
RACIONALIDAD PRÁCTICA Y TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA O TOMAR A LOS JURISTAS INTÉRPRETES EN SERIO (*)

a Giovanni Tarello

Esta ponencia sobre la interpretación, presentada en un Congreso en el que falta la ponencia de apertura, general, sobre la interpretación, está dedicada a Giovanni Tarello, algunas de cuyas tesis fundamentales precisamente sobre la interpretación se discuten aquí.

Críticamente: porque la filosofía como actividad es, necesariamente, análisis crítico; y la filosofía como producto, si se toma como objeto del discurso y no se la desnaturaliza, no puede sino tomarse como objeto de análisis crítico. La filosofía no se puede santificar.

Comencé a escribir sobre filosofía del Derecho hace exactamente veinte años, en la primavera de 1967, y escribí cuatro páginas de glosa, un poco pedante (a los veintidós años yo ya era pedante), a una página de una espléndida ponencia de Giovanni Tarello, después del primer «Seminario de S. Giuseppe» que tuvo lugar en Turín¹. Después de veinte años sigo estando en el mismo punto: haciendo únicamente glosas un poco pedantes. No ya, sin embargo, a una espléndida ponencia, porque esta vez la ponencia no existe; sino a un libro asimismo espléndido. El libro sí existe; y en el libro está el autor².

Hablaré de la interpretación jurídica entendida como interpretación *del* Derecho.

El término «interpretación» remite en seguida al término «significado». Pues bien, hablaré de la interpretación que se refiere al significado *del* Derecho, y no al significado *de* Derecho, es decir, que no se refiere *al* Derecho como significado. O lo que es lo mismo, hablaré de la interpretación que se refiere al significado que el Derecho *tiene*, y no al significado que el Derecho *es*³.

* Ponencia presentada al XVI Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política (Padua, 21-23 de mayo de 1987).

¹ Cfr. las Actas de aquel Seminario, celebrado el 19 de marzo de 1967, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XLIV, 1967/3, pp. 417-568.

² G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

³ En la terminología de la obra póstuma de Kelsen se diría: referente al *Inhalt* y no al *Sinn* del Derecho. Cfr. la distinción entre «interpretación de significado» e «interpretación de sentido», en U. SCARPELLI, *L'interpretazione. Premesse alla teoria dell'interpretazione giuridica*, U. SCARPELLI-V. TOMEO (eds.), *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 139-165.

En la interpretación jurídica, en efecto, o sea en la interpretación en la esfera del Derecho, hay que distinguir entre:

- a) la interpretación del Derecho; y
- b) la interpretación de algo como Derecho⁴.

Es claro que, consideradas éstas como dos fases distintas de un procedimiento complejo, pero unitario, b) precede lógicamente a a). Sin embargo, el uso de «interpretación jurídica» para aludir a la interpretación de algo como Derecho es mucho menos frecuente que el otro, de forma que, creo, tenemos buenas razones para considerarlo secundario.

Como (casi) siempre sucede, también esta rígida bipartición admite, o genera, un híbrido *tertium quid*, o sea, una interpretación ni (sólo) en sentido a), ni (sólo) en sentido b): piénsese en la interpretación de los Arts. 16 al 31 de las «Disposiciones sobre la ley en general» elaborada para justificar la tesis de la relevancia o irrelevancia constitucional del Derecho internacional privado; o piénsese en la interpretación elaborada para justificar la tesis de que una determinada norma es de Derecho común o excepcional.

Estrechamente relacionado con «interpretación» está -como ya he recordado-, «significado». Y, al igual que la interpretación, el significado jurídico -también esto lo he dicho ya- puede ser o el significado *del* Derecho, es decir, la mayoría de las veces de una particular porción o segmento del Derecho (regla, instituto, disposición), o el significado *de* Derecho, es decir, el Derecho como significado. Y también está, como *tertium quid*, el significado de constitución, el significado de ley, el significado de acto administrativo, etc.; con tal de que, naturalmente, no se entiendan las atribuciones de dichos significados como meras particularizaciones de categorías normativas abstractas, en cuyo caso, entre otras cosas, escaparía a tal conceptualización el «significado de constitución», al no existir ninguna norma de nivel superior al constitucional que especifique qué o cómo es o debe ser la constitución⁵.

Por último, respecto al concepto de Derecho, es decir, a la problemática relativa al significado del término «Derecho», no me parece que usualmente se incluya en la temática de la interpretación jurídica: esta última, en cualquier caso, es con seguridad dependiente de aquélla⁶.

Resumiendo, podemos distinguir:

- 1) La interpretación de «Derecho», es decir, la actividad de responder, o la respuesta, a la pregunta «¿qué es el Derecho?», que significa plantearse el problema de la juridicidad.

⁴ La que Peczenik llama «transformación en Derecho»: Cfr. A. PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, cap. II: *Transformations into the Law*, pp. 3-32.

⁵ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della costituzione tra applicazioni di regole ed argomentazione basata su principi*, en ID. *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, pp. 91-129.

⁶ Cfr. U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*. Milano, Nuvoletti, 1955.

2) La interpretación de algo como Derecho, es decir, la actividad de responder, o la respuesta, a la pregunta: «¿cuál es el Derecho?», que significa rastrear, reconocer la juridicidad.

3) La interpretación del Derecho, es decir, la actividad de responder, o la respuesta, a la pregunta: «¿qué dice, o prescribe, el Derecho?», que significa dar sustancia a la forma de la juridicidad, llenar de contenidos la juridicidad.

Hablaré de 3). Entenderé la interpretación jurídica como *la interpretación del Derecho*.

III

Hablaré de la interpretación jurídica *de la ley*. Si, como acabo de explicar, se entiende la interpretación jurídica como la interpretación del Derecho, entonces la interpretación de la ley ha de entenderse como la interpretación jurídica de la ley, o como la interpretación *del Derecho en la ley*⁷.

Quiero decir que en las expresiones «interpretación del Derecho» e «interpretación de la ley» los dos genitivos, los dos complementos determinativos, no tienen el mismo significado, la misma función, ni la ley ha de entenderse como *species* del *genus* Derecho.

La ley ha de entenderse como una de las *fuentes* del Derecho. Y así la interpretación de la ley como interpretación jurídica ha de entenderse como *la búsqueda del Derecho en la ley*, o como *la reconducción del Derecho a la ley*.

Se podría, obviamente, proceder también a una interpretación *no jurídica* de la ley, sino -por ejemplo- *literaria* (puesto que la ley está escrita tal como hablaba monsieur Jourdan: en prosa), o *filosófica* (puesto que ciertamente es posible extraer de la ley una filosofía).

IV

Por «ley» entenderé aquí, estipulativamente, simplemente normas generales de Derecho expresadas en forma escrita, establecidas en forma escrita. Es decir, aquellas normas en relación con las cuales *preexiste a la interpretación un texto*, que es *el* texto: un texto preciso, que el intérprete no está autorizado a modificar.

Y esto no sucede siempre en el Derecho. No sucede ni en relación con las normas de Derecho consuetudinario⁸, ni en relación con las normas extraídas de los precedentes jurisprudenciales, y/o de su ratio⁹.

⁷ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione...* cit. I. 2, pp. 5-11.

⁸ Las recopilaciones de usos, por ejemplo, en nuestro sistema jurídico, hacen ley sólo salvo prueba en contrario: Cfr. art. 9 de las Disposiciones sobre la ley en general.

⁹ Cfr. W. TWINING-D. MIERS, *How to Do Things With Rules*, 2.^a ed. London, Weidenfeld and Nicolson, 1982, p. 137: «often we can treat the expression or formulation of a rule as being for practical purposes the rule itself; but it is sometimes crucial to

Resumiendo: hablaré de la interpretación jurídica como la búsqueda, y/o el hallazgo, del Derecho en un texto.

V

En la serie de distinciones que trazaré aquí inmediatamente a continuación a propósito del significado de «interpretación» en la expresión «interpretación jurídica de la ley», radica, en realidad, todo el sentido de mi ponencia.

Y la tesis que intento sostener es ésta y sólo ésta: que, dados los distintos significados que en seguida veremos del término «interpretación», no se puede inferir de la especificación de los, o de algunos, caracteres de la interpretación en uno de sus sentidos, la presencia o la ausencia de los mismos caracteres, o de caracteres correlativos, en la interpretación entendida, sin embargo, en otro sentido del término.

La distinción fundamental es obviamente la ya habitual entre:

1. Interpretación-actividad.
2. Interpretación-producto¹⁰.

1. es el interpretar; 2. es el resultado de interpretar. Pero (lo cual para mí es más importante ahora, e inusual), en la interpretación-actividad hay que distinguir entre:

- 1.1 interpretación-actividad noética;
- 1.2 interpretación -acto lingüístico;
- 1.3 interpretación-actividad dianoética¹¹.

En consecuencia, en la interpretación-producto hay que distinguir entre:

- 2.1 interpretación-producto de la actividad noética;
- 2.2 interpretación-producto del acto lingüístico;
- 2.3 interpretación-producto de la actividad dianoética.

- 1.1 Es el «fenómeno mental de la atribución de un significado a un documento»¹²;
- 1.2 es la «adscripción de un significado a una

distinguish between the notion of a rule and the notion of a formulation of a rule. One reason why this distinction can be important is because some difficulties about interpreting rules arise from the fact that they have no agreed or official verbal formulation or that the rule has only been partly expressed in words. Disagreements may then arise as to what is precisely the 'correct' or 'true' wording of the rule. This particular kind of doubt is absent when there is an agreed official text in which the rule is expressed in a specific form of words»; ID., op. cit., p. 267: «One outstanding characteristic of rules of law derived from cases is that they are rules not in fixed verbal form. A case can be of precedent value even if no rule was articulated by the court, indeed if no reasons were given for the decision. Furthermore, even if a rule is stated very precisely and explicitly in a judgement, no one is bound by the exact form of words.

¹⁰ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione...*, cit., II, 6, 39-42.

¹¹ Los términos «noético» y «dianoético», de los cuales en estas acepciones confieso que no estaría en absoluto en condiciones de hacer su historia, me han sido sugeridos por Amedeo Conte, a quien estoy infinitamente agradecida por el tiempo que me ha dedicado para discutir esta ponencia *in fieri*.

¹² G. TARELLO, *L'interpretazione...*, cit., p. 39.

disposición»¹³; 1.3 es el «tipo de actividad que se dirige a elucidar el significado de un enunciado»¹⁴. (En adelante, para simplificar, sustituiré «documento», «disposición» y «enunciado» por «signo»: lo cual puede hacerse, creo, sin que ello prejuzgue nada).

Pues bien: 1.1 es una aprehensión, una comprensión, un entender; 1.2 es una enunciación de un enunciado interpretativo; 1.3 es un razonamiento, una justificación, una argumentación¹⁵.

En consecuencia: 2.1 es un significado -lo que se entiende o se ha entendido-; 2.2 es también un significado, pero sólo si existen condiciones o criterios de validez del acto, pues de otro modo, creo, es sólo una adscripción de significado; 2.3 *no es un significado, y no es una adscripción* de significado, sino que es un enunciado o una proposición del tipo: «S (el signo S) ha de entenderse como S' (tiene el significado de S')», y es la conclusión de un argumento.

VI

Hablaré de la interpretación jurídica de la ley como actividad dianoética. Por tres razones. Por una razón contingente: el título de la ponencia que me ha sido asignada¹⁶. Por una razón subjetiva: mis preferencias e inclinaciones científicas. Por una razón ni contingente ni subjetiva: una concepción de la filosofía del Derecho.

Yo entiendo la filosofía del Derecho como metajurisprudencia, es decir, como metodología jurídica. Ahora bien: yo tendería a distinguir la metajurisprudencia filosófica de una sociología del conocimiento jurídico. Esta sí, se ocuparía de la interpretación jurídica como actividad noética, y tendería a explicar por qué el jurista ha entendido, con ese signo, ese significado, y a qué lleva o tiende, o es funcional, esa interpretación.

Otra cosa, creo yo, o al menos también otra cosa, es lo específico de la metajurisprudencia filosófica o metodología jurídica: de la filosofía del Derecho. Yo creo que es otra cosa porque creo que todavía tiene

¹³ R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, Giappichelli, 1985, p. 102.

¹⁴ «The form of activity which aims at expounding the meaning of an utterance» (A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevenson and Sons Limited, 1958, p. 117).

¹⁵ Una prueba de que la interpretación como actividad, o acción, puede entenderse en sentidos diversos, viene dada por la crítica que Betti, después de definir la interpretación como «la acción cuyo resultado o evento útil es el entender», dirige a Heidegger: «la tesis de Heidegger (compartida por Bultmann y Gadamer) invierte el orden lógico de un entender preliminar, que sería un presupuesto de la actividad interpretativa» (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 59, y nota 4). Parece claro que las dos distintas concepciones de la interpretación pueden ser interpretadas útilmente (aun cuando sin duda reductivamente) como dos conceptos distintos de «interpretación».

¹⁶ El título de la ponencia, dentro del tema congresual de la interpretación jurídica, título ahora modificado para su publicación, era: *Gli studi sulla logica, il linguaggio e l'argomentazione*.

un sentido, e importante, a pesar de tantas cosas, a pesar del post-positivismo, del post-popperismo, a pesar del post-casi-todo (y también, naturalmente, dado que hoy no se puede dejar de hablar de ello, de la post-modernidad), la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación¹⁷.

Pues bien, quien acepta todavía esta distinción no puede dejar de pensar que el campo de estudio de la metodología jurídica es el contexto de la justificación jurídica¹⁸; y por lo tanto que el campo de estudio de la metodología de la interpretación jurídica es el contexto de la justificación interpretativa del Derecho¹⁹. Y que (la) función de la metodología es la de especificar, o descubrir, o diseñar, o retocar, o solamente examinar *el camino interpretativo* que sigue el jurista; el trayecto interpretativo, el sendero que los juristas recorren al interpretar. O los caminos, los trayectos, los senderos: el método, en suma.

Entendido el método como camino, no se puede, sensatamente, estar «contra el método». El camino, o los caminos, existen porque la gente se mueve. Tomemos en serio a la gente. El trayecto, o los trayectos interpretativos, existen porque los juristas interpretan. Tomemos a los juristas en serio.

VII

Pues bien, ¿qué hace el jurista intérprete cuando interpreta, con arreglo a lo que con este término, en cuanto término indicativo de una actividad, entiende el metodólogo?

¹⁷ Cfr. H. REICHENBACH, *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley - Los Angeles, University of California Press, 1951, chapt. XIV.

¹⁸ Cfr. U. SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi* en ID, *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 251-285

¹⁹ En el curso de la discusión que siguió a la lectura de esta ponencia, Enrico Pattaro planteó una reserva muy seria en relación con la legitimidad de la utilización, respecto a la actividad interpretativa, de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Señaló Pattaro, con razón, que entre la invención de una teoría científica, en la que la intuición tiene una parte notable, y la atribución de un significado a un término o a un enunciado, actividad regida por *habitus* inducidos por convenciones lingüísticas difusas, hay en realidad muy poco en común. La observación es acertadísima, y la objeción daría en el blanco si yo intentara sostener que los significados de los términos se inventan, como las teorías científicas. Pero no es esto lo que yo sostengo. Sólo sostengo -y lo argumento razonando por analogía- que, igual que no es un sólido fundamento para refutar el racionalismo de los neopositivistas la observación de que las reglas de la lógica no son reglas de descubrimiento (cfr. S. TUGNOLI PATTARO, *La giustificazione nella scienza: riflessioni per un confronto con l'etica e il diritto*, en L. GIANFORMAGGIO-E. LECALDANO (eds), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 277-283), tampoco puede ser un sólido fundamento para refutar un análogo racionalismo en la teoría de la interpretación jurídica la observación de que las reglas de la lógica no son reglas de atribución de significado. Creo que toda posibilidad de equívoco se podría eliminar si yo adaptase la terminología al nuevo uso de la distinción. Como Scarpelli, quien en el ensayo citado en la nota anterior ha hablado no de contexto de descubrimiento / contexto de justificación, sino de contexto de decisión / contexto de justificación, también yo podría hablar de contexto de atribución / contexto de justificación.

Cuando hace esto, *el jurista argumenta*, es decir, produce, estructura, organiza *argumentos interpretativos*.

Este enunciado es una obviedad porque, en base a cuanto acabo de decir, es sinónimo de este otro: en el contexto de justificación de una interpretación jurídica el jurista produce justificaciones interpretativas.

Esta obviedad corre pareja con otra: que la interpretación como actividad noética no es una actividad lógica²⁰, lo que se desprende del concepto mismo de actividad noética.

Y, si queremos una terna de obviedades, dado que son tres los significados de interpretación-actividad que he especificado, podemos añadir ésta: entendida la interpretación como acto lingüístico de adscripción de significado a un signo, al no existir ningún significado genuino de un signo, no existe ninguna interpretación como producto del acto lingüístico que pueda calificarse de *verdadera*²¹.

Sólo que, y con esto llego a la primera versión de la tesis fundamental de mi ponencia, no se puede de la segunda obviedad -o sea, de la tesis según la cual la interpretación como actividad noética no es una actividad lógica- inferir que, entonces, la justificación interpretativa no es lógica sino, digamos, retórica²².

Y además, y con esto llego a la segunda versión de la tesis fundamental de mi ponencia, no se puede de la tercera obviedad -o sea, de la tesis según la cual no existen significados genuinos de los signos ni interpretaciones verdaderas- inferir que, entonces, «falta un criterio objetivo para aceptar una interpretación y rechazar otra»²³, si con ello se quiere decir que «los argumentos aducidos por los operadores jurídicos a favor de sus opciones interpretativas tienen carácter no de argumentos lógicos, y por lo tanto incuestionables, sino más bien de argumentos retóricos, como tales más o menos persuasivos en relación con el auditorio y con una variedad de circunstancias»²⁴.

²⁰ «...todas las operaciones de atribución de significado a los documentos que constituyen el discurso de la ley... se sustraen a la 'lógica', cuyo empleo más bien presupone que tales operaciones ya han sido realizadas» (G. TARELLO, *L'interpretazione...*, cit., p. 82).

²¹ «...de un discurso adscriptivo no tiene sentido preguntarse si es verdadero o falso, porque no se refiere a nada. Es por tanto insensata la cuestión tradicional: si existe una interpretación 'verdadera'». (R. GUASTINI, *Lezioni...*, cit., p. 104).

²² Escribe Tarello, dos páginas después del fragmento citado en la nota 20: «Si la motivación de la decisión de atribuir un determinado significado a un documento normativo (y la argumentación de una propuesta relativa a tal decisión) no se encuentra cómoda en las reglas de la lógica, ¿no será por ventura la retórica capaz de proporcionar algún criterio?». (G. TARELLO, *L'interpretazione...*, cit., p. 85).

²³ R. GUASTINI, *Lezioni...*, cit., p. 105.

²⁴ Op. ult. cit., p. 108.

VIII

Hasta aquí, he propuesto sólo una tesis negativa, que es ésta: no se podría aducir como una buena razón a favor de la tesis de que la interpretación-actividad dianoética tiene (o no tiene) este o aquel carácter, la de que la interpretación-actividad noética o la interpretación-acto lingüístico tienen (o no tienen) este o aquel carácter²⁵.

Ahora quisiera proponer una segunda tesis negativa, estrechamente ligada a la primera²⁶, que es ésta: nada se puede inferir, en cuanto a los caracteres propios de una argumentación interpretativa, de los caracteres propios, o sólo de ciertos caracteres propios, de la relación signo/significado.

Esto por la muy sencilla razón de que la argumentación interpretativa es ciertamente un trayecto, un camino, que une dos lugares (locus, topoi, son precisamente los términos de la tradición); pero estos lugares son, y no pueden ser otra cosa, *enunciados interpretados*. El lugar de partida, es decir, la premisa del argumento interpretativo, no puede ser más que un enunciado interpretado, y no puede ser un signo. Un signo no puede ser la premisa de un argumento, y por lo tanto tampoco de un argumento interpretativo, igual que no puede serlo una silla²⁷, y tampoco una virtud cardinal²⁸.

Esta es la tesis de Tarello²⁹, que comparto plenamente y de la que hago la siguiente utilización³⁰: puesto que hay argumentaciones interpretativas, y puesto que las argumentaciones interpretativas no pueden tener signos como premisas y significados como conclusiones, se sigue que el hecho de que una relación signo/significado no tenga carácter lógico no dice nada acerca de los caracteres que pueda o no pueda tener una argumentación interpretativa.

Y, en efecto, decir que la relación signo/significado no tiene carácter lógico significa, bien mirado, decir que no tiene carácter argumentativo; lo cual, sin embargo, no implica, evidentemente, decir que no hay argumentaciones interpretativas.

²⁵ Ni Tarello ni Guastini aducen las tesis a que aluden en los fragmentos citados por mí respectivamente en la nota 20 y en la nota 21 *explícitamente y unívocamente* como fundamento de las tesis a que aluden en los fragmentos citados por mí en la nota 22 y en las notas 23 y 24. Sin embargo, si las razones no son éstas, no siendo posible encontrar otras en estos escritos suyos, la tesis según la cual los argumentos interpretativos no son lógicos carece, en estos mismos escritos, de justificación.

²⁶ Esta segunda tesis negativa puede considerarse, en realidad, el fundamento de la primera.

²⁷ Es decir, un objeto o referente.

²⁸ Es decir, un concepto o significado.

²⁹ Según la cual, como acabamos de ver en el pasaje citado en la nota 20, el empleo de la lógica presupone que las operaciones de atribución de significado han sido ya realizadas.

³⁰ Que, como puede verse fácilmente, es distinta de la suya.

Sostener lo contrario es como inferir de la negación del carácter de amistad en las relaciones de vecindad en el país X que, entonces, en el país X no hay relaciones de amistad.

En resumen, de la tesis según la cual las relaciones signo/significado no tienen carácter lógico no se puede inferir más que lo siguiente: que las argumentaciones interpretativas son algo distinto de trayectos a través de los cuales de los signos se llega a los significados. Entre otras cosas, si se pudiese pasar de la negación de un carácter de la relación signo/significado a negar que ese mismo carácter pueda ser propio de la argumentación interpretativa, entonces se debería concluir también que la argumentación interpretativa ni siquiera puede tener carácter retórico.

IX

Hemos visto hasta ahora lo que es y lo que no puede ser, para operar como premisa de un argumento, la premisa de un argumento interpretativo. Veamos ahora qué es y qué no puede ser, para ser conclusión de un argumento, la conclusión de un argumento interpretativo.

Exactamente igual que la premisa de un argumento interpretativo no es un signo, la conclusión del mismo no puede ser un significado. Tanto la premisa como la conclusión de un argumento interpretativo no pueden ser sino enunciados interpretados, es decir, signos significantes.

La conclusión de un argumento interpretativo es (ya lo he dicho) un enunciado de la forma «S significa S'» (donde S ha de interpretarse como signo; el ser un signo es la *interpretación* de S); o bien de la forma: «El Derecho dice (o prescribe) S'» (y entonces, entre las premisas, estará la siguiente: «Porque en la ley está escrito S»).

La conclusión de un argumento interpretativo no es por tanto el significado del signo que se quiere interpretar, sino una tesis interpretativa: la tesis según la cual un signo (texto) se puede sustituir por otro porque ambos tienen, en el contexto en cuestión, el mismo significado. Mientras que resulta muy claro, me parece, que nadie podría hablar jamás de sustitución de un significado en lugar de un signo³¹.

³¹ Ciertamente es verdad que, si bien el significado no sustituye al signo, atribuir o adscribir significado no puede hacerse más que produciendo signos; Cfr. E. PATTARO, *Introduzione...*, vol. II, cit., p. 216: «El resultado o producto de la actividad interpretativa es una masa de nuevas expresiones lingüísticas... que se sustituye o añade las expresiones lingüísticas contenidas en las disposiciones jurídicas»; también R. GUASTINI, *Lezioni...*, cit., p. 104: «interpretar una disposición equivale a reformularla con otras palabras». Pero, si convenimos en la tesis «pragmatista» de que el significado es sólo un signo (considerado) sinónimo de aquello de lo que es significado (Cfr. Ch. HARTSHORNE and P. WEISS (eds), *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, vol. V, 1960, p. 323: «The next moment of the argument for pragmatism is the view that every thought is a sign»), queda siempre la diferencia de que las actividades noética y lingüística de la interpretación del signo S producen nuevas expresiones lingüísticas (por ejemplo S') a sustituir por S, mientras que la actividad dianoética de la interpretación produce enunciados del tipo: «el signo S puede (o debe) ser sustituido por S'».

El argumento interpretativo es el que justifica una sustitución: el que justifica una opción interpretativa.

La argumentación interpretativa, a diferencia de la actividad dianoética del interpretar, no existe siempre, cada vez que se interpreta. La interpretación-actividad dianoética existe sólo si hay (si se considera que hay) algo que justificar, es decir, si hay objeciones, reales o presuntas, planteadas, a la opción interpretativa que se propone, a la sustitución del texto producido por el intérprete usuario (aunque sea sólo potencial) en lugar del producido por el legislador.

Todos, en efecto, entienden; pero no todos, y no siempre, razonan sobre lo que han entendido o entienden; primero, porque razonar es difícil; segundo, porque razonar sobre lo que se entiende supone la consciencia, en ningún caso obvia, de que también se podría entender otra cosa, o supone el conocimiento del hecho de que alguien ha entendido, o podría haber entendido o entender, otra cosa.

Por esto, entendida la interpretación como actividad-dianoética, o sea, como razonamiento interpretativo, *in claris non fit interpretatio* es tautológico³² (con tal de que se reconozca, obviamente, que el ser o no ser claro es algo propio no de un signo, sino de una relación signo/significado, y que está en función de un contexto y de una situación)³³.

X

Llegada a este punto, no he probado todavía nada, en positivo. Sólo he probado, al menos espero haberlo conseguido, que una razón que se podría aducir para justificar la tesis de que los argumentos interpretativos no son lógicos no sería, en la realidad, una buena razón.

Pero insisto, todavía no he probado nada, en positivo, sobre el carácter de los argumentos interpretativos; y todavía queda absolutamente intacta, al menos así lo creo yo, la gran plausibilidad de la tesis de que, ello no obstante, los argumentos interpretativos no son nunca *válidos* o *inválidos*, sino sólo más o menos fuertes³⁴.

³² Cfr. A. AARNIO, *Argumentation Theory and Beyond. Some Remarks on the Rationality of Legal Justification*, en «Rechtstheorie», 14 (1983), pp. 385-400, p. 389: «...the central problem in legal interpretation is how to *justify the choices* between (semantically and / or legally) possible alternatives. Having achieved this task, the scholar gives an answer to the question: *why* this and not some other interpretation is the proper one?».

³³ Cfr. A. ROSS, *On Law and Justice*, cit., pp. 111-123; Cr. también Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 36: «... quand il s'agit d'un texte rédigé dans une langue ordinaire, dire que le texte est clair, c'est souligner le fait qu'en l'occurrence, il n'est pas discuté. Au lieu de tirer de la clarté d'un texte la conséquence qu'il n'est pas possible, raisonnablement, de ne pas être d'accord sur sa signification et sa portée, c'est plutôt le contraire que nous pouvons affirmer: comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair».

Ahora me ocuparé de esta tesis. Tras lo cual, advierto desde ahora, no llegaré aquí a ninguna conclusión positiva sobre el carácter de los argumentos interpretativos *en general*: únicamente tomaré como objeto de estudio una pequeñísima muestra de argumentación interpretativa para analizarla, y de ello algo extraeré, espero. Probablemente muy poco, pero eso no es grave. Lo que importa es que ese poco esté fundado; porque eso es la investigación, y éste es el método analítico en filosofía, y en la investigación en general: caminar paso a paso, pero cerciorándose con cuidado, a cada paso, de que el terreno que se ha ganado sea sólido. Pocos son capaces de volar.

Así pues, aunque no sean válidos algunos de los argumentos aducibles a primera vista a favor de la tesis de que los argumentos interpretativos no son lógicos, queda la gran plausibilidad de la tesis misma, que es ya casi un topos de nuestra cultura jurídica y metajurídica³⁵, y en esta tesis en sí, y en las razones de su plausibilidad, debo detenerme ahora. Para tal propósito, me parece indispensable dedicar algunas palabras al significado del término «argumento» en la expresión: «los argumentos interpretativos no son lógicos sino, por ejemplo, retóricos».

Hasta aquí, he usado el término «argumento» para designar la unidad mínima de la argumentación o justificación. El argumento es un período compuesto por varias proposiciones ligadas por vínculos de subordinación, y también eventualmente de coordinación, y tales que una de ellas se suponga inferida de las otras, que se aducen como garantía de su aceptabilidad³⁶.

³⁴ No es fácil decir qué es la fuerza de los argumentos. Cfr. Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957, t. II, p. 611: «Pour se guider dans son effort argumentatif, l'orateur utilise une notion confuse, mais indispensable semble-t-il, c'est celle de *force des arguments*. Celle-ci est certainement liée d'une part, à l'intensité d'adhésion de l'auditeur aux prémisses, y compris les liaisons utilisées, d'autre part, à la relevance des arguments dans le débat en cours. Mais l'intensité d'adhésion, et aussi la relevance, sont à la merci d'une argumentation qui viendrait les combattre. Aussi la force d'un argument se manifeste tout autant par la difficulté qu'il y aurait à le réfuter que par ses qualités propres. La force des arguments variera donc selon les auditoires et selon le but de l'argumentation».

³⁵ La tesis, en efecto, se entiende a menudo ni más ni menos que como una reformulación de la tesis trivial según la cual, por ejemplo, «el hecho interpretativo se revela, en su esencia última, como un fundamental hecho cultural, que de ningún modo se puede separar de la personalidad y socialidad del intérprete... Y esto vale tanto para la interpretación de la narración del pasado como para la interpretación de normas imperativas que, para ser aplicadas, deben respetar las exigencias del mundo de hoy». (E. PARESCE, *Interpretazione (filosofia)*, en «Enc. Dir.», vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 174).

³⁶ «An argument... is any group of propositions of which one is claimed to follow from the others, which are regarded as providing evidence for the truth of that one... An argument is not a mere collection of propositions, but has a structure. In describing this structure, the terms 'premiss' and 'conclusion' are usually employed. The conclusion of an argument is that proposition which is affirmed on the basis of the other propositions of the argument, and these other propositions which are affirmed as providing

En este sentido, el argumento es el *logos*.

Pero «argumento» se usa también en el sentido de *topos*, es decir, en el sentido de una posible premisa del argumento como *logos*, o sea, en el sentido de esa garantía a la que me acabo de referir.

Loci, sedes argumentorum: aquí el *argumentum* no es el *logos* sino que es la premisa que se ha de encontrar para que de ella surja el *logos*, es decir, para comenzar a argumentar: y ésta es la tarea de la *inventio* retórica³⁷.

XI

Del argumento como lugar, o *locus*, o *topos*, no es predicable la validez lógica (exactamente igual que la validez lógica no es predicable del cielo estrellado), sino la bondad, o la fuerza. Del argumento entendido como *logos* se puede en cambio predicar tanto la bondad o la fuerza como la validez formal o necesidad lógica.

Lo que ocurre es que decir de un argumento entendido como *logos* que no es válido, pero es fuerte, es como decir de un hombre que no es alto, pero tiene los ojos azules³⁸. Mientras que a menudo, cuando se dice que un argumento no es válido pero es fuerte, no se especifica ni siquiera implícitamente el sentido de «argumento», y entonces se cae en el mismo equívoco en que se caería diciendo: «El tiempo no era lluvioso, sino breve»³⁹.

Ahora bien, me parece que muchas veces, cuando se dice *de un argumento interpretativo en particular* que no es válido sino fuerte (que no es lógico sino retórico) es como si se dijese de un hombre que no es alto pero que tiene los ojos azules. Mientras que cuando se dice *de los*

evidence or reasons for accepting the conclusion are the premisses of that argument». (I. COPI, *Introduction to Logic*, New York, The MacMillan Company, 1961, pp. 7-8). Cfr. también Ch. PERELMAN, y L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, cit., T. I. pp. 251-258; y R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a. M., Shukamp, 1978, p. 123.

37 Cfr. R. E. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, Berna, Francke, 1948, p. 77: «Wesentlich ist: jede Rede (auch die Lobrede) hat einen Satz oder eine Sache annehmbar zu machen. Sie muss Argumente dafür anführen, die sich an den Verstand oder das Gemüt des Hörers wenden. Nun gibt es eine ganze Reihe solcher Argumente, die für die verschiedensten Fälle anwendbar sind. Es sind gedankliche Themen, zu beliebiger Entwicklung und Abwandlung geeignet. Griechisch heißen sie *koinoi topoi* sind also ursprünglich Hilfsmittel für die Ausarbeitung von Reden. Sie sind, wie Quintilian sagt, «Fundgruben für den Gedankengang» (*argumentorum sedes*), sind also einen praktischen Zweck dienbar».

38 Es decir, de un argumento entendido como *logos* se dirá que es: o válido y fuerte, o válido pero débil, o inválido pero fuerte, o inválido y débil.

39 Porque se querrá decir, en realidad, que *la estructura* del argumento *no es formalmente válida*, pero que *la premisa* sobre la que se funda *es fuerte*.

argumentos interpretativos en general, que no son válidos sino fuertes (que no son lógicos sino retóricos) es como si se dijese del tiempo que no es lluvioso sino breve.

Porque fuerte o débil, más o menos persuasivo, viene referido en realidad al argumento como lugar, es decir, como razón o garantía o premisa del argumento como razonamiento o *logos*; y fuerte o débil, más o menos persuasiva, será considerada, por lo tanto, la conclusión del argumento como *logos*. Pero el argumento como *logos*, como período o estructura inferencial, sólo en sentido figurado habrá sido calificado, en este caso, de persuasivo o fuerte. Por metonimia o, mejor, por sinécdoque: el todo por la parte.

XII

Preguntémonos: ¿por qué nunca podría ser válido o necesario, o sea lógico, un argumento interpretativo que tenga la forma: «S' es Derecho, porque en la ley está escrito S»? Yo creo que la gran plausibilidad de esta tesis encuentra su explicación (léase bien: explicación y no justificación) en el hecho de la constatación obvia de que los problemas de interpretación jurídica admiten, casi siempre o muy a menudo, más de una conclusión⁴⁰.

Así pues, la disociación que acabo de trazar entre los dos significados del término «argumento» podría, en mi opinión, aclarar por fin el equívoco. En efecto, de un argumento como: «S' es Derecho porque en la ley está escrito S» no se puede decir nada, ni que es válido, ni que no es válido, ni que es un argumento más o menos fuerte o persuasivo, mientras no se explicita el argumento-premisa, o razón, o garantía, o regla de inferencia, o lugar.

El explicitarlo, o hace al argumento formalmente válido, o nos pone de manifiesto su invalidez formal. Y, en el segundo caso (ya se trate, por ejemplo, de una *reductio ad absurdum*, pero sólo en el caso de que no evidencie una contradicción lógica; o de un *argumentum a proportione* o analogía, pero sólo cuando los valores de las relaciones a equiparar sean cualitativos y no cuantitativos; pero también, por ejemplo, si se trata de una inducción, o de una abducción), quedará por sopesar la mayor o menor fuerza o persuasividad del argumento como *logos* así como, obviamente, en estos como en todos los demás casos, del argumento como *topos*.

Pero también un argumento interpretativo formalmente válido, si existen, podrá ser, según los contextos, más o menos fuerte o persuasivo; y también de un argumento interpretativo formalmente válido, si existen,

⁴⁰ Ejemplar, desde este punto de vista, es el siguiente pasaje: «in the context of interpretation most or even all of the reasons in an argument may be logically inconclusive, in that they do not support their conclusions as a matter of *logical necessity*. None of the reasons that may be advanced... logically compels the choice by the court of one of the conflicting interpretations». (W. TWINING -D. MIERS, *How To Do...*, cit., p. 250).

la conclusión interpretativa podrá ser calificada de más o menos fuerte o persuasiva todas las veces (y son casi todas) que la premisa, o razón, o lugar del argumento del cual esa conclusión es conclusión, sea, sólo, más o menos fuerte.

También es distinta, a su vez, evidentemente, la validez jurídica de la conclusión interpretativa, o sea, de la conclusión del argumento interpretativo; que no depende ni de la validez lógica de éste (al menos no necesariamente), ni de la aceptabilidad racional de su premisa (al menos no necesariamente); sino que depende únicamente de la autoridad (competencia) del órgano que es su autor, que la dicta.

XIII

Ahora quisiera poner a prueba todo lo que he sostenido mediante el análisis de una argumentación interpretativa de Derecho.

Me referiré a una controversia interpretativa suscitada recientemente a propósito de la construcción del delito de asociación de tipo mafioso.

El Art. 1 de la ley n.º 646 de 13 de septiembre de 1982, «Disposiciones en materia de medidas de prevención de carácter patrimonial e integraciones a las leyes n.º 1.423 de 27 de diciembre de 1956 y n.º 575 de 10 de febrero de 1962. Creación de una comisión parlamentaria sobre el fenómeno de la mafia», dice:

«Tras el Art. 416 del código penal se añadirá el siguiente: Art. 416 bis: *Asociación de tipo mafioso*. -El que formare parte de una asociación de tipo mafioso, constituida por tres o más personas, será castigado con la pena de reclusión de tres a seis años.

Quienes promovieren, dirigieren u organizaren la asociación serán castigados, sólo por ello, con la pena de reclusión de cuatro a nueve años.

La asociación es de tipo mafioso cuando quienes forman parte de ella se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y de compromiso de silencio (*) que se deriva de ese vínculo para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o cualquier forma de control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, contratos y servicios públicos, o para obtener beneficios o ventajas injustas para sí o para otros.

En relación con el párrafo 3.º de dicho artículo, se ha planteado un problema interpretativo referente al significado de las palabras «se valen».

El problema es el siguiente: si las palabras «se valen» de la ley significan «se valen efectivamente» o «intentan valerse» o «acostumbran a valerse»; la relevancia de la cuestión es grande, como es fácil comprender, porque se trata de establecer si el delito en cuestión ha de entenderse como delito de resultado o de peligro. Ahora bien, yo no querría discutir ahora el fondo de esta cuestión, sino simplemente de qué tipo son los argumentos utilizados para justificar las diversas tesis interpretativas; es decir, de qué tipo de controles son susceptibles tales argumentos; para

(*) N. del T. -Se ha traducido por «compromiso de silencio» el término dialectal «omertà», con el que en el lenguaje de la mafia se designa la obligación de sus miembros de mantener en secreto sus actividades delictivas.

preguntarme, por último, qué y cuánto puede decir un análisis lógico y retórico de los argumentos acerca del valor de sus conclusiones.

Examinaré los argumentos aducidos para justificar la conclusión interpretativa según la cual «se valen» significa «se valen efectivamente»⁴¹.

XIV

ARGUMENTOS PRO

ARGUMENTOS CONTRA

a) «El tenor literal de la disposición es inequívoco. El uso del verbo «se valen» no deja opción al intérprete, que no puede sustituir la expresión por otra que comprenda sin más el significado opuesto. En efecto, decir que son punibles con una determinada pena quienes «se proponen valerse» de la fuerza de intimidación, significa decir que son punibles también quienes no se valen y jamás se han valido de ella»⁴².

41 El modo en que presento en el texto los argumentos *pro* y *contra* una conclusión interpretativa me ha sido sugerido por W. TWINING -D. MIERS, *How to do...*, cit., pp. 237-240. He introducido, sin embargo, una variante: mientras Twining y Miers alinean los argumentos de este modo

<i>Pro</i>	<i>Contra</i>
a)	a)
b)	b)
c)	c)

yo he preferido presentarlos desalineados, para mostrar ya visiblemente que la producción de argumentos *pro* y *contra* una tesis interpretativa no tiene lugar fuera del tiempo, y fuera de un contexto, sino que todo argumento es una respuesta a otro que se ha producido antes, del cual intenta valer como refutación; y que la consideración de este dato es esencial para la comprensión de cada argumento y del sentido del combate interpretativo. En efecto, toda acción argumentativa, en la interpretación igual que en cualquier otro campo, es a la vez una defensa y un contraataque. La interpretación-actividad dianoética es, en suma, un discurso, es decir, está inserta en una actividad comunicativa, y no monológica. Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., *passim*; y D. MACDONELL, *Theories of discourse. An Introduction*, Oxford, Blackwell, 1986, p. 1: «Discourse is social. The statement made, the words used and the meaning of the words used, depend on where and against what the statement is made».

42 G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, Cedam, 1984, p. 42. Este fragmento muestra con gran claridad que incluso el más simple argumento *pro*, el argumento literal, es, en realidad, un argumento *contra*: contra una interpretación distinta que ya se había defendido, y que tendía a superar el tenor literal de la disposición. Prueba de ello es la consideración del hecho de que la primera vez, que yo sepa, que se propuso entender el «se valen» de la disposición examinada como «se valen efectivamente», esta lectura (esta interpretación-actividad noética) no fue acompañada

b) «Los trabajos parlamentarios confirman la interpretación adoptada...

En la sesión conjunta decisoria de las Comisiones de Interior y Justicia de la Cámara de los Diputados celebrada el 5 de agosto de 1982 se interpusieron dos enmiendas.

...En la discusión que siguió, el ponente de una de las enmiendas, el hon. Mammi, defendió su propuesta explicando que la elección del indicativo «se valen» servía para indicar «con claridad» que era necesario «el uso de esa fuerza»⁴³.

a) «El argumento literal tiene una relevancia menos decisiva y unívoca de lo que a primera vista pudiera parecer»⁴⁴.

b) «Para convencernos basta echar un vistazo a los trabajos preparatorios. [En efecto, en esa misma sede el hon. Mammi dijo también:] “A mi juicio el elemento constitutivo del hecho mafioso

por ninguna interpretación-actividad dianoética, por ninguna argumentación, no habiéndolo sido todavía, y al parecer no habiéndose propuesto ninguna interpretación distinta. Cfr. V. PAJNO, *Aspetti di diritto sostanziale e processuale della l. 13/9/82 n.º 646*, ponencia presentada en el Seminario organizado por el Consejo Superior de la Magistratura sobre el tema: «La ley n.º 646 de 13 de septiembre de 1982. Problemas interpretativos y aplicativos» (Maiori, 16-19 diciembre 1982), pp. 15-16 del texto mecanografiado: «Hay que destacar... que aunque se acoge... el principio inspirador de la originaria propuesta La Torre (es decir, la referencia a dicha fuerza intimidadora como elemento característico del delito), se ha modificado sustancialmente el concepto de asociación mafiosa como en ella se había previsto. Según la propuesta, ésta se calificaba así cuando «quienes forman parte de ella tienen la finalidad de cometer delitos o de cualquier modo obtener beneficios o ventajas para sí o para otros, valiéndose de la fuerza intimidadora del vínculo mafioso», y por lo tanto el delito continuaba manteniendo siempre, como el previsto en el art. 416 c.p., la naturaleza de delito de peligro. Por el contrario el art. 416 bis, como resulta del texto legislativo, se ciñe al ejercicio ya efectuado, por parte de los asociados, de la fuerza de intimidación, para la persecución de los objetivos en él indicados («se valen... para...»), lo cual incide profundamente en la naturaleza de dicho delito, diferenciándola de la que caracteriza al art. 416 c. p.».

43 G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo...*, cit., pp. 43-44-45.

44 G. FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, en «Il Foro It.», CVIII, 1985, parte V, col. 301-311, en la col. 303.

está representado por el hecho de valerse de la fuerza intimidadora de un vínculo asociativo y por la condición de sometimiento que se deriva de él. Respecto a la actual redacción del Art. 1, es por lo tanto oportuno modificar solamente la forma"... La relevancia sólo formal de la enmienda Mammi se encuentra por lo demás confirmada por la posterior intervención del hon. Violante, quien afirmó: "Por lo que respecta al uso del gerundio o del indicativo del verbo valerse, digo al instante que me parece una distinción solamente formal"... El intérprete que quisiera extraer argumentos de la sustitución del gerundio "valiéndose" por el indicativo "se valen" acabaría pues por atribuir al legislador histórico una consciencia que en realidad no tenía»⁴⁵.

a) «Obviamente esto no afecta a que al argumento literal se le pueda atribuir un peso determinante en el plano de la interpretación llamada objetiva, o sea, prescindiendo del fundamento y persuasividad de los puntos de vista subjetivamente manifestados por los redactores de ley en el curso de los trabajos preparatorios»⁴⁶.

c) «[Queda sin embargo, el hecho de que la pretendida interpretación literal] contradiría la *ratio legis* precisamente porque, paradójicamente, acabaría por circunscribir el ámbito aplicativo del nuevo tipo penal a límites más restringidos que los correspondientes

⁴⁵ G. FIANDACA, *op. cit.*, col. 303-304.

⁴⁶ G. FIANDACA, *op. cit.*, col. 304.

a la tradicional asociación para delinquir»⁴⁷.

c) «Los más restringidos límites de aplicación de la asociación de tipo mafioso respecto a la asociación para delinquir constituyen el resultado de la mayor tipicidad de la nueva incriminación y están por lo demás ampliamente justificados habida cuenta de la excepcional gravedad del conjunto de sanciones y medidas previstas para el nuevo delito. Parece, por el contrario, del todo razonable que a una mayor gravedad de las consecuencias jurídicas corresponda una mayor concreción del tipo»⁴⁸.

Como se habrá advertido, los argumentos a) *pro* y *contra* apelan al significado literal; los argumentos b) *pro* y *contra* apelan a la intención del legislador histórico; los argumentos c) *pro* y *contra* apelan a la *ratio legis*.

XV

Comencemos con un análisis de los argumentos a) *pro* y *contra*.

El argumento a) *pro* está formulado de manera ejemplar, desde el punto de vista expuesto en estas páginas. En efecto, pone de manifiesto con absoluta claridad, como ya se ha visto⁴⁹, que un argumento interpretativo es siempre un argumento contra una (distinta) interpretación que se sabe que se defiende o que se supone defendible; que el problema de la interpretación (de la interpretación -actividad dianoética) es ciertamente el problema de un texto y de un significado, pero es también el problema de la sustitución de un texto por otro.

En a) *pro* se habla cristalinamente de «sustitución de una expresión por otra». Al respecto, se sostiene que la sustitución de «se valen» por «se proponen valerse» representaría una interpretación *contra litteram*. De hecho, la expresión «se proponen valerse» se refiere conjuntamente a quienes «se proponen valerse y se valen» y a quienes «se proponen valerse

⁴⁷ G. FIANDACA, *Commento all'art. I. l. 13 settembre 1982 n.º 646*, en «Legislaz. Pen.», III, 1983/2, pp. 257-268, en la p. 261.

⁴⁸ G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo...*, cit., p. 49.

⁴⁹ Cfr. *Supra* notas 41 y 42.

y no se valen». De lo que se sigue que, con la interpretación *ex adverso*, se sustituiría «se valen» por «se proponen valerse *aunque* no se valgan».

Pues bien: ¿quién podría decir que éste no es un argumento lógico, y que igualmente sostenible (o sólo un poco más, o sólo un poco menos) sería la tesis opuesta? Fijémonos bien, la tesis opuesta es que la interpretación *ex adverso* no es *contra litteram*, y no que sea admisible. Porque en la discusión acerca de la admisibilidad de una interpretación *contra litteram* nada se dice del carácter necesario del argumento que se funda sobre la tesis de la inadmisibilidad de ese tipo de resultado interpretativo.

Sostener lo contrario sería como decir que el silogismo de Sócrates mortal no es un argumento necesario sino sólo persuasivo puesto que, no siendo -por hipótesis- cierto que todos los hombres son mortales, Sócrates podría no ser mortal. Y esto, como es obvio, es una falacia.

Y, dicho esto, vayamos a a) *contra*.

El argumento en realidad, como ya se habrá advertido, no es un argumento que, mediante el recurso al significado literal de los términos que aparecen en la ley, concluya que «se valen» no significa «se valen efectivamente». En efecto, a) *contra* es un meta-argumento; o mejor, es reducible a una aserción sobre el peso relativo que se ha de asignar al criterio literal y al de la intención del legislador histórico en la interpretación de una disposición legal. Por ello a) *contra* se divide en dos, y en medio queda el argumento mediante la apelación a la intención del legislador.

¿Qué cabe decir, entonces, de la contraposición entre a) *pro* y a) *contra*? ¿Es cierto que no se puede hablar, ni siquiera en línea de principio y no porque sea de hecho particularmente arduo, de corrección lógica ni de uno ni de otro?

No es cierto en absoluto, y ello es evidente. En realidad ambos argumentos son correctos, sólo que versan sobre objetos completamente distintos: a) *pro* trata de significados de términos, a) *contra* de cánones hermenéuticos. Es cierto que de los dos argumentos se derivan dos interpretaciones distintas de la disposición en cuestión, las cuales ni una ni otra puede, en virtud sólo de a) *pro* y de a) *contra*, considerarse con certeza válida. Pero, precisamente, no se debe confundir la interpretación-producto con la interpretación-actividad. Decir que ninguna de las dos interpretación-producto es con seguridad la justa, no es de ningún modo lo mismo que decir que ninguna de las dos interpretaciones-actividad consta de un argumento lógicamente necesario. a) *pro* concluye que la interpretación *ex adverso* es insostenible después de demostrar que es *contra litteram*. a) *pro* se compone por tanto de dos argumentos:

- a) De un meta-argumento interpretativo lógicamente necesario que se basa en la premisa mayor (o lugar, o razón) implícita de que toda interpretación-resultado *contra litteram* es insostenible; y
- b) De un argumento interpretativo que podríamos llamar la justificación externa de la premisa menor del anterior metaargumento interpretativo, es decir, de la demostración de que la interpretación *ex adverso* es *contra litteram*.

a) *contra*, en cambio, se basa en la premisa de que la fidelidad a la letra no puede constituir la única razón a favor de un resultado interpretativo, en los casos en que la intención del legislador histórico no sea absolutamente unívoca y conforme al significado literal de la disposición. Es evidente por tanto que a) *contra* nada dice en realidad contra la evidente necesidad lógica absoluta de a) *pro*; ni del meta-argumento, ni del argumento.

XVI

Vayamos ahora a b) *pro* y *contra*.

La relación entre estos dos argumentos es decididamente distinta de la existente entre los dos argumentos analizados anteriormente. En efecto, b) *contra* ha de entenderse en realidad como un intento de refutación de b) *pro*, es decir, como una crítica interna del argumento, y no sólo, como en el caso de a) *contra*, como una crítica totalmente externa, que discute no la validez sino la fuerza del argumento, que depende de la aceptabilidad de sus premisas.

b) *pro* tiene esta estructura:

1. Se debe interpretar una disposición según la intención del legislador histórico;
2. El legislador, al proponer la redacción «se valen» en sustitución de la anterior «valiéndose», ha aducido como razón de dicha propuesta que la forma verbal del indicativo expresa *el hecho de valerse* de la fuerza de intimidación;
3. Por lo tanto, el legislador ha entendido «se valen» como «se valen efectivamente».
4. Ergo el intérprete debe entender «se valen» como «se valen efectivamente».

b) *contra* tiene esta estructura:

1. Se debe interpretar una disposición según la intención del legislador histórico;
2. El legislador, al proponer la formulación «se valen» en sustitución de la anterior «valiéndose», ha aducido como razón de dicha propuesta que la forma verbal del indicativo expresa *el hecho de valerse* de la fuerza de intimidación;
3. Por lo tanto, no está demostrado que el legislador haya entendido «se valen» como «se valen efectivamente»;
4. Ergo no existe, en este específico caso, ningún vínculo impuesto al intérprete por el respeto debido a la intención del legislador.

Pues bien, me parece claro que b) *contra* es un argumento inválido. En realidad, de los datos aportados por el argumento, que son:

1. Que el legislador ha querido el término X en sustitución del término Y porque, ha dicho, X indica un hecho: y
2. Que el legislador ha entendido, con la sustitución de X en el lugar de Y, una modificación sólo formal de la disposición;

si se puede inferir algo, únicamente se puede inferir que el legislador entendió que, en esencia, el término Y (es decir, el gerundio «valiéndose») ya indicaba también él un hecho, aunque no lo hiciera tan limpiamente como el término X (o sea, como el indicativo «se valen»), y no entendió una intención o un hábito; y no se puede viceversa inferir que X (o sea, «se valen») según el legislador no haya de entenderse como que significa el hecho de valerse; porque ello se contradice con lo que ha aducido, como premisa, el argumento b) *pro*, que b) *contra* no discute, sino al que simplemente declara querer añadir otras premisas.

Ahora bien, un argumento válido no puede concluir contradiciendo lo que ha aducido en la (en una) premisa. Ésta es una cuestión de lógica. b) *contra* es por consiguiente un argumento inválido. Quizás también débil o inaceptable o no persuasivo: no lo sé. Pero, ciertamente, inválido.

XVII

Pasemos ahora a c) *pro* y *contra*, argumentos entre los que existe una relación asimismo distinta. A diferencia de a) *pro* y *contra*, los argumentos c) *pro* y *contra* apelan al mismo instrumento hermenéutico: la *ratio*. c) *contra* habla explícitamente de *ratio*; c) *pro* habla de razonabilidad, de justificación de la medida legislativa adoptada según la interpretación propuesta.

Pero, a diferencia de b) *pro* y *contra*, los argumentos c) *pro* y *contra* no están contruidos sobre la misma premisa (aparte de la premisa -podríamos decir- del meta-argumento, es decir, la debida consideración de la *ratio* en la interpretación). Los argumentos c), en efecto, no se dirigen a la determinación de la *ratio*, como por el contrario tendían los argumentos b) a rastrear la intención del legislador en base a los mismos datos, constituidos por las actas de los debates en comisión, de las que b) *pro* citaba algunos extractos a los que b) *contra* añadía otros. Los argumentos c) muestran una estructura completamente distinta. La *ratio* de la norma está, en ambos, presupuesta; y cada uno la entiende a su manera. La *ratio* del 416 bis c.p. es, para c) *contra*, la de disponer una medida adecuada para combatir un fenómeno que, a menudo, no se lograba hacer entrar dentro del tipo del 416 c.p. La *ratio* del 416 bis c.p. es, para c) *pro*, por su parte, la de prever para la asociación *que delinque* medidas represivas más graves que las que el 416 c.p. ha previsto para la asociación *para delinquir*.

De la distinta concepción que se tenga de la *ratio* se deriva una distinta conclusión interpretativa. Una conclusión, la de c) *contra*, se extrae mediante una *reductio ad absurdum*; una conclusión distinta, la de c) *pro*, se extrae mediante un argumento *a proportione*, es decir, una analogía en el sentido clásico, aristotélico, del término, o sea, un argumento

basado en el presupuesto de la *coherence* o congruencia del sistema de Derecho, en el sentido de MacCormick.⁵⁰

Ni uno ni otro argumento son formalmente válidos. El argumento *ab absurdo* no lo es porque no hay ninguna inferencia necesaria, es decir, formalmente válida, de «se debe perseguir el fin F» a «se deben disponer los medios adecuados para conseguir el fin F»;⁵¹ y el argumento *a proportione* no lo es porque las relaciones a igualar son relaciones entre valores cualitativos y no cuantitativos.⁵²

Sin embargo creo que se puede estar de acuerdo en el hecho de que la refutación de cada uno de los dos argumentos requeriría un gran esfuerzo y una dosis notable de habilidad retórica. Ambos argumentos son, en efecto, muy fuertes; y no puede considerarse, en el sentido propio del término «refutación», que uno de los argumentos refute al otro.

En efecto, que la conclusión de c) *pro* pueda parecer plausible a pesar de c) *contra*, en absoluto ha de imputarse y ni siquiera asociarse al hecho de que c) *contra* no sea un argumento formalmente válido; y, del mismo modo, que la conclusión de c) *contra* pueda parecer plausible a pesar de c) *pro* en absoluto ha de imputarse y ni siquiera asociarse al hecho de que c) *pro* no sea un argumento formalmente válido.

La razón radica en que las premisas, tanto de c) *pro*, como de c) *contra*, no están fundadas (evidentemente en el argumento), y que, habiendo seguido el combate interpretativo sólo hasta aquí, no tenemos razones para escoger entre las dos: entre una y otra concepción de la *ratio* del art. 416 bis c.p.⁵³

(Traducción de Juan Antonio Pérez Lledó.)

⁵⁰ N. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978; ID., *Coherence in Legal Justification*, en W. KRAWIETZ, H. SCHELSKY, G. WINCKLER, A. SCHRAMM (eds), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65 Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlín, 1984, pp. 37-53.

⁵¹ Cfr. O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, Wien-New York, Springer, 1970, pp. 219 y ss.

⁵² Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, en «Digesto IV Edizione», Torino, UTET, vol. I, 1987.

⁵³ Lo cual no quiere decir, naturalmente, que no existan razones en el discurso, y no hayan sido avanzadas, y confrontadas entre sí, por parte de los juristas intérpretes del art. 416 bis c.p. Sobre el tema véanse, además de los ensayos de Pajno, Fiandaca y Spagnolo ya citados: G. INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, en «Politica del diritto», XIII, 1982/4, pp. 681-702; C. MACRI - V. MACRI, *La legge antimafia Napoli*, Jovene, 1983; G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, en «Democrazia e diritto», XXIII, 1983/4, pp. 41-55; G. DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.) e problema probatorio*, en «Il Foro It.», CVII, 1984, parte V, col. 245-251; G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, con un'Appendice de G. CONSO, Milano, Giuffrè 1984, y, por último, G. FIANDACA - COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, Angeli, 1986