

LA INSTITUCIÓN PROCESAL: IMPLICACIONES HERMENÉUTICAS A PROPÓSITO DE LA CONSIDERACIÓN INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

José Carlos Muínelo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Dejaremos, antes que nada, indicada la propuesta de este estudio: se tratará aquí de problematizar una posible *unidad hermenéutica al debate judicial*¹. Una unidad que trate de sintetizar analógicamente las dos corrientes fundamentales de la interpretación, en sentido amplio, que se manejan en el estudio y aplicación del derecho. Por un lado, lo que se da en llamar *interpretación* en sentido estricto, por oposición a cualesquiera modos argumentativos; por el otro, la *argumentación* jurídica, entendida como una de las especies que definen la formalidad genérica del discurso práctico racional. Con ello se pretende quebrar la fundamentación epistemológica y ontológica clásica de la distinción entre ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*) y ciencias explicativas o naturales (*Naturwissenschaften*) –al que correspondería ontológicamente la distinción de los campos mental y natural² que ha servido de base a la irreductibilidad metodológica entre

¹ Esta unidad estará fundamentada especialmente en los presupuestos hermenéuticos de la filosofía de Paul RICOEUR (*Teoría de la interpretación –discurso y excedente de sentido*, Siglo XXI, Madrid, 1995; *Du texte à l'action –essais d'herméneutique II*, Seuil, Paris, 1986 (hay traducción al castellano por Pablo Corona: *Del texto a la acción –Ensayos de hermenéutica II*, FCE, México, 2002, 2ª ed.); *Soi même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990 (traducción al castellano de Agustín Neira, Siglo XXI, Madrid, 1996); *Amor y justicia*, trad. de Tomás Domingo Moratalla, Caparrós Ed., Madrid, 1994; *Le Juste*, Ed. Esprit, Paris, 1995 (trad. al castellano de Agustín Domingo Moratalla: *Lo Justo*, Caparrós Ed., 1999); *Le Juste 2*, Esprit, Paris, 2001), y en particular en el estudio *Interprétation et/ou argumentation (Le Juste, op. Cit.*, pp. 163-184/157-176), corregido sin embargo en algunos aspectos importantes. **En las citas donde se utilice una doble paginación, la primera corresponderá al original y la segunda a la traducción al castellano. En los demás casos se especificará si se trata del original o de una traducción.**

² Dentro de la inmensa bibliografía que existe acerca del sentido de esta distinción, véase, a modo de ejemplo: W. DILTHEY: *EL mundo histórico*. Trad. de Eugenio Imaz, FCE, México, 1978; “El surgimiento de la hermenéutica”, en *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica* y los *Esbozos para una crítica de la razón histórica*. Prólogo, traducción

las diversas corrientes de aplicación jurídica, en una *común analogía* que articule plurívocamente cada una de estos dos momentos (el explicativo y el comprensivo) como esencialmente distintos dentro de la reciprocidad común que ambos constituyen en tanto que componentes necesarios del *acto de discurso forense*³. En este sentido, esta analogía, centrada en el ejercicio concreto de la aplicación jurídica dentro del orden de la institución procesal, nos permitirá comprender uno de los aspectos más importantes del *fenómeno jurídico* en su conjunto.

Determinada de esta manera la propuesta, pasará a exponer brevemente su argumento. Éste se iniciará recordando la distinción clásica que, como acabamos de recordar, ha fundamentado el desarrollo de las actuales “ciencias” sociales y jurídicas: *la irreductibilidad óptica y epistemológica del modelo explicativo de las ciencias de la naturaleza y del modelo comprensivo de las ciencias del espíritu*. El análisis de esta irreductibilidad (y, consiguientemente, de la subordinación entre cada uno de estos métodos y campos ópticos), nos conducirá a la necesidad de encontrar una *mediación* o lugar común (*tópos*)⁴ que nos permita vincular ambos momentos dentro de una unidad interpretativa más amplia, esto es, la unidad hermenéutica constituida por el *texto*. Su estudio nos ayudará a corroborar la tesis principal de la analogía entre la categoría del *texto* y la de la *institución* (en concreto, de la institución *procesal*) y de su consiguiente expresión plurí-voca o ana-lógica, en tanto que ejercicios concretos (*lexis*) en los que puede articularse este

y notas de Antonio Gómez Ramos. Epílogo de Hans-Ulrich LESSING, Istmo, Madrid, 2000, p. 21, 31ss., y 69ss.; “Esbozos para una crítica de la razón histórica”, en *Dos escritos sobre hermenéutica*, op. Cit., pp. 109ss.; *Introducción a las ciencias del espíritu*. Traducción de Julián Marias, Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 27-34. H-G. GADAMER: *Verdad y método I*. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, ed. Sígueme, Madrid, 1999, (8ª), pp. 237ss., 281, 289ss., 302ss.; M. MACEIRAS FAFIAN, y S. TREBOLLE BARRERA: *La Hermenéutica contemporánea*, Cincel, Madrid, 1990, p. 24, 39-40, 41ss.; JM. NAVARRO CORDÓN, “Hermenéutica filosófica contemporánea”, en *Fundación Juan March* (287, febrero 1999), p. 5; de P. RICOEUR, véase especialmente: *Teoría de la interpretación –discurso y excedente de sentido*, op. Cit., pp. 83-100; y en general: *Du texte à l’action –essais d’herméneutique II*, op. Cit.. Sobre los antecedentes estructurales medievales de esta distinción, véase, muy especialmente, el libro de André DE MURALT: *L’enjeu de la philosophie médiévale, Études thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, Brill, Leiden-New York-Cologne, 1991, 2ª edición, 1993.

³ Se trata de hacer de esta univocidad o lógica universal unívoca, una analogía o lógica universal analógica, y más en concreto una *analogía de proporcionalidad propia*. Sobre el sentido concreto de este tipo de analogía, véase: JUAN DE SANTO TOMÁS, *Ars logica seu de forma et materia ratiocinandi* II, quaestio XIII-XIV, Marietti, Romae, 1929. Sobre los antecedentes aristotélicos de este tipo de analogía (aunque no expresamente llamada así), véase, a modo de ejemplo: ARISTOTELES, *Metafísica*, IX, 6. Introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Madrid, 1994.

⁴ En el sentido aristotélico del término. ARISTÓTELES: *Tópicos*, en *Tratados de lógica I (órganon)*. Introducción, traducción y notas de Miguel Candel Sanmartín, Gregos, Madrid, 1982.

discurso o texto procesal; a diferencia de como se han entendido hasta ahora estos momentos, de forma unívoca y opuesta. Mostrada así esta plurivocidad, procederemos a continuación a su desarrollo procesal concreto distinguiendo dos voces o *lexis* análogas: la primera nos conducirá de los *principios a la regla* como fundamento de aplicación del derecho, la segunda de ésta última al primero. Ambas se corresponderán con los momentos distinguidos por los teóricos del derecho de la *interpretación* y de la *argumentación* jurídica. La comprensión mutua de ambos impedirá que se vea aquí “círculo vicioso” alguno; a la vez, nos permitirá desarrollar propiamente esta plurivocidad significativa correspondiente al lugar de la institución procesal, problematizando, por lo mismo, una posible *unidad hermenéutica del debate judicial*.

I. Planteamiento de la cuestión

Empezaremos, pues, recordando algunos de los aspectos de esta distinción epistemológica clásica aplicados ahora al fenómeno jurídico. En este sentido bastará con saber únicamente dos cosas. En primer lugar, que ambos momentos han aparecido como opuestos e irreductibles. En segundo lugar, que lo han hecho bajo una consideración epistemológica muy distinta y muy jerarquizada. Así, mientras que a lo *explicativo* se le ha conferido tradicionalmente el estatuto de *científico*, lo *comprensivo* ha quedado frecuentemente relegado a lo puramente contingente, intencional, subjetivo o *psicológico*. El primero parece haber heredado toda la tradición epistemológico-trascendental kantiana, y por tanto las *condiciones de posibilidad*, conforme a los criterios de universalidad y de necesidad, para arrogarse el conocimiento de su objeto específico; el segundo parece haberse enclavado en un “relativismo” o situacionismo ético, contingente, ideo-lógico o metafísico. Esta distinción y privilegio del modelo explicativo frente al comprensivo se ha manifestado dentro del ámbito de *lo jurídico*⁵, quebrando igualmente su discurso en dos. Así, frente a la vieja consideración aristotélica de *lo jurídico* como análogo de *lo justo* (en el sentido del *to dikaion*) que informaba los principios fundamentales del *Digesto*⁶, se ha pasado a una consideración científica de *lo jurídico*, articulada bajo una forma lógica normativa o deóntica⁷, y una con-

⁵ En el sentido aristotélico de *to dikaion*. Véase, en general, el libro V de la *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES (edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marias, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1991).

⁶ Tal y como ha demostrado, entre otros, el profesor francés Michel VILLEY: *Le droit roman*, Paris, Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1987, 8ª ed., pp. 40-44; *Compendio de Filosofía del Derecho –Definiciones y fines del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, pp. 100-110.

⁷ G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action* (hay traducción de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970); *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action* (hay traducción. Mexico, UNAM, 1976).

sideración ideo-lógica de *lo justo*, desarticulada en consideraciones individuales y comprensivas que toman como fundamento conceptos generalmente homónimos, tal como ocurre con la noción de bien. Por la misma razón, se ha abierto paso también dentro de lo que podríamos llamar la especificidad procesal de *lo jurídico*, mediante las nociones encontradas de *principios* y de *reglas*. Conservando el proceder análogo típicamente aristotélico, podríamos describir esta nueva situación diciendo que, a partir de ahora, el *principio* es a *lo justo*, dentro de la *lexis* retórica forense o instancia judicial, lo que la *regla* a *lo jurídico*. Y a su vez, que el principio es a una *interpretación en sentido estricto* de lo jurídico (Dworkin) lo que la regla es a una *argumentación jurídica* bajo el presupuesto genérico de un discurso práctico racional (Alexy). Bajo esta perspectiva, tanto los *principios* como las *reglas*, como la articulación de éstos en *interpretaciones* o *argumentaciones*, permanecen en una análoga irreductibilidad y jerarquización epistemológica de modelos (explicativos y comprensivos) y de campos ónticos (naturales y mentales). Sintetizar ambos pares de nociones, tomando para ello la noción *común* de interpretación en sentido amplio o *hermenéutica*, es el propósito declarado de este estudio. Pero esto no puede hacerse, tal y como señalábamos más arriba, sin mencionar, aunque sea mínimamente, la categoría hermenéutica fundamental que rige toda nueva investigación: el *texto*⁸.

Con el texto y el círculo hermenéutico de la explicación y de la comprensión que lo acompaña⁹, podemos ser capaces de dar sentido a la noción genérica de institución y a la plurivocidad significativa que implica¹⁰. Esta misma categoría de texto, por oposición al habla, nos permite igualmente tratar de la especificidad procesal en la que ahora nos hallamos. En este sentido hay que saber que todo texto, al igual que toda institución, implica una codificación de acciones, tanto desde el punto de vista *material-formal* como desde el punto de vista *eficiente-final*. Así, *formalmente* todo texto está configurado en la forma de un discurso de acción/es (*mimesis praxeôs*)¹¹, al igual que toda institución es un registro o codificación de

⁸ Véase en general la bibliografía de la nota 1.

⁹ Sobre el círculo hermenéutico de la *explicación y comprensión*, véase, en particular: RICOEUR: *Teoría de la interpretación –discurso y excedente de sentido*, op. Cit., pp. 83-100; *Du texte à l'action*, op. Cit., 197-212/182-195.

¹⁰ Las relaciones hermenéuticas entre las categorías de *texto* e *institución* han fundado nuestro trabajo de tesis doctoral: *Del texto a la institución jurídica: una aplicación analógica de la hermenéutica de Paul Ricoeur*, leída en la UNED y a la espera de su próxima publicación. Sobre la noción de *institución*: RICOEUR, *Soi même comme un autre*, op. Cit., p. 228/203.

¹¹ Según el sentido aristotélico de *tragedia*: ARISTÓTELES, *Poética* VI, 1450 a 7 15-19 (edición trilingüe de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1988, 2ª ed.). Sobre las implicaciones hermenéuticas de esta noción, véase las obras de P. RICOEUR: *Soi même comme un autre*, op. Cit., pp. 180ss./152ss. y *Temps et récit-L'histoire et le récit*, Seuil, "Points Essais", 1991 (trad.

hechos o acciones. *Finalmente* todo texto, al igual que toda institución, no se agota en la simple codificación de sentido, sino que requiere de forma necesaria de una actualización de éste: sea en el momento eficiente o inicial del acto primero de escritura o en el momento final del acto segundo de lectura, sea en el acto primero del instituyente o en el acto segundo de su interpretación. En ambos casos se desarrolla una relación a cuatro términos: tanto el *escritor* como el *lector* en el caso del texto, como el *ciudadano* y el *gobernante* en el caso de la institución, participan de la relación misma, común a ambos (*texto e institución*), sin posibilidad de hipostatización alguna: ni de los terminos que ponen en acto la relación ni de la relación misma que da *sentido o codifica* a sus términos¹². Bajo esta estructura analógica sustentada en la mediación (*todo/parte*) o *lugar común (tópos)* del texto, vemos como se quiebra tanto con el *subjetivismo* de la comprensión como con el *objetivismo* de las ciencias explicativas; pudiendo, a partir de ahora, los intérpretes mismos (lector-autor, ciudadano-gobernante) interpretar (y por ende, reflexivamente, interpretar-se) sin estar ya pre-mediados por una determinación unívoca del sentido de alguna de las *partes* del texto o de la institución (*subjetivismo*), o de estas últimas al margen de los sujetos que los ponen en acto (*objetivismo*). Se rompe, de este modo, con la irreductibilidad y el enfrentamiento clásicos de los aspectos explicativos u objetivos frente a los aspectos comprensivos o subjetivos y de estos últimos frente a los primeros, para tomar ahora a ambos momentos como dos aspectos esencialmente distintos en su orden propio, pero recíprocamente vinculados en tanto que momentos necesarios del círculo hermenéutico de los textos y, por analogía, de las instituciones.

Para precomprender el objeto de la tesis que defendemos aquí, sólo restaría por saber que el texto, a diferencia del habla y a semejanza de la institución, introduce una serie de rasgos que, sin dejar de participar del carácter común de acontecimiento que caracteriza en general a todo discurso, hablado o escrito, por oposición a la lengua (en el sentido de la *langue* saussureiana)¹³,

al castellano de Agustín García Neira: *Tiempo y narración I –configuración del tiempo en el relato histórico*, Cristiandad, Madrid, 1987), pp. 136/144.

¹² En el ámbito concreto de la institución procesal, esta relación recíproca se da entre el *acto* de creación de la norma (si se quiere, acto del legislador) y el *acto* de interpretación de la misma (o acto de cada uno de los intérpretes judiciales), dentro del *acto* completo que constituye el texto jurídico como institución.

¹³ F. DE SAUSSURE: *Curso de lingüística general*. Traducción al castellano por Mauricio Armiño, Nuevo mar, Madrid, 1982. Esta distinción aparece frecuentemente en RICOEUR. A modo de ejemplo, véase: *Teoría de la interpretación –Discurso y excedente de sentido*, op. Cit., p. 16; *Du texte à l'action*, op. Cit., p. 103/97. Un análisis especialmente lúcido de esta cuestión lo encontramos en: A. DE MURALT, “De l’interprétation par l’usage des noms”, en *Comment dire l’être ? L’invention du discours métaphysique chez Aristote*, Vrin, Paris, 1985, p. 151.

constituye por sí una entidad lingüística irreductible a las otras unidades lingüísticas que lo componen (tanto a las palabras, unidades lingüísticas de la *lengua*, como a las oraciones, unidades lingüísticas del discurso en general); entidad que le asemeja estructuralmente a la *lengua*, y que, sin dejar por ello de ser *discurso*, permite que se le aplique la metodología estructuralista¹⁴ que rige, para la lengua, en unidades lingüísticas inferiores a la frase¹⁵. Esta metodología estructural es consecuencia de la *fijación* (*fixation*)¹⁶ propia que constituye el texto en tanto que discurso escrito, lo que, por nuestra parte, nos hace más fácilmente observar, a diferencia de lo que ocurre en el caso del habla (cuyo sentido está muy comprometido todavía con la situación contextual de los hablantes y por tanto con la exclusiva intención del locutor, que siempre está ahí para responder por el sentido de sus palabras), la distinción, a la vez que vinculación, entre los aspectos explicativos o estructurales (*argumentativos*, se dirá más adelante) del texto y los aspectos intencionales o comprensivos de los sujetos que intervienen en la relación textual (*interpretativos*, se dirá más adelante), así como el círculo hermenéutico que debe regir entre ambos aspectos¹⁷.

Tras esto último, se habrá comprendido el objeto de la tesis que queremos defender aquí. Nuestra pretensión consiste en explicitar, con un cierto detenimiento, cómo a la hora de interpretar hermenéuticamente la *lexis* retórica del discurso jurídico-procesal no cabe ni la actitud unívoco-comprensiva de una interpretación conforme a principios, tal y como propone por ejemplo Dworkin sin tener en cuenta necesidad argumentativa alguna, ni la univocidad explicativa o argumentativa conforme a reglas que propone Alexy, sin tener tampoco en cuenta, al menos en algún estado de justificación de su inferencia, este elemento comprensivo¹⁸. Una *hermenéutica jurídica*¹⁹,

¹⁴ Un ejemplo de metodología estructuralista particularmente interesante lo encontramos en la obra de Claude LÉVI-STRAUSS: *Antropología estructural*, trad. de Eliseo Verón, Barcelona, Paidós, 1992. Sobre las implicaciones hermenéuticas de esta *epoje* estructuralista, véase: P. RICOEUR, *Teoría de la interpretación –Discurso y excedente de sentido*, op. Cit., pp. 93ss.

¹⁵ RICOEUR, *Du texte à l'action*, op. Cit., pp. 13/17, 147/136.

¹⁶ Rasgo fundamental que caracteriza al *texto* frente al *habla* y que le dota de su carácter propio. *Ibid.*, p. 185/171; *Teoría de la interpretación –Discurso y excedente de sentido*, op. Cit., p. 40.

¹⁷ Lo que explica más claramente la plurivocidad de significaciones que abre el *texto* por relación al *habla*. Esta plurivocidad es consecuencia directa de la disyunción, introducida por la fijación del texto en tanto que discurso escrito, entre el *significado* y la *intención* de éste (*Ibid.*, pp. 199-200/184).

¹⁸ Evidentemente nos referimos a la inferencia lógica de la justificación interna, no a la justificación externa que ciertamente incorpora elementos interpretativos. Sobre esta distinción, véase: R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989, 214-272. Tb: RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989.

¹⁹ H-G., GADAMER, *Verdad y método I*, op. Cit., pp. 396-414.

diremos, es aquella capaz de conciliar en una dialéctica la comprensión completa de esta parcela de *ser* que determinamos como lo jurídico. Ésta vendrá determinada, en este momento de la investigación, por la *común analogía de entender, a la vez y recíprocamente, la interpretación y la argumentación como dos acercamientos esencialmente distintos pero totalmente vinculados, dentro de la pluralidad de significaciones (lexis) que abre esta nueva consideración procesal (lógos) del lugar (tópos) institucional, por analogía metodológica al texto*²⁰.

Veremos a continuación, pues, el primero de estos acercamientos o ejercicios retóricos dentro de la primera de las dos significaciones procesales que tomamos como referencia, la *interpretación judicial conforme a principios*, para seguidamente analizar los segundos, la *argumentación jurídica conforme a reglas*, y sintetizarlos poco después en una dialéctica que tome a ambos como dos momentos esencialmente distintos dentro de su común “participación”²¹ en este discurso eminentemente procesal.

II. Del principio a la regla. Implicaciones hermenéuticas

Lo acabamos de decir: la propuesta consiste en conferir al discurso judicial una unidad hermenéutica análoga a la dialéctica de la explicación y de la comprensión desarrollada en el lugar (*tópos*) del texto. Así, mientras que la pre-comprensión hermenéutica queda emparejada, en su orden específico, con una interpretación conforme a principios (Dworkin), la explicación, en su orden propio, lo hace con una argumentación jurídica, considerada como una especificación del discurso práctico general (Alexy). De esta forma,

²⁰ Con este planteamiento seguimos la línea diseñada por A. DE MURALT, a propósito de la convertibilidad del lenguaje-discurso lógico (*logos*) con el lenguaje-estilo retórico y el lenguaje-estilo poético (*lexis*), en: *De l'interprétation par l'usage des noms*, en *Comment dire l'être ?*, op. Cit., pp. 149-176.

²¹ Es importante, si se quiere seguir bien el hilo de la investigación, aclarar el concepto de *participación* que manejamos. Al hablar de *participación* no nos referimos a una relación extrínseca, en un género determinado, entre los participantes y lo participado (relación de extensión potencial de lo participado en sus participantes y de comprensión actual de cada uno de los participantes –y de su diferencia específica- con lo participado) al modo neoplatónico y plotiniano, sino de una relación de *similitud* entre todos los participantes y *principalmente* con respecto a un primero, que hace las veces de *participado* (ARISTOTELES, *Metafísica*, op. Cit., 1003 b 16-17, 1045 b 29-31; *Física*, 223 b 18 (trad. de Guillermo R. De Echandía, Madrid, Gredos, 1995); *Tópicos*, op. Cit., 121 a 11-12). Es muy esclarecedor, en este sentido, observar la comparación estructural realizada por el profesor suizo, A. DE MURALT, del pensamiento platónico y aristotélico a propósito de este problema de la *participación* en: “Dialectique de l'idée et analogie de l'être ?. Comparaison structurelle du *Sophiste* de Platon et des *Métaphysiques* d'Aristote” (*Comment dire l'être ?*, *L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, op. Cit., pp. 133-148). Del mismo autor, véase: *Genèse et structure de la métaphysique chez Aristote*, en *Revue de Philosophie Ancienne*, n° 1, ouisia, 1996, pp. 43-45.

tratamos de mostrar la *analogía* que existe entre el círculo de la explicación y de la comprensión en el ámbito filosófico, y el círculo de la interpretación y la argumentación en el ámbito jurídico-procesal. A su vez, la *proporcionalidad propia* entre ambos a partir de la noción común de *acto o acción codificada*: el acto de la pre-comprensión hermenéutica es al acto de la interpretación conforme a principios lo que el acto de la explicación es a la puesta en acto argumentativa del discurso forense conforme a reglas²².

Empezaremos para ello analizando el primer momento de la dialéctica: la interpretación conforme a principios (Dworkin).

El punto de partida de una teoría de la interpretación según el modelo de los principios lo situaremos en la conocida reflexión surgida a propósito de los llamados “casos difíciles” (*hard-cases*)²³. Son éstos, como sabemos, supuestos de lagunas; es decir, supuestos de hecho a los que no hay norma que se les pueda aplicar. Al menos ésta parece ser la interpretación de Dworkin, que no de la corriente del positivismo jurídico (Austin, Hart), a la que precisamente éste opone, fundando, su mentada teoría interpretativa. Pues si sostenemos, vendrá a decir, que en la aplicación judicial existen –como parece que existen– situaciones anómicas, se hace entonces necesaria una interpretación jurídica. Interpretación ésta completamente desdeñada por la corriente positivista, para la cual las “lagunas jurídicas”, si las hubiera, quedarían siempre solventadas por procedimientos tipificados *ad hoc* en el propio ordenamiento jurídico²⁴ y nunca más allá.

En este sentido, siempre según la perspectiva dworkiana, la teoría positivista del derecho ha recurrido generalmente a tres tipos de “soluciones” que trataban de evitar, en la medida de lo posible, este ejercicio o *lexis* interpretativa que con tanto entusiasmo reivindica Dworkin: lo que podríamos llamar una especie de *heurística* judicial basada en principios no reconocidos necesariamente por el Derecho con mayúsculas. Mientras, como decimos, las “soluciones” positivistas ante los “casos difíciles” adoptaban principalmente alguna de estas tres formas: una primera salida consistía –hablo en boca de Dworkin– en apelar al llamado “*pedigreé*” de la norma, esto es, al recurso de la presunta intención del legislador que elaboró aquélla; en segundo lugar –y

²² Sobre la metacategoría ontológica de *acto o acción codificada* y su articulación analógica, véase: ARISTÓTELES, *Metafísica*, *op. Cit.*, IX, 6.

²³ R. DWORKIN, “Los casos difíciles”, en *Los derechos en serio*, *op. Cit.*, pp. 146-208.

²⁴ “El positivismo –argumenta DWORKIN– es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es el derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones (o principios) que no son reglas” (“¿Es el derecho un sistema de reglas?”, en *Cuadernos de crítica*, nº 5, 1975, p. 18). Un buen resumen de los subterfugios teóricos contruidos por la dogmática con respecto al problema de las lagunas puede encontrarse en el trabajo de M. SEGURA ORTEGA, “El problema de las lagunas en el Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, pp. 285-312.

si no todo el positivismo, sí al menos cierto tipo de positivismo- se apelaba a la *inequívoca univocidad* que, según ellos, caracteriza a todas las disposiciones jurídicas; por último, otros consideraban que siempre cabría solucionar la laguna recurriendo simplemente al *poder discrecional del juez*²⁵. De este modo, tanto la remisión a la intención del legislador, como a la univocidad significativa de la norma, como la llamada al poder discrecional del juez constituían los argumentos fundamentales que la corriente del positivismo jurídico ha esgrimido ante los supuestos de “laguna jurídica”. Pues bien, ha sido precisamente consecuencia de la necesidad que sintió Dworkin de refutar estas tesis lo que nos ha provisto del contenido fundamental de su teoría de la interpretación; una teoría que, sin embargo, lo alejará claramente –como veremos a continuación- de la llamada teoría de la argumentación jurídico-práctica y, por tanto, de una hermenéutica.

No nos sería sin embargo difícil mostrar, junto a Dworkin, las incoherencias expresadas por el positivismo jurídico ante las soluciones a estos supuestos casos de lagunas desde nuestra perspectiva hermenéutica arriba indicada. No nos detendremos, con todo, en un análisis que excede ampliamente nuestra problemática; tan sólo dejaremos anunciadas algunas notas a fin de que podamos delimitar más claramente el pensamiento interpretativo de Dworkin, así como aquello que lo diferencia de una hermenéutica –integradora, como sabemos, a diferencia de éste, del polo argumentativo.

(1) En primer lugar, se dice que la corriente del positivismo jurídico apela a la *intención del legislador* como medio para evitar la “laguna” interpretativa de la norma. Esta “llamada” al legislador impide, como implícitamente hemos recordado más arriba, cualquier tarea hermenéutica; pues bajo esta consideración, el legislador adopta la forma de un alocutor *intemporal* descontextualizado del sustrato situacional que delimita históricamente el sentido de sus palabras. En este sentido, si apelamos a la intención del legislador tenemos que apelar a un legislador concreto (me refiero a su presencia física), a un lugar y espacio concreto (al lugar y al modo en el que elaboró la norma) y a un tiempo determinado (el momento en que aprobó ésta). Ahora bien, estos condicionantes –sin desmerecer por otro lado su

²⁵ Sobre las soluciones a los supuestos de lagunas propuestos por la corriente del positivismo jurídico, véase: R. DWORKIN, “¿Es el derecho un sistema de reglas?” en *Cuadernos de crítica*, op. Cit., n° 5, pp. 10-11. Sobre las diferencias en el seno mismo del positivismo (en particular entre Austin y Hart), pp. 17-18. La opinión de Kelsen al respecto se expresa en este último sentido: la norma es un marco abierto a varias posibilidades de aplicación, y sólo el desconocimiento de hasta qué punto la decisión es tanto un acto de conocimiento como de voluntad explica la pretensión de cierto positivismo de encontrar la *única solución correcta* (H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, 12ª ed. Ed. Porrúa, 2002 (1960), pp. 351-352).

importancia-, considerados unívocamente, es decir considerados bajo la estela unitaria de la intención del único sujeto legitimador del sentido de sus palabras, el legislador, desaparecen desde el momento en que la situación deja de tener lugar, permaneciendo el sentido únicamente bajo la forma de un espíritu difuso, plenamente determinable a su modo y manera, y sin estar constreñido discrecionalmente por ningún presupuesto lectivo-hermenéutico, por cualesquiera razones –todas ellas válidas- que se les quiera imponer arbitrariamente. De ahí la necesidad, que recordábamos al principio de la investigación, de acudir al texto como “categoría” hermenéutica fundamental, como matriz objetiva de sentido; y, en concreto, al texto jurídico, en su específica validez y eficacia propias. Pues al tratarse de un texto (esto es, al quedarse fijada, de alguna manera (*secundum quid*), la volátil intención del legislador), comienza a desarrollarse, desde ese mismo momento, un tipo de *autonomía significativa* que impide tanto el recurso “pedigreesco” a la, al parecer, inmemorial significatividad intencional de tal o cual sujeto-legislador, como a la interpretación desnudamente arbitraria, sin referencia noemática o textual alguna, del primer intérprete que se cruzara telepáticamente en el camino del espíritu acaecido del legislador. En este sentido, al no ser el texto ya “dictado” (lo dictado viene determinado por el “dictador”), sino “fijado” de alguna manera propia (y esta es la diferencia fundamental, recordemos, que le distingue del habla), el sentido se autonomiza significativamente –que no realmente- de la situación particular que le ha visto nacer (espiritual, espacial o temporal), siendo a partir de ahora *virtualmente* aplicable (por esa su referencia abierta, no meramente situacional, consecuencia de su fijación, como texto, en su especificidad, en este caso jurídica) a todo *acto*, “caso”, que por su “dificultad” merezca ser interpretado. Lo “fijado”, en este caso hermenéutico, remite al sentido actualizado por los potenciales intérpretes, conforme a una reglamentación (explicación) que con-figura la pre-comprensión tanto del hecho concreto que le vio e hizo nacer, como del hecho concreto al cual se aplicaría en este momento.

(2) En segundo lugar, hemos dicho que el positivismo jurídico hace frente a las “lagunas jurídicas” remitiéndose al *carácter unívoco de las disposiciones jurídicas*. Ante esta pretensión de univocidad, nosotros decimos que el carácter fundamental del texto (texto jurídico) es el de la *plurivocidad de sentidos*, consecuencia como sabemos de su “fijación” característica. Un texto puede ser leído de diferentes formas, a distintos niveles y en diversos contextos, precisamente por no atenerse a una presunta y unívoca voluntad significativa a priori que determinara el decir de *lo dicho como tal*. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que un texto es siempre una disposición de acciones en una determinada forma (en el caso concreto del texto jurídico,

con la especificidad formal garantizadora de su práctica mediante reglas de prescripción y de imputación); pues bien, esta ontología *práctica* que parece pre-constituir la norma como texto sería originaria de un eventual conflicto (el mismo que se le presenta al autor al pretender ordenar lo narrativo) en donde podríamos decir que confluyen voluntades significativas unívocas y opuestas. Éste, al menos, pareciera ser el presupuesto del que partiera toda ordenación práctica o textual; al igual que toda mediación ordenada en forma de *proceso judicial (texto como instancia judicial)*²⁶ con sus reglas textuales o procesales propias y distantes, pareciera partir del presupuesto de que existe una situación previa, no mediada aún procesalmente, ininteligible por todavía situacional con respecto a esta ordenación procesal, violenta por directa y absolutamente irreductible, y completamente unívoca al no estar aún mediada conforme a este lugar (jurídico-procesal) de determinación común, en el que parecieran encontrarse las partes (que todavía no son “partes”) antes de la entrada en el proceso (texto). Pero con esta entrada (o más bien, con esta determinación común que realiza ahora el proceso judicial), la antigua univocidad situacional en la que se encontraban las partes se convierte en determinación *proporcional*, característica tanto, en general, de la estructura abierta de todo texto como de la posición misma de *cada una* de las –ahora sí- *partes* del proceso: los diferentes turnos de intervención, la igualdad probatoria, etcétera; cuya “tutela judicial ...” consiste precisamente en posibilitar, mejor dicho, en hacer “*efectiva*”, la pluri-vocidad significativa de la interpretación judicial (textual) que ejerce cada una de las partes. En este sentido, nos preguntamos: ¿no es, en definitiva, el proceso judicial la *puesta en distancia*, mediante su reglamentación “como tal”, “de esta forma”, con respecto a la violencia *no mediada procesalmente* del habla (tal y como distinguimos en su momento)²⁷, la que permite la *pluri-vocidad significativa* del objeto del proceso hasta el momento de la decisión *necesaria*²⁸, garantizadora, en la forma específica jurídico-procesal, del “*juicio veredictivo*”? Y este “juicio veredictivo”, con los requisitos propios de una

²⁶ Sobre la función hermenéutica del “proceso judicial”, puede consultarse: *Amor y justicia*, *op. Cit.*, pp. 48-55; *Le Juste*, *op. Cit.*, pp. 185-192/177-183.

²⁷ Puede resultar paradójica esta afirmación de que una *situación de habla* sea característica de relaciones de *violencia*. Para entenderla, hay que representarse, por ejemplo, lo que supone el paso al proceso judicial y los momentos previos a éste, caracterizados normalmente por la incomunicación y el avasallamiento de una de las partes frente a la otra. La “justa distancia” que introduce, en este sentido, el proceso, mediante la fijación de las partes, de los turnos de habla, etcétera permiten corregir la violencia en la que fácilmente incurren estas situaciones de habla cuando no están mediadas, de una u otra forma, por lo impersonal o neutro de la institución (RICOEUR, *Du texte à l’action*, *op. Cit.*, p. 195/178).

²⁸ Esta *necesidad*, como veremos más adelante, es una de las especificidades de lo jurídico.

nueva escritura “como tal” (bajo la forma de “apelación”, de “casación”) ¿no es, a su vez, por una *pluri-voicidad* que podríamos llamar de “segundo grado”, lo que justifica el hecho de ser recurrida o reinterpretada?

(3) Ahora bien, no será sino la tercera de las tesis que toma en cuenta la corriente del positivismo jurídico, la referencia al *poder discrecional del juez*, la que llamará nuestra atención hasta el final²⁹. También será éste el punto de arranque propiamente dicho de la teoría interpretativa de Dworkin. Esta situación le permitirá poner en cuestión la llamada “autosuficiencia normativa” en la que parece desembocar la solución judicialista que propone el positivismo ante los supuestos de lagunas. Y esto al menos por dos razones. La primera por la relativa facilidad con la que se podría pasar, en su opinión, del ejercicio legítimo de esta discrecionalidad por parte del juez para solventar una determinada “laguna jurídica”, a la no tan legítima ni legal arbitrariedad de poder. La segunda (que más que una razón independiente es una especie de la primera), por la igualmente relativa facilidad con la que se podría producir una auténtica suplantación de poderes, del poder legislativo por el poder judicial, al estar este último legitimado para crear derecho retroactivamente, con las evidentes consecuencias de inseguridad jurídica que este hecho puede comportar. ¿Cómo entonces –se preguntará– “justificar la idea de que siempre haya una respuesta válida sin caer sea en lo arbitrario, sea en la pretensión del juez de erigirse en legislador?”³⁰

Para salir de esta paradoja, común tanto a una interpretación en sentido estricto (dworkiana) como a una interpretación hermenéutica, será necesario que avancemos en un primer momento de la mano del mismo Dworkin (asimilando su teoría de la interpretación como si fuera una hermenéutica, a pesar de que, como acabamos de señalar, esta interpretación no es más que un polo dentro de la más amplia circularidad hermenéutica, que, como sabemos, engloba también una *argumentación*) haciendo frente común a

²⁹ Ésta será la tesis fundamental que guiará toda la contraargumentación dworkiana. Podemos leer al comienzo de “los casos difíciles”, *op. Cit.*, p. 160: “En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría– tiene “discreción” para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. En los dos últimos capítulos sostuve que esa teoría de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada; en este capítulo he de presentar y defender una teoría mejor”.

³⁰ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, *op. Cit.*, pp. 146-147. Pretensión ésta que, como es bien sabido, sostuvo el llamado *movimiento de derecho libre* (*Freirechtswegung*), y de manera principal su representante más radical, Ernst Fuchs.

estas posibles desviaciones judicialistas que propone el positivismo jurídico para, en un segundo momento, comprobar también la insuficiencia de esta teoría interpretativa estricta presentada por Dworkin con respecto a una hermenéutica como la que proponemos aquí en la correcta aplicación de la norma jurídica, y la consiguiente necesidad de acudir a una teoría más amplia que complementa esta primera interpretación en sentido estricto, argumentándola. Dejaremos de este modo resueltas, al mismo tiempo, dos cuestiones: en primer lugar, la falsa construcción en la que se apoya el positivismo jurídico al apelar a esta discrecionalidad judicial como medio para solventar los supuestos de lagunas; por el otro, la necesidad, sin embargo, para justificar plenamente esta falsedad, de incorporar a la interpretación dworkiana en sentido estricto una argumentación jurídica con la que poseer más armas para afrontar plenamente la dificultad anterior.

Recobremos, para ello, algunos de los recursos hermenéuticos aquí mentados. Empezamos por una analogía que nos irá allanando el camino. Dijimos en su momento que el *texto* (añadamos ahora *literario*) nos permite una disyunción, imperceptible en el habla. Así, mientras que en el habla el sentido de las palabras y la intención significativa del locutor coinciden, pues siempre podemos ir a este último para preguntarle acerca del sentido de su intención (impidiendo propiamente la interpretación hermenéutica del alocutor), en el texto, a diferencia de ésta, el sentido se fija “como tal”, independizándose de la intención del autor. Con el texto, y como consecuencia de la fijación de una determinada manera que éste implica, lo que prima es su significación propia, desarrollando por este motivo la plurivocidad hermenéutica que lo caracteriza. Pues bien, algo parecido parece ocurrir ahora con el *texto jurídico* (paradigma sobre el que cabría esta reconstrucción interpretativa –tanto en el sentido dworkiano como hermenéutico– de las derivaciones “discrecionalistas” que admite el positivismo jurídico). En éste, la disyunción (intención/sentido) viene determinada por el par: *sentido de la ley, instancia de decisión del significado de dicha ley*. Existe, en este sentido, un paralelismo exacto al texto literario: mientras que el *sentido de la ley* remite analógicamente a la *significación inmanente en el texto*, la *instancia de decisión* lo hace con respecto a la *intención del autor*.

En efecto, partiendo de esta distinción textual específicamente jurídica entre la *instancia de decisión* y el *sentido de la ley*, podríamos considerar que tanto desde la perspectiva interpretativa dworkiana como desde una hermenéutica, esta *instancia de decisión del significado de una ley* (lado del acontecimiento o puesta en acto de un sentido), *a falta de ley* (significación inmanente), sería común tanto al poder discrecional de un juez que actúa con arbitrariedad (*sin sometimiento pleno a la ley y al derecho/ sin sometimiento a la significación inmanente*) como a la función legislativa

que no le es propia (intercambio arbitrario, bajo un juego de intropatías puramente psicológicas, de los papeles de autor –legislador– y lector –intérprete judicial: el juez se hace autor, a efectos significativos, de su propia lectura)³¹. En este sentido podríamos decir que, en este nivel de *discrecionalidad judicial* (es decir, bajo la forma de la *instancia de decisión*), haríamos coincidir lo racional con lo puramente volitivo, lo significativo con lo puramente intencional. Pues bien, ahondando más si cabe en estas paradójicas conjunciones por las que lo racional o lo significativo vendría determinado a priori, sea por una voluntad indeterminada o por una intención sin correlato noemático o significativo alguno, el sentido del sentido (sea éste la significación inmanente del texto o el sentido de la ley) estaría puesto, bien en la decisión arbitraria por parte del intérprete judicial (en una voluntad racional a priori), bien en la misma suplantación de poderes, consecuencia del desplazamiento –tomo aquí la analogía textual– del significado inmanente del texto por la voluntad significativa a priori del “querer decir” (*pedigrée*) del autor (legislador), determinada, a su vez, por la conciencia (voluntad de razón) del querer decir del autor por el propio lector. Pues al hacerse, en este caso, el lector autor, en un cortocircuito solipsista en el que la significación inmanente del texto se dejaría de lado, el lector (juez) determinaría a priori (demostraría) sin un correlato noemático (sin el sentido inmanente) cuál sería el sentido de la ley. Esta derivación trascendente, consecuencia de la mentada crítica dworkiana de la con-fusión de poderes (del plano judicial al legislativo; del lector al autor) supondría, además, desde el plano lógico, una demostrabilidad a priori de aquello que fuera lo jurídico, y por tanto de las *condiciones de posibilidad* para arrojarse cualquier tipo de arbitrariedad bajo la forma *auto-referencial* de lo “discrecional” de la interpretación judicial. Recuperaríamos de este modo, frente a la interpretación de lo jurídico aristotélica y romana, el cortocircuito solipsista/representativo presente en Descartes y Kant y, en general, en toda la tradición procedente de la revolución scotista y ockhamista, para la que lo jurídico se determinaría jurídicamente, esto es, en el sentido de que el “sentido” de la ley estaría puesto exclusivamente en el mismo “acto de creación” (unívoca), en el mismo acto eficiente de voluntad divina,

³¹ Volvemos, en este sentido, al “monismo metodológico” característico de la distinción decimonónica: “Hay que comprender al autor y su obra mejor de lo que él mismo lo habría podido hacer” (H-G., GADAMER, *Verdad y método I, op. Cit.*, p. 246). La interpretación de las ciencias humanas, expresadas vitalmente (objetivamente) en la intersubjetividad psicologista de las conciencias de autor y lector, deja a un lado cualquier modelo explicativo, cuyo lugar ontológico queda relegado al de las ciencias de la naturaleza.

recogido ahora por la voluntad divina a semejanza unívoca de un *sujeto trascendental*, del derecho por parte del juez-legislador³².

Hasta aquí podemos decir que hemos ido de la mano del propio Dworkin. Tomando el texto por el lado del *acontecimiento* o de la puesta en acto del sentido de la ley (lo que hemos dado en llamar *intención del autor/instancia de decisión judicial*), las críticas de su interpretación estricta y de nuestra hermenéutica coinciden tanto con respecto a la arbitrariedad “decisionista” que parece subyacer en la concepción positivista de la discrecionalidad judicial para hacer frente a los supuestos de lagunas, como con respecto a la suplantación de poderes que ésta provoca. Pero llegados al otro momento disyuntivo que introduce la categoría textual, el *sentido del texto* (lo que dimos en llamar *significación inmanente del texto/sentido de la ley*), se hace ineludible también la ruptura con Dworkin, debido a la necesidad, si queremos sacar verdadero provecho hermenéutico de lo que debe ser una correcta aplicación de la norma jurídica, de incorporar a esta interpretación, en sentido estricto, una *argumentación* que nos permita verosímelmente explicarla.

En efecto, como sabemos, el sentido del texto se determina en el *ajuste mutuo* y recíproco de la interpretación de cada uno de los hechos o acciones y la interpretación del todo. Es el famoso *círculo hermenéutico* al que aludían Schleiermacher y Dilthey y que, entre otros, acopia Ricoeur³³. Sin ánimo exhaustivo, recordaré como, para todos ellos, existe una rela-

³² Cortocircuito solipsista que muestra a las claras las esenciales similitudes entre posturas habitualmente presentadas como contrapuestas, como consecuencia de un enfoque incapaz de cortar transversalmente el problema: en efecto, tanto un kelseniano como un *Freirechtler* estarían de acuerdo en reconocer en el momento de la decisión judicial la instancia voluntarista (el “acto de creación”) a la que nos hemos referido anteriormente, aunque ambos le otorgarían un sentido muy diferente. En cuanto a los positivistas decimonónicos, en ellos el “acto de creación” se vería desplazado del juez al legislador.

En un contexto jurídico, aunque más general que el tratado aquí, el profesor A. DE MURALT ha diseñado alguna de estas relaciones entre las diversas estructuras de pensamientos y su correspondientes análogos jurídicos: *L'enjeu de la philosophie médiévale. Études thomistes, scotistes et grégoriennes*, op. Cit., pp. 12-13. El mismo método, desde una consideración jurídico-política más amplia, se encuentra también en el mismo autor: *La estructura de la filosofía política moderna*. Trad. de Valentín Fernández Polanco, Istmo, 2002.

³³ El famoso “círculo hermenéutico”, como se recordará, viene representado por la famosa proposición: “Toda comprensión de lo individual está condicionada por una comprensión de la totalidad”. Dilthey lo vio así en Schleiermacher: “La totalidad de una obra tiene que ser comprendida partiendo de las palabras y de sus combinaciones y, sin embargo, la comprensión plena del detalle presupone ya la comprensión del conjunto” (*El mundo histórico*, op. Cit., p. 335). M. MACEIRAS: *Hermenéutica filosófica contemporánea*, op. Cit., p. 33 ss; JM. NAVARRO CORDON: *Hermenéutica filosófica contemporánea*, en *Boletín de la fundación Juan March* op. Cit., p. 6. Tb: RICOEUR., *Tratado de la interpretación –Discurso y excedente de sentido.*, op. Cit., pp. 101-106.

ción interpretativa o significativa entre el todo (*holos*) y la parte (*meros*) del texto. Esta reconstrucción del sentido del texto apela a “relaciones de conveniencia, de justeza o de ajuste, entre la interpretación propuesta de un pasaje difícil y la interpretación del conjunto de la obra”³⁴. Por otro lado, sabemos que el conjunto de la obra jurídico-procesal está constituido en el contexto dworkiano por la “*historia de la “empresa judicial”*”³⁵, y que ésta inevitablemente conlleva un carácter temporal, por lo que, para dar coherencia narrativa a cada uno de los acontecimientos con relevancia jurídico-procesal que se suceden, es necesario salirse del “caso aislado y puntual de un juicio determinado”, situándolo en la perspectiva completa de la empresa judicial en su conjunto. En ese sentido, Dworkin recurre, como nos recuerda Ricoeur, “a la fábula de una cadena de narradores, en lo que cada uno añadiría su capítulo a la redacción de una historia, donde ningún narrador determinaría por sí mismo el sentido global de ésta, pero donde cada uno debería presumirlo, si adoptara como regla la máxima coherencia. Esta anticipación de la coherencia narrativa, conjugada con la comprensión de los capítulos precedentes de una historia que cada narrador se encontraría ya empezados, daría a la búsqueda del “*ajuste*” (“*fit*”) una doble garantía: por un lado, la de los precedentes; por el otro, la de la perspectiva presumible del proceso jurídico en curso de elaboración. Dicho de otra forma, por un lado lo ya juzgado, por otro, el perfil anticipado de la empresa jurídica considerada en su historicidad”³⁶.

El intérprete del derecho, de este modo, no iniciaría nunca la cadena completa en un juicio determinado mediante principios *ad hoc*, al margen de la coherencia narrativa establecida por los precedentes (lo ya juzgado) sobre el que se incorporaría el nuevo hecho a enjuiciar (la perspectiva presumible del conjunto jurídico en curso de elaboración). Pues uno y otro, tanto la tradición de lo ya enjuiciado como la innovación de lo que se pretende enjuiciar, se interpretarían conjuntamente, eliminando, por ese mismo motivo, toda posibilidad de arbitrariedad judicial, todo juicio *ex novo* que no quedase circunscrito en el contexto jurisprudencial establecido por el *todo* de la *empresa judicial*. Hasta aquí el razonamiento de Dworkin podríamos decir que sería escrupulosamente hermenéutico. Pero es llegado a este punto donde se plantea la siguiente cuestión: ¿en qué contexto sería preciso situarse para ver la interpretación de este “*ajuste*” (*fit*) o “*conveniencia*”³⁷ entre la *parte* y el *todo* de esta *empresa judicial*, el acontecimiento particular y

³⁴ RICOEUR, *Le Juste*, op. Cit., pp. 167-168/161.

³⁵ *Ibid.*, p. 168/161.

³⁶ *Ibid.*, pp. 168-169/161-162.

³⁷ *Ibid.*, p. 168/161.

el “sentido” de lo ya juzgado, la interpretación del “caso difícil” y el argumento del texto? ¿Dónde podríamos tender este hilo de engarce comprensivo entre la interpretación del hecho particular, del caso difícil, conforme a determinados principios, y el argumento reglado de conjunto de la “obra judicial”? Aquí es en donde la hermenéutica no puede seguir yendo por más tiempo en compañía de la interpretación propuesta por Dworkin; pues llegado a este momento, éste se desentiende de clarificar³⁸ el necesario momento explicativo (argumentativo) de la comprensión de estos dos momentos que constituyen la empresa judicial, los *precedentes* y las *perspectivas*; es decir, de explicitar la necesaria vinculación entre las referencias abiertas por la *interpretación* de los casos particulares o los juicios concretos, dentro del *argumento* que constituye la historia narrativa judicial.

¿Y por qué cree Ricoeur que ocurre esto? Porque, en su opinión, “Dworkin está mucho menos interesado en la formalidad de los argumentos que en su sustancia moral y política (...). La univocidad es una característica de las reglas (...) Ella –según Dworkin– no conviene a los principios que, en último recurso, son de naturaleza ético-jurídica (...) El derecho establecido, en tanto que sistema de reglas, no agota el derecho en cuanto empresa política”. Y en el mismo sentido, añade Ricoeur: “Estos principios, a diferencia de las reglas, no son identificados por su *pedigrée* sino por su fuerza normativa propia (...) A diferencia de las reglas de segundo grado (de reconocimiento), su estatuto ético-político excluye la univocidad (...) Hay, por tanto, que interpretar cada vez (...)”³⁹. En este sentido, la flexibilidad de estos principios que, como dice Ricoeur, no se dejan subordinar para Dworkin a ningún modelo formal reglado (“hay que interpretar cada vez”; “todo es susceptible de ser más plausible, más probable, más persuasivo...”; “lo importante está en la labor heurística del juez”; “siempre cabrá interpretar tal caso en función de un nuevo principio *ad hoc*...”), entendiendo por tal reglamentación, no una imposición extrínseca o trascendente a estos, sino el hilo jurídico explicativo de lo *ya juzgado* donde se incorporaría ahora, como parte del relato jurisprudencial que le precede, el nuevo hecho particular que se pretende interpretar conforme a *principios*, le lleva a mantener, bajo una distinción irreductible, una “concepción general del derecho inseparable de una teoría política sustantiva”⁴⁰, en la que el ámbito de lo pre-comprensivo, de lo material, del acontecimiento, en definitiva del situacionismo ético-

³⁸ Los sinónimos propuestos: “integridad”, “coherencia” son demasiado indeterminados y no garantizan efectivamente este ajuste (*Ibid.*, p. 169/162; R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, *op. Cit.*, p. 230).

³⁹ *Le Juste*, *op. Cit.*, p. 170/163.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 171/164.

político, determinaría exclusivamente qué fuese lo jurídico, sin tener en cuenta la necesidad argumentativa de este hecho, caso, valor, principio, en el conjunto explicativo que permitiera significarlo de una u otra manera. Es, pues, este “*interés*”⁴¹ en subrogar completamente todo procedimiento explicativo en una interpretación conforme a principios políticos *ad hoc*, lo que parece alejarle, en nuestra opinión, de una teoría formal de la argumentación jurídica.

II. De la regla al principio. Implicaciones hermenéuticas

Lo repetimos una vez más: nuestra pretensión consiste en conferir una unidad hermenéutica al debate judicial sintetizando lo que generalmente se ha presentado como antinómico, a saber: por un lado, una *teoría de la interpretación* que acoge como fundamento *principios*, por el otro, una *teoría de la argumentación* que toma como paradigma *reglas*. Hemos visto la primera parte de la dialéctica. Nos detuvimos justo en el momento en que observábamos las primeras “incongruencias” en la obra de Dworkin. Éste era incapaz de armonizar explicativamente el famoso círculo hermenéutico de la *parte* y el *todo*, el caso particular y la asunción de la “práctica legal”⁴² en su desarrollo histórico, al evitar cualquier tipo de formalidad que escindiera el derecho de la ética y la política. Nos quedamos entonces en la necesidad de conciliar esta interpretación bajo los presupuestos explicativos de una argumentación –más en concreto, de una *argumentación jurídica*. Habiendo tematizado la interpretación, es momento de hacer lo mismo con la argumentación e intentar conjugarlas en una dialéctica. Propondremos para ello como modelo la *teoría de la argumentación jurídica de Alexy*. Nuestra intención únicamente consistirá en tomar este modelo como paradigma –Atienza habla de modelo *standard*⁴³, sin ánimo exhaustivo, de las diferentes teorías de la argumentación jurídica⁴⁴, para problematizarlo –y pongo el acento en la cuestión metodológica- como miembro de la dialéctica. En consecuencia apenas entraremos en el contenido sustantivo de esta teoría, reteniendo únicamente, a efectos metódicos, los delineamientos fundamentales y las intenciones básicas del autor.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ M. ATIENZA, « Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica », en *Las razones del derecho –Teorías de la argumentación jurídica*, Cuadernos y debates, Madrid, CEC., nº 31, 1991, p. 235.

⁴⁴ El mismo Alexy ha recogido alguna de estas teorías en su obra ya citada. Tb. ATIENZA, *op. Cit.* Por otro lado, al tomar a Alexy como modelo de una teoría de la argumentación que toma como paradigma a reglas, no pretendo desconocer el tratamiento de los principios en este autor.

Comenzaremos así con una breve sinopsis de su configuración discursiva, como “discurso jurídico”, caso especial del “discurso práctico normativo general”⁴⁵. En primer lugar su pretensión, en segundo, su argumento:

En cuanto a la primera, consistirá especialmente en tratar de inscribir el pequeño círculo de la *argumentación jurídica* en el gran círculo de la *argumentación práctico-general*⁴⁶. Éste será el fundamento de su justificación, el cual tematizaremos más adelante⁴⁷. En cuanto al argumento, tratará de sustantivar la pretensión anterior en la descomposición de los conceptos que constituyen el fundamento de la misma. En este sentido, si el discurso jurídico es un caso especial de discurso práctico general será porque efectivamente se discutan *cuestiones prácticas* que implican *interacciones humanas*, tenga una *pretensión de rectitud* o de corrección de éstas y de sus resultados, y quede a su vez delimitado bajo *determinadas condiciones*⁴⁸. Bajo esta forma se dirá que “en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada posición es sin más racional, sino que puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente”⁴⁹. Siguiendo esta perspectiva se delimita un procedimiento fundado en estos tres presupuestos: en primer lugar, en las reglas y formas del discurso práctico general (que constituirá el primer momento de nuestro acercamiento); en segundo lugar, en las reglas y formas específicas del discurso jurídico, que sintéticamente expresan la sujeción a la ley, a los procedimientos judiciales y a la dogmática. A su vez, y por último, se distinguen dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen igualmente dos tipos de reglas y formas en la aplicación concreta del discurso jurídico.

Intentaremos, por nuestra parte, abrir un círculo dialéctico-hermenéutico en cada una de estas aproximaciones a fin de evitar los formalismos en los que fácilmente caen estas teorías, incorporando a cada uno de estos momentos formales o reglados en los que se funda la argumentación, una pre-comprensión conforme a los criterios interpretativos estrictos dworkianos,

⁴⁵ Dos referencias bibliográficas fundamentales para la explicación de este segundo modelo. En primer lugar, la ya citada obra de RICOEUR: *Le Juste, op. Cit.*, pp. 163-184/157-176. En segundo lugar, M. ATIENZA, *op. Cit.*, en especial el capítulo VI: “Robert Alexy: La argumentación jurídica como discurso racional”. (Nos parece este último un buen referente al ser el propio autor traductor de la principal obra de Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit.*). No obstante, es conveniente también observar la obra ricoeuriana *Le Juste 2, op. Cit.*, en especial, las páginas 81-84.

⁴⁶ R. ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit.*, pp. 272-280.

⁴⁷ M. ATIENZA, *op. Cit.*, pp. 177-178.

⁴⁸ R. ALEXY, *op. Cit.*, p. 207.

⁴⁹ ATIENZA, *op. Cit.*, p. 193. ALEXY, *op. Cit.*, 208.

hasta conducirnos finalmente a la inserción hermenéutica en el aspecto más formal de esta inferencia lógica: el *silogismo jurídico*.

(1) Veamos, pues, brevemente cada uno de estos pasos. En primer lugar, hemos dicho que la pretensión última de Alexy consiste en “considerar al discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral”⁵⁰. Para ello habremos de precisar, aunque sea de forma somera, qué entendemos por *discurso práctico racional general*. Resuelto éste en su tratamiento hermenéutico, se verá la necesidad de acudir a su especificación en la forma de *discurso jurídico*. Ya adelante: para esta explicación, tal y como hace Alexy, debemos tomar en consideración la *teoría del discurso práctico habermasiano*⁵¹.

Situémonos en primer lugar al nivel de los conceptos. Decimos: *discurso práctico normativo*. La noción de *práctico*, en su versión sustantivada (práctico/práctica), designa, como sabemos, un “lugar” (*tópos*) de interacciones humanas (pragmática). Conlleva, de alguna manera, una “*normatividad*”: las interacciones humanas son dichas como prácticas bajo la formalización de un discurso. ¿Qué tipo de discurso? Veremos cómo al tratar de determinar éste se apelará al criterio de *pretensión de rectitud o de corrección* que hará de él un argumento universal. Pero de momento podemos, en general, decir que todo discurso se caracteriza por un cierta razón formal (la que la palabra *argumentación* sugiere) como elemento mediador de los otros dos conceptos: mediante el discurso de la acción o de las interacciones humanas somos capaces de nominar a éstas bajo una determinada acepción universal práctica. Hablamos así, por ejemplo, de la *práctica jurídica* para referirnos tanto al practicar el derecho *como* (discurso del...) juez, *como* (discurso del...) letrado, *como* (discurso del...) jurista, etcétera.

Dejemos, no obstante, de momento a un lado estas nociones de *discurso y práctica*: el discurso, hemos dicho, es la forma argumentativa que confiere a las interacciones humanas una acepción general. Centrémonos en el concepto de “*normatividad*”. Éste constituye la piedra de toque de todas estas teorías y la que guiará nuestra explicación hasta el final. Designa, como ya avanzamos, la *pretensión de rectitud o de corrección* que debe regir las interacciones humanas cuando éstas son articuladas en argumentaciones o discursos. Sirve además como elemento común fundamentador de la posibilidad de inscribir el discurso jurídico dentro del gran círculo del discurso práctico general. Detengámonos pues en analizar qué entendemos por esta

⁵⁰ *Ibid.*, p. 177. ALEXY, *op. Cit.*, 34, 38ss., 206ss.

⁵¹ J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios críticos*. Trad de N. Jiménez, Cátedra, Madrid, 1989, p. 121. ALEXY, *op. Cit.*, pp. 110-142.

“pretensión de rectitud o corrección”: ¿No estaremos, me pregunto, ante un concepto análogo al de *universalidad*?

Para responder a esta cuestión habremos de hacer valer los pasos que dijimos tomaríamos en consideración. Habrá entonces que acudir, tal y como hace Alexy, a la *teoría habermasiana del discurso práctico*, desplazándola posteriormente al ámbito jurídico. Leemos en Ricoeur: “la *corrección* es la pretensión que la inteligibilidad eleva, dado que admite el criterio de la comunicabilidad universalizable”⁵². Esta afirmación tiene su apoyo en el mismo Habermas: “Sólo puedo (...) atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que “pudiera” entrar en discusión conmigo “atribuyese” el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiera encontrar si mi vida fuera coextensiva con la historia del mundo humano). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de los demás”⁵³. Este “*potencial asentimiento de los demás*” remite a un horizonte de “*consenso universal*” donde descansan las *reglas formales de toda corrección*. Se habla “*de toda corrección*”, pues es en el discurso o en las argumentaciones ofrecidas por las partes, como elemento mediador entre las formas verbales de la acción o interacciones humanas y las formas verbales sustantivadas de la acción o prácticas, donde rige este criterio de corrección o de universalidad superpuesta, lo que evita caer de nuevo en alguno de estos tres tipos de perversiones análogas a las sugeridas más arriba por la teoría interpretativa dworkiana, que, como se recordará, nos hacían poner el poder discrecional del juez bajo una fuerte sospecha: por un lado, evita que se trate de una lógica puramente formal que no tenga en cuenta el cambio de argumentos entre los sujetos partícipes; por otro lado, evita también que se trate de una lógica simplemente intuitiva o endopática propia de aquellas teorías gnoseológicas o morales que determinan *a priori* y de modo absoluto cuál sea el objeto del conocimiento y de la voluntad; por último, que se trate de un decisionismo volitivo arbitrario, sin finalidad alguna, y por tanto al margen de las contraargumentaciones de los otros sujetos partícipes de la relación práctica.

Estas diversas reglas correctoras constituyen la base de una *pragmática universal*, esto es, la base a partir de la cual se articulan los diversos discursos cuyos fundamentos de “verdad” no vienen determinados por la pretensión semántica de los contenidos proposicionales que los reglan (a modo de correcto e incorrecto), sino “en tanto que referidas a los *actos que se*

⁵² *Le Juste*, op. Cit., 173/165. (Subrayado nuestro).

⁵³ J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, op. Cit., p. 121.

realizan al decir algo: afirmaciones, promesas, mandatos, etc.; o, dicho de otra manera, (en tanto que referidas) al tránsito del nivel locucionario al ilocucionario del lenguaje”⁵⁴. En este sentido, *si por un lado la universalidad establece un cierto formalismo explicativo basado en el criterio de rectitud, por el otro, no deja de incorporar una relación sobre la que se asienta dicha universalidad: el discurso de la acción o praxis*. Estos autores se desvinculan así del tipo de universalidad contenida en el primer imperativo categórico, al estar todavía con Habermas el principio de universalidad puesto en juego en una situación dia-lógica o pragmática de entrada, a diferencia de Kant cuyo principio permanece confinado en el monólogo interior⁵⁵. El mismo Habermas modifica el imperativo categórico kantiano: “Desde esta perspectiva, hay que volver a formular el imperativo categórico en el sentido propuesto: “En lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría al objeto de que quepa hacer la comprobación discursiva de su aspiración a la universalidad. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a los que todos de común acuerdo quieren reconocer como ley universal”⁵⁶. Las bases sobre las que se sustenta este criterio corrector fundado en la interacción discursiva de los participantes que lo distingue del imperativo categórico kantiano son las reglas de la “pragmática universal”: “Algunas de ellas, resume Ricoeur, rigen el ingreso en el discurso, digamos, al tomar la palabra: todos tienen un igual derecho a intervenir, a nadie se le prohíbe tomar la palabra. Otras reglas acompañan todo el proceso de diálogo: cada uno debe aceptar la exigencia que se le hace de dar razones y, si es posible, el mejor argumento, o justificar el rechazo. Esta regla constituye la regla general de justificación. Otras reglas rigen el desenlace del discurso: cada uno debe aceptar las consecuencias de una decisión si las necesidades bien argumentadas de cada uno son satisfechas”⁵⁷.

Llegamos aquí, de este modo, al nivel de una primera *mediación*. Recordemos que nuestro propósito consiste en articular una hermenéutica en los distintos niveles de desarrollo de un discurso cuyo punto final aboque a la inclusión de una interpretación conforme a principios en el plano más formal de la inferencia jurídica: el silogismo jurídico. Pues bien, en

⁵⁴ ATIENZA, *op. Cit.*, p. 180.

⁵⁵ Recordemos la formulación más general del imperativo categórico: “Obra únicamente según la Máxima que hace que puedas querer al mismo tiempo que ella se convierta en ley universal” (I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición).

⁵⁶ J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa, op. Cit.*, p. 88.

⁵⁷ *Le juste, op. Cit.*, p. 174/166.

este nivel todavía meramente *práctico general* encontramos razones para vincular los conceptos de *interpretación y argumentación* en virtud del recurso que se hace todavía a las nociones de *necesidad e interés*. En este sentido, piénsese que lo que la *normatividad* ofrece, para estos autores, es *un criterio de corrección en cuanto universalidad de un consenso o de una reglamentación de principios interpretativos comunes, establecido a partir de las interpretaciones expresadas en los discursos y argumentaciones de las partes* conforme a principios de necesidad e interés. La apreciación o, mejor dicho, la pre-comprensión de los principios, sólo es posible a la luz de un criterio explicativo, establecido como horizonte de rectitud o de “situación ideal” de todo discurso bajo la forma reglada de una argumentación donde la estimaciones o pre-comprensiones de los principios soliciten, en aras de la aceptación común, el requisito explicativo de “una estimación compartida por comunidades de tamaño variable”⁵⁸. El argumento nos recuerda mucho, por ejemplo, al desarrollado por Rawls en su *Teoría de la justicia*⁵⁹. Sabemos que en éste, a diferencia de otros contractualistas, no existe ningún hecho de razón a priori por asumir, “sino el recurso laborioso a la teoría de la decisión en un contexto de incertidumbre”⁶⁰ mediante una concepción puramente procedimental de la justicia. Dicha concepción procedimental es análoga *en regla* al *consenso universal*. Ahora bien, lo que interesa destacar aquí es el hecho de que tanto en uno como en otro (ya se trate en el primero de “estimaciones” o “necesidades”, en el segundo de “sentidos” o “convicciones”), lo más que se puede llegar a hacer es formalizar, con arreglo a un criterio explicativo determinado (por ejemplo éste de la universalización), un sentido, una estimación o unos principios que, en realidad, se presuponen continuamente. Quizá el argumento resulte más claro en Rawls que en Ricoeur: “el “argumento” –leemos en Ricoeur– sobre el que se apoya la concepción procedimental o reglada de Rawls se basa en una pre-comprensión de lo que significa lo justo y lo injusto, que permite definir e interpretar los dos principios de justicia antes de que sean escogidos en la situación original bajo el velo de la ignorancia⁶¹. En este sentido habla de “equilibrio reflexivo” entre la teoría y nuestras “convicciones bien sopesadas”⁶². A continuación cita dos ejemplos: “Hay, sin embargo, otro aspecto para justificar una descripción particular de la posición original. Ésta consiste en ver si los principios que podrían

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 174-175/167.

⁵⁹ J. RAWLS, *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González, FCE, Mexico, 1979.

⁶⁰ RICOEUR, *Soi même comme un autre*, op. Cit., p. 274/253.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 275/253-254.

⁶² *Ibid.*, p. 275 no 1/254 no. 55.

ser elegidos corresponden a las “convicciones” que tenemos de la justicia o las amplían de un modo aceptable”⁶³. Y un poco más adelante: “Podemos, entonces, comprobar la validez de una interpretación de la situación inicial según la capacidad de sus principios para acomodarse a nuestras más firmes convicciones y para proporcionar orientación allí donde sea necesario”⁶⁴. Lo que en estos ejemplos parece evidente es que los argumentos teóricos desempeñan, pues, la misma función de comprobación que Kant asigna a la regla de universalidad de las máximas, pero con la diferencia que ya mentamos más arriba: *tanto en Alexy como en Rawls, saltamos al ámbito de una pragmática donde el presupuesto ontológico que hay que teorizar viene determinado por la inter-acción de los participantes y de los argumentos con los que tratan de convencer a los otros, pues son éstos los que proporcionan el sustrato sobre los que la explicación, fundada en la pretensión de rectitud o normatividad, cumple la exclusiva función de “racionalizar progresivamente” o “textualizar” (conforme a unos criterios de los que pueden participar todos y no sólo los intervinientes) estas convicciones argumentadas conforme a principios cuando están afectadas o debilitadas por dudas*. Esta racionalización consiste pues, al igual que veíamos con Dworkin, en un proceso complejo de “ajuste” entre la *convicción* y la *teoría*.

De este modo, podemos concluir este primer nivel del discurso señalando cómo, en la medida en que nos encontramos de entrada en el plano de la comunicabilidad, *intereses y necesidades* acceden a la discusión reglada en términos de *comprensión compartida*: “la normatividad formal no se da sin la normatividad presunta por la cual una posición particular se anuncia como discutible, es decir, en el sentido propiamente dicho, como plausible”⁶⁵. Entonces las reglas constitutivas del discurso práctico racional general no tanto “postulan”, sino que *operan* la noción de “situación ideal”⁶⁶ de un discurso en cuyo interior los protagonistas pueden mantener una pretensión para la rectitud de su propio discurso. Las analogías se hacen así del todo evidentes: estas reglas constitutivas del discurso práctico racional (la forma explicativa

⁶³ J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, op. Cit., p. 37.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁵ *Le Juste*, op. Cit., p. 175/167.

⁶⁶ Preferimos hablar del carácter *operativo* de la noción de “situación ideal”, frente al más formal de “postulación”, pues éste último implica una reducción formalista, a priori, del ejercicio argumentativo de las interpretaciones aportadas por los participantes. Creemos, sin embargo, que el propio Ricoeur se deja llevar aquí demasiado por una influencia kantiana y husserliana, traicionando, en cierto modo, su propia filosofía, al utilizar expresiones tales como el “consenso” de una “tarea sin fin” (*Ibid.*, p. 173/165) en “situaciones ideales” (*Ibid.*, p. 175/167), lo que le aleja, de modo insoluble, de una perspectiva hermenéutica. No obstante, como podrá comprobar el lector, hemos seguido su línea argumental intentando en lo posible adaptarla a una verdadera hermenéutica.

que, decíamos, constituye el texto como un todo; la conciencia narrativa de la “empresa judicial” que delimita el caso particular en su contexto) operan la noción de “situación ideal” de un discurso en cuyo interior los protagonistas (jueces, legisladores y demás partícipes de la trama, incluidos los lectores) mantienen una pretensión (una pre-legitimación, una pre-comprensión conforme a principios, una interpretación conforme a argumentaciones) para la rectitud (para la validez o para la explicación) de su propio discurso: de su comprensibilidad o de su legitimidad (hermenéutica).

(2) Hasta aquí el primer nivel de *mediación* en esta formulación *general* del discurso práctico normativo. Sigamos, sin embargo, con el desarrollo del discurso que nos propusimos al comienzo de la explicación (por seguir el hilo argumentativo de Alexy), a saber: la caracterización del discurso jurídico como una especie particular del género del discurso práctico. Éste nos llevará, a su vez, al tipo de mediación hermenéutica que requiere la *aplicación del silogismo jurídico*.

Nos preguntaremos en primer lugar por el “lugar” (*tópos*) del *discurso jurídico*. La cuestión es importante, no tanto por cuáles sean los lugares específicos del discurso jurídico sino por si estos lugares comparten rasgos atributivos comunes al lugar por excelencia del discurso práctico general. Si es así, podremos decir que el discurso jurídico es efectivamente un discurso normativo de tipo específico. Y ¿cuál, decíamos, es este “lugar” por excelencia de la forma general del discurso normativo? Aquél, hemos dicho, configurado por un consenso en donde se entrecruzan argumentos que tienen por finalidad la corrección y la universalidad de los principios alegados por las partes. Se trata, pues, de saber ahora si los tipos de procedimientos jurídicos que Alexy añade al discurso práctico general: el lugar de la creación estatal de las normas jurídicas, el de la argumentación jurídica o discurso jurídico en sentido estricto y el discurso judicial, comparten este rasgo común de *corrección*⁶⁷.

Recuerdo que nuestra pretensión última consiste en conferir una unidad hermenéutica al debate judicial; tomaremos para ello como paradigma la “instancia *judicial*”. Ricoeur enumera algunas de las “*constricciones*” propias del discurso jurídico susceptibles de abrir un “*abismo*” entre el discurso práctico en general y este discurso judicial. Las cito brevemente: “Ante todo, la discusión se desarrolla en este ámbito en un recinto institucional propio (tribunales y cortes). En este marco, no todas las cuestiones están abiertas al debate, sino sólo aquellas que se insertan en el marco codificado del proceso. En el proceso mismo, los papeles están innegablemente distri-

⁶⁷ M. ATIENZA, *op. Cit.*, p. 192.

buidos (el acusado no está presente de un modo voluntario: está convocado). Además, la deliberación se somete a reglas procesales codificadas. Añadamos también que la deliberación tiene lugar en un tiempo límite, a diferencia de la dogmática jurídica y, hasta cierto punto, de las deliberaciones de la instancia judicial. En fin, la discusión ante la instancia judicial no se termina con un acuerdo e incluso no busca, al menos en una primera aproximación, el acuerdo; juzgar consiste en zanjar una cuestión y, por ende, en separar las partes, en instituir, como se ha subrayado en otro momento, una justa distancia entre ellas. En fin, no podemos perder de vista la obligación legal de juzgar que pesa sobre el juez⁶⁸.

A pesar de estas fuertes constricciones que, como vemos, lleva aparejada la apertura de un proceso judicial, no podemos decir que se produzca un abismo entre este tipo de discurso normativo específico y el discurso práctico general. Esto es debido a la mentada “pretensión de rectitud” que, *de una u otra manera*, conlleva todo discurso normativo, incluido el jurídico. Quizá para comprenderlo sea conveniente remitirnos a la “categoría” propia que conlleva la *textualidad* con respecto al habla. Dijimos en su momento que el proceso judicial podía ser perfectamente equiparado a la noción de *texto como “instancia judicial”*. En este sentido decíamos que con la aparición del texto mediábamos una *distancia*, imperceptible en el habla, que nos permitía abrir todo el campo de la significación del discurso, así como corregir en cierto modo la violencia aún no mediada procesalmente de las situaciones orales o pre-judiciales, entendidas como aquellas no “fijadas” conforme a unas reglas institucionales bien determinadas. Pues bien, precisamente esta *corrección, del habla al texto*, consecuencia de la distancia y fijación de los pasos procesales frente a la anomia de las situaciones orales, es *la que autoriza de nuevo una verdadera interpretación de los litigantes de acuerdo con el objeto procesal*. En este sentido, *la función de la mediación hermenéutica que supone el texto como “instancia judicial” (proceso judicial) no consiste en otra cosa que en restablecer esta “justa distancia” en virtud de la cual se hacen necesarias las constricciones implícitas al discurso normativo jurídico, con las que garantizar la “pretensión de corrección” o de equilibrio en la igualdad de las partes intervinientes y de sus respectivos argumentos probatorios*. Y esto no sólo al final del proceso, con una sentencia al menos motivada, sino también durante todo su desarrollo. En este desarrollo, las *constricciones del discurso procesal* no dejan, en ningún momento, de quedar delimitadas por este criterio general de la *pretensión de corrección*⁶⁹.

⁶⁸ *Le Juste, op. Cit.*, pp. 176-177/168-169. ALEXY, *op. Cit.*, p. 206.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 177/169.

Una pretensión de corrección, por otra parte, en el sentido de que para estos autores siempre puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente mediante las reglas y formas (análogas al discurso práctico general en cuanto a su formalidad) específicas (en cuanto a su contenido) del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática jurídica⁷⁰. La expresión que suele dar inicio al fallo de la sentencias penales “*debemos condenar y condenamos...*” resulta a este respecto muy ilustrativa: no ya sólo porque permite superar una vez más el cortocircuito excesivamente formal del imperativo categórico en un tipo de máxima que ya es acto eficaz y ejecutivo (ilocutivo/perlocutivo)⁷¹, sino porque este elemento pragmático-performativo de la expresión “*deber de condenar*” supone además, desde el punto de vista *correctivo*, no sólo el fundamento *racional* de todo discurso práctico *general*, sino también el criterio *específico* de un discurso racional *jurídico* que *debe* necesariamente poner fin al debate interpretativo (por esa “pretensión de corrección” del desequilibrio originador del conflicto) de acuerdo con las reglas que expresan la naturaleza propia del discurso normativo en el que se está desarrollando el debate: el *discurso judicial*⁷².

Esta nueva comprensión hermenéutica, realizada en el desarrollo mismo del proceso, entre los *principios* alegados por las partes y las *reglas* que los posibilitan (los primeros sólo tienen sentido en un marco delimitado por reglas; las segundas sólo permiten explicar los primeros) termina, pues, con un juicio que, por el especial carácter coactivo que implica la expresión de lo jurídico, pone fin a un debate que si fuese establecido únicamente conforme a principios, se haría interminable. Será precisamente la mediación hermenéutica en esta fase final del proceso judicial, aquella caracterizada por la *justificación de la “decisión judicial”*, la que constituya el último paso en donde haremos convenir de nuevo el principio y la regla, la interpretación y la argumentación, como dos momentos esencialmente distintos, pero totalmente recíprocos, de la unidad hermenéutica que constituye la aplicación judicial.

Veamos pues, a continuación, los modos por los cuales una decisión judicial pueda estar justificada conforme al doble criterio de nuestra dialéctica. La incursión de la hermenéutica en esta fase última del discurso judicial (el momento de deliberación del *juicio veredictivo* que debe ser emitido) constituirá el momento final de nuestra investigación.

⁷⁰ ALEXY, *op. Cit.*, p. 213.

⁷¹ Este enunciado performativo “*debemos condenar y condenamos*”, en virtud del cual el simple hecho de la enunciación equivale a realizar lo mismo que se enuncia, evita, como veíamos más arriba, el que se tachen estas teorías de lógicas formales.

⁷² *Ibid.*, pp. 212-213.

(3) Como sabemos, Alexy distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la *justificación interna* y la *justificación externa*⁷³. La primera concierne a la “coherencia lógica entre las premisas y la conclusión: caracteriza pues el argumento como inferencia”⁷⁴. La segunda hace hincapié en los modos de justificación de las mismas. Estas últimas pueden ser de tres tipos: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y reformulaciones de normas, para cuya fundamentación hay que acudir a la argumentación jurídica; en concreto, a las formas y reglas de justificación externa. Distingue seis grupos de reglas y formas de justificación externa, según que las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos⁷⁵.

Sobre el modo de justificación de las premisas, esto es, sobre la llamada “justificación externa”, no nos detendremos. Es evidente, como señala Ricoeur, que en ésta se produce un entrecruzamiento entre los niveles interpretativos y argumentativos⁷⁶. *Nuestro objeto de interés se situará exclusivamente sobre el plano más formal de la inferencia, sobre la inferencia lógica de la justificación interna. ¿Por qué únicamente sobre este tipo de justificación? Porque lo único que pretendemos es hacer ver el solapamiento continuo, en las diferentes fases del discurso e incluso en las diferentes especificaciones que pueda adoptar éste (hasta ahora hemos visto este solapamiento hermenéutico en el modo general del discurso práctico, en el modo específico del discurso jurídico bajo su forma procesal en desarrollo, queda por ver éste en la fase final, esto es, en la justificación de la decisión judicial), entre interpretar y argumentar, comprender y explicar, principiar y reglar. En este sentido, nos da más pábulo partir del plano más formal de la inferencia lógica para descender progresivamente hacia planos materiales o interpretativos (tal y como hemos hecho, a la inversa, cuando tratamos los principios) donde podamos encuadrar una comprensión común entre una interpretación fáctica y jurídica, conforme al mentado criterio rector de la universalización.*

¿Cómo caracterizar, pues, la argumentación como inferencia? Distinguiremos, de entrada, dos formas de justificación interna. La primera, a la que Alexy llama “*simple*”, pretende satisfacer estas dos primeras reglas de fun-

⁷³ *Ibid.*, p. 213.

⁷⁴ M. ATIENZA, *op. Cit.*, p. 194. ALEXY, *Op. Cit.*, p. 214.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 195-196. ALEXY, *Op. Cit.*, pp. 223ss.

⁷⁶ *Le Juste, op. Cit.*, p. 180/171. Mientras que en la justificación interna –dice Alexy– se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas (ALEXY, *op. Cit.*, p. 214, 220ss.).

damentación interna: la apelación a una norma universal como criterio de fundamentación de una decisión jurídica; la necesidad lógica, junto a otras proposiciones, de justificar la decisión jurídica conforme a una ley universal⁷⁷. La segunda, expresa una forma más “general” de justificación interna, estableciendo diversos pasos de desarrollo, de tal manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible. Podría expresarse mediante las siguientes reglas adicionales: (a) Siempre que exista duda sobre si “a” es un “T” o un “M” hay que acudir a una regla que decida la cuestión. (b) Son necesarios los pasos de desarrollo que permiten formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea discutible. (c) Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo⁷⁸.

Quedémonos en la distinción entre una y otra forma de expresión de esta justificación interna. La diferencia es importante. Piénsese, como parece tener en cuenta el propio Alexy, que en algunos casos, la “simple” justificación interna de subsunción de un caso a una regla no resulta suficiente⁷⁹. Se necesita entonces de este segundo tipo de justificación “más general”, mediante la mediación de los diversos pasos de desarrollo configurados bajo una regla de universalidad que permita dilucidar si un caso “a” es un “M” o un “L”. Es el caso del *silogismo jurídico*, donde la subsunción misma es problemática. Con éste llegamos al nivel de una nueva y última *mediación*.

No se trata pues, como bien señala Ricoeur, únicamente de la subsunción de un caso en una regla (cosa que, por otra parte, admitiría Alexy: tal es el fundamento de la inclusión de la forma “general”), sino que este *silogismo* debe, además, satisfacer el “reconocimiento de carácter apropiado”⁸⁰ de la aplicación de tal norma a tales casos. Este “reconocimiento” hace de la aplicación judicial no simplemente un caso de subsunción, incluso descompuesta por grados (tal es el caso de la forma general), sino un *proceso de “ajuste”* (similar al que propuso, aunque sin desarrollar, Dworkin) *entre una interpretación fáctica y una interpretación jurídica*. El razonamiento resulta evidente: si surge la necesidad de incorporar a la forma simple de subsunción una forma más general, es porque la norma jurídica puede flexibilizarse conforme a la flexibilidad implícita que conlleva el hecho. *Ambos deberán interpretarse conjuntamente conforme al criterio de universalidad*. La flexibilidad viene provocada, tal y como nos recordaba Dworkin, por el “carácter narrativo” de todo hecho que se pretende calificar jurídicamente: el caso “a” (que se pretende calificar jurídicamente) es la historia de un caso

⁷⁷ ALEXY, *op. Cit.*, p. 215.

⁷⁸ ATIENZA, *op. Cit.*, p. 194. ALEXY, *op. Cit.*, 219-220.

⁷⁹ Véase nota anterior, en concreto: la forma general de justificación interna.

⁸⁰ *Le Juste*, *op. Cit.*, 178/170.

“a” contextualizado en la situación “b”, “c”,...; que adquiere la condición de “â”. Dicha condición lo acerca a la “conciencia narrativa” que subyace en todo hecho desarrollado en el tiempo. En este sentido, este nuevo “â” desarrolla un tipo de plurivocidad narrativa (la equivocidad potencial de ser efectivamente conformado, narrado de acuerdo a un encadenamiento factual) que imposibilita la univocidad reglada (que tanto quebraderos de cabeza provocaba a Dworkin) conforme al aspecto simple de inferencia (volvemos a Dworkin: “de demostrabilidad”), necesitando, en consecuencia, de una paralela interpretación jurídica donde acomodar dicho encadenamiento factual en este nuevo encadenamiento jurídico mediante el criterio corrector de la universalidad.

Resumiendo entonces: sólo partiendo del criterio narrativo de todo acontecimiento, caso, juicio, norma, etcétera (todos ellos se desarrollan en el tiempo), en el seno de la historia jurídico-procesal, cabría la posibilidad comprensiva de interpretar, al mismo tiempo, los dos momentos (el meramente fáctico y el normativo, la expectativa y lo ya juzgado) como esencialmente distintos dentro del interior de una historia que les precede y les da coherencia. Esta *coherencia* es la que subyace en la necesidad del desplazamiento del silogismo jurídico (de su fase simple a su fase general) para adecuar ambos momentos interpretativos, y la que define el criterio de universalidad como elemento corrector de este ajuste mutuo entre la interpretación propiamente fáctica y la jurídica.

Podemos, pues, decir finalmente que el nexo común donde confluyen la interpretación y la argumentación es aquél donde se cruzan la vía regresiva y ascendente de Dworkin, y la vía progresiva y descendente de Alexy. La primera llega al cruce común en el momento en que la teoría de la interpretación se cuestiona por la coherencia de su modelo narrativo en materia jurídica. La segunda llega a ese cruce cuando, para dar cuenta de su especificidad jurídica, encuentra los procedimientos de interpretación a título de *organon* del silogismo jurídico en virtud del cual un caso es situado bajo una regla⁸¹. Sólo de esta manera cabe entender ambos momentos como dos modos esencialmente distintos dentro de la accidentalidad común que ambos importan en tanto que partes de la universalidad hermenéutica, constituida en este caso por la interpretación y aplicación judicial



⁸¹ *Ibid.*, pp. 183-184/174.