

EL DERECHO Y SUS CIRCUNSTANCIAS

NUEVOS ENSAYOS DE FILOSOFÍA JURÍDICA



Juan Antonio García Amado

Universidad
Externado
de Colombia

EL DERECHO Y SUS CIRCUNSTANCIAS

NUEVOS ENSAYOS DE FILOSOFÍA JURÍDICA



Juan Antonio García Amado

Universidad
Externado
de Colombia

EL DERECHO Y SUS CIRCUNSTANCIAS
NUEVOS ENSAYOS DE FILOSOFÍA JURÍDICA

SERIE INTERMEDIA DE TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO N.º 9

JUAN ANTONIO
GARCÍA AMADO

EL DERECHO Y SUS
CIRCUNSTANCIAS
NUEVOS ENSAYOS
DE FILOSOFÍA JURÍDICA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN EBOOK 978-958-710-671-8
ISBN 978-958-710-599-5
ISBN EPUB 978-958-710-957-3

© 2010, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 I) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co
Primera edición: Septiembre de 2010

Imagen de cubierta: *Citta Ideale*, por Piero della Francesca, 1475, Galería Nacional de Urbino
Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

PRÓLOGO

En calidad de director de la Colección de libros de Teoría Jurídica, representa para mí un gran privilegio presentar a la comunidad jurídica hispanoamericana este volumen titulado *El derecho y sus circunstancias*, que contiene una colección de los más recientes ensayos de filosofía jurídica de JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. Bien conocido entre nosotros por sus publicaciones y sus conferencias a lo largo y ancho de España y América Latina, el profesor GARCÍA AMADO es catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de León. Sin lugar a dudas, es una de las voces más relevantes y originales que pueden escucharse en esta disciplina en la escena de habla hispana. Sus dos encomiables tratados, uno sobre la tónica jurídica y otro sobre la norma fundamental de HANS KELSEN, junto a sus artículos, algunos de ellos compilados en antologías publicadas en Colombia, contienen un pensamiento crítico que desafía posiciones mayoritarias, muchas veces aceptadas de manera irreflexiva por la doctrina y la teoría jurídica. El talante de sus textos es agudo y controversial. Sé, con seguridad, que el lector se embeberá con fruición entre las páginas que prologo y sacará gran provecho de ellas.

El presente volumen está dividido en ocho partes. El *leitmotiv* de las tres primeras es una denodada crítica a la ponderación y, en general, al llamado neoconstitucionalismo, que ha permeado la doctrina iusconstitucional en España y en América del Sur. Con base en un solvente marco teórico, elaborado con una reflexión acerca las mejores teorías de la argumentación jurídica y la decisión judicial, el profesor GARCÍA AMADO pone al descubierto con sagacidad las mayores desventajas de la ponderación y muestra cómo este método ha sido utilizado con poca fortuna por algunos tribunales constitucionales, señaladamente el español y el peruano. La cuarta parte está dedicada a KELSEN y al positivismo. Los dos capítulos que la conforman, sobre todo el número 14, son una continuación de la empresa que el profesor GARCÍA AMADO emprendiera en su ya clásica introducción a la edición castellana de *El Estado como integración. Una controversia de principio*, y que intenta desmentir algunos de los más grotescos mitos que se han difundido acerca de la figura y el pensamiento de HANS KELSEN. La quinta

parte se refiere a uno de los temas sobre los que menos se ha reflexionado en el entorno jurídico latinoamericano, en comparación con lo ocurrido en otras latitudes: la enseñanza del derecho. El pretexto para ello es la crítica de la más reciente reforma de la educación superior propuesta en el marco de la Unión Europea, y que se conoce como el proceso de Bolonia. Las partes sexta y séptima se refieren a dos grandes temas de la filosofía política: la justificación de la pena y cómo ello repercute en la concepción del derecho penal, y la concepción del Estado y de uno de sus más tradicionales y, en la actualidad, más discutidos elementos: la nación. El libro finaliza con dos ensayos sobre dos películas: *Raíces Profundas* y *1984*. Estos dos textos representan un brillantísimo ejemplo de cómo es posible utilizar el cine como excusa para reflexionar sobre el derecho, algo que los anglosajones (RICHARD POSNER, entre ellos) también han buscado con el movimiento *Law and Literature*.

Estoy convencido de que las reflexiones sobre esta amalgama de temas y las ideas perspicaces que contiene este libro representan una magnífica contribución a la discusión teórica sobre el derecho. Por esta razón quisiera terminar esta presentación con mi agradecimiento al profesor GARCÍA AMADO por permitirnos publicar estos escritos compilados en este volumen, y a la Universidad Externado de Colombia, en especial a su rector, el doctor FERNANDO HINESTROSA, por su apoyo irrestricto a este proyecto de difusión de la teoría del derecho, y al doctor JORGE SÁNCHEZ, director del Departamento de Publicaciones, y al equipo que él dirige, por el admirable trabajo editorial que está detrás de estas páginas.

CARLOS BERNAL PULIDO

PALABRAS PRELIMINARES

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

De nuevo me honra la Universidad Externado de Colombia al incluir una obra mía en su selecto catálogo de publicaciones, y una vez más tengo la satisfacción de ver mis escritos editados en este país al que tanto debo, lleno de amigos entrañables y de muy estimados colegas.

A diferencia de lo que ocurre en gran parte de la vieja Europa, y, desde luego, en España, en Colombia y en gran parte de Latinoamérica la teoría y la filosofía del derecho y de la política siguen encontrando un ambiente propicio para el mejor debate y un interés que es la mejor muestra de la inquietud intelectual y del afán por construir estados de derecho con sólido fundamento, aunque sea en medio de tantas dificultades heredadas.

Quede aquí, pues, el testimonio más sincero de mi gratitud a tantos amigos y compañeros, a los lectores de antes y de ahora y, muy en particular y como excelente representación de unos y otros, a mi amigo CARLOS BERNAL PULIDO, quien, con su generosidad, es promotor y alma de esta publicación.

Los trabajos que aquí se recogen agrupados son en su mayoría resultado de publicaciones dispersas del último lustro. Enumero a continuación los lugares de su aparición primera.

1. “Interpretar, argumentar, decidir”, en *Anuario de Derecho Penal* (Perú-Suiza), 2005, monográfico sobre “Interpretación y aplicación de la ley penal”, pp. 32-73.
2. “La argumentación y sus lugares en el razonamiento judicial sobre los hechos” (inédito, pendiente de publicación en sendos libros colectivos editados por la Universidad de Medellín y por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador).
3. “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Berbiquí. Revista del Colegio de jueces y Fiscales de Antioquia*, n.º 30, noviembre de 2005, pp. 14-38.
4. “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas” (inédito).

5. “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en F. MANTILLA ESPINOSA (coord.). *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 24-69.

6. “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas”, en MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO (eds.). *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

7. “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”. Una primera versión de este escrito apareció en RICARDO SANÍN RESTREPO (coordinador académico). *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163. Luego se publicó, en la versión que aquí se ofrece, en RICARDO GARCÍA MANRIQUE (ed.). *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 249-331.

8. “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007, de 25 de abril de 2007”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 733, 2007, pp. 1 y 6-10.

9. “Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares”, en *Diario La Ley*, n.º 6212, 17 de marzo de 2005.

10. “Discriminaciones indirectas y equívocos derechos. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, del 15 de enero, y del auto del Tribunal Constitucional 200/2007, de 27 de marzo”, en *Diario La Ley*, n.º 6748, 3 de julio de 2007, pp. 1-5.

11. “Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el expediente n.º 3741-2004-AA/Tc (Caso Salazar Yarlenque)”, en *Jus Constitucional*, n.º I (*La fuerza vinculante del precedente y de la jurisprudencia constitucional*), Perú, enero de 2008, pp. 75-99.

12. “¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil”, en *La*

Ley, año xxii, n.º 5338, 26 de junio de 2001, pp. 1-9.

13. “Hablando de Kelsen con Delgado Pinto”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 1199-1209.

14. “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?” (inédito, pendiente de publicación en 2010 en libro colectivo con las ponencias de simposio sobre el pensamiento político de HANS KELSEN celebrado en septiembre de 2009 en la Universidad EAFIT).

15. “Bolonia como pretexto”, en *El Notario del Siglo xxi*, n.º 23, enero-febrero de 2009, pp. 71-74.

16. “Bolonia y la enseñanza del derecho”, en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 5, mayo de 2009, pp. 42-53.

17. “Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007”, Bogotá, Procuraduría General de la nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP), 2007.

18. “Sobre el *iuspuniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites” (inédito, pendiente de publicación en la revista *Documentación Administrativa*, número monográfico sobre “Potestad sancionadora de la administración”, 2010).

19. “El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid (Edisofer), Buenos Aires (Euros), Montevideo (B de F), 2006, vol. i, pp. 887-924.

20. “Riesgo y derecho penal. Sobre presupuestos constitutivos del derecho penal en el Estado de derecho”, en *Nuevo derecho* (Facultad de Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado, Colombia), i, 2008, pp. 45-61.

21. “¿Quién responde por la mala suerte de cada uno?”, en *Libro en memoria del Prof. Dr. Luis Villar Borda*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

2008, pp. 239-266.

22. “Habermas, los estados y la sociedad mundial”, en *Estudios de derecho* (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia), vol. lxvi, n.º 143, junio de 2007, pp. 67-91.

23. “Michael Oakeshott: el liberalismo contra los mitos de la modernidad” (inédito).

24. “El liberalismo de Isaiah Berlin. La libertad, sus formas y sus límites”, en *Derechos y libertades*, n.º 14, época ii, enero 2006, pp. 41-87.

25. “Metafísicas nacionales”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 42, 2008, pp. 9-30.

26. “Usos de la historia y legitimidad constitucional. Una interpretación de la llamada Ley de Memoria Histórica”, en JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN y RAFAEL ESCUDERO ALDAY (eds.). *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 44-71.

27. “Filosofía del derecho con *Raíces profundas*”, en MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA y BENJAMÍN RIVAYA (coords.). *Una introducción cinematográfica al derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 242-259.

28. “Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria”, en JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO y JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN (coords.). *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 19-45.

I. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL

1. INTERPRETAR, ARGUMENTAR, DECIDIR

1. El verbo *interpretar* tiene distintos sentidos. En derecho suele utilizarse con el sentido de establecer o determinar el significado de algo. Así, la expresión “interpretar x” querrá decir establecer qué significa “x”, para lo cual daremos de “x” una definición o caracterización en términos lingüísticos (o mediante otros signos fácilmente traducibles a signos lingüísticos). Dicha definición o caracterización se contendrá, por tanto, en un enunciado o serie de enunciados, a los cuales, siguiendo la mejor doctrina actual, podemos llamar *enunciados interpretativos*. Naturalmente, estos enunciados interpretativos pueden, a su vez, dar lugar a dudas sobre su preciso significado y alcance, por lo cual pueden ser también objeto de interpretación.

2. En derecho se interpretan diversas cosas y en muy variadas ocasiones, entendiendo por interpretar lo que acabamos de decir, esto es, el establecer o determinar qué significa algo. Porque ese algo puede estar constituido por cosas tales como enunciados, acciones o hechos. En todos los casos se trata de sentar un significado relevante para lo que en derecho se está discutiendo o pueda ser objeto futuro de discusión.

Un hecho puede ser, por ejemplo, la muerte de alguien. Puede ser muy relevante si se trató de una muerte natural o una muerte violenta, o si se debió a una enfermedad espontáneamente surgida o provocada, o facilitada por la ingestión de algún producto. Habrá, pues, que examinar las circunstancias y los pormenores que de esa muerte se conozcan para, a partir de ellos, optar fundadamente, lo más fundadamente que sea posible, por una de esas alternativas en juego, cada una de las cuales va a desencadenar, en su caso, consecuencias jurídicas diferentes.

Similarmente se interpretan las acciones y sus circunstancias. En derecho es muy importante a veces determinar si una acción ha sido, por ejemplo, deliberada o no deliberada y, aún en este último caso, si hubiera podido su autor evitarla en caso de haber tomado ciertas precauciones o si, por el contrario, ni siquiera así sería evitable. Para ello lo que se hace es interpretar

los datos de que se disponga y que puedan apuntar en uno u otro de tales sentidos.

Un informe de balística, el testimonio de un testigo, un dictamen psiquiátrico, una confesión de parte, etc., son interpretados por el juez (y por el resto de los operadores en un proceso) para responder a esas cuestiones básicas sobre el significado que importa de ciertos hechos (fue muerte natural o violenta, *v. gr.*) o de ciertas acciones (fue una acción intencional o no intencional, *v. gr.*). Vemos que ya en la interpretación de los hechos lo que se produce es una cadena de interpretaciones: para establecer el significado que importa^{1} del hecho H debe el intérprete atenerse a ciertos hechos relacionados $F^1, F^2... F^n$, cada uno de los cuales, a su vez, puede ser interpretado en su relevancia en lo que importan desde otros hechos relacionados $D^1, D^2... D^n$. Y así sucesivamente, hacia atrás, en una cadena que tiene su límite último en lo que marquen el sentido común, las posibilidades empíricas o las posibilidades normativas.

Un ejemplo de esto. Un conductor provoca un accidente automovilístico en el que muere una persona. Se trata de saber si dicho conductor iba borracho al provocar el accidente, cuestión de la que puede depender su grado de responsabilidad por tal hecho. Averiguamos, pues, un hecho, el hecho de su embriaguez. Pero cuando no hay pruebas empíricas absolutamente evidentes e irrefutables de lo uno o de lo otro, dicha averiguación es más bien interpretación de indicios, de pruebas en sentido jurídico, no en el sentido en que en la ciencia se prueba experimentalmente la verdad de una hipótesis. Pues bien, llamemos H al hecho de que nuestro conductor iba sobrio (H^1) o borracho (H^2). Esas son aquí las alternativas interpretativas. Lo primero que en derecho seguramente nos vamos a encontrar es una regla de interpretación de los hechos y a tenor de la cual si no probamos que el conductor iba borracho (H^2), debe quedar, a efectos jurídicos, establecido que no puede responder por tal, es decir, que a falta de prueba de H^2 en derecho se decide como si los hechos se correspondieran con H^1 . Es muy importante esto, que tiene que ver claramente con la presunción de inocencia y el principio (interpretativo de los hechos) *in dubio pro reo*, y que aquí, sin demasiadas pretensiones analíticas, podríamos caracterizar así: a la hora de interpretar los hechos de los que depende la sanción que un sujeto pueda recibir, se estará a que ocurrieron del modo que a esos efectos sancionatorios sean más favorables para tal sujeto, salvo que se pruebe que

ocurrieron de otra forma, es decir, de una forma que le resulte sancionatoriamente más onerosa. Por eso se insiste siempre en que declarar que alguien es inocente por aplicación de la presunción de inocencia no supone establecer que no realizó cierto hecho, sino que no puede en derecho pagar por él, tanto si en la realidad lo realizó como, obviamente, si no. La presunción de inocencia no es sino una regla interpretativa de los hechos que dirime en caso de empate entre las alternativas interpretativas de diferente grado de gravedad para el imputado.

Sigamos con nuestro ejemplo y pongamos que a favor de H^2 (la borrachera del sujeto) se cuenta con el testimonio de un testigo que lo vio salir tambaleándose de un bar antes de tomar su coche. A ese testimonio de tal testigo lo llamamos F^1 . Tenemos ya un hecho, H , cuyo significado jurídico es dudoso, en cuanto que hay más de una alternativa interpretativa de él (H^1 vs. H^2), pero a favor de H^2 se cuenta con ese testimonio F^1 . Pero F^1 también puede necesitar ser interpretado, y tal interpretación se hace atendiendo a cosas tales como si la vista del testigo es buena (D^1), si tal testigo estaba a su vez sobrio o bebido en el momento en que vio lo que narra (D^2), si tiene algún tipo de amistad con el conductor acusado (D^2), etc. (D^n).

Así pues, los hechos y las acciones en derecho también se interpretan, y en muy buena medida cabría sostener que la teoría de la prueba de los hechos es teoría de la interpretación de los hechos. Pero ese no es aquí nuestro tema.

3. En la teoría jurídica se suele hablar de interpretación para referirse al establecimiento del significado de enunciados jurídicos. Estos enunciados que se interpretan pueden contenerse en muy distintas sedes: leyes, reglamentos, sentencias, contratos, testamentos, etc. Podemos en términos generales, pues, decir que el derecho se compone (exclusivamente, básicamente o parcialmente, esa es otra discusión) de ciertos enunciados^{1a}, que poseen valor dirimente de conflictos. Según cuál sea el tipo de tales enunciados, pueden regir reglas distintas para su interpretación. Así, en derecho español el artículo 3. I del Código Civil enumera pautas para la interpretación de las normas^{2}, los artículos 1281 a 1289 tratan “De la interpretación de los contratos” y el artículo 675^{3} regula aspectos de la interpretación de los testamentos.

En adelante ya hablaremos sólo de la interpretación de enunciados jurídicos normativos.

4. La necesidad de interpretar responde a la aparición de un problema interpretativo. Hay un problema interpretativo cuando la solución de un caso aparece como dependiente de la elección que se haga de entre alternativas de significado de uno o varios enunciados jurídicos normativos.

Del resultado de esa elección entre alternativas de significado pueden depender cosas tales como:

a. Cuál de dos o más normas se aplica al caso. Así, en derecho penal español, del conjunto total de los homicidios el legislador individualiza el conjunto de los asesinatos, siendo asesinato aquel homicidio en que concurre al menos uno de los siguientes elementos: alevosía, precio recompensa o promesa, o ensañamiento.^{4}. Así que, establecido que A mató a B, la norma aplicable (y la correspondiente sanción) dependerá, en primer lugar, de cómo se precise el significado de términos como “alevosía”, “precio”, “recompensa”, “dolor”, etc.

Pongamos que “dolor” puede tener al menos dos significados diversos que aquí pueden venir a cuento. Según el primero de esos dos significados posibles (S¹), “dolor” quiere decir ahí “padecimiento físico”. Según el segundo significado posible (S²), “dolor” quiere decir “sufrimiento intenso de cualquier tipo”. Ahora imaginemos que el homicida provocó a su víctima, mientras la mataba, un profundo sufrimiento psíquico (por ejemplo, diciéndole que luego capturaría y torturaría a sus hijos), aunque la muerte que le acabó causando fue totalmente indolora, es decir, exenta de todo padecimiento físico. ¿Estaríamos ante un caso de asesinato o de homicidio simple? La respuesta dependerá de cómo hayamos interpretado “dolor” en el párrafo tercero del mencionado artículo 139. Si lo hemos entendido con el significado S², se aplicará al caso este artículo 139; si le hemos asignado el significado S¹, la norma aplicable será la del homicidio simple del artículo 138. Aquí *tertium non datur*.

b. Qué consecuencia se sigue de la norma aplicable para el caso. Sentado ya que la norma aplicable sea una determinada, la consecuencia precisa que de ella se derive para el caso dependerá del modo como sean interpretados los términos de aquélla, siempre que para tales términos haya al menos dos alternativas interpretativas.

5. Hasta ahora hemos dicho que un problema interpretativo surge cuando se plantean alternativas interpretativas para un enunciado normativo.^{5}, es

decir, cuando para el enunciado N caben los significados S^1 y S^2 , o más. Pero ¿qué quiere decir que “cabén” esos significados? Con esta pregunta llegamos a una de las más importantes bifurcaciones de la teoría de la interpretación jurídica, íntimamente relacionada con la teoría del derecho a que cada teórico de la interpretación se acoja. Veámoslo.

A la hora de manejar el significado de N pueden ocurrir dos cosas. Una, que objetivamente N contenga algún género y grado de indeterminación que a mí me impida saber con total exactitud y sin margen de duda qué quiere decir para el caso que tengo entre manos, de modo que pueda querer decir tanto S^1 como S^2 . Otra, que subjetivamente a mí me desagrade, por las razones que sean, el significado claro que N tenga para el caso, o cualquiera de los significados, S^1 , S^2 . S_n , objetivamente posibles, de modo que opto por un significado S' que ningún hablante competente consideraría compatible con la semántica, la sintaxis y la pragmática de N. Ilustrémoslo con un supuesto ordinario. Mi vecino me dice: “Te prometo que si necesitas comida, yo te la regalo”. Puedo interpretar esta promesa de muchas formas distintas, ninguna de las cuales vulnera las reglas de nuestro idioma. Así, puedo entender que me promete que me dará algo de comer en caso de que yo me encuentre en situación de grave necesidad, o que me dará más comida si la que yo tengo no me alcanza, por ejemplo porque soy muy glotón, o que si hay algún alimento que yo no tengo en mi despensa él me lo regalará; etc. Son varias las interpretaciones objetivamente posibles allí. Ya se ve que llamamos interpretaciones objetivamente posibles a aquellas que no son incompatibles con las reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas de nuestro lenguaje, ya sea éste el lenguaje ordinario o cualquier lenguaje especializado no puramente formalizado.

Siguiendo con el supuesto, ¿qué ocurre si yo quiero entender que lo que mi vecino me promete es que me dará todo el dinero que yo necesite para llegar a fin de mes disfrutando de una vida cómoda y lujosa? Tanto mi vecino como cualquier conocido al que se le pregunte me responderán que no, que la promesa versaba sobre comida que yo pudiera necesitar, pero que de ningún modo tal cosa puede significar que me va a regalar dinero, y menos en la cantidad que sea de mi gusto. Mas si yo soy jurista podré echar mano de toda una serie de recursos para transmutar, a modo de alquimia lingüística, lo que objetivamente mi vecino me podía estar prometiendo en lo que a mí me interesa que sea el objeto de su promesa. Y haré razonamientos de este

calibre, tan frecuentes en la praxis jurídica: el fin de su promesa era aliviarme una necesidad importante, como es la de alimentación; yo tengo otras necesidades tanto o más importantes, como la de techo o cultura, por lo que, por la misma razón (o con más razón aún) que da sentido a la promesa de alimentarme, hay que entender que queda abarcada también la de pagarme el alquiler o darme para la entrada del cine. Habré realizado así un razonamiento analógico o uno *a fortiori*. O de este otro tipo: a la promesa de mi vecino subyace la finalidad de ayudarme en mis cuitas, pues me aprecia y desea auxiliarme, y, dado ese fin, se cumple, y en tanta o mayor medida si me paga el alquiler de la casa donde vivo, pues aunque tal cosa no esté comprendida en las palabras de su promesa, sí que lo estará en su intención al hacerla o en su mejor sentido objetivo de fondo. Habré llevado a cabo de esta forma una interpretación teleológica *contra legem*, con base en que los fines que en el fondo dan sentido a una norma deben contar más aún que las palabras con que en la dicción de la norma se expresan. O podré decir que la promesa de mi vecino es aplicación del principio general de que se debe ayudar al necesitado, principio inserto en la constitución moral misma de nuestra sociedad, por lo que, en coherente aplicación de tal principio, mi vecino debe ayudarme no sólo con el alimento, sino también con otras cosas, como el pago de mi vivienda, pues no habría razón aceptable para circunscribir sólo a lo primero su propósito de ayuda. Ahí andan los principios haciendo de las suyas.

Podríamos seguir un largo trecho con este juego de lo que un jurista podría tramar para convencer a su vecino de que éste le prometió mucho más de lo que le dijo que le prometía. Y el lector juzgará descaro del vecino que así argumentara y despropósito de sus argumentos. Pues bien, con esto llegamos a la gran pregunta que en este momento tenemos que tratar: por qué, si tales modos de interpretar y argumentar las interpretaciones se consideran fuera de lugar y rechazables cuando se trata de una promesa, se admiten, en cambio, por tantos y con tanta alegría cuando se trata de dar significado a los enunciados normativos del derecho.

Hemos visto en el ejemplo anterior que frente a las interpretaciones objetivamente posibles del enunciado de su promesa se contraponen y se hacen imperar las interpretaciones subjetivas que el beneficiario de la promesa *quiere* darle, sin bien ese su querer, ese interés que lo guía al saltarse lo que de objetivo haya en el lenguaje de la promesa en cuestión, se disfraza

mediante argumentos de hermosas resonancias y considerable complejidad. ¿Pasa lo mismo en la práctica del derecho cuando los jueces rebasan todo significado objetivamente posible de una norma para presentar como significado debido uno que no cabe dentro de la semántica de sus términos, su sintaxis, su contexto normativo y la pragmática de su uso? Mi tesis es que sí, pero es una tesis claramente minoritaria en estos tiempos, he de reconocerlo.

6. Denominaré positivista a la teoría de la interpretación que aquí presento. Y es obligado puntualizar de inmediato que el positivismo del que participo es del tipo del que defendiera en el siglo xx un autor como HART. Nada que ver, por tanto, con el ingenuo formalismo y el optimismo ciego de gran parte del positivismo decimonónico, como el de la escuela de la exégesis. Este positivismo decimonónico se basaba en una visión completamente idealizada del sistema jurídico, según la cual dicho sistema goza de tres maravillosas virtudes: es completo, es decir, no tiene lagunas; es coherente, lo que implica que no se dan en su seno antinomias; y es claro, lo que supone que sus normas o bien se contienen en enunciados que raramente plantean oscuridades o indeterminaciones semánticas y sintácticas (escuela de la exégesis, en Francia), o bien tales normas existen independientemente de su concreta enunciación, en un mundo de entidades ideales o conceptos puros que en su seno abrigan la plena prefiguración de cualquier institución jurídica (jurisprudencia de conceptos, en Alemania). Ese positivismo ingenuo y metafísico cayó en el más absoluto descrédito teórico con el paso del siglo xix al siglo xx, por obra de la contundente crítica de corrientes como la escuela de derecho libre, la jurisprudencia de intereses, el realismo jurídico, etc., y muy particularmente de autores como Jhering (en su segunda época) GÉNY, HECK, KANTOROWICZ, FUCHS, EHRLICH, ROSS, etc. Y Kelsen, no lo olvidemos, que desde su positivismo fustigó con saña la teoría de la interpretación y aplicación del derecho propia de las mencionadas doctrinas decimonónicas. Es fácil comprobarlo contrastando las tesis de éstos con el capítulo último de la kelseniana *Teoría pura del derecho*, en cualquiera de sus ediciones.

7. Pero he dicho que la positivista no es ni la única doctrina hoy en presencia al hablar de interpretación ni la dominante. Distinguiremos brevemente tres

tipos de teorías de la interpretación hoy en pugna, a las que denominaremos positivista o lingüística, intencionalista y axiológica.

– La teoría positivista de la interpretación jurídica podría sintetizarse así, en rasgos simplificadores y muy elementales: a. todo el derecho se contiene y se agota en enunciados normativos; b. tales enunciados se expresan en lenguaje ordinario, especializado o no, por lo que adolecen, en grado mayor o menor, de problemas de indeterminación, ya sea por ambigüedad o, principalmente, por vaguedad; c. tal indeterminación consustancial hace siempre inevitable la interpretación como actividad mediadora entre el enunciado de la norma y la resolución del caso a la que aquélla se aplica; d. por tanto, el intérprete deberá elegir entre las interpretaciones posibles (en el sentido que antes señalé), pero sólo entre las interpretaciones posibles; e. dicha elección es discrecional, pero no debe ser arbitraria, lo cual quiere decir que el juez ha de justificar su opción mediante argumentos tan convincentes como sea posible, si bien en el entendido de que tal justificación no será nunca una demostración perfecta e irrefutable de la absoluta preferencia de la interpretación elegida; f. cuando el juez aplica una norma dándole un significado que rebasa sus interpretaciones posibles ya no está interpretando, sino creando una norma nueva que reemplaza (no meramente que concreta o complementa) a la hasta entonces vigente^{6}; g. tal reemplazo de la norma previa aplicable por otra de la mera cosecha del juez plantea un grave problema de legitimidad, sean cuales sean las razones con las que se justifique, y más en democracia, pues supone la suplantación del legislador democrático, representante de la soberanía popular, por otro poder, el judicial, que carece de tal legitimación para la creación de normas opuestas a las del legislativo; h. hay numerosas ocasiones en que el juez sí está legitimado para aplicar normas de su creación, como sucede en los casos de laguna, o de su preferencia, como ocurre en los casos de antinomia no resoluble por las reglas usuales para tal fin (*lex superior, lex posterior, lex specialis*).

En consecuencia, el positivismo jurídico contemporáneo reconoce una amplia discrecionalidad judicial a la hora de interpretar y aplicar el derecho, discrecionalidad que se traduce en que el juez debe elegir (justificadamente) entre a. las normas que *prima facie* puedan parecer aplicables al caso, en razón de sus interpretaciones posibles; b. las interpretaciones posibles de las normas elegidas para decidir el caso; c. la norma preferible en caso de

antinomia irresoluble por otra vía; d. la norma mediante la que resolver el caso para el que el sistema jurídico no contiene previsión normativa previa aplicable. Y esto sin contar con la discrecionalidad, igualmente ineliminable, en lo referido a la valoración e interpretación de los hechos del caso.

En las doctrinas positivistas el valor seguridad jurídica, especialmente en su apartado de certeza, prevalece sobre los otros valores jurídicos.

– Las doctrinas que denomino intencionalistas consideran que: a el derecho es, antes que nada, un conjunto de contenidos de voluntad de la persona o personas legitimadas para dictar normas jurídicas; b. dichos contenidos suelen manifestarse en enunciados que se contienen en ciertos documentos o cuerpos jurídicos (Constitución, leyes, reglamentos, sentencias.), pero (1) puede ocurrir que una parte de esos contenidos volitivos que son derecho no se hallen expresados en tales enunciados, por lo que el derecho es más que tales enunciados que pretenden recogerlo, de modo que lo que en el conjunto de tales enunciados puede parecer una laguna no lo sea en realidad en el derecho; (2) puede ocurrir que esos contenidos sean precisos y determinados en su origen, pero no estén plasmados con suficiente precisión y determinación en los enunciados expresos que se contienen en los cuerpos jurídicos, con lo que la indeterminación de dichos enunciados no significa de por sí indeterminación correspondiente del derecho, y (3) puede acontecer que el autor de la norma haya errado al expresar su voluntad constitutiva, con lo que hay una discrepancia entre lo manifestado en los enunciados normativos presentes en los cuerpos jurídicos y lo realmente querido por el legislador, discrepancia que debe resolverse en favor de esto último, y por lo que no toda interpretación *contra legem* es interpretación contraria a derecho, ya que la esencia del derecho no está en su letra y puede contradecirse con ésta; y, por contra, en tales casos de discrepancia entre letra y voluntad una interpretación fiel a la letra resultará interpretación contraria a derecho; c. el juez carece de legitimidad para suplantar la voluntad del legislador por la propia, y ésta sólo podrá dirimir cuando no sea posible averiguar qué fue lo querido por el legislador y, además, no pueda presumirse reflejado en la letra de la ley por ser ésta igualmente indeterminada en lo que importa para el caso.

Esta teoría intencionalista es la que subyace a las versiones más extremas de la teoría subjetiva de la interpretación y a las teorías de la interpretación constitucional denominadas originalistas, de importante presencia en el

debate constitucional estadounidense. En cuanto proclaman la superioridad del legislador sobre el juez son, cuando se defienden en un contexto democrático, celosas de la preeminencia del principio democrático, pero por su apego al sentido subjetivo originario de las normas tienen efectos muy conservadores cuando se trata de la aplicación de normas de cierta antigüedad.

En estas corrientes intencionalistas el valor autoridad (legítima) prevalece sobre los otros valores jurídicos.

– Las doctrinas que llamo axiológicas se sintetizarían en las siguientes notas principales: a. el sistema jurídico se cimienta en un sistema o conjunto ordenado de valores, que son su base y le dan su sentido último y más determinante; b. dichos contenidos valorativos, que son la esencia del sistema jurídico, tratan de expresarse a través de los enunciados normativos contenidos en los cuerpos jurídicos; c. puede ocurrir que 1. el autor de la norma no haya expresado en el correspondiente enunciado con suficiente claridad los contenidos del derecho para los casos que ahí se resuelven, pero en tal caso las interpretaciones lingüísticamente posibles no son las interpretaciones jurídicamente posibles, pues en el derecho, en cuanto sistema de valores articulados y desarrollados, está claro lo que en las palabras de la ley resta indeterminado; o 2. que en las palabras de la ley resulte clara una solución que, sin embargo, no sea la que se corresponde con la esencia axiológica que gobierna en derecho ese sector de casos o ese asunto, en cuyo caso la interpretación contraria al tenor de la ley será, sin embargo, la demandada por el derecho, en su verdadera y más cierta esencia; o 3. que en los enunciados normativos presentes en los cuerpos jurídicos nada se diga que pueda entenderse referido y aplicable al caso que se resuelve, pese a lo cual no habrá laguna, pues seguro que en el fondo valorativo del sistema jurídico sí que se contiene solución preestablecida, cierta y única para ese caso que ni en la letra de la norma ni en la voluntad del legislador aparece contemplado.

Como se ve, estas teorías axiológicas de la interpretación son la versión contemporánea de aquel formalismo radical que en el siglo xix era propio del positivismo ingenuo. No es de extrañar, pues, como aquél, estas doctrinas tienen un fuerte componente metafísico e idealista, que se traduce ante todo en la convicción de que el derecho no es una realidad lingüística (como cree

cierto positivismo contemporáneo) ni empírica (como creen las teorías del derecho de corte realista y sociologista), sino que se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso del modo mejor la justicia y el bien y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo, el entendimiento de los ciudadanos lingüísticamente competentes y hasta las determinaciones históricas y sociales. Como doctrina metafísica que es, esta teoría del derecho y de la interpretación presupone que existen semejantes esencias valorativas precisas y contenedoras de la solución más justa para todos los casos en derecho, y que, además, son perfectamente cognoscibles, y muy en particular cognoscibles por los jueces, quienes, en razón de una especial capacidad o posición (que no suele fundamentarse en tales teorías) están en mejores condiciones que el legislador democrático o el ciudadano ordinario para acceder a ellas, incluso en lo que tienen de contradictorio con el sentir del legislador o el entender de la ciudadanía. Se trata, pues, de doctrinas con un potente componente de elitismo judicial y doctrinal, ya que dividen el mundo entre quienes por definición conocen, y conocen bien, las esencias ideales de lo jurídico, como ocurre con los profesores (al menos los de tal orientación) y los jueces, y quienes padecen una constitutiva obnubilación jurídico-valorativa, como es el caso de los ciudadanos sin toga profesoral o judicial y, especialmente, del legislador democrático.

Por supuesto, en las doctrinas de este tipo, como en las dos anteriores, hay variantes y grados. Por una parte, se distinguen por el tipo de teoría de los valores que las inspira, y se puede a tal propósito diferenciar entre las que consideran que la base del derecho es un sistema de valores de contenido intemporal y universal, y las que entienden que esos valores objetivos que sostienen el derecho tienen un carácter histórico y vinculado a cada cultura o sociedad concreta. El primero sería el caso del iusnaturalismo y el segundo el de DWORKIN, por ejemplo. Por otra parte, también se diferencian en el grado de determinación y operatividad decisoria que otorgan a esos valores que sustentan y alimentan el sistema jurídico, y mientras que unos, como el primer DWORKIN, defienden que, al menos idealmente, en tales valores se contiene predeterminada la única respuesta correcta para todo conflicto jurídico, otros, como el primer ALEXY, mantienen que dichos valores no sirven para fundar una única respuesta correcta para cada caso, sino

meramente para descartar las respuestas abiertamente incorrectas por injustas. Con ello se diferencian también en el margen de discrecionalidad que le reconocen al juez y en su grado de deferencia con el legislador.

De este tipo es el fuerte movimiento doctrinal actual que recibe el nombre de neoconstitucionalismo y que, además de los citados, está paradigmáticamente representado por autores como ZAGREBELSKY, en su obra *El derecho dúctil*.

No hace falta decir que el valor que estas corrientes hacen preponderar es el valor justicia, que gana así, en ellas, a la seguridad jurídica y a la legitimidad de la autoridad.

Mis consideraciones en lo que sigue serán desarrollo y aplicación de la teoría positivista a que me adscribo, y sólo mencionaré las otras ocasionalmente y a efectos comparativos.

8. Recapitulemos muy brevemente y complementemos con unas muy elementales nociones sobre las causas más comunes de la indeterminación de los enunciados normativos.

Un enunciado normativo adolece de indeterminación en algún grado cuando no sabemos exactamente a qué se refiere. Ese no saber a qué se refiere exactamente pueden verlo tanto la doctrina como la práctica jurídica decisoria. En el primer caso nos hallamos cuando un tratadista que explica o comenta un precepto normativo se pregunta a qué casos se refiere dicho precepto y constata que hay casos de los que se duda si caen dentro o fuera de su regulación, dependiendo de cuál sea la interpretación que se haga valer. Dicho tratadista puede limitarse a enumerar cuáles son esas interpretaciones posibles, con sus respectivas consecuencias para unos casos u otros, como quería KELSEN que los dogmáticos hicieran para que su labor fuera científica y no política, o puede sentar cuál es la interpretación, de las posibles, que le parece preferible, por las razones que en tal caso debe explicitar, si no quiere que su interpretación se pueda reputar de arbitraria. Esa es la llamada interpretación doctrinal, a la que no volveré a referirme aquí. Su importancia deriva de su posible influencia sobre la interpretación práctico-decisoria que llevan a cabo los jueces y tribunales y los demás órganos con capacidad decisoria en derecho.

Cuando uno de esos órganos decisorios se topa con un problema interpretativo en el caso que tiene que resolver, deberá necesariamente elegir

entre una de las interpretaciones posibles. Si dicho órgano está legalmente sujeto a la obligación de motivar sus resoluciones, como ocurre con los jueces y tribunales, deberá justificar esa elección interpretativa mediante razones, ya que al determinar esas opciones interpretativas (junto con las referidas a los hechos) el contenido concreto del fallo, motivar éste tiene que ser necesariamente fundamentar aquéllas. Volveremos sobre esto al hablar del papel de la argumentación.

Retomemos el hilo. Decíamos que un enunciado normativo plantea un problema interpretativo cuando no sabemos con total precisión a qué se refiere, o, lo que es lo mismo, cuando su referencia no está totalmente determinada. Esa indeterminación o no saber a qué se refiere puede deberse a dos razones principales:

a. Que haya varias cosas heterogéneas que se denominen así. El término “copa”, por ejemplo, presenta ese problema, pues tanto se denomina así un recipiente para beber como una parte de los árboles o como un trofeo que se suele entregar a los ganadores de ciertos torneos. Una norma que dijera “se premiará con una copa al que consiga X” plantea el problema interpretativo de si tal premio consiste en un trofeo, en una valiosa copa para beber o en una invitación a beber una copa de buen vino. Estamos aquí ante los casos de ambigüedad semántica. Muy a menudo tal ambigüedad semántica se resuelve fácilmente poniendo el enunciado en cuestión en su contexto, de modo que claramente se puede apreciar de qué se está hablando. Pero no siempre ocurre así. Un ejemplo real de problema interpretativo derivado de la ambigüedad es el que se plantea a propósito del término “llevar” en el artículo 242, apartado I, del Código Penal español^{7}.

Otras veces la ambigüedad es sintáctica, pues lo que introduce la posibilidad de dos significados distintos e incompatibles es la colocación de una palabra en la frase o la presencia de un signo que puede dar lugar a dos sentidos diversos del enunciado. Un ejemplo así lo ofrece el artículo 268 del Código Penal español^{8}.

b. Que el significado sea único (o que ya se haya sentado cuál es el que aquí cuenta), pero que no esté perfectamente delimitado el conjunto de los elementos que caen bajo la referencia del término o expresión en cuestión. Estamos entonces ante un problema de vaguedad. Un ejemplo de tantísimos lo encontramos en el artículo 182 del Código Penal español de 1975^{19}, que tipificaba como violación, entre otras cosas, “la introducción de objetos” por

vía vaginal o anal, mediando violencia o intimidación. Hay cosas de las que nadie dudaría que son “objetos”, por lo que todos concordaríamos en que al mencionar dicho término la ley se refiere sin duda a cosas tales como un palo o un tenedor. Pero ¿y los dedos? ¿es “objeto” un dedo a efectos de tal artículo?, ¿se refiere dicho término también a un dedo de una mano? La única respuesta que de antemano se puede dar en derecho para una pregunta así es “depende”: depende de la interpretación que hagamos de dicho término legal, de que a su referencia posible le demos su alcance más amplio (interpretación extensiva) o más restringido (interpretación restrictiva). La sentencia del 23 de marzo de 1999 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español tuvo que decidir un asunto tal e interpretó que por “objetos” había que entender “cosas inanimadas o inanes^{10}”. El Tribunal optó, en consecuencia, por la interpretación restrictiva que dejaba el hecho enjuiciado fuera del alcance o referencia del enunciado del citado artículo. Pero es exactamente eso, una opción, frente a la que también cabía en derecho la contraria, y el acierto de elegir una u otra no depende del contenido en sí de la elección, sino de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que se apoye.

Cuando la aplicación de la norma al caso depende de la interpretación que hagamos de los términos y expresiones de aquélla, diremos, siguiendo la terminología que sentara HART, que dicho caso cae dentro de la zona de penumbra del enunciado de dicha norma; es decir, que ni es un caso al que sin lugar a duda la norma se refiere, ni es un caso que sin lugar a duda queda fuera de los contemplados por dicha norma. A efectos del mencionado artículo 182 del Código Penal de 1975 (o del 179 del Código actual), nadie en sus cabales y sin intenciones torcidas negará que un puñal es un objeto o afirmará que un pensamiento sí lo es. En cambio, los dedos caen en la zona de penumbra, como hemos visto, pues que lo sean o no lo sean depende de cómo definamos lo que en esa norma significa “objeto”.

Resumiendo y completando, un término es vago cuando no viene dada con él la enumeración exacta de los elementos que integran el conjunto de seres o estados de cosas a los que se refiere (vaguedad extensional: cuando el conjunto de los elementos referidos por el término es un conjunto abierto) y cuando, correlativamente, no vienen con él definidos los caracteres precisos que reúnen todos los elementos referidos por él (vaguedad intensional:

cuando el conjunto de los caracteres definitorios de los elementos que forman parte del conjunto referido por el término es un conjunto abierto). El término “objetos” en el artículo 182 citado es vago, porque sin interpretar ese término, es decir, sin precisar su significado mediante la interpretación, no sabemos la lista completa de las cosas que pueden ahí contar como “objetos” (por ejemplo, no sabemos si un dedo lo es o no lo es), lo que se relaciona estrechamente con que tampoco podemos antes de la interpretación determinar la lista completa de los caracteres que definen ahí lo que sea un objeto (por ejemplo, si el ser inerte es o no definitorio de lo que sea un objeto).

Toda decisión judicial de un caso termina en una subsunción de dicho caso bajo la norma que se ha estimado aplicable. Ahora bien: esa norma bajo la que el caso se subsume será siempre una norma interpretada, una norma a cuyo enunciado inicial, el que se contiene en un cuerpo jurídico (por ejemplo el Código Penal), se han añadido por vía interpretativa precisiones suficientes para poder afirmar sin arbitrariedad que bajo tal enunciado, así complementado mediante la interpretación, sí cae el caso de que se trata.

Cuando un positivista habla de subsunción se hace de inmediato sospechoso de recaer en aquel formalismo decimonónico del que antes hablamos. Pero es un torpe error verlo así. Aquellas corrientes dominantes en el siglo xix creían que la aplicación de las normas jurídicas es mera subsunción porque, en razón del mito aquel de la claridad constitutiva de la ley, de dichas normas se pensaba que determinaban plenamente el fallo sin necesidad de añadido ninguno; por tal razón se desconocía también la discrecionalidad judicial, pues se entendía que la interpretación posible era siempre una sola, no varias entre las que elegir fundadamente, razón también por la que se daba tan escasa importancia a la motivación de la sentencia y solía ser ésta tan esquemática. Y cuando no se confiaba en que estuviera la norma perfectamente determinada en los términos con los que el Código la recogía, se sostenía que tal determinación sí era plena en la esencia última de los conceptos o los valores jurídicos, verdadero núcleo del sistema jurídico, frente al que las palabras poco importan, las haya o no y sean o no precisas. Tal pensaba la jurisprudencia de conceptos, como ya sabemos, y tal es lo que hoy sostienen las corrientes de tipo axiológico, como el neoconstitucionalismo, como ya hemos visto también. Por eso aquel radical formalismo del siglo xix es hoy negado por el positivismo, pero ha sido

heredado, en versión corregida y aumentada, por este tipo mencionado de doctrinas antipositivistas.

Lo que aquí queremos decir es que toda decisión judicial tiene una estructura subsuntiva, pero que dicha subsunción final acontece a partir de una interpretación de los hechos y de los enunciados jurídicos que es llevada a cabo por el juez y en la que goza de amplia discrecionalidad, que no de arbitrariedad, pues a. la elección discrecional no es de la interpretación que más le guste, sin límite alguno, sino de entre las que hemos llamado interpretaciones (objetivamente) posibles, y b. dicha elección, aun así acotada, debe ser justificada mediante argumentos admisibles, pertinentes y bien desarrollados. En esto último es muy relevante la aportación en los últimos tiempos de las llamadas teorías de la argumentación jurídica.

En otras palabras, y para resumir, un enunciado normativo no es aplicable a la resolución de un caso mientras respecto de éste no se ha resuelto, mediante la interpretación, todo problema de ambigüedad o vaguedad.

9. Regresemos al ejemplo aquel de la promesa que me hizo mi vecino y que rezaba “Te prometo que si necesitas comida, yo te la regalo”. Conforme a la noción que hemos expuesto de interpretaciones posibles, a este enunciado cabe darle distintas interpretaciones posibles, alguna de las cuales ya se mencionaron más arriba. Y también otras que rebasan ese límite. Aquí, como ya se ha dicho, llamamos interpretación a un razonamiento compuesto de dos partes o pasos: el establecimiento de las interpretaciones posibles de la norma para el caso y la opción por una de ellas. Es decir, que si yo digo que el significado de tal enunciado de promesa es que mi vecino me va a comprar un coche cuando yo lo necesite, no estoy interpretando, sino inventándome una promesa nueva, ya sea porque me conviene, porque enloquecí o por las dos cosas.

Pongamos, como hipótesis y para simplificar, que las interpretaciones posibles fueran sólo estas dos, que llamaremos I^1 e I^2 :

I^1 : si estoy en situación de peligro para mi salud por falta radical de alimento, mi vecino me dará algún alimento.

I^2 : si el alimento de que dispongo no me alcanza para saciar mi gran hambre, mi vecino me dará algún alimento adicional.

Si yo le digo a alguien, incluido mi vecino, que el significado de la promesa es el de I^2 , lo normal, y más en caso de que haya algún conflicto al

respecto, será que mi interlocutor me pregunte por qué esa interpretación y no la otra. Ante tal pregunta, yo puedo hacer varias cosas: a. guardar silencio y no dar razón ninguna; b. decir que porque sí, o porque yo lo digo; c. decir que porque es lo que más me conviene a mí, que para eso estoy interpretando yo; d. decir cosa tal como que se me apareció el arcángel san Gabriel y me transmitió la voluntad divina de que así fuera entendida esa promesa; e. decir que el comportamiento general de mi vecino tanto antes como después de formular la promesa, así como la intención que éste me manifestó a mí mismo y a otros respaldan el sentido que yo di a sus palabras.

Si mi actitud es la de a. mi interpretación pasará por perfectamente gratuita e injustificada, puesto que nada alego en su favor. En cambio en los casos b a d sí respaldo la atribución de significado que hago a la promesa mediante razones o argumentos. Pero, ¿valen y valen igual todos esos argumentos? Los argumentos contenidos en los casos b a d no los consideraríamos en la vida ordinaria argumentos que realmente sostengan o aporten justificaciones admisibles a mi interpretación. El primero, b, porque hace una arbitraria invocación de la autoridad que no tengo. El segundo, c, porque invoca la parcialidad descarada de mi juicio allí donde se me pide que aporte fundamentos que puedan resultar razonables para un observador imparcial y desinteresado, como pueda ser el interlocutor que me hace la pregunta. El argumento contenido en d no se consideraría de ningún modo admisible en nuestra sociedad, pues echa mano de conocimientos o experiencias puramente privadas que no son accesibles a los demás. Volveré luego sobre la idea de argumento interpretativo admisible. Por fin, el argumento de e sí funcionará como un argumento admisible y dotado de fuerza para avalar mi interpretación. Pero esa admisibilidad de tal argumento abocará a la cuestión siguiente, que lleva al siguiente paso de mi razonamiento interpretativo que quiera ser válido y eficaz. Pues mi interlocutor podrá preguntarme qué datos puedo mostrarle fehacientemente de los que me hacen pensar que la intención del promitente fue esa que invoco como respaldo de mi entendimiento de la promesa. En tal caso, de la mera invocación de un argumento admisible habremos pasado a la necesidad de probar los hechos que para el caso llenan de contenido dicho argumento. En cambio, si los argumentos que he dado son del tipo de los otros mencionados en b a d, nadie me pediría prueba ni razón adicional ninguna, pues quedarían descartados de antemano como razones que respalden mi

postura y ésta seguiría pareciendo perfectamente arbitraria por objetivamente infundada.

Las cosas apenas son distintas si hablamos de derecho y de la interpretación de los enunciados jurídicos. Hubo lugares, en tiempos del absolutismo, en los que en la decisión judicial se veía un puro ejercicio de autoridad, y se estimaba que la característica del que tiene autoridad es no dar razón de sus actos, pues sólo ante los superiores hemos de justificarnos. Así que como el juez sentenciaba en nombre del rey y éste era autoridad máxima, motivar la sentencia equivaldría a rebajar la supremacía del monarca. Superado el absolutismo, en los inicios del movimiento codificador llegaron a contenerse en algunos códigos civiles expresas prohibiciones de que el juez interpretase las normas que aplicaba. Era la época de aquella mítica e ingenua confianza en la plena claridad del lenguaje de la ley. Así que la motivación necesaria bastaba con que enumerase, sin más, los hechos y la clara norma bajo la que por sí mismos se subsumían, sin otra mediación del juez que la de ser quien aproximase los unos a la otra para que el silogismo saliese por sí solo y el fallo se impusiese con lógico automatismo. Luego, a medida que la inevitabilidad de la interpretación se fue haciendo patente y en tanto se fueron derrumbando aquellos mitos de la inmanente racionalidad formal del sistema jurídico, se fue tomando progresiva conciencia correlativa de que el juez condiciona mediante su interpretación el tipo de aplicación que de la norma se haga, de manera que la subsunción ya no es automática, sino condicionada por una serie de opciones de las que el juez no puede de ningún modo librarse. El paso ulterior tuvo que ser, cómo no, pedirle al juez que justificase expresamente esas opciones, a fin de acotar su discrecionalidad de modo tal que contenga de arbitrariedad la medida menor *posible*.

En esa evolución las tornas se han cambiado de tal modo que si antes lo que hacía buena una sentencia era el contenido del fallo, y la motivación de éste contaba poco o nada, en la actualidad lo que hace bueno un fallo es la calidad de los argumentos con que se motiva cada uno de los pasos que llevan a él. Si la esencia de la buena sentencia fuera dar con la verdadera solución para el caso, importaría la verdad de dicha solución hallada más que el acierto al explicarla.^{11}.

Pero las cosas son exactamente al revés, y entre dos fallos distintos de dos casos perfectamente idénticos se entenderá hoy comúnmente que no es más