

---

---

JUAN IGARTUA SALAVERRIA  
(Universidad del País Vasco)

## La moral en la justificación de las decisiones judiciales

### 1. INTRODUCCION

1.1. Pocas parejas podrán exhibir prole tan numerosa y variopinta como la que los filósofos han adjudicado a las relaciones (equívocas además) entre *la moral* y *el derecho*.

Aunque no proceda ahora hacer un inventario que deje exhausto todo el caudal temático que la filosofía ha sabido extraer de la *diferencia / conexión / separación* entre la ética y lo jurídico, no creo demorarme vanamente si, siquiera *en passant*, dejo apuntado a título ilustrativo un surtido de asuntos con enjundia (histórica y práctica) (1) en el área de conocimiento a la que el MEC me adscribe.

Por ejemplo: i) ¿cuáles son los rasgos que distinguen a las normas del derecho y de la moral respectivamente?; ii) ¿qué expectativas de duración tiene un sistema jurídico, carente de apoyo moral, y que sólo puede hacerse valer por la fuerza?; iii) ¿a qué integración jurídica puede aspirar una sociedad con un elevado pluralismo de valores morales?; iv) ¿se debe obediencia a una norma jurídica inmoral a fin de no poner en entredicho al derecho entero?; vii) ¿basta con que el comportamiento externo se ajuste a lo prescrito por el derecho aunque la actitud moral interna vaya por otros derroteros?; viii) ¿existe

(1) Para confeccionar ese listado me he valido de la obra de H. ROTTLEUTHNER, *Teoria del diritto e sociologia del diritto* (trad. it.), Bolonia, 1983, p. 123.

alguna relación entre la condena moral de una acción y la exigencia de que sea sancionada jurídicamente?; ix) ¿inciden las prohibiciones jurídicas sobre la descalificación moral de una acción?; x) las motivaciones morales de obrar conforme a la ley ¿aumentan el seguimiento de una norma jurídica?

En estas páginas, sin embargo, voy a dirigir el ángulo de mis baterías hacia un blanco —el metodológico (2)— que no encuentra enunciación ni en esa decena de problemas ni probablemente entre las *quaestiones disputatae* con mayor solera. Pero —como diría un francés— *ça va sans dire* que el asunto de mi ocupación (menor en apariencia) se puede convertir en un filón del que sacar partido para acometer ocurrencias más sustantivas (p.ej., el tema de la obediencia/desobediencia al derecho) (3), cosas de las que habré de prescindir aquí porque, en el limitado marco de mi trabajo, eso se transformaría en una actividad suntuaria.

1.2. Resulta indudable que al intercalar el concepto de *justificación* se sustrae ingente complejidad del entramado que —como he apuntado— (1e) han ido tejiendo (a) la *moral* y (a) el *derecho*. Pero, aun así, temo que siga siendo mucha la tela que cortar.

En efecto, una vez establecida la correspondiente tipología, cabría *inter alia* examinar si la justificación tanto en moral como en derecho tiene que vérselas con objetos del mismo género (4); se podría, también, destacar los rasgos laterales o específicos que distinguen la justificación ética de la jurídica (5); ... *et similia*.

En fin, prescindiré de estos otros temas de tan alto rumbo contentándome con el más discreto intento de mostrar cuál sea el espacio que la justificación jurídica depara a los enunciados morales.

(2) La interpretación del derecho suele incluirse tradicionalmente en tratados o capítulos reservados a la *soi-dissant* «metodología jurídica».

(3) Al respecto, me parece significativo el siguiente párrafo de R. DREIER: «... en un Estado democrático de derecho... el conflicto entre derecho y moral se desplaza al ámbito del derecho positivo y se plantea, sobre todo, como problema de implementación (inspirada moral y/o ideológicamente) de los ámbitos de vaguedad que en él existen, como así también de la solución de conflictos entre normas y principios. En esta medida, el problema de la obediencia remite... al problema metodológico...» («Derecho y moral» en E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho y filosofía*, Barcelona, 1985, p. 74).

(4) Cfr. U. SCARPELLI, «Gli orizzonti della giustificazione», en L. GIANFORMAGGIO-E. LECALDANO, *Etica e diritto*, Roma-Bari, 1986, pp. 5 y ss.

(5) Cfr. J. R. BENGOTXEA, «¿Es la justificación jurídica una subclase de la justificación moral?», comunicación presentada en la reunión anual de la Asociación de Filosofía del Derecho y Social celebrada en Alicante (diciembre de 1987).

1.3. A despecho de este último recorte, conviene darle un alcance más menguado todavía a mi trabajo. Y es que la justificación en el derecho (que en eso habíamos quedado) versa al menos sobre dos cosas distintas. Veamos.

No tiene que ser ajeno a ningún jurista ni creo que mueva a la crítica configurar mínimamente el *derecho* como *el conjunto de normas generales emanadas más las decisiones autoritativas (y sus justificaciones) que disponen sobre casos concretos* (6).

Carecería por completo de valor informativo que, tras esta definición, subrayara yo el papel de la justificación en la tarea aplicadora del derecho.

Pero sí merece siquiera un exiguo comentario el que la justificación se extienda igualmente a la actividad de emanar normas generales. Ello porque la decisión de promulgar leyes, por ejemplo, no sólo es susceptible de la justificación sino que, ateniéndonos al postulado de la racionalidad, *debe* justificarse, incluyendo las preferencias axiológicas que le sirven de referencia (7). De ahí que la susodicha justificación debiera dar cuenta del propósito perseguido por el legislador, conectándolo luego con las valoraciones instrumentales y/o no instrumentales que le sean pertinentes, las cuales a su vez quedarían determinadas por el sistema axiológico preferido (8).

La justificación del legislador (si la da) y la del juez (que está obligado a darla) son dos y de distinto aspecto. Optaré por la segunda, aunque con ello merezca la tacha de pescar en aguas fáciles.

## 2. A VUELTAS CON DWORKIN

2.1. Traída ya la cuestión a su terreno propio, parecería incauto no encomendarse al patrocinio de alguna de las ilustres familias (iusnaturalismo, positivismo, etc.) que han disputado sobre el particular. Sería un extravío torpe hacer la vista gorda —*tamquam non essent*— a los concurrentes esfuerzos teóricos y/o ideológicos que, desde las filas iusfilosóficas, se han realizado para dar cuenta de si hay o no/si

(6) J. WROBLEWSKI, «Evaluative statements in law: An analytical approach to legal axiology», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1981, pp 608-610.

(7) J. WROBLEWSKI, «Evaluative statements in law...», p. 617.

(8) J. WROBLEWSKI, «Evaluative statements in law...», p. 611.

debe haber o no, lugar para consideraciones morales en las sentencias judiciales.

Ahora bien, no valdría un céntimo reiterar devotamente de pe a pa las tesis de esta o aquella corriente. Y supongo que, a estas alturas, tampoco conduce a nada de provecho azotar las pacientes entendederas de mi imaginario lector con el análisis de las recíprocas y sucesivas andanadas que se han lanzado desde las trincheras en liza, porque (creo haberlo leído en los *Philosophical Papers* de Austin) los comentarios sobre comentarios, las críticas de críticas, están sujetos a la ley de las pulgas menguantes.

Sin embargo, a mano tenemos todavía el embate de Dworkin contra el positivismo, suscitado justo por la incidencia de los principios morales en las decisiones de los jueces. Y aunque estemos bastante fatigados ya de darle vueltas al oxoniense, su ataque a la postura positivista me servirá de pretexto didáctico para garantizar una ejecución menos despistada de lo que me traigo entre manos.

Para condensar el nervio argumental de la parte de *Taking Rights Seriously* atinente a mi objetivo, estimo que bastará con un par de trazos gruesos.

Según Dworkin, el positivismo sostiene que la identificación de lo que es derecho válido corre a cargo de un test consistente en relacionar el derecho con algunos hechos sociales (*e.g.* mandatos del soberano, aceptación de la gente, etc.). Nuestro autor concede que eso valga para las reglas, pero no para los principios. Estos, pese a no emanar de ninguna de las fuentes del derecho, vinculan a los jueces, ya que son «una exigencia de la justicia o de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad» (9); si bien —matiza él— tales principios requieren un buen encaje con la «historia institucional» (10). Por consiguiente, la caracterización de semejantes principios jurídicos no sería obra ni sólo de la moralidad (como gustosamente suscribiría el iusnaturalismo) ni únicamente del *pedigree* institucional (como defendería el positivismo), sino un trenzado de ambos.

(9) R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, p. 22.

(10) R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 340, nota 3.

Aunque parezca abrupta la diferencia que divide al profesor de Oxford y a la doctrina positivista, quizás a la postre quepa relativizar las distancias (11). A tal propósito, efectuaré un pequeño rodeo para tornar de nuevo a las hostilidades abiertas por Dworkin.

2.2. ¿En qué consiste la *justificación*? En aportar razones suficientes en favor de alguna conclusión.

Esta respuesta, ya de por sí lacónica y trivial, incluye un calificativo («suficientes») de problemático significado. Porque ¿*suficientes* para quién? Es probable que las razones que un jurista da por buenas parezcan insuficientes a una moralista, a un adversario político, a un filósofo, etc. De ahí que justificar las conclusiones de los juristas o —en nuestro caso— las decisiones judiciales, sea pasible de un doble enfoque: a) desde dentro de la estructura del razonamiento jurídico; b) desde fuera de éste, inquiriendo por la fundamentación de las premisas aceptadas por aquél. Siguiendo a Peczenik (12), al primer modo de proceder le llamaremos *justificación jurídica contextualmente suficiente* (versión pasable de «contextually sufficient legal justification»), mientras que para el segundo reservamos la denominación de *justificación profunda* («deep justification»).

Por lo que alcanza a mis módicas dotes intuitivas, este segundo terreno es más fértil que el primero para la flora de los juicios morales. Pero como las sentencias judiciales buscan, por lo general, la aquiescencia de quienes asumen el *framework of legal reasoning*, cargará el acento exclusivamente sobre la presencia del discurso moral en la justificación jurídica contextualmente suficiente.

Bajo esa lente, Peczenik ha ideado una teoría de la justificación en la que se singularizan tres etapas, cada una de las cuales requiere una porción distinta del ingrediente axiológico. Los tres pasos aludidos se sustancian respectivamente en el establecimiento de: a) el carácter jurídico de un sistema normativo tomado en su conjunto; b) la validez de las fuentes del derecho en un determinado sistema jurídico; c) el contenido de las normas jurídicas (tanto reglas como principios). Cada uno de estos tres estadios supone una mixtura de criterios sociales y elementos valorativos, pero mientras que los primeros

(11) Al margen de las ocasionales e inevitables citas, en esta parte soy fundamentalmente deudor de A. PECZENIK, «Taking Laws Seriously», *Cornell Law Review*, 1983, vol. 68.

(12) A. PECZENIK, *The basis of legal justification*, Lund, 1983, p. 1.

adquieren un protagonismo preponderante en a), la relativa importancia de las valoraciones es mayor en c) (13).

En efecto, el carácter jurídico de un sistema normativo depende de la existencia de determinados hechos sociales (p.ej., el sistema está esencialmente jerarquizado; las normas de este sistema son observadas mayormente; algunas normas imponen sanciones; a través de éstas el sistema controla la sociedad en su conjunto; el sistema pretende ser el sistema normativo supremo en la sociedad, reclama para sí solo el derecho a la coacción, etc.). En situaciones normales, bastan estas características para reconocer la juridicidad de un sistema dado. En situaciones extraordinarias, en cambio, esos criterios factuales constituyen una base insuficiente; así puede ocurrir que un sistema normativo esté provisto de muchos de los atributos del derecho pero sea de una inmoralidad inaguantable (el derecho nazi o el de Pol Pot) o que dos o más sistemas compitan entre sí (como en la Rusia de 1917). Sólo en circunstancias tan anómalas como éstas se revela necesario el auxilio del razonamiento moral (junto con el componente factual, obviamente) (14).

En lo que concierne a la validez jurídica de las fuentes del derecho, la incidencia del razonamiento moral es algo mayor, pero todavía limitado. Si bien la expresión «fuentes del derecho» está afectada por una ambigüedad innegable, convengamos que con ella designaremos el material que *se tiene que / conviene / se puede* citar en las decisiones judiciales. Como ilustración, imaginemos un país en el que las sentencias de los jueces *tienen que* hacer referencia a la ley (si hay alguna aplicable), *conviene* que usen precedentes e historias legislativas y, por último, *pueden mencionar* —entre otras cosas— la costumbre, el derecho comparado, la doctrina, etc. La identificación de las fuentes del derecho es por lo general de simple tarea; sin embargo, en algunos casos «difíciles» no hay criterio seguro para resolver el problema de las fuentes y se hace imprescindible recurrir a consideraciones valorativas para decidir si este o aquel material es o no fuente de derecho y de qué clase (15).

(13) A. PECZENIK, «Taking Laws Seriously», p. 664.

(14) A. PECZENIK, «Taking Laws Seriously», pp. 664-665; del mismo autor, *The basis...*, p. 15.

(15) A. PECZENIK, «Taking Laws Seriously», p. 666.

El razonamiento moral resulta más influyente en la fijación de contenido de las normas jurídicas (por razones a las que luego —cfr. 4.2— concederé atención más cumplida). Con todo, las valoraciones morales deben avalarse por referencia a las fuentes del derecho; es decir, se produce una adaptación recíproca de las fuentes del derecho institucionalizadas y de la moralidad del intérprete (16).

2.3. Este haz de puntualizaciones ofrece accesoriamente la posibilidad de rebajar el contencioso que Dworkin ha entablado contra el positivismo. Y es que la controversia entre ambos contendientes se explica porque las consideraciones morales desempeñan una notable función al determinar el contenido de las normas jurídicas, en tanto que la importancia de los criterios factuales es mayor cuando se trata de reconocer el carácter jurídico de un sistema normativo.

Dworkin tiene la cabeza en la tercera etapa y aparentemente minimiza la importancia de lo factual, mientras que los positivistas piensan sobre todo en la primera y segunda etapas y aparentemente minimizan el papel de los juicios morales. Pero —concluye Peczenik— si tanto Dworkin como los positivistas aceptaran el modelo propuesto (y desmañadamente esbozado por mí en 2.2), desaparecería una gran parte de la controversia (17).

### 3. INTERMEDIO ACLARATORIO

3.1. Por lo que vengo de sugerir, los elementos morales gravitan sobremanera en el campo de la interpretación de las normas, del que es tributario principal el aplicador del derecho (aunque a veces a éste tampoco le sea ajeno dirimir perplejidades tocantes a la validez de una norma u otros aspectos).

Se ha convertido, sin embargo, en algo más que un prejuicio la sospecha de que, en la atribución de significado a las normas, intervienen factores axiológicos que no encuentran después reflejo en la justificación de las sentencias; es más, la justificación oficiaría de mero simulacro, como una especie de astuta racionalización *ex-post*. Viene así a cuajarse una actitud escéptica que choca con la difundida y acrítica creencia en las virtudes lógicas de la interpretación.

(16) A. PECZENIK, «Taking Laws Seriously», p. 667.

(17) A. PECZENIK, «Taking Laws Seriously», pp. 668-669.

No ha faltado un coro de voces que, ante este vívido contraste, han intentado templar gaitas con más fervor que claridad y situarse en un equidistante *just-milieu*. Pero, en rigor, ese esfuerzo conciliador se revela baldío porque la discrepancia que se pretende solucionar se funda en un malentendido.

Al respecto, estimo esclarecedoras unas palabras de Popper que explican la afortunada distinción entre el «contexto de descubrimiento» y el «contexto de justificación» y que en castellano sonarían así más o menos: «El estadio inicial, el acto de concebir o de inventar una teoría, me parece que ni recurre al análisis lógico ni es susceptible de éste. La cuestión cómo ha sucedido que una nueva idea se le haya ocurrido a un hombre... puede ser de gran interés para la psicología empírica; pero es irrelevante para el análisis lógico del lenguaje científico... Consecuentemente, distinguiré claramente el proceso de concebir una nueva idea y los métodos y resultados de su examen lógico» (18). Por tanto, «descubrimiento» y «justificación» no son dos partes de un proceso real, sino más bien dos aspectos epistemológicos que —y esto es importante— están sujetos a maneras de descripción completamente diferentes (19), y a objetos también distintos: el «descubrimiento» versa sobre un material psicológico (y eventualmente sociológico) y la «justificación» analiza un material semiótico (20).

Este excursus aclaratorio, está provisto encima de otra finalidad suplementaria; a saber que en el fenómeno interpretativo podemos configurar dos pequeños orbes autónomos: el del *proceso* interpretativo y el de la *justificación* de sus resultados; y que no hay argumentos para excluir que la cantidad y la eficacia de los juicios morales sean dispares en ambos. Sigo insistiendo en que sólo del segundo pende mi atención.

3.2. Queda por atar algún cabo más; el relativo a los modos de acercarnos al estudio de los juicios morales en las justificaciones judiciales.

(18) K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres, 1959, p. 31.

(19) J. WOLENSKI, «Context of discovery, context of justification and analysis of judicial decision-making», en A. PECZENIK-J. UUSITALO, *Reasoning on legal reasoning*, Vammala, 1979, pp. 116-117.

(20) J. WROBLEWSKI, «An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation», en J. IGARTUA (dir.), *La interpretación de la constitución*, San Sebastián, 1984, pp. 68-69.

Gozan ya de vigencia canónica los puntos de vista *empírico* y *normativo* respectivamente (21). El primero conduce a la descripción de los juicios morales y su función en la justificación judicial; el segundo prescribe cómo deben incardinarse las concepciones morales en las sentencias. Ni qué decir tiene que este segundo enfoque ha disfrutado, sin comparación con el primero, del mimo de la literatura jurídica, aunque afortunadamente ya empiezan a menudear las monografías descriptivas (22).

Yo voy a apostar por una perspectiva diferente a la que, a falta de una denominación más precisa y certera, la llamaré analítica. Y consiste en forjar un modelo que permita enumerar las fases lógicamente distinguibles en la justificación judicial y sea capaz de prever los huecos que ésta oferta al razonamiento moral. Entiéndase el adjetivo «moral» *sensu largo*; por ello, y con el fin de evitar la monotonía lexical, será sustituido —unas veces sí y otras no— por palabras como «valoración», «axiológico», «estimaciones», etc., y sus derivaciones verbales.

Debo añadir que el mentado punto de vista analítico ya ha sido ensayado en España por gracia de estimulantes contribuciones (23). Las novedades que a su respecto yo pudiera aportar, no son en cualquier caso producto de mi inventativa individual, sino de la explotación sin esbozo y a mansalva de la bibliografía (sustancialmente de autoría unipersonal) que iré consignando a pie de página.

#### 4. EL MODELO Y SUS FASES

Tomo prestado un *modelo* que comporta cinco fases. Su autor (24) asume que la aplicación del derecho *idealmente* se descompone en

(21) Cfr. R. DREIER, «Derecho y moral», pp. 71-72.

(22) Por ejemplo, el libro de C. PÉREZ RUIZ, *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Madrid, 1987. Aunque no trate directamente del tema moral en la jurisprudencia, es de interés la paciente obra escrita por mi colega y compañero F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional español*, Oñati, 1987.

(23) Por referirme a lo más reciente, cfr. F. J. EZQUIAGA, «Los juicios de valor en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984; en esa misma revista el inteligente artículo de A. RUIZ MIGUEL, «Creación y aplicación en la decisión judicial»; también el muy informado libro de L. PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1987.

(24) J. WROBLEWSKI, «Il modello teorico dell'applicazione della legge», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967; también «L'interprétation en droit: théorie et idéologie», *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 61-62.

cinco *decisiones* sectoriales que se corresponden con otros tantos asuntos y sobre cuya justificación cabe inquirir. Y son:

- 1) la *validez* de la norma aplicable al caso;
- 2) el *significado* de esa norma que ha superado el test de validez;
- 3) la *evidencia* de los hechos tenidos por probados;
- 4) la *subsunción* de estos hechos en los supuestos que contempla la norma interpretada;
- 5) la determinación de las *consecuencias* que el derecho impone a esos hechos ya calificados jurídicamente.

Súbitamente se entrevé que, en la práctica, no hay separación estricta sino mutua relación entre estas etapas e, igualmente, que tampoco su enumeración equivale a una secuencia de operaciones una detrás de otra. Así, la *subsunción*, por ejemplo, estaría preparada por la previa y conjunta aceptación del *significado* de la norma y de la *evidencia* de los hechos. Y, de otro lado, no existe óbice para que quizás sufra alteración el orden de los pasos señalados; baste notar a este respecto que la *validez* de una norma a lo mejor queda a expensas del *significado* que a ella se le atribuya (piénsese en las circunstancias de antinomia, etc.).

Con el diseño de los momentos que individualiza este modelo de justificación, desembocamos en las pesquisas por ver dónde se ubican las brechas o rendijas que serán colmadas por las pertinentes dosis del razonamiento axiológico. Vayamos por partes recorriendo, una a una, estas cinco estaciones.

4.1. *Decisión de validez*. Digamos deliberadamente en forma sucinta, que la cultura jurídica conoce una más que centenaria querella entre los secuaces del positivismo y la falange iusnaturalista; batalla a la que luego se han sumado las mesnadas del realismo. Esas tres tropas contendientes nos han legado otras tantas concepciones sobre la validez a las que les agregaremos los respectivos apellidos de *sistémica*, *axiológica* y *factual* (25).

Si antes (cfr. 2.2) he aceptado indubitadamente que, en el círculo de los jurisprudentes y sus aledaños, el reconocimiento de un conjunto normativo como derecho no suscita (salvo en situaciones en extremo

(25) J. WROBLEWSKI, «Tre concetti di validità», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, núm. 2.

anormales) objeciones de fundamento sería un contrasentido que ahora comenzara a porfiar por otra clase de validez que no fuera la *sistémica*. Creo que es la única noción habitualmente admitida en el discurso jurídico en vigor (y dentro de él he convenido moverme).

Un paso más. El concepto de validez sistémica se presta a una triple construcción: a) el sistema jurídico estaría integrado por las *normas válidamente emanadas*; b) quienes opinen que éstas no forman un conjunto *completo*, *postularán* que el sistema comprende también las *consecuencias formales* de las normas emanadas; c) los que además piensen que el contenido de éstas no siempre aparece *determinado*, ampliarán el sistema para que éste albergue a las *consecuencias interpretativas* de las normas válidas. Concedamos que, tanto en teoría como en la práctica, la locución «sistema jurídico» se entiende según la construcción más ubérrima de las tres (es decir: normas válidamente emanadas + consecuencias formales + consecuencias interpretativas) (26).

Si se me abre un crédito de atención, intentaré mostrar que el manejo de este material normativo, a primera vista tan cerrado y cohesionado, no escapa en ocasiones a la mediación de valores morales.

El examen de las valoraciones ínsitas en la extracción de las *consecuencias interpretativas* es aconsejable aplazarlo al apartado 4.2, destinado *ex profeso* a los mecanismos interpretativos para elucidar el significado de las normas jurídicas.

En esta sede, afrontaré sólo el análisis de los otros dos bloques que dan cuerpo a un sistema jurídico válido (*i.e.*, las normas emanadas y sus consecuencias formales).

Para enfrentarme a reto de tan abstracto cariz —y sin perder compás— contabilizaré las hipotéticas eventualidades con las que puede topar un juez cuando se encarga de disciplinar o resolver algo en consonancia con lo que dispone un repertorio de normas *explícitas*. Y eso es de fácil y breve enumeración: o hay una norma, o hay más de una, o no hay ninguna (*explícita*, insisto).

Las dos primeras posibilidades sintonizan con la colección de normas emanadas. La tercera conecta centralmente con las consecuencias for-

(26) J. WRÓBLEWSKI, «Tre concetti di validità», pp. 586-587.

males de las normas válidamente emanadas y, tangencialmente, también con estas últimas.

4.1.1. Verificar la pertenencia de una norma (aplicable) al tropel de las normas válidamente emanadas es tarea de asequible y acéptica ejecución.

Pero, ¿qué sucedería si el significado *prima facie* de esa norma y el sentido constante y unánime que le haya conferido la jurisprudencia, repugnara a las convicciones morales del juez y de su entorno social? ¿Acaso se negaría a tal norma el predicado de la validez? Aun dejando tácitas cosas, eso es de todo punto inadmisibile e innegociable dado el abolengo que para los juristas tiene el principio de legalidad.

¿Qué salida existe entonces? ¿Plegarse pasmada y acoquinadamente al dictado de la norma? No necesariamente.

Probablemente, los momentos estelares —o escandalosos, según se mire— que jalonan una trayectoria jurisprudencial corran de la cuenta de los *revirements*. Estos son vuelcos de la jurisprudencia y consisten en que dos casos calcados el uno del otro, y sin que medie modificación del derecho escrito, reciben sucesivamente dos soluciones inconciliables (27).

Es natural que a semejante revolución acompañe la consabida motivación en la que se expresa la valoración que merece la solución anterior y las razones —siempre— (aunque no sólo) éticas que sustentan su reemplazo por la nueva.

Pero en la fisonomía de tales motivaciones axiológicas quizás quepa advertir un par de variantes. Y es que a veces se apela —con una reverenda vaguedad, eso sí— a instancias exteriores al universo estrictamente normativo, como a «factores morales», a «exigencias de la vida real», a «las necesidades y el espíritu de la comunidad», etc. (28). En otras ocasiones, en cambio, los criterios estimativos que legitiman un viraje de sentido hunden sus raíces en los valores que consagra la Constitución misma (29) y que, como se sabe, son bastantes,

(27) A. VANWELKENHUYZEN, «La motivation des revirements de jurisprudence», en Ch. PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, 1978, p. 256.

(28) Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Ensayos sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, pp. 27-28.

(29) Cfr. L. KUHLÉN, «Violaciones de normas en el derecho y en la moral», en E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho y filosofía*, cit., pp. 193-194.

no siempre bien avenidos, indeterminados y, por eso, de una feracidad interpretativa incontenible e imprevisible.

De cualquier modo, pues, las reservas morales que pudieran poner en entredicho la validez de una norma de aplicación cruda, se traxisten de problemas mayormente interpretativos (30) que, por lo general, dan pábulo a espectaculares cabriolas argumentativas, las cuales indefectiblemente se construyen con piedra nueva sacada de la cantera moral.

4.1.2. El escollo más genuino que la pluralidad de normas (sobre un mismo asunto) depara al aplicador del derecho viene a ser el de su incompatibilidad (comúnmente llamada «antinomía»).

Esta dificultad no se produciría si, cada vez, el legislador identificara explícitamente las normas que quedan derogadas por efecto de la promulgación de otras nuevas. Sin embargo, no es esta una técnica muy socorrida, debido sin duda al complicado trabajo que conlleva. Resulta más cómodo advertir que todas las normas no consistentes con el contenido de un acto normativo dado quedan derogadas, encomendando al juez el cometido de individualizarlas (31).

Los juicios de valor también van anejos a la justificación de esta tarea. Precisemos en qué lugares exactamente. Sin poner mucho tiento en la empresa, se me ocurren tres: primero, al calificar de antinómica una relación entre normas; segundo, al aplicar sobre las antinomias algunos de los criterios que para disolverlas ha inventado la tradición jurídica; tercero, al dirimir conflictos entre esos criterios que, curiosamente, están para dirimir conflictos.

Son varias las formas en que, como aporte de identidad, se manifiestan las antinomias. Sin entrar en problemas de lógica deóntica, se advierte que a veces aparecen simples negaciones que pueden detectarse sintácticamente (justo/injusto, etc.) o negaciones que implica el significado de los términos propios del lenguaje jurídico (poder/incapacidad, inmunidad/responsabilidad, etc.). Además de estas antinomias *lógico-lingüísticas*, existen incompatibilidades *empíricas* entre dos normas cuando —conocido el funcionamiento de la realidad—

(30) Cfr. A. PECZENIK-J. WROBLEWSKI, «Fuzziness and transformation: Towards explaining legal reasoning», *Theoria*, 1985, vol. LI, pp. 26-32.

(31) J. WROBLEWSKI, «Tre concetti di validità», p. 588.

se sabe que ambas son de imposible cumplimiento simultáneamente. Por último, se dice que dos normas engendran una antinomia *valorativa* cuando sus respectivas aplicaciones conducen a efectos moralmente objetables (32). La antinomia *valorativa* se divide en tres clases: «de principio», «de valoración» y «teleológica» (33). Se da una antinomia de «principio» cuando un sistema jurídico se inspira en valores que se consideran contrapuestos (p.ej., certeza/equidad, libertad/seguridad, etc.). Se produce una antinomia de «valoración» cuando la legislación es axiológicamente inconsecuente por la desproporción o desigualdad entre sus normas (p.ej., si un artículo pena un delito mayor con una sanción menos grave que la imputada a un delito menor). Una antinomia «teleológica» se percibe cuando hay contradicción entre la norma que prescribe el medio y la norma que establece el fin, de manera que si se opta por la primera se desaplica la segunda (p.ej., una norma ordena que la convocatoria de asamblea de una sociedad debe anunciarse con publicidad suficiente y otra norma impone que la mencionada convocatoria se anunciará sólo en un periódico local). Diáfananamente se ve que el razonamiento moral tiene un marcado protagonismo en la identificación de cualquiera de las variantes de la antinomia *valorativa*.

Para evitar que las antinomias sean resueltas siguiendo las plurales y disonantes preferencias personales de cada cual, la doctrina ha elaborado un pequeño recetario de fórmulas que incluso luego han tenido recepción (desigual) en los mismos textos legales. Así, entre los juristas son ya típicos y tópicos los criterios de *jerarquía*, *cronología* y *especialidad* (la ley superior prevalece sobre la inferior, la posterior sobre la anterior y la especial sobre la general). Sin embargo, la utilización de estas máximas no está siempre exenta de algún componente valorativo, y por ello la garantía de objetividad no tampoco es del mismo grado (34). El criterio cronológico es, sin duda, el de manejo más seguro por cuanto se apoya en un hecho natural (el tiempo) y le basta una simple verificación de fechas. El *jerárquico* prescinde también del contenido de las normas y, por lo corriente, la superioridad de una fuente de producción jurídica o está clara-

(32) A PECZENIK, «Legal Errata», en A. A. MARTINO, *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, vol. II, Amsterdam-Nueva York-Oxford, 1982, p. 116.

(33) A. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turin, 1962, p. 59.

(34) Sobre la objetividad en la aplicación de los criterios, cfr. N. BOBBIO, «Des critères pour résoudre les antinomies», en CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit*, Bruselas, 1965, pp. 241-244.

mente indicada o es fácilmente deducible del sistema; no obstante, la jerarquía se apoya en un dato no natural sino jurídico y, por tanto, requiere esa forma de operación intelectual que es la interpretación; de ahí que la objetividad pueda sufrir algún menoscabo (baste referirse a los conflictos competenciales entre la administración central y las autonómicas), si bien, normalmente, es un criterio que asegura soluciones compartidas por todos. La merma de objetividad es más ostensible en el empleo del criterio de *especialidad* porque resulta ineludible referirse a la materia regulada por dos normas en conflicto para averiguar cuál de ellas exhibe mayor o menor extensión (en lo que respecta al objeto de la regulación o a sus destinatarios o a todo ello junto) y, claro, no es desdeñable el espacio interpretativo que esa faena pueda propiciar. En fin, como habrá ocasión de comprobar después (cfr. 4.2) existe una relación directamente proporcional entre el número de asuntos que requieren interpretación y la cantidad de valoraciones que su justificación involucra.

He pasado revista a los diversos pelajes con que suelen presentarse las antinomias. También a los remedios que los juristas y legisladores han prescrito para restaurar la armonía del sistema. Pero ocurre que estas soluciones son, en ocasiones, conflingentes entre sí. Por ejemplo, cuando la inconsistencia afecta a una norma superior-anterior y a otra inferior-posterior (conflicto jerárquico/cronológico), o a una superior-general y a otra interior-especial (incompatibilidad entre criterio jerárquico/de especialidad), o, por último, a una norma anterior-especial y a otra posterior-general (confrontación de criterios cronológico/de especialidad).

El primado del criterio jerárquico sobre los restantes es creencia de curso pacífico en los jurisprudentes (35) y éstos no suelen tomarse la precaución de abrir ningún ventanal hacia el panorama axiológico que pueda justificarla. Consiguientemente, sólo el dilema entre la cronología y la especialidad es capaz de convertirse en manantial de razones justificatorias y, por ende, de invocar principios morales. Y a lo que parece, la oscilación de la jurisprudencia misma entre uno y otro criterio se explicaría sobremanera por una latente o patente idea de justicia. En efecto, cuando la equidad se presenta como correctora de la legalidad pura y dura, la regla especial se revela

(35) Excepcionalmente y sólo por razones de justicia concreta la jurisprudencia opta por el criterio de especialidad antes que por el jerárquico, cfr. N. BOBIO, «Des critères...», p. 256.

más justa que la general; por contra, cuando la legalidad se ve a la luz de la abolición del privilegio, la justicia se inclina hacia la norma general (36).

Reparemos en una nueva hipótesis, posible a-priori pero de una superlativa rareza. Imaginemos dos normas antinómicas, del mismo nivel jerárquico, estrictamente contemporáneas y de idéntica extensión en lo referente a la conducta regulada y a los destinatarios. Los tres criterios aludidos nos dejarían en completo desamparo. En esa eventualidad, reconocer la validez de una norma y negársela a la otra exigiría un razonamiento exquisitamente valorativo.

En cualquiera de los casos, no es infrecuente que el aplicador del derecho, en lugar de aceptar encontrarse con una antinomia límpida y auroral, argumente que ésta es sólo aparente y soluble mediante una interpretación que acomode una a la otra (o entre sí) las dos normas en conflicto.

4.1.3. Por incuria o porque el compás del cambio social es más acelerado que el de la producción legislativa o por lo que fuere, lo cierto es que el derecho escrito suele carecer de provisión normativa para atender a alguna necesidad. Pero, como antes se asumió, el sistema jurídico se nutre también de las consecuencias formales obtenidas a partir de las normas válidamente emanadas. Quizás estos nuevos recursos posean la virtualidad de colmar las lagunas que, por mor de la dinámica social u otras causas, se evidencian en la escritura del legislador.

Pero de cualquier modo, el empaque lógico del razonamiento encargado de extraer las susodichas consecuencias formales es más que controvertido. Para empezar, son de sobra conocidos los dilemas suscitados por la aplicación a las normas de una lógica formal alética o no-alética; encima está la cuestión acerca de si la lógica formal como tal es capaz de resolver el asunto de las consecuencias formales o más bien éstas se inscriben en el campo de la retórica o de la argumentación no formalizada y no formalizable (37). En estas condiciones, sería aventurado tanto apostar por como excluir la pre-

(36) N. BOBBIO, «Des critères...», pp. 254-255.

(37) J. WROBLEWSKI, «Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'interprétation juridique», *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 1984, vol. XVII, pp. 8-9; del mismo, «Concepts of legal system and conceptions of validity», *Acta Universitatis Lodzianis (Folia Iuridica)* 24, 1986, pp. 9-11.

sencia de factores valorativos al establecer cuáles sean las dichas consecuencias formales. Y esto vale, obviamente, de la analogía y de los principios generales (elementos de autointegración del derecho por excelencia), si bien son cada día más numerosos quienes les discuten su factura lógica y subrayan sus condicionamientos estimativos.

En ocasiones, ante la eventualidad de lagunas, el mismo sistema prevé fuentes heterointegradoras: el derecho natural, la costumbre, los principios de las naciones civilizadas, *e così via*; pero cada una de ellas es tan poliforma que determina p.ej., cuál de las posibles versiones del derecho natural se convierte en norma válida, qué es costumbre y cuál es en una sociedad plural la costumbre que accede al status de norma válida, etc., no son, ni mucho menos, disquisiciones ajenas a la moral que uno profesa. Con la interpretación hemos topado de nuevo.

Bueno. Sea cual fuere el tratamiento al que se someta la letra de la ley (retocarla si es dura de tragar, recortarla si expresa preceptos antagónicos, alargarla para cubrir fenómenos no previstos), el juez deberá decidir y justificar cuál es la norma válida aplicable al asunto en juego. Con ello finaliza la primera fase del modelo propuesto.

Ahora bien, la norma seleccionada o tiene perfiles suficientemente precisos para resolver un caso o no los tiene. Si su sentido posee contornos lo bastante delimitados para la ocasión, se pasa directamente a la tercera fase. De lo contrario, será menester transitar antes por la segunda.

4.2. *Decisión de interpretación.* Reitero que sólo las normas dudosas están sujetas a la interpretación. Esta operación que, según una ideología muy extendida, está concebida para que la norma segregue su verdadera sustancia significativa, requiere, sin embargo, valoraciones de un notable calado.

Si me viera forzado a resumir cuáles son los tramos del itinerario interpretativo particularmente empapados de valores, los señalaría y condensaría de esta guisa: para empezar, la misma consideración de una norma como clara u oscura para la ocasión (el juez se ocupa de casos concretos, no del significado de la norma *in abstracto*). Después la elección de directivas interpretativas y/o su manejo; para

concluir, la opción por una de las posibles soluciones concurrentes. Iré punto por punto.

4.2.1. Sin que esto tenga que ver con una doctrina homónima, conviene destacar una triple dimensión en las normas: *lingüística*, *sis-témica* y *funcional* (38).

Desde una perspectiva semiótica, ¿quién negará que la norma sea una entidad lingüística? Más. Una mirada atenta revela que el lenguaje legislativo es una subclase del lenguaje ordinario; respecto de éste carece de peculiaridades sintácticas, si bien ostenta algunos caracteres semánticos diferenciales y otros de orden pragmático. Pero en razón de lo que ambos lenguajes tienen en común, el dictado legislativo es posible al menos de las mismas indeterminaciones que padece el lenguaje ordinario.

Además, las normas suelen encuadrarse en conjuntos más amplios. El conjunto al que pertenece la norma es, en última instancia, el sistema jurídico y las notas definitorias de éste inciden en el significado de aquélla.

El sistema jurídico, a su vez, mantiene relaciones de interdependencia con la sociedad. El derecho se crea, se aplica y funciona en el contexto de hechos sociopsíquicos, de relaciones sociales, de condicionantes económicos, políticos, culturales, etc. Aunque sea muy complicado detallar el impacto que contexto tan proficuo pueda tener sobre el sentido de las normas, sería insensato hurtarle relevancia.

Así las cosas, a la pregunta acerca de si una norma es clara u oscura no se puede echar el todo a una carta respondiendo con un «sí» o un «no» tajantes. La claridad y la oscuridad de una norma son deudas de la triplicidad de factores señalados. Por ejemplo, la duda acerca del significado de una norma acaso surge: a) porque emplea términos imprecisos y no se sabe si tal caso particular entre o no en los supuestos contemplados; o b) porque si se acepta el sentido literal de la norma, ésta contradiría a otra norma cuya significación está acreditada; o c) porque la aplicación de la norma según su sentido inmediato lesionaría objetivos del derecho, sería injusta, contraria a la equidad, etc.

(38) J. WROBLEWSKI, «An outline...», pp. 54-58.

La situación indicada con la letra c) es patentemente valorativa porque la literalidad de la norma se somete al veredicto de los fines que el propio derecho acepta (valoración instrumental) o al de ciertos sistemas axiológicos extralegales (valoraciones morales, etc.). Si la norma supera el envite se dice que es «clara» y sobra la interpretación. Si no, ésta se hace inevitable.

La situación que designa la letra b) viene de una indicación por la consistencia del sistema jurídico. Si la inconsistencia se verifica por medios puramente lingüísticos, entonces esta operación no entraña valoraciones. De lo contrario, sí.

La situación a) está provocada por las características del lenguaje legal o también puede ser reflejo de valoraciones del tipo mencionado en c). El lenguaje legal, como el lenguaje ordinario, posee cantidad de términos con «textura abierta»; de ahí que los «problemas de penumbra» sean una instancia generadora de dudas (valorativamente coloreadas a veces), las cuales *ex hypothesi* no logran ser disipadas por medios puramente semánticos. Se habrá de atender entonces a otras fuentes, entre las que se encontrará un surtido de valoraciones (39).

Sintetizando: por lo menos en dos de las situaciones catalogadas, el reconocimiento de la «claridad» u «oscuridad» de una norma está afectado por las estimaciones del intérprete.

4.2.2. Para encararse con el indócil torrente de dudas que aqueja a la comprensión de las normas jurídicas, la tradición ha ido fraguando azarosamente un compendio de directivas que sirven de contundentes instrumentos para neutralizar los efectos de los tres contextos mentados. Por tanto, también a tales directivas les conviene la misma adjetivación que a los contextos y, en ese sentido, las directivas se clasifican en *lingüísticas*, *sistémicas* y *funcionales*, respectivamente (40).

La verdad es que la suma de todas ellas conforma un universo abigarrado y rutilante. Siempre sería incierta la selección del manajo de directivas más adecuadas para cada caso. No, no es sólo una cues-

(39) J. WROBLEWSKI, «Legal reasoning in legal interpretation», *Logique et Analyse*, 1969; reproducido en su libro *Meaning and truth in judicial decision*, 2.ª ed., Helsinki, 1983, pp. 85-86.

(40) J. WROBLEWSKI, «An outline...», pp. 58-65.

tión académica que interese a los que pelean por un paradigma de «jurisprudencia científica». Entran en juego factores con repercusión en la vida práctica. Importará mucho la idea que el intérprete se haga acerca de los valores que debe realizar el derecho, para escoger esta directiva y desechar aquella otra.

Precisamente para acorazarse contra los riesgos de tamañas incertidumbres, los sistemas jurídicos modernos tienden a fijar una lista de pautas interpretativas para uso obligatorio en la administración de justicia. Por ceñirme al derecho español, el artículo 3.1 del título preliminar del código civil reza así: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». También estas directivas —no podía ser menos— remiten a los aspectos lingüístico (la primera), sistémico (la segunda) y funcional (el resto).

Ahora bien, y repitiendo lo que escribí en otro lugar (41), no creo que estas severas indicaciones (como otras del mismo porte a las que puedan estar sometidos el juez italiano, francés, suizo, etc.) agosten la subjetividad del intérprete. A efectos ilustrativos seguiré con el ejemplo español, desmigando ligeramente una directiva de cada tipo (lingüístico, sistémico y funcional).

¿Qué se quiere decir con la expresión «sentido propio de las palabras»? Ahí andan a la gresca sesudos lingüistas y filósofos del lenguaje debatiendo todavía acerca del significado de la palabra «significado». De otra parte, el vocablo «propio» no dice nada por sí solo, es un término de relación y conviene que se especifique: propio de qué y para qué (42). Con todo, parece que el gusto más propagado está por identificar el «sentido propio» con el sentido que las palabras tienen en el uso ordinario. De todos modos, merecen atención estas puntualizaciones: a) en el artículo 3.1 no se establece ni esa ni otra equivalencia; b) hay tan buenas razones para postular otro enfoque, a saber: el lenguaje legislativo es en apreciable proporción un lenguaje técnico, por ello el significado de las expresiones legislativas se dilucida dentro de ese peculiar sistema lingüístico que es

(41) *Aporías del método jurídico*, Bilbao, 1984, pp. 16-23.

(42) G. LAZZARO, «La funzione dei giudici», en R. GUASTINI, *Problemi di teoria del diritto*, Bolonia, 1980, pp. 309-310.

el lenguaje legislativo y no constituye criterio probante remitirse al significado lexical de las palabras consultando un diccionario: b) aun admitiendo la correspondencia entre «sentido propio» y «sentido común» de las palabras, estamos lejos de alcanzar una cierta univocidad, ya que en todas las lenguas muchas palabras poseen más de un significado y, en su evolución, las mismas palabras con frecuencia adquieren nuevos significados y pierden otros.

Tres cuartos de lo mismo pasa con el «contexto». Si se persigue aclarar el significado de una norma armonizándolo con el atribuido a otras normas, tropezamos con un grave escollo: no existe un criterio objetivo de contextualización, sino varios, complicados y opinables. Al respecto, y aunque pertenezca a otro país, cito un largo párrafo de un ilustre autor argentino (43): «Yo tengo amigos que trabajan en legislación del trabajo. Y hay amigos que son abogados patronales y otros abogados obreristas. Y hemos hablado algunas veces de esto. Ellos tienen la ley obrera y entonces, cuando hacen un trabajo (no de mera exégesis), hacen un sistema, hacen un trabajo científico. Descujan los artículos de la ley obrera en cuestión y los interpretan con otros artículos de la ley obrera, o del Código de Comercio o del Código Civil; creando *instituciones*, dicen. Claro que las instituciones de los obreristas son distintas de las instituciones de los patronales. Y da la casualidad que las agrupaciones que hacen los obreristas, y las agrupaciones que hacen los patronales, muchas veces permiten (yo mismo lo he visto) que el mismo texto tenga dos sentidos distintos. Un sentido a favor del obrero y otro sentido en favor del patrón. Me dirán que lo hacen a propósito: ¡no! No, porque los conozco; son mis amigos y no me engañan. Ellos tienen sus criterios de justicia. El que juega a abogado patronal generalmente tiene un criterio de justicia diferente de quien juega a abogado obrero. Y frente al texto le parece que lo *natural* es unirlo a otro texto, porque así corresponde *naturalmente* dentro de sus criterios de justicia. Y al otro le pasa exactamente igual. Y de esta manera, los textos cambian sus sentidos. Todo lo que llamamos la sistemática jurídica es peligrosamente ideológica». Como los jueces tampoco son inmunes a las afecciones ideológicas, para ellos también vale directamente lo que vengo de citar.

(43) A. L. GIOJA, *Ideas para una filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1973, páginas 262-263.

No mejora las cosas ni ayuda a objetivar una interpretación la directiva tocante a la «realidad social del tiempo». De fórmulas parejas a ésta se ha dicho que sólo sirven «para introducir de modo subrepticio los valores subjetivos y los prejuicios del intérprete, sin que se exija a los juristas una demostración fundada en el análisis de la sociedad» (44). Pero, incluso si se estudiara en serio la realidad social y se lograra dar cuenta de *lo que hay* de una manera concordante, sólo se habría cubierto la primera etapa. El recorrido no acaba ahí sino en la *valoración* de la «realidad social que ha de prevalecer en la interpretación de las normas» (45). Por eso un civilista francés escribía: «Lo que es no es necesariamente lo que debe ser: el derecho supone necesariamente un juicio de valor proyectado sobre los hechos. Si el informe Kinsey llega a la conclusión de que la mayor parte de los maridos son infieles, no hay una razón de derecho para permitir la poligamia» (46). Es obvio que quien comulgue con otra axiología pensará de distinto modo, no importándole tampoco —a la inversa— que sean pocos los esposos amantes de las aventuras extraconyugales.

Queda en evidencia, pues, que como a las directivas del artículo 3.1 citado, no se les adjunta unas instrucciones para su uso, gozan de suficiente elasticidad para someterse a las habilidades de los distintos intérpretes. Por tanto, el juez debiera explicitar cuál es el *procedimiento* que ha habilitado para el manejo de las consignas interpretativas impuestas por el código civil y justificar por qué lo hace así.

Además tendrá que efectuar (y justificar) otra opción consistente o bien echar mano alternativamente de la directiva que mejor le cuadre (lingüística o sistémica o funcional) si con ello se logra conferir un sentido preciso a la norma, o bien en el uso metódico de las tres clases de directivas (una por una y de arriba a abajo).

4.2.3. Quizás haya todavía más holgura para los juicios de valor en el oficio interpretativo. En efecto, a lo mejor en la aplicación individualizada de las distintas directivas se atisban soluciones diversas y/o contradictorias. ¿Por cuál de ellas ha de inclinarse la *preferencia*

(44) P. BARCELONA, «La formación del jurista», en P. BARCELONA, D. HART, U. MUCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica* (trad. cast.), Madrid, 1977, p. 28.

(45) F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 155.

(46) J. CARBONNIER, *Flexible droit*, París, 1969, p. 272.

del juez? Sin necesidad de largos análisis, resulta evidente que eso dependerá, p.ej., de los valores que el intérprete asigne a la función judicial (para unos serán la estabilidad y la seguridad, para otros la adaptación del derecho a las necesidades de la vida social, etc.), o de los criterios morales del juzgador, etc. (47).

Concluyendo: la atribución de un significado a la norma interpretada debiera justificarse explicitando las directrices lingüísticas, sistemáticas y funcionales aplicadas y su manejo (cfr. 4.2.2), las preferencias que guían la elección de uno entre los varios significados resultantes (cfr. 4.2.3) y las valoraciones que sustentan el procedimiento y las preferencias.

4.3. *Decisión de evidencia.* Según idea muy propagada, suele pensarse que el juez se ocupa también de un mundo exterior al recinto normativo: el *hecho*. Pero incurriríamos en un error si consideramos que el *derecho* (las normas) y el *hecho* funcionan autónomamente en el razonamiento judicial. Es cierto que esa dicotomía se ampara en las competencias de aquellos tribunales (los de casación) que sólo examinan cuestiones de derecho, o también —si hay jurado— en el *decantatum* «ad quaestionem facti non respondent indices, ad quaestionem legis non respondent iuratores» (48). Sin embargo, tal separación no es de recibo. Entre otras cosas, porque en una investigación se hace dificultoso aislar los hechos del contexto en el que se encuentran determinados. El descubrimiento de los hechos nunca se realiza en el vacío; antes de responder al interrogante «¿cuáles son los hechos?», hay que conocer la materia o el problema en relación con los cuales se formula la pregunta. El *derecho* no sólo cualifica sino determina también qué *hechos* deben ser descubiertos.

Con todo, y únicamente por imperativos de análisis, seguiré manteniendo la distinción entre el *juicio existencial* atinente a lo acontecido y el *juicio cualificativo* de lo que se tienen por probado, despejando a éste último —con discutible acierto, eso sí— al apartado reservado a la «decisión de subsunción».

(47) Sobre las directivas, véase J. WROBLEWSKI, «L'interprétation en droit...», pp. 62-68.

(48) Citado en J. JACKSON, «Questions of fact and questions of law» (*Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 16), 1983, p. 85.

La evidencia de un hecho está conectada a las pruebas que en su favor uno está en disposición de aportar. La regulación jurídica de las pruebas suele suscitar las siguientes cuestiones: a) ¿qué hechos deben ser demostrados y cuáles no?; b) ¿qué pruebas son admisibles y cuáles inadmisibles?; c) ¿cómo deben aceptarse las pruebas? (49).

4.3.1. En principio, exigen demostración todos los hechos esencialmente importantes para la solución del asunto sometido al tribunal. Ahora bien, no suele dejarse a la valoración arbitraria de los jueces calibrar la importancia de los hechos; al contrario, el derecho indica de manera general al menos tres grupos de hechos que necesitan demostración: los hechos contestados por las partes; los hechos que aunque no contestados sean dudosos; y los hechos que destruyen una presunción jurídica. Algunos ejemplos de hechos que no requieren prueba podrían ser: los hechos notorios; los que el tribunal conoce a título oficial; los hechos deducidos de otros hechos probados; las presunciones cuando falta la prueba en contrario.

Es claro que esta tipología de hechos a los que les hace falta la prueba y de hechos a los que les sobra, se expresa, en cada sistema jurídico, en un rosario de normas concretas. Y sin esfuerzo se convenirá que en la interpretación de las normas procesales cabe repetir punto por punto lo expuesto en 4.2, y sin que tenga por qué decaer aquí tampoco el peso de las valoraciones.

4.3.2. El derecho se encarga, igualmente, de discriminar las pruebas en admisibles e inadmisibles. La admisibilidad de las pruebas es regla general en aquellos procedimientos que apuntan a la consecución de la verdad material. Sólo, a modo de excepción, se descartan las pruebas que con alta probabilidad inducen a informaciones falsas (p.ej., el testimonio de un deficiente mental) o las que conducen a un conflicto entre el valor de la verdad y otros valores (p.ej., valores de la persona, valor de la seguridad jurídica, valores institucionales) o los que atentan al mismo tiempo contra el valor de la verdad y otros valores (p.ej., las pruebas obtenidas mediante la tortura).

No hay más remedio que volver a poner a flote la ya mareante pregunta sobre si las decisiones del tribunal acerca de la admisibilidad de las pruebas están estrictamente delimitadas por la ley o ésta deja

(49) En todo ello sigo a J. WROBLEWSKI, «La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation», en CH. PERELMAN, *La preuve en droit*, Bruselas, 1981.

alguna opción. Obviamente, no hay una respuesta que valga para todas las situaciones. A veces los criterios son simples y descriptivos (por ejemplo, las relaciones de proximidad entre sujetos que justifican su negativa a declarar cuando son definidas en términos de parentesco). En otras ocasiones, por el contrario, el reconocimiento del derecho a no prestar testimonio será supeditado a que la declaración pueda conducir a «un grave e inmediato daño patrimonial», etc., circunstancias cuya apreciación compromete netamente algún juicio de valor tribunal.

4.3.3. Además de la admisibilidad/inadmisibilidad de las pruebas, el derecho establece también pautas para la aceptación de las mismas. Por ejemplo, las partes abogan a favor o en contra de las existencias de un hecho. Para dirimir el litigio, el juez aceptará unas pruebas y desechará otras. A este efecto, el derecho ha creado dos modelos de «teoría de las pruebas» que especifican cuáles son las razones para estimar unas pruebas y desestimar otras. El primero es la «teoría legal» y corresponde a las disposiciones procesales que fijan las reglas legales de la prueba (p.ej., las presunciones). El segundo es la «teoría de la libre valoración de las pruebas», llamada también «teoría de la íntima convicción del juez» (en la que fundamentalmente se tienen en cuenta las reglas de evidencia de la ciencia y de la experiencia común). Los procedimientos actuales suponen un compromiso entre los dos modelos, con una posición dominante del segundo.

En lo que atañe a la contribución de la «teoría legal» a las reglas procesales, esa se sustancia en disposiciones de ley que no siempre se sustraen a la interpretación y a las valoraciones que a ésta le son inherentes.

En lo que respecta al aporte de la «teoría de la íntima convicción», ésta se ajusta al acervo del conocimiento científico y a los datos provenientes del sentido común. Rara vez se encuentran en la jurisprudencia controversias acerca del modo de comprender la experiencia común, en tanto que la ciencia sí la suscita merced a dos géneros de dificultades: el primero reside en la diferencia de opiniones de los expertos; el segundo está unido a la evolución de la ciencia y a la desconfianza o resistencia que despierta la introducción de métodos nuevos. Pero, en cualquier caso, la referencia a la ciencia y a la experiencia común no excluye valoraciones y opciones.

4.4. *Decisión de subsunción.* Tres pares de términos bastan para fijar las maneras que tiene el derecho de referirse a los hechos: descriptiva/valorativa, positiva/negativa, simple/relacional, lo cual arrojaría ocho combinaciones posibles que van desde la «descriptiva-positiva-simple» hasta la «valorativa-negativa-relacional». Para mi propósito es suficiente con centrar la atención en los hechos que el lenguaje legal determina con términos o expresiones valorativas (50).

Un hecho determinado valorativamente consiste en la conjunción de una proposición y de un juicio de valor: la primera establece la existencia del objeto de valoración, el segundo lo valora. Así la expresión «importantes razones» se descompondría a efectos de análisis en la proposición «hay una razón» y en el juicio de valor «tal razón es importante». Sólo éste presenta interés ahora.

En efecto, el juicio de valor nos enfrenta a cuestiones que no se resuelven mediante una reconstrucción de las directivas lingüísticas del lenguaje legislativo. Admitiendo la diferencia entre juicios de valor *no-relativizados* (es decir, que pretenden valer por sí mismos) y *relativizados* (que se justifican en relación a alguna finalidad o a algún sistema axiológico), tres parecen ser las soluciones básicas:

Adoptando un punto de vista no-cognoscitivista, se suele decir que los juicios de valor no-relativizados deben ser tratados como la *expresión* de las *valoraciones subjetivas* de quien formula el juicio. Esta concepción se relaciona con la ideología (dinámica) que proclama la libertad o autonomía de la valoración judicial. No es, por tanto, una solución neutra.

Otra concepción trata a los juicios de valor no-relativizados como *proposiciones psicológicas* referidas al *legislador histórico*. Pero tal concepción tampoco resulta aséptica, ya que se funda en la ideología estática de la decisión judicial.

La tercera solución consistiría en la *construcción teórica* de un *legislador racional*. El juicio de valor sería concebido como relativizado o relacionado con algún sistema axiológico imputado a un legislador racional y/o construido por el juez que toma la decisión. Las propiedades semánticas de estos juicios de valor dependerán de las

(50) Mi desarrollo se ajusta a lo expuesto por J. WROBLEWSKI, «Facts in law», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1973, 2, pp. 166-169.

características del sistema axiológico, de las clases de valores comprometidos y de las maneras de su atribución a los hechos valorados. Pero, como quiera que fuere, opino que la construcción del sistema con el que se conecta el juicio de valor también exige el uso de directivas interpretativas con sus inseparables valoraciones y, según sean unas y otras, puede variar la construcción del sistema de referencia.

4.5. *Determinación de consecuencias.* El último estadio del modelo consiste en la determinación vinculante de las consecuencias que la ley ha previsto para un caso probado.

El derecho prevé de manera distinta las consecuencias que deben acompañar a un hecho. Se dan cuatro situaciones típicas (51).

4.5.1. El derecho determina una sola consecuencia para un hecho dado y esta determinación excluye toda posibilidad de opción. En tal hipótesis el órgano que aplica la ley se limita a «inferir» mecánicamente la consecuencia, que es una e infalible.

4.5.2. El derecho indica el máximo o el mínimo (o el máximo y el mínimo de las consecuencias legales y ofrece reglas para moverse dentro de ese campo de posibilidades. Aquí todo depende de los criterios. Si éstos delimitan estrictamente las condiciones que en 4.5.1. En los otros casos, los criterios están condicionados por las valoraciones (buena fe, intencionalidad, etc.) y la libertad del tribunal es más amplia que en el caso anterior y su decisión menos previsible.

4.5.3. El derecho fija el máximo y el mínimo de las consecuencias pero no ofrece criterios para desenvolverse en ese espacio. El tribunal goza de libertad dentro del campo de posibilidades normativamente delimitado, y la previsibilidad de su decisión es aun menor que en el caso anterior.

4.5.4. Por último, el derecho puede delegar la determinación de las consecuencias en el tribunal, remitiéndole a las reglas de justicia, equidad, etc. Es evidente que la decisión de los jueces estará marcada valorativamente y será menos predecible que ninguna.

.....

(51), J. WROBLEWSKI, «Il modello teorico...», pp. 20-21.

He pretendido mostrar que en la justificación de las decisiones judiciales existe suficiente flexibilidad para propiciar un mutuo ajustamiento entre la moral y el derecho.

Siquiera de soslayo indicaré que, como remate natural del análisis efectuado, hubiera debido fijar una tipología (52) de los juicios morales (en sentido lato) que, como se ha visto, disponen en las sentencias de muchas y repartidas zonas para instalarse. Pero eso requiere una porción de espacio mayor que la disponible.

(52) Al interesado le remito a la lectura de J. WROBLEWSKI, «Basic axiological problems, humanistic values and legal protection of environment», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1980, pp. 671-674; del mismo autor, «Evaluative statements in law...», pp. 615-625.