis en la que se da continuamente el incumplimiento de los mismos y el no respeto. También es parte muy importante de nuestra realidad mexicana el trabajar teórica y prácticamente por los derechos de los pueblos indios. Frente a muchos que tienen que hacer cumplir esos derechos, y que son los que no los hacen valer,

¹⁵ Cf. GONZÁLEZ URIBE, H., *Fundamentación filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?*, en *Revista de Filosofía (UIA)*, 16 (1983), p. 343.

¹⁶ Cf. ZEA, L., *La filosofía americana como filosofía sin más*, 14ª ed., Siglo XXI, México, 1992, p. 39.

MAURICIO BEUCHOT

hay la obligación de convencer de lo valioso que es –sobre todo para la buena marcha del país– el respeto de tales derechos.

Ha de ser, pues, un planteamiento filosófico que establezca y defienda el respeto de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos o étnicos. Esto tiene una parte de persuasión y otra de educación. La parte de persuasión es el poder mover al respeto de tales derechos por ser un valor indispensable para el hombre, y para el adecuado desarrollo de la sociedad. Porque son algo que surge de la misma dignidad inherente a la persona.

Es aquí donde, apartándome de las modas y las usanzas, de lo que se aplaude y es grato al oído, yo he optado por defender los derechos humanos desde la filosofía, concretamente desde la naturaleza del hombre. Es decir, una versión propia del iusnaturalismo, mi iusnaturalismo analógico, algo que ya he desarrollado en otras partes¹⁷. Tanto la tradición filosófica de los derechos humanos en México, como la situación concreta de nuestro país me hacen ir al iusnaturalismo, y tratar de potenciarlo, pues los derechos humanos están positivados, pero de hecho no se cumplen. México me ha enseñado que, además de la positivación, debe haber una instancia de apelación, que sólo puede ser ya la conciencia, y en todo caso algunas instancias internacionales que promueven esa conciencia. Y, ya que se trata del foro de la conciencia, es urgente trabajar en la concienciación, sin la cual no se dará esa conciencia a la que aludimos, y la concienciación es ardua y a largo plazo. Como quiera que sea, es esgrimir el derecho natural no sólo por convicción, sino porque, como lo reconoce el propio Norberto Bobbio, es el único escudo que tenemos frente al tirano, frente al déspota que detenta el poder y, por lo tanto, frente a la positivación o facultad de positivar, que puede ser mal empleada. Es cierto que algunos han usado el iusnaturalismo para ir en contra de los derechos humanos, por inferir de la naturaleza humana cosas contrarias a ellos; pero por ello mismo se necesita esclarecer la naturaleza humana y argumentar a favor de su utilización para apoyar los derechos humanos.

¹⁷ Cf. BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos*, Siglo XXI, México, 1993 (2ª ed. 1996; 3ª ed. 1999); el mismo, *Iuspositivismo, iusnaturalismo y derechos humanos*, UNAM, México, 1995; el mismo, *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*, UIA-ITESO, México, 1997).

Y yo encuentro toda una tradición en la historia de la filosofía mexicana, o por lo menos de la filosofía en México, que me muestra una lucha semejante.

Es México quien me enseña que, frente a la exigencia de derechos étnicos, culturales y sociales, que no se quieren positivizar, está el único recurso ya de la idea, de la concienciación, de la dignidad del hombre por su naturaleza, no sólo por su cultura –que niega otras culturas–, sino porque, en medio de sus diversidades culturales, comparte conmigo y con todos una especificidad humana. Es también México el que, además de los derechos étnicos, me muestra la necesidad de los derechos concernidos con la religiosidad, que es otro aspecto de la cultura, dada nuestra multiplicidad cultural. Y, sobre todo, es México el que me hace pensar en derechos económicos más profundos que excluyan esa postración en la pobreza y en la violencia resultante de ella, a la que se ven impelidos muchos individuos de muchas culturas. Como defensa contra esa globalización terrible, que es la globalización de la miseria, no de la riqueza.

Filosofía y derechos humanos

Conviene resaltar a continuación que la mayoría de los derechos humanos son elementos pertenecientes a la libertad humana y a la igualdad. Es lo que a veces, con frase afortunada, se ha llamado el derecho a tener derechos. Aquí se trata de tener derechos que son ámbito para que el hombre se realice en la libertad y la igualdad.

De hecho los mismos derechos humanos han sido pensados, de alguna manera, como libertades. Tal fue la idea de los derechos subjetivos, tradición en la que se inscriben los derechos humanos, y que son derechos que facultan para hacer algo, esto es, confieren la libertad de hacer o no hacer una acción.

Además, la protección de la libertad es lo más cercano al hombre, lo más propio y connatural. Bartolomé de las Casas llegaba a decir que la libertad es más preciada que la misma vida. Y lo aplicó al caso de la conquista, a favor de los indígenas.

La libertad es algo muy propio de la naturaleza humana. Es donde más propiamente se ejercita lo constitutivo del hombre, a saber, la

MAURICIO BEUCHOT

razón. Incluso la libertad no es tan propia de la voluntad, cuanto de la razón. O, si se quiere, es donde la voluntad se sujeta a la razón, pues se trata de la voluntad iluminada por el intelecto. Se ejerce en el juicio por el que se delibera algo para hacer por propia convicción y por propia voluntad. Pero está más del lado de la razón, más que del lado de la voluntad. Y, ya que la libertad supera a la voluntad y se inserta en la razón, no puede estar más que supeditada a la razón, la cual es universal, tiene que ser común, más allá de lo individual. No está, pues, supeditada a la voluntad; no a la ajena, porque entonces es esclavitud, y ni siquiera a la propia, pues no sería auténtica libertad. La rige la razón, tanto la propia como la ajena, en la intersubjetividad, en el diálogo discursivo. En vistas al bien común.

Conviene en la actualidad reflexionar filosóficamente sobre la defensa de la libertad del hombre. A veces, más que la identidad física, es importante la identidad simbólica, esto es, lo que se constituye con el pensamiento y la cultura. La cultura es sobre todo libertad de pensamiento, de creación y raciocinio. Siempre dentro del bien común. Es la libertad de la cultura. Con lo que el hombre se instala en lo físico, lo cultural da significado a lo natural. Es la libertad de tener símbolos, es decir, de vivir conforme a ellos. La simbolización de lo natural, efectuada por la cultura, esto es, por el pensamiento y la creencia, son lo que da sentido. Proteger la identidad simbólica es proteger la libertad del hombre para buscar su sentido, su significado en medio de las cosas.

Es en el fondo reconocer la capacidad de libertad. Algunos ven el derecho a tener derechos como el más fundamental de todos. Otros lo ven como el derecho a la libertad. Otros como el derecho a la igualdad. Podemos decir que todos ellos tienen razón, sobre todo se ha de decir que el derecho a la igualdad es más necesario que el de la libertad, pero van de la mano. En efecto, para ciertas cosas, el derecho a la igualdad requiere el de la libertad. Pues de nada sirve la libertad si no se es igual, y de nada sirve la igualdad si no se es libre.

De alguna manera podemos decir que un paso más allá de la libertad está la igualdad. La Revolución Francesa proclamaba la libertad, la igualdad y la fraternidad. En ese orden. Tal vez porque es el orden

natural que observan, es decir, es más difícil el que viene enseguida. De hecho, hemos alcanzado bastante de libertad, menos de igualdad y mucho menos de fraternidad.

Hemos revisado algo acerca de la libertad que se ha conseguido, aunque más queda por alcanzar. Pero queda más por alcanzar de igualdad, y no digamos de fraternidad. Con todo, ambas cosas quedan como una esperanza, como algo deseable, más que utopía, para el futuro. Y, además, eso es ya otro capítulo.

Conclusión

De manera conclusiva podemos decir que la situación precaria de los derechos humanos en México nos ayuda a filosofar de manera situada, desde nuestra circunstancia. También nos ayuda a hacerlo la tradición innegable –aunque algunos no quieren verla ni reconocerla– que en la historia mexicana se ha dado de defensa teórica y práctica de los derechos humanos. Muchos personajes de nuestra historia nos enseñan a llevar a cabo esa defensa. Tanto en el pensamiento como en la acción, de manera que es también una enseñanza de nuestra historia.

Finalmente, lo importante es desplegar esa defensa. Y el hacerlo desde el pensamiento, en nuestro caso, desde la filosofía, es importante, porque apoya la convicción de que la defensa debe hacerse y ayuda a posibilitar una educación en los derechos humanos más centrada y firme. En efecto, si fundamentamos algo filosóficamente, le damos mayor fuerza argumentativa, para convencer de su valor, y le damos mayor aceptabilidad para aquellos que están siendo educados en el respeto y la promoción de tales derechos. La fundamentación filosófica de los derechos humanos es una lucha intensa a favor de los mismos, tan importante y decisiva como la que se libra en la praxis. Más aún, es la única que puede dirigir y mejorar esa lucha práctica que loablemente muchos presentan en diversos ámbitos.

¿PUEDE CALIFICARSE DE IUSNATURALISTA LA TEORÍA DE DWORKIN?*

por PABLO LÓPEZ RUF¹

1. Introducción

El 11 de septiembre de 1998, en la sede de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, Lavalle 1567, piso 9º, se llevó a cabo la primera Jornada Académica organizada por el nuevo Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, que desarrolló el tema “Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico”.

Fueron convocados a exponer su posición calificados representantes de ambas tendencias, entre ellos Eugenio Bulygin (UBA), Carlos I. Massini (U. de Mendoza), Roberto Vernengo (UBA) y Rodolfo Vigo (UN del Litoral y Católica de Santa Fe). Moderó el debate el Dr. Ricardo Guibourg (UBA).

Todos los que participamos de la jornada, además de escuchar las tesis controvertidas, y los argumentos y contraargumentos que se esbozaron, así como de apreciar su nivel de excelencia, tuvimos la sensación que un nuevo hito de la filosofía jurídica argentina acontecía.

Hombres de ideas diferentes, que en largas trayectorias académicas casi no se habían encontrado a debatir o a esbozar sus desacuerdos, se encontraban en un panel y lo hacían dejando en claro que, más allá de las diferencias relevantes de las posiciones, lo importante era el diálogo que se desarrollaba.

* Exposición leída como ponente invitado en las XV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social el 26-10-2001 en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

¹ Universidad de Buenos Aires.

PABLO LÓPEZ RUF

Casi al finalizar el prolongado debate que siguió a las cuatro presentaciones, un miembro del auditorio les formuló a los profesores Bulygin y Massini la misma pregunta: ¿en cuál de las posiciones ubicarían la tesis de Dworkin? Ambos respondieron: en la tesis iusnaturalista.

El propósito de esta exposición es refutar la idea sostenida por tan calificados profesores y tratar de demostrar que la tesis del profesor Dworkin no puede ser adscripta a una u otra posición, sino que puede identificarse con un grupo de teorías que intentan superar la clásica polémica.

Las tres cuestiones en que se dividirá la exposición:

- a) En la primera parte de la exposición procuraré establecer qué entiendo por teoría iusnaturalista. De modo breve y sin ser exhaustivo, sólo para los propósitos del presente trabajo, distingo entre una versión fuerte y una versión débil de teorías de esta clase.
- b) En la segunda parte me ocupo de precisar por qué razones la teoría de Dworkin ha sido conceptualizada como iusnaturalista. Señalaré las que me parecen más relevantes.
- c) En la tercera parte analizo por qué la teoría de Dworkin no puede ser caracterizada de iusnaturalista, tanto en la versión fuerte como en la débil. La conclusión de mi ponencia será muy modesta, ya que sólo pretende señalar que la teoría en análisis, como otras teorías del derecho, no puede ser encasillada en la tesis positivista o iusnaturalista, sino que procura una vía alternativa no incluida en posición alguna de la tradicional polémica.

2. ¿Qué entiendo por teoría iusnaturalista?

La palabra “iusnaturalista” para calificar a una teoría es ambigua, por cuanto se le confieren diferentes significados en el mismo contexto de uso. He anticipado que no seré exhaustivo, o sea que no me detendré a analizar todos ellos. Sólo a los efectos del presente análisis distinguiré dos versiones:

¿PUEDE CALIFICARSE DE IUSNATURALISTA LA TEORÍA DE DWORKIN?

a. *La versión fuerte de “iusnaturalista”*

Adoptaré la ya clásica posición de Bobbio² para caracterizar la versión fuerte de teoría iusnaturalista como aquel conjunto de normas o principios que reúnen las siguientes propiedades:

- I. Su *universalidad*, o sea que valen para todos los mundos posibles, con lo que niega la posibilidad que su validez sea limitada a ciertos contextos.
- II. Su *inmutabilidad* en el sentido que permanecen invariables en el tiempo, con lo cual se niega la posibilidad de su cambio o mutación.
- III. Su *cognoscibilidad*, ya que se postula la posibilidad de su conocimiento racional.

La versión fuerte del derecho natural que acabo de describir se identifica con la posición de las teorías iusnaturalistas que postulan que el ser del derecho depende de lo que el derecho debe ser.

b. *La versión débil*

Entiendo por tal la teoría que afirma que el contenido del derecho depende *a veces o en ciertas circunstancias* de consideraciones morales. Algunos han denominado a esta versión débil de iusnaturalismo como positivismo suave o positivismo legal inclusivo. No me voy a detener en mayores análisis.

3. ¿Por qué razones la teoría de Dworkin ha sido adscripta a alguna de las dos versiones que acabo de describir?

Considero que las principales o relevantes son las que a continuación menciono:

a) *Por la “función” que Dworkin le ha asignado a la teoría del Derecho*

En el trabajo inicial de su primera colección de Ensayos, titulado *Tomando los derechos en serio*, le atribuye tanto función descriptiva como normativa o prescriptiva, y afirma la interrelación entre ambas.

² BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1998, p. 37.

PABLO LÓPEZ RUF

La teoría del derecho no debe limitarse sólo a dar una explicación de lo que el derecho es como institución social, de los conceptos que utiliza, sino que también debe ser prescriptiva o normativa, lo que se entiende como suministrar criterios o guías para la acción de los operadores jurídicos (el legislador, el juez, el ciudadano).

Ésta ha sido la crítica que le formuló Richards³: que se trata de una “teoría metodológica del derecho natural”, entendiendo por tal el modo que Dworkin señala para resolver casos difíciles, y porque considera que las instituciones jurídicas están basadas en principios morales.

O sea que la teoría admite juicios de valor, estimaciones, consideraciones evaluativas. Y, considerando que en esto consiste la función prescriptiva o normativa de la Teoría del Derecho, se afirma que aquél es un postulado propio de las teorías iusnaturalistas en sus dos versiones.

La vinculación con la teoría iusnaturalista se aprecia en la teoría de la adjudicación que Dworkin desarrolla, acerca de cómo los jueces deben resolver los casos y en especial los que denomina *casos difíciles*.

Dworkin entiende por caso difícil aquel en el que se presenta alguna de estas dos situaciones:

- a) Hay un problema de interpretación;
- b) las normas no prevén solución alguna para el caso.

En estos supuestos, propugna que el juez los resuelva sobre la base de estándares que no son normas y a los que denomina *principios*.

Los principios son para Dworkin “exigencias de justicia o de otra dimensión de la moralidad”, de manera que, cuando este autor prescribe que el juez acuda a principios morales para solucionar casos difíciles, proporciona un argumento para calificar de iusnaturalista la tesis⁴.

³ RICHARDS, *Reflection on Dworkin and the american revival of natural law*, en *New York University Law Review*, vol. 52, Nº 6, ps. 1277 y ss.

⁴ Coinciden con esta línea de crítica, en el sentido de que la moralidad política es fuente del derecho, autores tales como Peter Gobel, en un ensayo publicado en la *Harvard Law Review*, vol. 9, p. 302; REBUFFA, Giorgio, en su ensayo *Costituzionalismo e Giusnaturalismo R. Dworkin e la reformulazione del Diritto Naturale*; PINTORE, Ana, *Norme e Principii. Una critica a Dworkin*, Facoltà de Giusprudenzia, Universidad de Milán, Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho en *Quaderni*

¿PUEDE CALIFICARSE DE IUSNATURALISTA LA TEORÍA DE DWORKIN?

b) La segunda razón que puede citarse es que *Dworkin ha impugnado la tesis de la “separabilidad entre moral y derecho”*, que el positivismo tradicionalmente ha sostenido, por lo menos en las versiones de Kelsen, Ross y von Wright, a partir del papel que cumplen los principios jurídicos precedentemente señalados.

Usualmente, a las teorías que identifican o vinculan al derecho con la moral se las etiqueta de teorías iusnaturalistas, al negar la autonomía del sistema jurídico respecto de otros órdenes normativos.

c) Una tercera razón es *la fuerte crítica de Dworkin al Positivismo Jurídico en la versión de Hart*, al criticar las tesis centrales que atribuye al autor y que reduce a:

- I) El Derecho es un sistema de normas que puede ser identificado a partir de un test de origen;
- II) la tesis de la discrecionalidad judicial;
- III) la definición de obligación jurídica.

d) Una cuarta razón es *la afirmación de Dworkin de que los jueces pueden reconocer derechos a los individuos en base a consideraciones de moralidad política que no establezcan las normas jurídicas positivas*.

Se trata de los denominados *derechos morales*, que postula como una categoría diferenciada de los derechos legales. Postular derechos morales, aun sólo en los casos difíciles, lleva a identificar la teoría con alguna variable de la teoría iusnaturalista⁵.

e) Una quinta razón es *la tesis de la respuesta correcta en un caso sostenida por Dworkin*: la impugnación que se le ha efectuado es que sostener que hay una respuesta correcta presupone una moral objetiva, o absoluta, ya que tal verdad sólo puede afirmarse si se dispone de un criterio para determinarla.

La posición contraria sostiene que hay varias respuestas y no una,

di Filosofia Analitica del Diritto, Giuffrè, Milano, 1982. Hart, en su célebre Post Scriptum, critica a Dworkin por atribuir a la teoría jurídica función normativa, evaluativa o justificatoria. Argumenta que se trata de dos tipos o clases de teorías diferentes.

⁵ En España, SANCHIZ PRIETO, L., en su ensayo, *Teoría del Derecho y Filosofía Política*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, Nº 14, p. 355; en TROPER, Francia Michel, *Dossier Ronald Dworkin*, en *Droit et Société*, p. 29.

PABLO LÓPEZ RUF

lo cual presupone el escepticismo ético, posición que Dworkin ha criticado. Así se ubica la teoría de Dworkin en la polémica objetivismo-subjetivismo valorativo, y se identifica su posición como objetivista.

Así se identifica a la teoría con la versión fuerte de iusnaturalismo que he brindado, aun cuando Dworkin ha afirmado que sólo trata de reconstruir la práctica judicial y no complicarse con postulados metafísicos.

4. Por qué afirmo que no puede identificarse la teoría de Dworkin con la denominada versión fuerte de la tesis iusnaturalista

Son tres las razones por las cuales sostengo que no pueden identificarse ambas posiciones:

- a. He sostenido en un ensayo que publicara en el Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Comparado en 1993, titulado *Moral y Derecho en Dworkin*, que este autor asume la tesis de la relatividad de los principios morales.

Y ésta es una tesis que constituye una continuidad en las obras de Dworkin desde *Tomando los derechos en serio* (1977), tanto en *El Imperio del Derecho* (1986) como en *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto y la eutanasia* (1993).

- b. Sólo en los casos difíciles admite Dworkin que el juez acuda a la moralidad política en que se han inspirado las instituciones políticas, económicas, culturales y jurídicas, a fin de introducir la premisa normativa con la que se resolverá el caso.
- c. Pero, si en el derecho de la comunidad hay una solución para el caso, Dworkin no afirma que prevalezca la moralidad política sobre la solución existente.

Paso a desarrollarlas:

I. *El relativismo moral en Dworkin*: En el Capítulo VI de su obra *Tomando los derechos en serio*, que lleva por título *La Justicia y los derechos*, Dworkin realiza una comparación muy precisa entre el “modelo natural” (realismo) y el “modelo constructivo” al que adhiere.

En la comparación trata de situar el modelo constructivo como un

¿PUEDE CALIFICARSE DE IUSNATURALISTA LA TEORÍA DE DWORKIN?

tercer camino entre el objetivismo y el subjetivismo moral. Voy a ser muy preciso y tal vez tedioso en las citas de Dworkin para explicitar la comparación que propone.

Con relación a la teoría moral, el modelo natural propone que existe “una realidad moral objetiva, es decir que no ha sido creada por los hombres sino son más bien descubierta por los hombres y las sociedades, tal como se descubren las leyes de la física” (ps. 246-247).

El modelo constructivo sostiene que: “los principios morales no tienen ninguna existencia fija u objetiva” (p. 247).

Con relación al razonamiento moral, el modelo natural sostiene que “las intuiciones morales [...] son indicios de la naturaleza y existencia de principios morales más abstractos y más fundamentales”. Y consisten “en un proceso de reconstrucción de los principios fundamentales mediante la disposición de juicios concretos en el orden correcto”. (p. 247).

El modelo constructivo “establece el supuesto diferente, y en ciertos sentidos más complejo, de que hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar juicios particulares sobre cuya base actúan en un programa de acción coherente” (p. 247).

Cómo se relacionan la intuición y los principios morales en ambos modelos: El modelo natural “defiende la tesis de seguir la intuición por inquietante que sea y no hacer caso de la contradicción manifiesta en espera que de hecho exista, aun cuando todavía no haya sido descubierto, un conjunto de principios más complejos y refinados capaz de reconciliar esa intuición [...] defiende esta idea porque se basa en una posición filosófica que favorece la analogía entre las intuiciones morales y los datos empíricos” (ps. 248-249).

El modelo constructivo “no defiende la actitud de hacer caso omiso de las incongruencias en la esperanza que deben existir principios que resuelvan las cosas. Por el contrario, exige que las decisiones tomadas en nombre de la justicia no excedan jamás la capacidad de un funcionario de dar cuenta de tales decisiones” (p. 249).

Con relación a la verdad moral: “El modelo constructivo no presupone, como presupone el modelo natural, que la teoría acogida sea verdadera en ningún sentido definitivo” (p. 254).

Del análisis comparativo resultan incompatibilidades manifiestas

PABLO LÓPEZ RUF

que impiden la adscripción del modelo constructivo a una posición no relativista. Dworkin enfatiza aún más su relativismo al afirmar que el modelo constructivo: “está pensado para seleccionar principios de justicia de una lista de teorías alternativas que no sólo debe ser finita sino lo suficientemente corta como para que las compensaciones entre ellas sean factibles. Segundo, da resultados que son relativos al ámbito del acuerdo inicial entre quienes conjuntamente llevan a cabo los experimentos conjeturales que desarrolla. Está pensado [...] para reconciliar a la gente que discrepa estableciendo lo que constituye un terreno común entre ellos”.

“Hay que admitir que la prueba dará resultados diferentes para diferentes grupos y para el mismo grupo en ocasiones diferentes a medida que el terreno común de intuiciones firme se vaya alterando”.

“Los principios [...] seleccionados en este espíritu son compromisos con la flaqueza humana y son contingentes en la medida en que cambie la educación general de la gente. Esto parece incongruente con el espíritu al menos del modelo natural, de acuerdo con el cual los principios morales son rasgos intemporales de alguna realidad moral independiente” (p. 254).

Estas ideas han sido sostenidas por Dworkin en obras posteriores a *El Imperio del Derecho*, donde sostiene su concepción interpretativa del derecho entendida como concepción particular que interpreta la práctica judicial de las sociedades democráticas.

Esto indica que el tipo de justificaciones que pretende encontrar en la moralidad política no se comprometen con principios universales, sino que, al estar dirigidas a comunidades históricas concretas, resultan incompatibles con principios universales e inmutables.

En *El dominio de la vida*, Dworkin desarrolla las distintas justificaciones en torno al aborto y la eutanasia mostrando cómo hay cuestiones morales en las que se producen situaciones de compleja y difícil resolución porque son distintas e inconciliables las posiciones de partida.

Creo que no me puedo extender más en el argumento de que Dworkin acepta principios morales relativos: la teoría de Dworkin no satisface las condiciones de la versión fuerte de la teoría iusnaturalista, tal como ha hemos definido.

¿PUEDE CALIFICARSE DE IUSNATURALISTA LA TEORÍA DE DWORKIN?

II. *La moralidad política juega un rol relevante en Dworkin sólo en los casos difíciles*: El juez sólo debe apelar a la moralidad política cuando se encuentra ante un caso difícil, un conflicto interpretativo o ausencia de norma que dé solución al caso. En síntesis, creo que en el pensamiento de Dworkin la moralidad política cumple un papel de fuente subsidiaria.

El juez debe interpretar la moralidad política de la comunidad para encontrar en sus principios la mejor justificación, mejor justificación que consiste en realizar la interpretación que concilie o adecue la decisión presente con los antecedentes de la historia institucional.

Los antecedentes de la historia institucional de la comunidad incluyen la constitución y sus acuerdos básicos, las leyes y los precedentes: todos ellos reconocen un principio que los justifica y operan como restricciones para el juez, de las que éste no puede prescindir.

Sólo la interpretación que integre la decisión presente o actual con los principios que justifican los antecedentes institucionales resultará la mejor interpretación para el caso; el ideal de la integridad es realizado por decisiones congruentes con los principios.

III. *Si el sistema jurídico prevé una solución para el caso aun cuando ésta pudiera resultar incompatible con los principios de moralidad política de la comunidad, el juez dworkiniano no puede apelar a la moralidad política para sustituir la solución prevista.*

Ésta constituye una diferencia relevante con la tesis iusnaturalista en su versión fuerte, ya que la solución que ésta da para el caso es que debe prevalecer la moralidad por sobre la solución normativa o del sistema de derecho.

5. Por qué la teoría de Dworkin no puede ser considerada como una versión débil de la teoría iusnaturalista

Los desarrollos precedentes permitirían presuponer que la tesis de Dworkin, aun cuando limite a los casos difíciles la posibilidad de que el derecho se relacione con los principios de la moralidad política de la comunidad, podría calificarse como teoría iusnaturalista en su versión débil.

PABLO LÓPEZ RUF

Esta posición fue admitida por Dworkin en su ensayo *Retorno al Derecho Natural*⁶, al afirmar: “entonces soy culpable de iusnaturalismo”.

Sin embargo, a partir de la publicación de su libro *El Imperio del Derecho* en 1986, los desarrollos del autor colocan a su teoría al margen de la polémica, en el sentido de que la misma no puede ser considerada por cierto como Teoría Iusnaturalista, ni aun en su versión débil.

En esta obra Dworkin sostiene que no puede conocerse la estructura de la práctica jurídica si no se adopta la perspectiva interna del participante en la práctica jurídica de la comunidad: sólo desde esta perspectiva puede asumirse su rasgo más relevante, que consiste en una práctica argumentativa.

Tal práctica argumentativa implica su carácter controversial, que importa un desacuerdo de alguna de estas tres clases:

- a) Un desacuerdo sobre los hechos, que se resuelve en base a evidencia o pruebas;
- b) un desacuerdo sobre el derecho, que presupone diferentes conceptos de derecho y de los criterios para su determinación;
- c) un desacuerdo sobre la moralidad de la solución dada por el derecho o sobre la fidelidad política que se le debe.

La tesis que Dworkin sostiene en esta obra es que tanto el positivismo jurídico en la versión de Austin y de Hart, como la tesis iusnaturalista impiden dar cuenta de los desacuerdos sobre el derecho, porque ambas teorías impiden plantear el desacuerdo sobre el derecho como desacuerdos en las cuestiones de fidelidad o moralidad.

De este modo, cuando se discute sobre lo que es el derecho la discusión se centra:

- i. En la mayor o menor fidelidad que se le presta al derecho.
- ii. O se disiente sobre lo que el derecho debería ser.

Ambas teorías, para Dworkin, ocultan en consecuencia la cuestión central, que consiste en definir los rasgos del desacuerdo en el derecho y convertirlo en otro tipo de desacuerdo. A este ocultamiento denomina metafóricamente el aguijón semántico.

Su teoría interpretativa pretende liberar a la teoría del derecho del

⁶ *Revista de Derecho de la Universidad de Florida*, vol. XXXIV del año 1982.

¿PUEDE CALIFICARSE DE IUSNATURALISTA LA TEORÍA DE DWORKIN?

aguijón semántico, y esto nos permite afirmar que a partir de su obra *El Imperio del Derecho*, Dworkin pretende colocar su teoría en una tercera vía, que se aparte tanto del positivismo como del iusnaturalismo.

Y esta pretensión se apoya (aunque, diría, tímidamente) en las ideas filosóficas a las que se aproximan la hermenéutica de Gadamer y el culturalismo de Dilthey.

6. Conclusiones

Los desarrollos precedentes me permiten concluir:

1. La teoría de Dworkin no puede ser caracterizada como teoría iusnaturalista en su versión fuerte, toda vez que la moralidad política, que tiene en cuenta sólo para la resolución de casos difíciles, es relativa y mutable.
2. La teoría interpretativa de Dworkin tampoco puede ser caracterizada como teoría iusnaturalista en su versión débil, ya que ésta, como teoría semántica, oculta el tratamiento del carácter controversial del derecho al reducirlo no al derecho que es sino a lo que debe ser.
3. En síntesis, Dworkin ha intentado trazar una teoría de la adjudicación judicial y desarrollar una teoría jurídica, sin interesarle si ésta se adecua o no a los modelos teóricos de iusnaturalismo en sus dos versiones o al positivismo jurídico.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	5
<i>Presentación</i> , por RODOLFO L. VIGO	7

UN ANÁLISIS TRIALISTA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

I. Ideas básicas	11
II. El funcionamiento de las normas desde la posición de quien lo produce	16
1. El mundo jurídico en general	16
a) Dimensión sociológica	16
b) Dimensión normológica	20
c) Dimensión dikelógica	25
2. Las ramas del mundo jurídico	28
3. Horizontes de historia del Derecho y Derecho Comparado	28
III. Conclusión	28

ESCEPTICISMO Y COGNITIVISMO EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

por RICCARDO GUASTINI

1. Escepticismo	31
-----------------------	----

235

2. Una objeción antiescéptica	34
3. Contraobjeción: la variedad de las controversias interpretativas.	35
4. Escepticismo extremo.	40
5. Una objeción moderada: el marco tomado en serio	42
6. Antiescepticismo.	43
7. La doble indeterminación del derecho	45
8. Tipología de la interpretación	46

**LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS
“TEORÍAS DOGMÁTICO-JURÍDICAS”
COMO “CÁLCULOS INTERPRETADOS”**

**El problema del carácter empírico
de la identificación de normas**

por GUILLERMO LARIGUET

.	49
1. Introducción	51
2. Las teorías científicas: la noción formal y la noción empírica	53
2.1. La noción formal	54
2.2. La noción empírica	55
3. Las teorías dogmático-jurídicas en el modelo de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin.	56
3.1. La propuesta de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin	57
4. La ambigüedad de la noción de “identificación” de normas	62
4.1. La identificación de las “normas” “existentes”	63
4.2. La identificación de los ámbitos internos de validez de las normas	68
4.3. La identificación del “significado” de las formulaciones normativas.	69
5. Consideraciones finales	73

**SOBRE LA INTERPRETACIÓN/APLICACIÓN
DEL DERECHO: SU CARÁCTER ALOGRÁFICO**

por EROS ROBERTO GRAU

1. Introducción	75
2. Interpretar/comprender	76
3. Situaciones de isomorfía y situaciones de interpretación	76
4. Por qué se impone la interpretación del derecho	77
5. La exposición de Friedrich Müller y la concretización del derecho	78
6. Comprender y reexpresar	79
7. Significantes y significados	80
8. Artes autográficas y artes alográficas	81
9. El texto normativo es alográfico	81
10. La determinación del contenido normativo	82
11. Texto y norma (las normas resultan de la interpretación)	82
12. El intérprete produce la norma	83
13. El intérprete auténtico	85
14. Interpretación = aplicación	85
15. Interpretación de los textos y de los hechos	85
16. La interpretación de los hechos	86
17. La hipótesis de Durrell	87
18. El texto y los hechos, la norma jurídica y la norma de decisión	88
Bibliografía	89

¿ES POSIBLE INTERPRETAR LITERALMENTE LAS LEYES?

por ENRIQUE P. HABA

I. Introducción	91
II. Noción primaria	95
III. Método gramatical y método semántico	98
IV. Dificultades: sentido literal “puro” y sentido literal “combinado”; aplicación literal y subsunción	99

237

V. Dificultades: sentido objetivo y sentido subjetivo; pluralidad de interpretaciones literales; elementos del sentido literal y fronteras de éste mismo	102
VI. ¿Existe, de veras, la interpretación simplemente “literal”?	106
VII. Una definición	110
VIII. La letra de la ley como punto de partida y como límite para sus interpretaciones (función positiva y función negativa del texto legal)	112
IX. La interpretación “lógica”	116
X. Criterios literales y criterios extraliterales	119
XI. Relaciones entre interpretación literal y otros medios interpretativos.	121
XII. Carácter decisivo de factores extralingüísticos	123
XIII. Conclusiones sobre la interpretación literal	125
XIV. Excurso: tesis básicas generales	127
Literatura	130
a) Trabajos mencionados	130
b) Estudios complementarios del autor	133

DINÁMICA E INTERPRETACIÓN DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

por PABLO MARTÍN PEROT y JORGE L. RODRÍGUEZ

Resumen	137
1. Introducción	138
2. Derechos básicos y un nuevo giro en la discusión en torno a las relaciones entre el derecho y la moral.	138
3. Interpretación constitucional: la tensión entre abstracción y eficacia de los criterios de validez	142
4. Las objeciones contramayoritarias a los sistemas constitucionales	145

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

por MANUEL ATIENZA

.....	153
-------	-----

**UN ANÁLISIS DE LOS SIGNIFICADOS
DEL TÉRMINO “ESTADO”**

por SANTIAGO LEGARRE

..... 163

DEONTOLOGÍA JURÍDICA

por ANDRÉS OLLERO TASSARA

..... 187

Deontología jurídica y moral personal 190

Deontología jurídica y moral social 192

Deontología y moral positiva 197

Deontología jurídica y derecho 204

**LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS
HUMANOS DESDE LATINOAMÉRICA**

por MAURICIO BEUCHOT

Introducción 209

El decurso de la historia 210

Planteamiento teórico latinoamericano 217

Filosofía y derechos humanos 219

Conclusión 221

**¿PUEDE CALIFICARSE DE IUSNATURALISTA
LA TEORÍA DE DWORKIN?**

por PABLO LÓPEZ RUF

1. Introducción 223

2. ¿Qué entiendo por teoría iusnaturalista? 224

a. La versión fuerte de “iusnaturalista” 225

b. La versión débil 225

239

3. ¿Por qué razones la teoría de Dworkin ha sido adscripta a alguna de las dos versiones que acabo de describir?.....	225
4. Por qué afirmo que no puede identificarse la teoría de Dworkin con la denominada versión fuerte de la tesis iusnaturalista	228
5. Por qué la teoría de Dworkin no puede ser considerada como una versión débil de la teoría iusnaturalista	231
6. Conclusiones.....	233

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 23 DE JUNIO DE 2003 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE