

SOBRE LA INADECUACIÓN DEL MODELO DEDUCTIVO PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS JUSTIFICACIONES INTERPRETATIVAS DE LOS JUECES*

1. La lógica, la retórica y las argumentaciones de los jueces

En los años sesenta y setenta las tesis de la «nueva teoría» elaboradas por Chaïm Perelman originaron un vivaz debate sobre el razonamiento jurídico. Perelman, y con él los adeptos a la «nueva retórica», sostenían que la lógica tradicional era inadecuada para dar cuenta del razonamiento práctico, en el que incluían el razonamiento jurídico, e identificaban como alternativa una serie de argumentos retóricos y de técnicas argumentativas utilizables y efectivamente utilizadas para hacer persuasivo el discurso práctico. Por otra parte, los defensores de la lógica formal destacaban que la inadecuación de los modelos clásicos de inferencia no dependía del tipo de razonamiento y de discurso, teórico o práctico, que se tomara en consideración¹.

Ese debate, que no pretendo examinar aquí, ha sido después olvidado. La mayor parte de los autores que hoy se ocupan del razonamiento jurídico se limitan a asumir, en general, que la lógica, o viceversa la retórica, ofrece los instrumentos adecuados para la reconstrucción y el análisis de ese razonamiento, sin prestar demasiada atención a las pretensiones de quien no comparte su posición.

* Las páginas que siguen constituyen una reelaboración de la ponencia presentada en el II Congreso Hispano-Italiano de teoría analítica del derecho: Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos, Miraflores de la Sierra (Madrid), 28-30 de octubre de 1996. Agradezco a los organizadores del congreso y a los participantes la oportunidad de exponer y discutir mis ideas en un ambiente excepcionalmente amistoso y estimulante.

¹ Entre los defensores de la lógica formal que en esos años se enfrentaron con las tesis de la nueva retórica, deben recordarse especialmente J. Horowitz («Exposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non-formel de la logique juridique», *Archives de philosophie du droit*, II, 1966, pp. 181-204; «La logique et le droit», en C. Perelman (ed.), *Etudes de logique juridique*, vol. 2, Bruxelles, Bruyant, 1967, pp. 43-56) y G. Kalinowski («Y a-t-il une logique juridique?», *Logique et analyse*, 2, 1959, pp. 48-53; «De la spécificité de la logique juridique», *Archives de philosophie du droit*, II, 1996, pp. 7-23; «Le raisonnement juridique et la logique juridique», *Logique et analyse*, 13, 1970, pp. 3-25).

De todos modos, a mi juicio, prevalecen los defensores de la lógica, aunque, quizás, mi impresión depende del hecho de que en esa posición se encuentran los autores que leo con mayor asiduidad. Entre ellos, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin han expresado su convicción de que la justificación ofrecida por los jueces para fundar sus decisiones judiciales puede ser adecuadamente reconstruida como un conjunto de inferencias deductivas. Así, escriben: [...] estamos de acuerdo con MacCormick que en principio no hacen falta algunos otros tipos de lógica -además de la lógica (clásica) deductiva [-] para dar cuenta del problema del «razonamiento jurídico justificatorio»². E. Bulygin, en un artículo más reciente sobre la interpretación jurídica, insiste en esta idea:

No ignoro que hay, entre los filósofos del derecho, una tendencia persistente a encontrar argumentos específicamente jurídicos que permitan justificar decisiones que no se siguen lógicamente de las premisas, pero parecen convincentes y aceptables. La idea es que la lógica deductiva es incapaz de dar cuenta de tales decisiones, especialmente en los casos «difíciles», y que, para el control racional de las mismas, son necesarias reglas más elásticas. [...] Sostengo, sin embargo, que todos estos razonamientos [esto es, los razonamientos de los jueces y de los juristas] pueden ser explicados por la lógica deductiva común, simplemente haciendo explícitas las premisas tácitas o suprimidas. Una vez que esas premisas ocultas son expresamente declaradas, el razonamiento deviene lógicamente válido³.

La tesis que pretendo sostener contrasta tanto con la posición de Alchourrón y Bulygin como con la posición de la «nueva retórica», y puede ser articulada en los siguientes puntos: (i) la justificación de una tesis normativa o valorativa es racional si es conforme al modelo deductivo; (ii) dado que las justificaciones interpretativas ofrecidas por los jueces no son conformes al modelo deductivo, un modelo deductivo de la justificación interpretativa judicial es inadecuado para dar cuenta del contenido efectivo de estas justificaciones y es, por lo demás, inútil a los efectos de controlar la corrección de las tesis interpretativas judiciales; (iv) de ello se sigue que las justificaciones interpretativas de los jueces no son racionales y pueden, como máximo, ser consideradas «imperfectamente racionales». Mientras que el punto (iii) está en contraste

² C. E. Alchourrón y E. Bulygin, «Limits of Logic and Legal Reasoning», en A.A. Martino (ed.), *Proceedings of the III International Conference on Logica Informatica Diritto*, vol. 2, Firenze, 1989; trad. cast. de E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-328, aquí p. 325.

³ E. Bulygin, «On Legal Interpretation», trad. it. de R. Guastini, «Sull'interpretazione giuridica», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* 1992, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 14-15.

con la posición de Alchourrón y Bulygin⁴, los puntos (i) y (iv) están en contraste con la posición de la «nueva retórica», según la cual habría un modelo retórico de la racionalidad argumentativa alternativo al modelo lógico.

A los efectos de clarificar estos puntos, en el segundo apartado delinearé un modelo deductivo de la justificación normativa, que será considerado el modelo de la justificación normativa racional; en el tercer apartado constataré que algunas justificaciones normativas efectivamente ofrecidas por los hablantes son justificaciones «retóricas», opuestas al modelo de la justificación racional por el hecho de que no presentan necesariamente, expresa ni implícitamente, una premisa normativa; en el cuarto apartado destacaré algunos aspectos relevantes de los argumentos de la interpretación jurídica, esto es, de las razones que en una cierta comunidad jurídica pueden ser adoptadas para sostener una tesis interpretativa; en el quinto apartado explicaré las razones por las que las tesis interpretativas de los jueces son tesis normativas e individualizaré en un principio metodológico de la interpretación una necesaria premisa de la justificación racional de estas tesis; en el sexto apartado, finalmente, intentaré mostrar que las justificaciones interpretativas efectivamente ofrecidas por los jueces son justificaciones «retóricas», que no presentan, explícita ni implícitamente, la necesaria premisa normativa consistente en el principio metodológico de la interpretación, y concluiré que una reconstrucción de estas justificaciones conforme al modelo deductivo, a pesar de ser posible, es inadecuada para dar cuenta del contenido de las mismas o inútil para el control de la corrección de las tesis interpretativas y de las decisiones judiciales.

2. La justificación normativa racional

En lo que respecta a las características de la justificación racional, mi análisis será más bien escueto, ya que creo que un eventual desacuerdo con lo que diré estaría fundado en una profunda divergencia de puntos de vista sobre cuestiones fundamentales acerca de la naturaleza de la ética y de la racionalidad, esto es, sobre temas que no pueden ser seriamente afrontados en estas páginas.

⁴ También el punto (ii) se opone a la reconstrucción que Bulygin ofrece del razonamiento interpretativo, ya que él no considera las aserciones interpretativas de los jueces como enunciados que expresan una tesis susceptible de justificación, sino como aserciones analíticas, necesariamente verdaderas en base a reglas semánticas preexistentes a la actividad interpretativa o estipuladas por el juez («Sull'interpretazione giuridica», cit., p. 268). Creo que esta oposición es más aparente que real, dependiente esencialmente de una perspectiva diversa de investigación sobre la interpretación judicial; no obstante, se puede objetar a Bulygin que su reconstrucción no permite dar cuenta precisamente de la parte más relevante y conspicua del razonamiento interpretativo judicial, en la que se sostiene que debe atribuirse un determinado significado a una expresión lingüística del texto legislativo.

Se puede decir que una justificación consiste en un discurso con el que un hablante aduce una o más razones para sostener una determinada tesis, es decir, con el que cierta conclusión se obtiene a partir de premisas determinadas. Una tesis puede ser teórica o práctica. Una tesis teórica constituye una solución efectivamente o potencialmente controvertida de una cuestión teórica, esto es, de una cuestión relativa al estado de cosas del mundo; por ejemplo, son cuestiones teóricas: «¿Quién gana la batalla de Kadash?», «¿Cómo se ha originado el universo?», «¿La política del gobierno italiano resultará adecuada para el saneamiento de las finanzas públicas?». Una tesis práctica constituye una solución efectivamente o potencialmente controvertida de una cuestión práctica, esto es, de una cuestión relativa a cómo las cosas deben o deberían ser, o, en otras palabras, al comportamiento que uno o más individuos deben o deberían tener, o que es bueno o justo que tengan; por ejemplo, son cuestiones prácticas: «¿Es justo permitir la organización de grupos nazis?», «¿Es bueno aumentar las tasas para sanear las finanzas públicas?», ¿Debo dedicar más tiempo a los estudiantes? Sosteniendo una tesis teórica, se expresa una proposición fáctica; sosteniendo una tesis práctica, se expresa una directiva o una proposición valorativa.

En función del tipo de tesis que pretenden fundar, las justificaciones pueden distinguirse en teóricas y prácticas. Puede afirmarse que una justificación teórica tiene la finalidad de mostrar que el mundo es *verdaderamente* de un modo determinado, es decir, que cierta proposición es verdadera; y, si se excluyen las justificaciones prácticas que concluyen en una proposición valorativa, las justificaciones prácticas tienen la finalidad de mostrar que uno o más individuos deben o deberían *verdaderamente* comportarse de un cierto modo, es decir, que una determinada directiva es válida⁵.

⁵ La idea de que con la afirmación «Es verdad que está lloviendo» no se dice nada más que lo que se dice con la afirmación «Está lloviendo», esto es, la idea de que «Es verdad que p» es equivalente a «p», está en la base de la concepción que sostiene que «verdadero» es un término redundante o lógicamente superfluo; respecto de esta concepción, vid. G. Frege, «Der Gedanke. Eine Logische Untersuchung», *Beitrage zur Philosophie des Deutschen Idealismus*, 1, 1918-19, pp. 58-77; F. P. Ramsey, «Faets and Propositions», *Proceedings of Aristotelian Society*, Supl. 7, 1927, pp. 153-170, reed. en F.P. Ramsey, *The Foundation of Mathematics and other Logical Essays*, London, Routledge & Kegan Paul, 1931, pp. 138-151 - A.J. Ayer, *Language, Truth and logic*, 2 cds., London, Gollancz, 1946, pp. 87-89; P. F. Strawson, «Truth», *Analysis*, 9, 1949, pp. 83-97. Según la concepción de la validez que aquí adopto, el término «válido» es redundante o lógicamente superfluo, del mismo modo que el término «verdadero»; por tanto, con la afirmación de que es válida la directiva según la cual debe hacerse *X* no se dice nada que no esté dicho en la afirmación de que debe hacerse *X* (que verdaderamente debe hacerse *Y*) (al respecto, vid. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 108-113). En el ámbito de esta concepción, en mi opinión, puede ser adecuado retomar la clásica idea de acuerdo con la cual una directiva válida es una directiva vinculante, es decir, una directiva a la que es obligatorio obedecer; en relación a las normas jurídicas,

Dado que mediante una justificación se adoptan razones para fundar una tesis, el concepto de justificación parece reenviar directamente al concepto de discurso racional. Debe advertirse, sin embargo, que el término «justificación» tiene diversos significados, de modo que, por ejemplo, puede ser usado para indicar cualquier discurso con el que un hablante pretende aducir una razón en favor de una tesis, o bien sólo los discursos en los que algunas razones son efectivamente adoptadas para fundar una tesis⁶. Si se adopta el primer significado, una justificación puede no consistir en un discurso racional, ya que es posible que un hablante pretenda aducir razones en favor de una tesis mediante un discurso contradictorio o descabellado. Si se adopta el segundo significado, una justificación es un discurso racional, pero, como aclararé en seguida, una justificación puede ser perfecta o imperfectamente racional.

El significado de la expresión «justificación racional», como el de toda expresión de un lenguaje natural, está parcialmente indeterminado, de modo que una redefinición teórica que aspire a una suficiente precisión puede resultar controvertida. Para empezar, adopto esta primera definición de «justificación racional»: una justificación racional consiste en un discurso mediante el que una determinada conclusión, consistente en una proposición *p* o una directiva *d*, se deriva de algunas premisas consistentes en proposiciones y/o directivas que, si son verdaderas o válidas, son suficientes para garantizar que *p* es (ciertamente o probablemente) verdadera o que *d*

esta idea puede ser atribuida, entre otros, a Kelsen y a Hart (por lo que respecta a Kelsen, vid. A. Ross, «Validity and the Conflict between legal Positivism and Natural Law», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 5, 1961, pp. 46-93; J. Raz, «Helsen's Theory of the Basic Norm», *The American Journal of Jurisprudence*, reed. en J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 122, 145; C. S. Nino, «Some Confusions Around Kelsen's Concept of Validity», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 64, 1978, pp. 357-377; U. Scarpelli, «Validità», en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*. Vol. 2. I concetti, Torino, UTET, 1985, pp. 928-932; por lo que concierne a Hart, vid. J. Raz, «Legal Validity», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 63, 1977, pp. 339-353, reed. en J. Raz, *The Authority of Oxford*, Clarendon Press, 1979, pp. 146-159; E. Bulygin, «Norms, Normative Propositions, and Legal Statements», en G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey: III Philosophy of Action*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 127-152, trad. casi, de E. Bulygin, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, cit. pp. 169-193).

⁶ Éstas no son, por otra parte, las únicas acepciones del término «justificación» que pueden ser útilmente distinguidas (por ejemplo, vid. la distinción entre tres significados, fuerte y valorativo, fuerte y descriptivo y débil y descriptivo, presentada por R. Guastini, «Produzione di norme» en L. Giaformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto*, Bari, Laterza, 1986, pp. 173-201, aquí pp. 173-174); son, sin embargo, las únicas relevantes en esta sucinta caracterización de la justificación racional.

es válida⁷. El problema que surge a partir de esta definición es obviamente el de establecer qué premisas son aptas para garantizar que una conclusión es verdadera o válida.

Dirigiré aquí mi atención a las justificaciones prácticas o, más precisamente, a un cierto tipo de justificaciones prácticas que pueden denominarse justificaciones normativas. Las justificaciones prácticas que concluyen con una directiva, expresada típicamente a través de un enunciado deóntico en términos de deber (por ejemplo «Debes dedicar más tiempo a los estudiantes»), pueden, en efecto, distinguirse en normativas y prudenciales. Una justificación prudencial, a diferencia de una justificación normativa, hace depender la validez de la directiva, que constituye su conclusión, de la voluntad del sujeto de la directiva de obtener un determinado fin. Una directiva constituye así la conclusión de una justificación prudencial, en cuanto que su fundamento se encuentra en una regla técnica y en una proposición relativa al hecho de que uno o más sujetos pretenden conseguir un determinado fin («Si se quiere obtener *Y*, se debe hacer *X*; Ticio quiere obtener *Y*; entonces, Ticio debe hacer *X*»)⁸. Se puede sostener que las directivas que operan como conclusión de una justificación normativa pueden consistir en órdenes, mandatos, normas jurídicas o morales⁹; para simplificar la discusión, me ocuparé aquí únicamente de las justificaciones normativas que presentan como conclusión una norma.

⁷ Se trata de una caracterización muy amplia de la justificación racional, adecuada para las finalidades de la presente discusión, pero que podría razonablemente hacerse más estricta añadiendo el requisito de la aceptabilidad de las premisas, de modo que una justificación sería racional si se derivara una determinada conclusión a partir de premisas aceptables para un determinado auditorio. Sobre la aceptabilidad de las premisas, puede verse J. A. Blair y R. H. Johnson, «Argumentation as Dialectical», *Argumentation*, I, 1987, pp. 27-49; sobre el concepto de auditorio, puede verse C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, París, Presses Universitaires de France, 1958, varios párrafos de la Primera y de la Segunda Parte. Vid. una caracterización parcialmente diversa en A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel, 1986, pp. 185-229. Concepciones mucho más completas de la justificación como actividad argumentativa desarrollada en una comunidad del discurso racional han sido elaboradas por R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 221-257, y por J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, trad. it. por E. Agazzi, *Etica del discorso*, Bari, Laterza 1985, aquí 92-104.

⁸ Sobre el razonamiento prudencial, vid. G.H. von Wright, «Practical Inferences», *The Philosophical Review*, 72, 1963, pp. 159-179, y «On So-Called Practical Inference», *Acta Sociologica*, 15, 1972, pp. 39-53, ambos reeds. en G. H. von Wright, *Practical Reason*, Oxford, Blackwell, 1983, pp. 1-34.

⁹ Obviamente, es distinta la justificación de las normas morales de la justificación de las órdenes de los mandatos y de las normas jurídicas. Estas últimas directivas constituyen el contenido de las prescripciones de determinados individuos, de modo que su validez puede ser fundada sólo sobre la base de una directiva **istitutiva di** autoridad, según las cuales determinados individuos deben obedecer a aquél que ha emitido la prescripción; por ejemplo, «El soldado

Respecto de las justificaciones normativas que presentan una norma en su conclusión, asumo que para garantizar que una norma es válida es necesario mostrar que se deriva, mediante una inferencia deductiva, de dos normas válidas o de una norma válida y de una proposición verdadera. En otros términos, mi asunción es que una justificación normativa es racional si consiste en un silogismo que presenta entre sus premisas, al menos, una norma. Ya que en estas páginas no es posible argumentar satisfactoriamente en favor de esta asunción, intentaré al menos clarificar su sentido a través de una comparación entre las justificaciones teóricas y las justificaciones normativas.

Hay varias maneras de ofrecer, a través del discurso, una garantía adecuada de la verdad de una proposición fáctica. En función de esas diversas formas, en la lógica se han caracterizado diferentes, modelos del razonamiento y del discurso racional; tales modelos pueden reducirse a los siguientes: el modelo deductivo, el modelo inductivo y el modelo abductivo. Mientras que una inferencia deductiva es absolutamente constrictiva, ya que en una deducción si son verdaderas las premisas la conclusión es necesariamente verdadera, las inferencias deductivas y abductivas pueden resultar más o menos restrictivas, en función del contenido de las premisas y del conjunto del conocimiento compartido en la disciplina en la que se realiza el razonamiento inductivo o abductivo. La conclusión de un razonamiento inductivo o abductivo constituye una hipótesis más o menos probable, verosímil o bien fundada.

Ahora bien, en lo que concierne a la asunción de que una justificación normativa es racional sólo si es conforme al modelo deductivo, puede brevemente observarse lo siguiente. A través de un razonamiento inductivo o abductivo se puede en un momento T llegar a una hipótesis, o justificar una hipótesis, relativa a las propiedades de los individuos de una clase C o a las causas de un determinado fenómeno F , a partir de la observación de que algunos individuos de la clase C presentan ciertas propiedades o de algunos datos parciales relativos al fenómeno F , esta hipótesis podrá después ser corroborada o desmentida en cualquier momento sucesivo a T en virtud de la observación de otros individuos de C o de la disponibilidad de ulteriores datos relativos a F . En consecuencia, a través de una inferencia inductiva o abductiva no es posible justificar una norma, ya que el propio concepto de hipótesis, elaborada sobre la base de algunos datos y que sobre la base de algunos

raso Ticio debe hacer X , porque el sargento Cayo le ha ordenado hacer X y porque los soldados deben hacer cuanto les es ordenado por los superiores». Una norma moral, en cambio, se fundamenta en otra norma moral de la que se deriva por su contenido. Respecto a estos dos modelos de justificación, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, pp. 196-200; una caracterización de las prescripciones puede verse en B. Celano, op. cit., pp. 113-117; E. Diciotti, *Norme, validità e interpretazione giudiziale*, en prensa, cap. 1.

datos cognoscibles sucesivamente -puede ser confirmada o desmentida, resulta extraño al razonamiento normativo¹⁰, a menos que se adopte una concepción cognitivista según la cual hay un tipo particular de hechos cognoscibles respecto a los que las normas se corresponden o no, o en base a los cuales pueden ser fundadas. Si no se adopta esa concepción, no es posible sostener que hay un conocimiento normativo que puede aumentar con el tiempo, acrecentándose la experiencia sobre algún tipo de realidad, y, en consecuencia, ni siquiera que en el ámbito normativo se puedan elaborar hipótesis a través de razonamientos deductivos o abductivos.

La tesis de que una justificación normativa es racional sólo si se adecua al modelo deductivo, está estrechamente asociada con la tesis de que una justificación normativa racional debe presentar al menos una norma entre sus premisas. Según esta última tesis, no es posible obtener o justificar ninguna norma únicamente a partir del conocimiento de los hechos, por mucho que dicho conocimiento sea ampliado o profundizado. Éste es el contenido de la llamada Ley de Hume, esto es, de un principio lógico que a pesar de haber recibido variadas objeciones es, de todos modos, ampliamente asumido¹¹.

A estas dos asunciones fundamentales acerca de las características de la justificación normativa racional debe añadirse, en mi opinión, una tercera: en una justificación racional una norma moral individual debe estar fundada en una norma universal¹². Una norma universal es una norma que impone una obligación o atribuye un derecho a todos los individuos, o a todos los individuos que presentan las propiedades indicadas en la propia norma. Una norma individual es una norma no universal, que impone una obligación o atribuye un derecho a uno o más individuos identificados por nombre propios, pronombres, etc. Debe advertirse que las normas jurídicas, en cuanto

¹⁰ Respecto a la imposibilidad de justificar una tesis jurídica normativa mediante el razonamiento inductivo, cfr. N. MacCormick, «Universalization and Induction in Law», en *Reason in Law. Proceedings of Conference Held in Bologna*, 12-15 December 1984, col. 1, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 91-105.

¹¹ Una amplia y profunda discusión de la Ley de Hume y de las objeciones que la han puesto a prueba, puede verse en B. Celano, *op. cit.*

¹² Este requisito de la justificación racional se corresponde con el llamado principio de la universalización, cuya difusión en el ámbito de la teoría moral contemporánea se debe principalmente a Richard M. Hare (*Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963, caps. 1 y 2). Sin embargo, es importante destacar que el principio de la universalización de Hare requiere al sujeto que realiza un razonamiento moral no sólo la operación de fundar una norma individual en una norma universal, sino también otras dos operaciones, consistentes en imaginarse a sí mismo en el lugar de las personas cuya situación cambiará por la aplicación de la norma universal, y en tener en cuenta sus gustos, sus preferencias y sus ideales; la idea de que estas últimas operaciones deban ser necesariamente realizadas en el ámbito de la moral racional parece más bien problemática (al respecto, vid. J. L. Mackie, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London, Penguin, 1987, pp. 82-97).

dotadas de un limitado ámbito de validez espacial y/o temporal, son normas individuales¹³.

Una moral racional no puede estar constituido más que por normas universales en base a las cuales sean justificables adscripciones de obligaciones a individuos particulares y que puedan ser utilizadas como criterio para juzgar su comportamiento. En efecto, en una moral racional la obligación de un determinado individuo debe depender de alguna propiedad que éste presente; pero si la obligación X de un individuo depende del hecho de que presente una determinada propiedad P , debe concluirse que cualquier otro individuo que presente la misma propiedad P comparte la misma obligación X , es decir, que es válida una norma universal según la cual todos los individuos que presenten la propiedad P están obligados a hacer X .

Una justificación con la que se funda una norma individual sobre la base de una norma universal es, simplemente, una justificación que aclara todas las razones por las que, en opinión de un hablante, una norma moral individual es válida. En efecto, si un sujeto justifica la norma moral según la cual Ticio tiene la obligación de realizar el comportamiento X aduciendo que Ticio presenta la propiedad P , implícitamente aduce también una norma universal según la cual todos los individuos que presentan la propiedad P tienen la obligación de realizar el comportamiento X ¹⁴. Afirmar que Ticio tiene la obligación de realizar el comportamiento X por la razón de que posee la propiedad P , pero que otros individuos que poseen la propiedad P no tienen la obligación de realizar el comportamiento X , sería como afirmar

¹³ Acerca del carácter no universal de las normas jurídicas, vid. especialmente R. M. Hare, op. cit., pp. 35-36. Aunque las normas jurídicas estén a menudo formuladas del mismo modo que las normas universales, puede sostenerse que una formulación completa de las mismas debe incluir una referencia a su específico ámbito de validez; ésta es, por ejemplo, la posición de Hans Kelsen, quien afirma que «el ámbito de validez de una norma es un elemento de su contenido» (op. cit., p. 12).

¹⁴ Ha sido observado que una norma individual según la cual un sujeto tiene una obligación en un cierto caso C puede ser universalizada de muchas maneras distintas, en función de los aspectos de C que se asuman como relevantes. Así, por ejemplo, dado el caso en que un sujeto S ha prometido a su novia casarse con ella el próximo mes, si alguien afirma que S está moralmente obligado a casarse con su novia, ofrece una norma moral cuyo fundamento puede encontrarse en varias normas universales: la norma de que todas las promesas deben ser mantenidas, la norma de que las promesas de matrimonio deben ser mantenidas, la norma de que las promesas de matrimonio realizadas por hombres deben ser mantenidas (al respecto, vid. A. Ross, «On Moral Reasoning (in Criticism of R. M. Hare)», *Danish Philosophical Yearbook*, 1964, pp. 120-132; O. Weinberger, «Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning», en A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel, 1983, pp. 217-234, aquí pp. 225-226). Esto es lo que sucede indudablemente si el único elemento ofrecido para realizar la universalización es una norma individual N ; debe, empero, destacarse que esto no sucede si los elementos ofrecidos para realizar la individualización consisten en una norma individual N y en el conjunto de las razones fácticas F por las que la norma individual es válida. En ese caso, en efecto, sólo una norma universal puede fundar N .

que Sócrates es mortal por la razón de que es un hombre, pero que hay hombres inmortales.

Debe quedar claro que, según la tesis que asumo, una justificación es racional si con ella se adopta una norma universal N como fundamento de una norma moral N_1 , ya sea en el caso de que N_1 constituya la conclusión de la justificación, o en el caso de que N_1 constituya una premisa de la que se obtenga la conclusión. Para esclarecer este punto es oportuno ofrecer un ejemplo. La norma individual según la cual Ticio debe pasar el semáforo en rojo, violando el código de circulación, podría ser razonablemente justificada aduciendo que Ticio debe llevar al hospital a su amigo Cayo a tiempo de salvarle la vida y que sólo pasando el semáforo en rojo conseguirá ese fin. De este modo, una norma de conducta individual constituye la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor es una norma individual teleológica y cuya premisa menor es una proposición anankástica:

[1] Ticio debe llevar al hospital a su amigo Cayo a tiempo para salvarle la vida.

[2] A menos que Ticio pase el semáforo en rojo, no podrá llevar a Cayo al hospital a tiempo de salvarle la vida.

[3] Entonces, Ticio debe pasar el semáforo en rojo.

Pues bien, aunque esta justificación puede parecer racional, mi tesis es que sólo es racional si contiene también, explícita o implícitamente, una norma universal que constituya el fundamento de la norma singular [1].

Dado que las justificaciones son ofrecidas generalmente utilizando las palabras de un lenguaje natural y dado que el significado de estas palabras puede ser más o menos indeterminado, hay que tomar en consideración, en mi opinión, un último requisito de la justificación racional, ya sea teórica o práctica. Se trata del requisito de la determinación, según el cual una justificación es racional si los enunciados que contiene tienen un significado suficientemente determinado para poder sostener que expresan efectivamente razones en favor de una tesis. Veamos un ejemplo: si un sujeto sostiene que Pedrito debe ser castigado sin jugar con sus amiguitos porque ha sido malo y porque los niños malos deben ser castigados sin permitirles jugar con sus amiguitos, podría parecer que ofrece una justificación normativa racional, en cuanto que extrae una norma moral individual de una proposición y de una norma universal. En base al requisito de la determinación hay que concluir, en cambio, que esta justificación no es racional y que, es más, no se trata ni siquiera de una justificación. En efecto, ¿qué significa que un niño es o ha sido malo? ¿En qué casos un niño es malo? ¿Qué conductas debe realizar para serlo? Ninguna de estas preguntas tiene respuesta, ya que el significado del término «malo» es tan indeterminado que diciendo que un

niño ha sido malo se expresa únicamente desaprobación por su comportamiento; pero expresar desaprobaciones es algo distinto de aportar razones.

Así, sobre la base de cuanto se ha dicho hasta aquí, una justificación normativa racional consiste en un discurso en el que una tesis normativa constituye la conclusión de un silogismo o de una cadena de silogismos, cada uno de los cuales presenta al menos una norma entre sus premisas, en los que toda norma moral individual que aparece como conclusión o como premisa asume un alcance universal o es obtenida a partir de una norma universal y cuyas premisas proveen efectivamente razones en favor de la tesis justificada. Sin embargo, como aclararé en el próximo apartado, existen algunas justificaciones normativas que no se conforman a este modelo de la racionalidad y con las que, a pesar de ello, se aducen razones en favor de una tesis; tales justificaciones pueden ser consideradas «imperfectamente racionales» o «retóricas».

3. Las justificaciones normativas «retóricas»

En base al modelo delineado *supra* es posible juzgar si una justificación normativa ofrecida efectivamente por un hablante es o no racional. Debe advertirse, si embargo, que para juzgar si una justificación ofrecida por un hablante es o no conforme con este modelo, es necesario establecer qué contenido tiene efectivamente. En otros términos, es necesario interpretarla.

Puede constatar que los hablantes ofrecen generalmente justificaciones teóricas y prácticas usando expresiones equívocas o con un significado parcialmente indeterminado, expresándose elípticamente, omitiendo aquello que es conocido o compartido por los oyentes, disponiendo las premisas y la conclusión en un orden distinto del que asumen en los modelos de inferencia de los que se ocupan los estudiosos de la lógica. Para evaluar si una justificación efectivamente ofrecida por un hablante es o no conforme con un modelo de justificación racional, es entonces, necesario clarificar el contenido, evaluar si hay premisas tácitas o sobre-entendidas, reordenar las premisas que son explícita o implícitamente adoptadas. Por tanto, en la base de un juicio acerca de la racionalidad de una justificación hay a menudo un trabajo más o menos complejo de interpretación y de reconstrucción de lo que es expresado por el hablante. Mas precisamente, hay el intento de reconstruir una justificación efectivamente ofrecida por un hablante de acuerdo con un modelo de la justificación racional: si ese intento tiene éxito, se concluirá que la justificación es racional; si no tiene éxito, se concluirá que la justificación no es racional.

Sin embargo, al llevar a cabo ese intento, existe el riesgo de ir más allá de una simple clarificación del contenido de una justificación *J*, y acabar

elaborando una nueva justificación J_1 , emparentada con J , pero distinta de ella. Esto sucede si en la tarea de interpretación y reconstrucción de una justificación se precisa el contenido irreductiblemente indeterminado y/o equívoco de uno o más segmentos de la justificación, o bien si son indebidamente explicitadas una o más premisas que no están efectivamente contenidas en la justificación; como veremos en seguida, la indebida explicitación de una o más premisas que no están efectivamente contenidas en la justificación conlleva generalmente la precisión indebida del contenido de uno o más segmentos de la justificación.

La idea de que pueda ser indebidamente explicitada una premisa que no esté efectivamente contenida en una justificación puede suscitar alguna perplejidad. En efecto, algunos parecen sostener que si una justificación no presenta expresamente una premisa cualquiera que es necesaria sobre la base de un modelo de la justificación racional, aquella puede considerarse implícita en cuanto que puede ser deducida del contenido explícito de la justificación; Alchourrón y Bulygin expresan una posición de este género en los párrafos que he citado al inicio de este trabajo. De acuerdo con esta posición, se puede afirmar que toda justificación normativa cuyas premisas no sean contradictorias con la conclusión puede ser reconstruida de conformidad con el modelo de la justificación racional *supra* delineado, simplemente añadiendo una o más premisas faltantes.

A mi entender, sin embargo, esta posición es insatisfactoria, ya que no toma en cuenta el hecho de que las justificaciones son discursos con los que los hablantes comunican alguna cosa y, en consecuencia, no es necesariamente verdadero que un hablante comunique aquello que puede ser imputado sobre la base de un modelo de la justificación racional elaborado por un filósofo. En otras palabras, nada garantiza que una premisa no explicitada en la justificación esté implícita en ella.

Frecuentemente sucede que en la justificaciones normativas efectivamente ofrecidas por los hablantes no se explicita la necesaria premisa normativa: pues bien, mi opinión es que esa premisa está algunas veces, pero no siempre, implícita. Una justificación normativa que no contenga, explícita ni implícitamente, una premisa normativa necesaria, es una justificación «retórica»¹⁵. Una justificación «retórica» es distinta del discurso inconducente o contradictorio con el que un hablante podría pretender justificar una determinada tesis, ya que en una justificación «retórica» se adopta efectivamente

¹⁵ La idea de que los argumentos retóricos consiste en entimemas se debe a la *Retórica* de Aristóteles (aunque Aristóteles usa el término «entimema» en un sentido parcialmente diverso, o más amplio, del actual); la idea de que hay entimemas que no permiten una reconstrucción silogística puede ser atribuida a Perelman (a pesar de que Perelman no es muy claro a este respecto).

alguna razón en favor de una tesis. Una justificación «retórica» es, sin embargo, imperfecta, en cuanto que se aparta del modelo de la justificación (perfectamente) racional; en este sentido, las justificaciones «retóricas» pueden ser consideradas justificaciones «imperfectamente racionales».

Hay casos en los que no es posible sostener que una justificación normativa contenga implícitamente una premisa normativa necesaria, ya que la premisa fáctica que aquella presenta es claramente incompleta. Por ejemplo, si alguien afirma que Pedrito debe ser castigado porque «ha robado la mermelada y también por otras razones», ofrece una justificación de cuyo contenido explícito no es posible obtener la norma universal en base la cual Pedrito debe ser castigado.

En la mayor parte de los casos, sin embargo, la cuestión de si la necesaria premisa normativa está o no implícitamente contenida en una justificación es más problemática, ya que es posible deducir una premisa de ese tipo del contenido explícito de la justificación. En esos casos puede incluso parecer extraña la idea de que una determinada premisa puede no formar *efectivamente* parte del contenido implícito de una justificación. Se podría, en efecto, objetar que o bien una premisa es expresada en una justificación, y entonces está *efectivamente* contenida en ella, o bien no es expresada en una justificación, y entonces no está *efectivamente* contenida en ella; eso no impide, no obstante, que ella pueda ser imputada al hablante, ya que si éste sostiene que *P* es una razón para aceptar la tesis *T*, debe también sostener que *P*, es una razón para aceptar *T*.

Sin embargo, en general no es extraño en absoluto afirmar que un determinado discurso tiene efectivamente un cierto contenido implícito, o que un hablante cree efectivamente decir algo que explícitamente no dice. En efecto, sucede a menudo que los hablantes no explicitan en sus discursos determinadas informaciones, valoraciones o prescripciones, confiando su comprensión a la habilidad de los oyentes aun siendo silenciadas. En este sentido, si algo es silenciado en el discurso sólo en la medida en que cierta o probablemente resultará evidente a los oyentes, puede sostenerse que ese algo forma parte del contenido implícito del discurso. Si alguien me dice: «El cielo se está nublando; coge el paraguas», comprendo inmediatamente que pretende decirme que probablemente lloverá; en este discurso no está explícitamente formulada ninguna previsión acerca de las próximas condiciones atmosféricas, pero se puede afirmar sin duda que con él se ofrece implícitamente esta previsión¹⁶.

¹⁶ En este caso, el contenido del discurso depende de una implicación conversacional, esto es, de una inferencia fundada «Ya sea sobre el contenido de lo que ha sido dicho, ya sea sobre el carácter cooperativo de las comunes interacciones verbales». (S. C. Levinson, *Pragmatics*, Cambridge. Cambridge University Press, 1983, p. 104). Sobre la implicación conversacional

Así, no es en absoluto extraño preguntarse si una justificación, como cualquier otro discurso, tiene o no un determinado contenido implícito. El problema es, más bien, si existen criterios precisos que permitan dar una respuesta a esa pregunta, esto es, que permitan distinguir los casos en los que al añadir una o más premisas a una justificación simplemente se explicita cuanto ya estaba implícito en ella, de los casos en los que haciendo lo mismo se altera el contenido efectivo de la justificación.

A propósito de este punto es bueno ser claros: no hay ningún criterio que cualquier sujeto pueda utilizar para establecer si en una justificación normativa cualquiera están o no implícitamente contenidas determinadas premisas. El contenido implícito de un discurso, en efecto, puede ser captado únicamente por quien forma parte de una comunidad del discurso y comparte o conoce las creencias, las convenciones y los valores del hablante. Es muy probable que escuchando el discurso que un físico teórico dirige a sus colegas yo no conseguiré captar, a diferencia de los demás oyentes, aquello que está implícito en el discurso y que hace más inteligible la parte explícita, completando su sentido. Aquello que se deja implícito, en efecto, es lo conocido o compartido y que, en consecuencia, por economía del discurso, puede no repetirse.

Sobre la base de esta observación puede, sin embargo, hacerse una afirmación importante: el contenido implícito de un discurso no es simplemente una cuestión de sensatez del discurso en el ámbito de un complejo de conocimientos, convenciones y valoraciones compartidas en una determinada comunidad. En efecto, dado que la intención de un sujeto de comunicar algo a través del lenguaje se manifiesta únicamente en la medida en que emite las palabras que, por convención, son adecuadas para manifestar aquella intención, la intención de decir implícitamente algo se manifiesta únicamente en cuanto se presenta así en la mente de los oyentes, dado el contenido explícito del discurso y el conjunto de creencias, convenciones y valoraciones por ellos conocidas y compartidas. Si alguien me dice «Está lloviendo», comprendo que intenta comunicarme que las condiciones atmosféricas son de un cierto tipo, aunque es posible que él no conozca el español y con esas palabras pretenda en cambio decirme, por ejemplo, que se ha puesto el sol. Análogamente, si alguien me dice: «El cielo se está nublando;

y sobre las asunciones específicas relativas al carácter cooperativo del discurso, aparte del texto de Levinso, puede verse H. P. Grice, «Logic and Conversation», en P. Cole y J. C. Morgan (eds.), *Syntax and Semantics 9: Speech Acts*, New York, Academic Press, 1975, pp. 41-58 y «Further Notes on Logic and Conversation», en P. Cole (ed.), *Syntax and Semantics 9: Pragmatics*, New York, Academic Press, 1987, pp. 113-128. No sé si también la cuestión del contenido implícito de una justificación puede ser abordado en términos de implicación conversacional.

coge el paraguas», comprendo que me está aconsejando que coja el paraguas porque es probable que llueva, aunque es posible que, en cambio, él sostenga, por alguna convención extraña, que un cielo nublado es razón suficiente para coger el paraguas.

Después de esta aclaración, me arriesgaré a proponer, más que un criterio, una suerte de experimento mental que puede ser útil para establecer, si tenemos presentes las creencias, las convenciones y los valores compartidos en una comunidad del discurso, si una premisa cualquiera está o no realmente implícita en una justificación normativa. Este criterio, o este experimento mental, tienen que ver con la eficacia de la justificación: dada una justificación normativa G , en la que faltan una o más premisas normativas necesarias para que sea conforme con el modelo de la justificación normativa racional, y un conjunto de premisas normativas $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$ apropiadas para adecuar G al modelo de la justificación normativa racional, se puede establecer si estas premisas están o no realmente implícitas en G respondiendo a la siguiente pregunta: ¿si en lugar de la justificación G se ofreciera en la comunidad del discurso una justificación G_1 , que presenta implícitamente las mismas premisas de G y, además, las premisas $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n, G_1$, tendría un grado de eficacia parecido a G ?, es decir, ¿sería G , persuasiva en la misma medida que G ? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, entonces se puede sostener que G contiene implícitamente las premisas $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$, si, en cambio, la respuesta es negativa, entonces no se puede sostener que G contenga implícitamente estas premisas.

En efecto, si el contenido implícito de una justificación depende del conjunto de las creencias, convenciones y valoraciones compartidas en una comunidad del discurso, se debe sostener que una justificación contiene implícitamente determinadas premisas sólo si éstas se presentan en la mente de aquellos a los que se dirige la justificación y en base a ellas aceptan o no la tesis justificada. Entonces, si tenemos razones para sostener que la eficacia de una justificación G_1 , que contiene todas las premisas de una justificación G y además las premisas $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$, sería distintas de la eficacia de G , tenemos también razones para sostener que G y G_1 son dos justificaciones distintas o, lo que es lo mismo que G no contiene implícitamente las premisas $P_1, P_2, P_3, \dots, P_n$.

Presentaré en lo que sigue algún ejemplo a modo de ilustración de cuento he dicho hasta aquí. Tomemos la siguiente justificación normativa G_1 : «No se debe ajusticiar a los asesinos, porque también ellos son hombres». Esta justificación, si se observa su contenido explícito, está falta de una necesaria premisa normativa; sin embargo, puede fácilmente ser conformada al modelo de la justificación racional con la adición de la premisa normativa de que no debe matarse a otros seres humanos. De este modo, se obtiene

la justificación G_2 , que puede ser considerada como una reconstrucción atendible de G , sólo si puede sostenerse que la premisa de que no debe matarse a otros seres humanos forma efectivamente parte del contenido implícito de G_1 . Pero, ¿realmente está implícita esta premisa en G_1 ? A mi juicio, podemos sostener que sí, ya que se puede presumir que la justificación G_2 («No debe matarse a otros seres humanos; los asesinos son seres humanos; entonces, no debe matarse a los asesinos») tendría *grosso modo* la misma eficacia que la justificación G , («Los asesinos son seres humanos; entonces, no debe matarse a los asesinos»). Es decir, se puede presumir que todo aquél que esté persuadido por la justificación G_1 estará igualmente persuadido por la justificación G_2 y que, en consecuencia, la premisa no expresada en G , y sí expresada en G_2 indica efectivamente la razón en base a la cual, tanto el hablante como los oyentes, aceptando la premisa expresada en G_1 , aceptan también la tesis justificada.

Supongamos que la novia de Julio le pida ir juntos al mar el fin de semana, que Julio esté indeciso entre ir al mar o quedarse en casa para ver la televisión el Gran Premio de Fórmula 1 y que, hablando con algunos amigos, manifieste su indecisión. Supongamos que un amigo le diga: «El domingo tienes que ir al mar, porque ella te lo ha pedido». Diciendo esto, el amigo de Julio ofrece la justificación G_3 , en la que la tesis normativa T , según la cual Julio debe ir al mar el fin de semana, se obtiene de la premisa P_1 , según la cual la novia de Julio le ha pedido ir al mar el fin de semana. La justificación G_3 no es insensata y puede resultar persuasiva tanto a Julio como a los otros amigos presentes, pero no se adecua al modelo de la justificación normativa racional al faltarle una necesaria premisa normativa. Sin embargo, puede obtenerse un apropiada premisa normativa P_2 a partir del contenido explícito de G_3 y ser añadida a P_1 , obteniendo así una justificación G_4 conforme con el modelo de la justificación normativa racional.

Pero, ¿cuál podría ser el contenido de P_2 ? Del contenido explícito del discurso pronunciado por el amigo de Julio es posible obtener diversas posibles premisas normativas utilizables para convertir la justificación G_3 en deductiva. Una premisa posible es la siguiente: «Debe hacerse lo pedido por el novio o la novia»; otra es «Debe irse al mar si lo pide el novio o la novia»; una más es la siguiente: «Debe irse al mar el fin de semana si lo pide el novio o la novia». Pero, ¿realmente una de estas premisas, u otra posible, está implícita en la justificación G_3 ? O, en otros términos, ¿se puede razonablemente pensar que el amigo de Julio pretendiese realmente derivar la tesis T de una de estas premisas y que los oyentes estuviesen persuadidos por la justificación G_3 por aceptar una de las normas universales en que podría consistir P_2 ? Yo no lo creo; creo más bien que una justificación que tuviese el mismo contenido de G_3 y además contuviese una ulterior premisa consistente

en una norma universal resultaría aparentemente menos razonable y, de hecho, menos persuasiva que G_3 ¹⁷. Es decir, sostengo que a partir del contenido explícito de la justificación G_3 es posible elaborar una justificación G_4 conforme con el modelo de la justificación racional, pero que G_4 no constituiría una reconstrucción del contenido de G_3 sino una nueva justificación estrechamente emparentada con G_3 . Si esto es así, G_3 constituye un ejemplo de justificación «retórica».

Acerca de la justificación G_3 pueden hacerse algunas observaciones. La primera es que a esta justificación le falta una premisa normativa necesaria y que, sin embargo, no puede considerarse un discurso contradictorio, inconexo o bien una justificación no racional. Esta justificación, en efecto, si bien no es conforme con el modelo de la justificación racional, deriva una tesis de una premisa suficientemente determinada. Otra observación, de todos modos, es que si esta justificación contiene implícitamente una premisa normativa, debe tratarse de una premisa suficientemente indeterminada para no poder ser fácilmente formulada. Así, las diversas posibles premisas normativas que podrían ser añadidas a la justificación G_3 parecen no reproducir el contenido efectivo de tal justificación, precisamente en cuanto que son excesivamente determinadas; es decir, parece plausible sostener que el amigo de Julio, expresando la justificación, no pretendiese decir nada tan preciso. Se puede también sostener que la escasa plausibilidad de las varias premisas normativas que pueden ser añadidas a la justificación G_3 depende del hecho de que el amigo de Julio no especifica todas las condiciones en que una petición de una novia debe ser atendida; si esto es así, la justificación G_3 debería asimilarse a una justificación declaradamente incompleta, como aquella mencionada supra: «Pedrito debe ser castigado porque ha robado la mermelada y también por otras razones».

Sea como sea, dejando a un lado la razón por la que no es posible encontrar una premisa normativa plausible para la justificación de G_3 , parece indudable que también el contenido explícito de esta justificación está parcialmente indeterminado. En efecto, si el amigo de Julio no aduce implícitamente

¹⁷ Es adecuado citar en este punto uno de los fragmentos en los que Perelman expresa una concepción del discurso retórico parecida a la adoptada en estas páginas: «Supposons un argument qui juge un homme à partir de ses actes: Cet homme est courageux, parce que, dans telle situation, il s'est conduit d'une façon courageuse; cet autre est lâche, parce qu'il s'est conduit en lâche. Rien de plus facile que de transformer de tels arguments, en principe contestables, en un syllogisme dont la majeure serait: tout homme possède la qualité que l'on n'hésite pas à attribuer à tel de ses actes. Mais que ne voit que cette majeure serait, dans toute sa généralité, plus contestable que l'argument utilisé dans un cas particulier, car quelqu'un qui se conduirait une fois d'une façon courageuse et une autre fois d'une façon lâche devrait être qualifié de courageux et de lâche, ce qui nous mènerait vers une contradiction inévitable.» (*Logique juridique Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 2-3).

una norma universal precisa para sostener la tesis de que Julio tiene que ir al mar el fin de semana, parece depender (también) del hecho de que no queda del todo claro lo que pretende decir con las palabras que emite. Para entendernos, se podría sostener que él aduce una norma universal para sostener su tesis si especificase con una cierta precisión las razones fácticas que fundan la tesis, diciendo por ejemplo: «El domingo tienes que ir al mar, porque te lo ha pedido una persona que amas y que te ama, porque esta persona te pide raramente algo y está siempre dispuesta a satisfacer tus peticiones, porque satisfacer esta petición te cuesta sólo un pequeño sacrificio, porque satisfaciendo esta petición no violas ningún deber moral ni jurídico.» Se puede entonces destacar que en las justificaciones «retóricas» la falta de una premisa normativa, o la total indeterminación de ésta, se asocia generalmente a una indeterminación parcial o equivocidad del contenido explícito.

En mi opinión, sería no obstante equivocado afirmar que en una justificación «retórica» la falta de una premisa normativa, o su total indeterminación, depende de la indeterminación parcial del contenido explícito; en efecto, se podría incluso afirmar que se da la relación inversa, de modo que la indeterminación parcial del contenido explícito de una justificación «retórica» depende de la total indeterminación de su contenido implícito. A este respecto, se puede observar que el contenido explícito de la mayor parte de las justificaciones efectivamente ofrecidas por los hablantes podría ser considerado parcialmente indeterminado y/o equívoco, pero que sólo en algunos casos, esto es, en el caso de las justificaciones «retórica», esta indeterminación y/o equivocidad no puede ser eliminada. A modo de ejemplo, puede sostenerse que es equívoco el contenido explícito de la justificación G_1 : «No debe ajusticiarse a los asesinos, ya que también ellos son hombres», en efecto, la palabra «hombres» podría ser entendida de forma que designara sólo a los seres humanos de sexo masculino, o bien a todos los seres humanos. Sin embargo, la posible equivocidad de las palabras de la justificación G_1 no hace efectivamente equívoca a la propia justificación y no impide encontrar una razonable premisa normativa implícita en la misma, de modo que podría afirmarse que el contenido explícito de la justificación G_1 no es efectivamente equívoco precisamente por la razón de que está claro el contenido implícito. La afirmación más razonable es entonces que la indeterminación parcial y/o equivocidad del contenido explícito y la extrema indeterminación del contenido implícito son simplemente dos caras de la misma moneda, es decir, dos caracteres generalmente concomitantes de una justificación «retórica»¹⁸.

¹⁸ Aunque es afirmado como conclusión de una discusión sobre las figuras retóricas de la metonimia y de la metáfora -y por tanto sobre un tema más bien distante del que se afronta en estas páginas- puede resultar en este punto sugestiva la afirmación de U. Eco, según la cual la retórica es «la lógica de los conceptos difusos» (*Trattato di semiotica generale*, Torino, Bompiani, 1975, p. 355).

La justificación G_3 , que he utilizado como ejemplo de justificación «retórica», tiene por objeto una tesis normativa privada de relevancia social, pero se ofrecen justificaciones «retóricas» también en el curso de discusiones relativas a temas socialmente importantes, ya que no hay ninguna relación necesaria entre la importancia de la cuestión afrontada por un conjunto de hablantes y la racionalidad de los discursos con los que ellos la tratan. Se adoptan bastante comúnmente justificaciones «retóricas» para sostener tesis relevantes desde el punto de vista moral, político y jurídico; en particular, como intentaré mostrar en lo que sigue, deben considerarse «retóricas» las justificaciones que los jueces ofrecen para sostener sus tesis interpretativas.

4. Las tesis interpretativas de los jueces y los argumentos de la interpretación

La decisión judicial resulta justificada sobre la base de una correcta reconstrucción de los hechos jurídicamente relevantes y de una norma jurídica, o de una norma obtenida a partir de una norma jurídica mediante el razonamiento analógico; para simplificar la cuestión, sin embargo, no tendré en cuenta la eventualidad de que la decisión judicial dependa del resultado de una analogía jurídica. Este razonamiento puede ser reconstruido sobre la base del modelo del silogismo judicial¹⁹, del que ofrezco el siguiente ejemplo:

[1] Si alguien ocasiona la muerte de un hombre, debe ser penado con reclusión por un período de 21 años.

[2] Ticio ha ocasionado la muerte de un hombre.

[3] Entonces, Ticio debe ser penado con reclusión por un período de 21 años.

La norma [1] es una norma jurídica general en base a la cual se ha tomado la decisión y que, por tanto, puede ser llamada regla de la decisión; la proposición [2] indica el hecho jurídicamente relevante que es objeto de juicio; la conclusión [3] constituye la norma singular producida con la decisión judicial. En el ejemplo que he propuesto el razonamiento judicial resulta muy simplificado, porque el hecho condicionante de la norma en base a la cual se toma la decisión es generalmente mucho más detallado, especificando un conjunto más bien complejo de condiciones de la obligación o de la sanción (por ejemplo, el estado mental del individuo sujeto a juicio, las condiciones externas en las que ha actuado, las motivaciones para actuar,

¹⁹ Sobre el silogismo judicial, vid., entre otros, R. A. Wassertrom, *The Judicial Decision*, Stanford, Stanford University Press, 1961, pp. 12-38; J. Wróblewski, «Legal Syllogism and Rationality of Legal Decision», *Rechtstheorie*, 5,1, 1974, pp. 33-46; una crítica en T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 27-56.

etc.); porque en el caso en que en el hecho condicionantes estén indicadas las condiciones de una pena, ésta no es generalmente determinada de forma exacta por las normas jurídicas, que indican el mínimo y el máximo de una pena o dos penas alternativas; y finalmente porque la reconstrucción del hecho jurídicamente relevante está contenida en un conjunto de proposiciones relativas a varios aspectos relevantes a los fines del juicio, en cuanto condiciones de la obligación o de la sanción (por ejemplo, el estado mental del individuo sujeto a juicio, las condiciones externas en que ha actuado, las motivaciones para actuar, etc.). No obstante, para nuestros fines no es necesario tomar en consideración estas complicaciones.

El modelo del silogismo judicial ha encontrado espacio en varias teorías o doctrinas del razonamiento judicial, pero ha sido también objeto de variadas críticas. Sin embargo, no es necesario adherirse a esas críticas, ya que están dirigidas a tesis particularmente comprometidas que son a menudo asociadas al modelo del silogismo judicial, pero que aquí no pretende adoptar; me refiero, en particular, a la tesis según la cual una norma es válida por la simple razón de que constituye la conclusión de un silogismo cuyas premisas consisten en una norma jurídica que impone una obligación o una sanción y en una proposición fáctica²⁰, a la tesis según la cual deben o pueden limitarse a aplicar normas jurídicas sin exigir una interpretación²¹, a la tesis según la cual el proceso intelectual con el que los jueces llegan a la decisión

²⁰ Esta tesis puede ser objeto de la menos dos objeciones. La primera es que ninguna norma puede constituir el resultado de una inferencia deductiva, por la razón de que no se dan relaciones lógicas entre las normas (tanto si son reales como jurídicas); la segunda es que una directiva no es una norma jurídica válida y de una proposición, por la razón de que una norma jurídica es válida sólo si ha sido producida por un órgano autorizado. La literatura reciente sobre estos temas es muy amplia; me limito a recordar: J. Jørgensen, «Imperatives and Logic», *Erkenntnis*, 7, 1937-38, pp. 288-296; A. Ross, «Imperatives and Logic», *Theoria*, 7, 194 1, pp. 53-71; R. M. Hare, *Practical Inferences*, London, MacMillan, 1971, pp. 1-21; H. Kelsen, «Recht und Logik», *Neues Forum*, 12, 1965, pp. 421-425, 495-500; G. H. von Wright, «Norms, Truth and Logic», en *Practical Reason*, cit., pp. 130-209, y «Is There a Logic of Norms?», *Ratio Juris*, 4, 1991, pp. 265-283; K. Opalek, L. Wolenski, «Os, Ought and Logic», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 73, 1987m pp. 373-384; C. E. Alchourrón, A. A. Martino, «Logic Without Truth», *Ratio Juris*, 3, 1990, pp. 46-67; O. Weinberger, «The Logic of Norms Founded on Descriptive Language», *Ratio Juris*, 4, 199 1, pp. 284-307; T. Mazzaresse, «Deontic Logic as a Logic of Legal Norms: Two Main Sources of Problems», *Ratio Juris*, 4, 1991, pp. 374-392.

²¹ Estas tesis de corte iluminista, recibe su más conocida formulación en el fragmento de Cesare Beccaria relativo a la aplicación de la ley penal: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. [...] No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley.» (*Dei delitti e delle pene* (1764), Torino, Einaudi, 1965, pp. 15-16 -N. del T.: para la traducción de la cita de Beccaria se ha seguido la versión española: *De los delitos y de las penas*, Alianza editorial, trad. a cargo de J. A. de las Casas, Madrid, 1990, pág. 31-). Las diversas objeciones dirigidas a esta tesis pueden reducirse a dos, una sobre el nivel de la metodología descriptiva

judicial es adecuadamente esquematizado por el modelo del silogismo judicial²². Adoptando el modelo del silogismo judicial, en efecto, pretendo simplemente sostener que una decisión judicial es correcta desde el punto de vista jurídico sólo si se obtiene de una norma jurídica general y de una proposición fáctica; que para mostrar que una decisión es correcta un juez debe aducir como justificación de la misma una norma jurídica general y una proposición fáctica, aunque no puede excluirse que algún juez, en alguna circunstancia, no lo haga.

El silogismo judicial constituye, entonces, un modelo de la justificación judicial al que puede asignarse tanto una función prescriptiva como una función descriptiva. El límite obvio de este modelo es que la parte más relevante del razonamiento es aquella en la que los jueces justifican o deberían justificar las premisas del silogismo judicial, esto es, la tesis de que se ha verificado un determinado evento provisto de relevancia jurídica y la tesis de que la regla de la decisión es una norma jurídica.

Lo que aquí interesa es la justificación interpretativa, esto es, la justificación en base a la cual se puede sostener que la regla de la decisión es expresada por un enunciado o por un conjunto de enunciados contenidos en un texto jurídico. Para mostrar que una decisión judicial es correcta puede no ser necesario el ofrecimiento de una justificación interpretativa, puede resultar evidente o no discutido que un enunciado o un conjunto de enunciados contenidos en un texto jurídico expresan la regla de la decisión. Muy

de la interpretación y otra sobre el nivel de la metodología prescriptiva de la interpretación. Según la primera, la ley es frecuentemente incierta o indeterminada, de modo que el juez necesariamente debe realizar la actividad interpretativa que Beccaria quisiera eliminar. Según la segunda, el juez no debe limitarse a aplicar la ley en su significado literal, porque su función es adaptarla a las exigencias sociales o a su propio sentido de justicia. Ambas objeciones pueden ser consideradas como expresiones de posiciones anti formalistas: sobre la oposición entre concepciones formalistas y antiformalistas, de la aplicación del derecho, vid. L. Gianformaggio, «Modelli di ragionamento giuridico», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Comunità, 1983, pp. 131-152.

²² Se trata de una tesis sobre la que se han ofrecido múltiples objeciones, pero que, al menos en tiempos recientes, desconozco que haya sido sostenida por algún teórico del derecho. La defensa del modelo del silogismo judicial ha sido generalmente realizada distinguiendo entre el contexto de la decisión, esto es, el proceso psicológico a través del cual el juez llega a tomar una decisión sobre el caso concreto, y el contexto de la justificación, es decir el razonamiento necesario para justificar la decisión tomada. Entre los autores que utilizan esta distinción: R. Wasserstrom, *op. cit.*, pp. 25-31; U. Scarpelli, «Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi», *Il Foro Italiano*, 94, 1970, supl. al nº 1, col. 59-82, reed. en U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 251-285, aquí pp. 280-294; J. Horowitz, *Law and Logic*, Wien, Springer, 1972, p. 6; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, pp. 213-216; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 15-16; A. Aarnio, *op. cit.*, pp. 77-78; se ofrecen algunas críticas, en T. Mazzarese, *op. cit.*, pp. 105-157.

frecuentemente, sin embargo, esto no sucede y deviene necesaria una justificación interpretativa a los ojos del propio juez.

Según esta reconstrucción, la justificación interpretativa tiene como objeto la afirmación de que la norma de la que deriva la decisión es expresada por el texto jurídico. Debe, no obstante, destacarse que muy a menudo la tesis interpretativa de que un determinado enunciado E expresa la norma N , o que un conjunto de enunciados $E_1, E_2, E_3, \dots, E_n$, expresan la norma N , se sigue de una o más tesis interpretativas acerca del significado de cada una de las palabras o términos contenidos en el enunciado E , o en el conjunto de los enunciados $E_1, E_2, E_3, \dots, E_n$. Por tanto, puede asumirse que una tesis interpretativa judicial consiste en una tesis relativa al significado de una expresión lingüística, que puede consistir en una palabra, un término o un enunciado, contenidos en un texto jurídico.

Algunas veces, en teoría del derecho, a los enunciados con los que se expresan tesis interpretativas se les atribuye el siguiente contenido: «“ T ”- significa “ S ”»²³; T es en una palabra, un término o un enunciado contenido en un texto jurídico y S es una palabra, un término, un enunciado o un conjunto de enunciados cuyo significado resulta equivalente al significado de T en base a las razones adoptadas en la justificación. Esta formulación de la tesis interpretativa, en mi opinión, debe ser reformulada del siguiente modo: «Debe atribuirse a “ T ” el significado “ S ”» (o bien: «Es conveniente atribuir a “ T ” el significado “ S ”»). En efecto, por las razones que aclararé seguidamente, a mi juicio debe asumirse que las tesis interpretativas son tesis normativas (o valorativas) y no tesis teóricas²⁴.

Las cuestiones a afrontar en la presente discusión versan sobre las justificaciones de las tesis interpretativas de los jueces: ¿qué contenido deberían tener esas justificaciones para poder ser consideradas justificaciones racionales? ¿qué contenido tienen efectivamente esas justificaciones? Antes de buscar una respuesta a estas cuestiones, es necesario advertir que los intérpretes de la ley están vinculados por reglas, en realidad muy indeterminadas, relativas al tipo de razones que pueden ser adoptadas en favor de una tesis interpretativa. Estas reglas, que pueden depender en parte, pero nunca completamente, de la decisión de un órgano legislativo²⁵, indican los argumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica.

²³ Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 17-19, y «Interpretazione», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 17, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989, aquí pp. 2-3.

²⁴ Sobre este punto, por otra parte, deberían estar de acuerdo todos aquellos que sostienen que las proposiciones interpretativas de los jueces no son verdaderas ni falsas.

²⁵ En efecto, también las eventuales normas sobre la interpretación producidas por una autoridad en un ordenamiento jurídico son objeto de interpretación por parte los órganos aplicadores. A este respecto, véase la nota 32.

Con la expresión «argumentos interpretativos» se hace referencia a diversos tipos de razones en base a las cuales, en una determinada comunidad jurídica, puede ser justificada una tesis interpretativa. No es necesario ofrecer una lista completa de los argumentos interpretativos de la ley admitidos en nuestra comunidad²⁶; por otro lado, también debe advertirse que cualquier posible lista, por amplia y detallada que sea, resulta en alguna medida incierta y potencialmente controvertida, por razones que no deben olvidarse y que destacaré enseguida.

A título de ejemplo, de todos modos, podemos decir que una lista de este tipo comprende el argumento del significado literal, según el cual puede justificarse la atribución a un enunciado legislativo del significado que éste expresa conforme con las convenciones de una lengua; el argumento de la constancia terminológica, según el cual puede ser justificada la atribución a un término contenido en un enunciado legislativo del mismo significado que el mismo término asume en otro enunciado legislativo; el argumento psicológico, según el cual puede ser justificada la atribución a un enunciado legislativo del significado en que fue usado por el legislador; el argumento psicológico-teleológico, que permite justificar la atribución a un enunciado legislativo del significado en que éste expresa la norma más adecuada para la obtención de los fines del legislador; el argumento teleológico, que permite justificar la atribución a un enunciado legislativo del significado en que éste expresa la norma más adecuada para alcanzar los fines de la ley; el argumento económico, o de la ausencia de redundancias, en base al cual se puede justificar la atribución a un enunciado legislativo de un significado distinto del otorgado a otro enunciado legislativo, a pesar de haber razones para atribuirles el mismo significado; el argumento equitativo, en base al cual puede justificarse la atribución a un enunciado legislativo del significado, entre todos los posibles, en que expresa la norma que permite una decisión judicial más justa.

Me detendré ahora en los argumentos interpretativos y en el modo que pueden ser utilizados por el intérprete, para presentar algunas observaciones que pueden ser útiles para delinear un modelo de la justificación interpretativa racional.

La primera observación es que los argumentos interpretativos sólo se utilizan cuando el significado de un texto jurídico es oscuro, insuficientemente determinado a los fines de la decisión o potencialmente o efectivamente controvertido. Ésta es una obviedad: si es evidente y no controvertido que un texto jurídico *T* expresa un significado *S*, el juez que entiende *T*

²⁶ Puede verse una amplia lista de los argumentos interpretativos de la ley en G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 345-387.

en el sentido S no ofrece ninguna tesis interpretativa susceptible de justificación. La justificación interpretativa resulta, en cambio, necesaria en el supuesto de que se atribuya a un texto jurídico T un significado S_i distinto del significado S que, *prima facie*, es expresado por T , o en el caso en que a un texto jurídico T le sea atribuido el significado S , que aquél expresa *prima facie*, si otros intérpretes efectivamente atribuyen o podrían atribuir a T un diverso significado S_i .

Aunque sea banal, esta observación permite aclarar un aspecto fundamental acerca del uso de los argumentos interpretativos: estos argumentos son utilizados para justificar la atribución a un texto jurídico de un significado diverso del significado que tiene *prima facie*, por ser menos oscuro, o más determinado que éste, o más satisfactorio que éste; también son utilizados para justificar la atribución a un texto jurídico del significado que éste expresa *prima facie*, cuando otros significados son considerados o podrían ser considerados más satisfactorios por otros intérpretes. Se puede asumir que el significado *prima facie* de un texto jurídico es el significado literal, esto es, el significado que los enunciados contenidos en el texto expresan en base a las convenciones lingüísticas de la lengua en que están formulados y considerando sus recíprocas relaciones. Así, el significado que se atribuye *prima facie* a un texto jurídico es el significado en que este texto es inmediatamente comprendido por un sujeto provisto de una adecuada competencia lingüística.

El significado literal de un enunciado legislativo, o de una palabra o de un término contenidos en un enunciado legislativo, puede no ser suficientemente claro o suficientemente determinado a los efectos de la decisión. El significado literal de un enunciado legislativo E no está suficientemente determinado a los efectos de la decisión si E expresa *prima facie* una norma N que por su indeterminación no puede ser usada en la decisión judicial, siendo dudoso si el caso objeto del juicio cae o no bajo su alcance. Si una norma N , expresada *prima facie* por un enunciado legislativo E , está indeterminada a los efectos de la decisión, es necesario precisar el significado literal de E , es decir, atribuir a E un significado en el que E exprese, *all thing considered*, una norma N , que permita resolver, de un modo u otro, el caso objeto del juicio. También es posible que el significado literal de un enunciado legislativo sea suficientemente claro y suficientemente determinado a los efectos de la decisión y que, sin embargo, el sujeto que realiza la interpretación, u otros intérpretes de la comunidad jurídica, sostengan que otros significados sean más satisfactorios. En el supuesto en que el juez tenga alguna razón para considerar insatisfactorio el significado literal, proceder a realizar la comúnmente denominada interpretación correctiva.

Para concluir, se puede afirmar que los argumentos interpretativos son utilizados en el caso de que sea necesario aclarar o precisar el significado *prima facie* de un texto jurídico, o bien en el caso de que el intérprete sostenga ausplicable o posible una corrección del significado *prima facie*.

La segunda observación señala que muy frecuentemente argumentos interpretativos distintos, o incluso los mismos argumentos interpretativos, permiten precisar o corregir de distintos modos el significado *prima facie* de un texto jurídico. En otros términos, sobre la base de los argumentos interpretativos admitidos en nuestra comunidad jurídica es posible atribuir significados distintos a un mismo texto jurídico. Todo esto es suficientemente conocido. En cuanto a la posibilidad de que argumentos interpretativos distintos permitan justificar atribuciones de significados diversos a un mismo enunciado legislativo, cabe decir que, por ejemplo, es posible que el significado de un enunciado legislativo E sea S_1 si se toma en cuenta la intención del legislador y sea, en cambio, S_2 si se toman en cuenta los fines del legislador. En cuanto a la posibilidad de que un mismo argumento interpretativo permita justificar atribuciones de significados diversos a un mismo enunciado legislativo, debe destacarse que algunos argumentos interpretativos, entre ellos, por ejemplo, el argumento teleológico, requieren de los intérpretes juicios de valor que pueden resultar en muchos casos en contraste. De todos modos, por razones de simplicidad no me ocuparé en las páginas que siguen de esta segunda posibilidad.

La tercera observación concierne al hecho de que muchos argumentos interpretativos pueden ser utilizados conjuntamente con otros y que algunos argumentos interpretativos pueden ser utilizados sólo donde han sido usados ya otros argumentos interpretativos. En primer lugar, un argumento interpretativo puede ser utilizado conjuntamente con otro si ambos permiten justificar la misma atribución de significado. En segundo lugar, algunos argumentos interpretativos pueden ser usados conjuntamente con otros, siendo ambos necesarios para justificar una atribución de significado a un texto jurídico; por ejemplo, el argumento de la constancia terminológica puede ser usado conjuntamente con el argumento psicológico para atribuir a una palabra P contenida en un enunciado legislativo E el mismo significado que la palabra P asume en el enunciado E_1 que, a su vez, es interpretado a la luz de la intención del legislador.

No obstante, hay argumentos interpretativos que sólo pueden ser usados si se usan también otros argumentos interpretativos²⁷. Me refiero a los argumentos que no pueden ser usados para atribuir un determinado significado

²⁷ Una observación parecida a ésta está en la base de la distinción entre argumentos interpretativos completos e incompletos en G. Tarello, *op. cit.*, p. 394.

S a un texto jurídico sino para realizar una elección entre dos o más significados distintos $S_1, S_2, S_3, \dots, S_n$ que pueden ser atribuidos a un texto jurídico en base a otros argumentos. Por ejemplo, el argumento equitativo no justifica directamente la atribución de un significado S a un enunciado legislativo E , pero justifica la elección del significado en que E expresa la norma que permite la decisión más justa para un caso concreto, dados varios significados posibles en E ; pues bien, sólo después de haber destacado que es posible atribuir diversos significados a E sobre la base de distintos argumentos interpretativos, el intérprete puede realizar esa elección. Análogo, desde este punto de vista, es el argumento económico, que justifica la exclusión del conjunto de dos o más significados posibles de un enunciado legislativo E del significado en que E expresa la misma norma expresada por el enunciado legislativo E_1 .

La última observación concierne al hecho de que algunos argumentos interpretativos pueden resultar inutilizables en algunas circunstancias, mientras otros pueden ser utilizados en cualquier circunstancia. Algunos argumentos, por su propia naturaleza, pueden ser utilizados únicamente en algunas circunstancias; por ejemplo, el argumento económico es utilizable sólo en el caso en que uno de los posibles significados de un enunciado legislativo E sea igual al de otro enunciado legislativo E_1 . Otros argumentos, en cambio, si bien en abstracto son utilizables en cualquier circunstancia, en concreto no pueden a veces ser usados, por la razón de que no permiten justificar ninguna tesis interpretativa. Por ejemplo, no hay ningún límite necesario al uso del argumento psicológico, pero este argumento no puede usarse si faltan indicios relativos al significado que el legislador pretendía atribuir a un determinado enunciado legislativo. No obstante, hay argumentos interpretativos a los que el intérprete puede recurrir en cualquier circunstancia, porque siempre permiten atribuir un significado suficientemente determinado a un enunciado legislativo a los efectos de la decisión. Entre estos, se puede contar el argumento teleológico, ya que a partir de la constatación de que una norma N , expresada *prima facie* por un enunciado legislativo E , permite en general perseguir una variedad de fines, es siempre posible atribuir a N , mediante un juicio de valor, una determinada finalidad relevante F que permite precisar o corregir el alcance de N .

5. La justificación racional de las tesis interpretativas de los jueces

A partir de las observaciones relativas a los argumentos interpretativos y al modo en que pueden ser utilizados, es posible ahora extraer algunas conclusiones útiles para delinear un modelo de la justificación racional de las tesis interpretativas de los jueces.

A los efectos de este trabajo, la observación más relevante es la que concierne al hecho de que, frecuentemente, argumentos interpretativos diversos permiten justificar tesis interpretativas en contraste. En base a esta observación, se puede concluir que, al menos en los casos en que pueden ser ofrecidas tesis interpretativas en contraste, una tesis interpretativa no puede ser justificada sólo en base a uno o más argumentos interpretativos, sino que debe ser justificada al menos en base a otra razón, según la cual algunos argumentos interpretativos son mejores que otros, o bien es bueno que sean usados o deben ser usados preferentemente respecto a otros. Intentaré aclarar esta conclusión.

El hecho de que a un mismo texto jurídico le sean atribuibles significados diversos no es en absoluto sorprendente, dado que ya es generalmente compartida la idea de que la mayor parte de los textos, ya sean jurídicos, literarios, religiosos o filosóficos, pueden ser entendidos en sentidos distintos. Decir que un mismo texto puede ser entendido en sentidos diversos equivale a decir que hay diferentes razones relevantes en base a las cuales esos significados pueden ser atribuidos a ese texto. Ahora bien, en muchos casos estas razones pueden presentarse en el razonamiento del intérprete como «indicios» en contraste del significado del texto interpretado, o como «indicios» en contraste relativos a aquello que efectivamente pretendía decir el autor del texto, sea este un sujeto provisto de existencia en un determinado momento histórico o un autor conjetural al que sea razonablemente posible atribuir determinadas creencias u opiniones morales, el respeto de determinadas convenciones narrativas, etc.²⁸. Siendo así, el razonamiento con el que se justifica la atribución de un significado controvertido a un texto puede ser considerado como un razonamiento abductivo, esto es, como un razonamiento teórico, no plenamente constrictiva y, por ello, controvertible.

Pero, ¿puede concebirse el razonamiento del juez intérprete como un razonamiento abductivo realizado sobre la base de «indicios» del significado del texto jurídico? Es decir, ¿pueden concebirse los argumentos interpretativos adoptados por los jueces en favor de sus tesis interpretativas como «indicios» del significado del texto jurídico? A mi juicio, esto no es posible, ya sea por el carácter de los diversos argumentos interpretativos o por el modo en que se presentan generalmente en las controversias interpretativas relativas al significado de los textos jurídicos.

Veamos un ejemplo para aclarar este punto. Supongamos que dos intérpretes atribuyen significados diversos a un mismo texto jurídico, uno de

²⁸ Sobre la hipótesis interpretativa como resultado de una abducción, vid. U. Eco, *Trattato di semiotica generale*, cit., pp. 183-191, e *I limiti dell'interpretazione*, Torino, Bompiani, 1990, pp. 34, 224-225; cfr. también M. D. Bybee, «Abduction and Rhetorical Theory», *Philosophy and Rhetoric*, 24, 1991, pp. 281-300.

ellos sobre la base del argumento psicológico y el otro sobre la base del argumento psicológico-teleológico; pues bien, ¿puede sostenerse que el desacuerdo entre los dos intérpretes versa sobre el peso a asignar a distintos «indicios» del significado de un mismo texto? De hecho, el intérprete que utiliza el argumento psicológico hace valer algunos indicios relativos a la intención de un legislador histórico de atribuir un determinado significado a un texto jurídico, mientras que el intérprete que utiliza el argumento psicológico-teleológico hace valer algunos indicios relativos a la finalidad que se proponía perseguir un legislador histórico con la emanación de una determinada ley; para que este desacuerdo sea racional se necesita presuponer que esta versa sobre la cuestión de si el significado del texto jurídico depende de la intención del legislador o, en cambio, de los fines del legislador y no sobre el peso a asignar a «indicios» en contraste del significado del texto jurídico.

Puede asumirse que los desacuerdos de este tipo, si se conciben como racionales, versan sobre el principio metodológico a seguir en la interpretación, esto es, sobre un principio que indica la utilización preferente de algunos argumentos interpretativos sobre otros y que se sitúa en una doctrina de la interpretación cuyo fundamento reside en un conjunto de principios morales relativos a la finalidad del derecho, de la ley y de la actividad de los jueces²⁹. En efecto, la cuestión de si el significado de los textos jurídicos depende de la intención del legislador o de los fines del legislador, o, por ejemplo, de los fines que pueden ser razonablemente asignados a la ley, etc., es sensata sólo en cuanto cuestión relativa al mejor modo de atribuir un significado a los textos jurídicos, teniendo en cuenta los valores éticos y políticos que asuman relevancia a este respecto³⁰. Por lo demás, esto es cuanto se obtiene también de un examen de las variadas doctrinas metodológicas ofrecidas por los juristas en los dos últimos siglos, en los cuales se han propuesto principios metodológicos más o menos precisos sobre la base de ideas

²⁹ El hecho de que sea necesaria una regla para resolver los posibles conflictos entre argumentos o entre métodos de interpretación es, a menudo, destacado en la teoría del derecho; por ejemplo, cfr. K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1983, pp. 82-84; J. Wróblewski, «Legal Reasoning in Legal Interpretation», *Logique et analyse*, 12, 1969, reed. en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Legal Decision*, Helsinki, A-TIETO Oy, 1983, pp. 71-103, aquí pp. 77-80; J. Wróblewski, «Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche», trad. it. de L. Gianformaggio, en L. Gianformaggio y L. Lecaldano, *Etica e diritto*, cit., pp. 203-226, aquí p. 210; R. Alexy, «Interpretazione giuridica», en *Enciclopedia delle scienze sociali*. Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1996, pp. 64-71, aquí p. 70.

³⁰ En otros términos, se trata de una cuestión de metodología prescriptiva (o normativa o directiva) de la interpretación; sobre la metodología de la interpretación jurídica, vid. N. Bobbio, «Método», en *Novissimo digesto italiano*, vol. 10, Torino, UTET, 1964, pp. 602-606; U. Scarcelli, «Il metodo giuridico», *Rivista di diritto processuale*, 26, 1971, pp. 553-574.

diversas relativas a los valores y a la finalidad del derecho y de la ley (vistos unas veces en el orden y en la certeza de las relaciones sociales, otras en la tutela de los intereses sociales relevantes, otras en relación al sentido social de la justicia, etc.) y a las funciones del juez (visto unas veces como mero ejecutor de los mandatos del legislador, otras como participante en espíritu de cooperación al trabajo de producción normativa iniciado por el legislador, otras como creador de una norma justa para un caso concreto desvinculado de la voluntad abstracta del legislador)³¹.

En conclusión, entonces, si dos significados diversos S_1 y S_2 pueden ser atribuidos a un mismo texto jurídico T sobre la base de dos diversos argumentos interpretativos A_1 y A_2 admitidos en la comunidad jurídica, los argumentos A_1 y A_2 constituyen en la comunidad jurídica razones en base a las cuales dos diversos significados *pueden* ser atribuidos al texto T ; pero para sostener, como hacen los jueces, que un determinado significado *debe* ser atribuido al texto T es necesario aducir razones ulteriores y, en primer lugar, una razón para preferir un argumento al otro; y esta razón es ofrecida por un adecuado principio metodológico.

Dado este carácter de las controversias interpretativas de los jueces, o de gran parte de las controversias, se puede asumir que las tesis interpretativas de los jueces y sus justificaciones no son teóricas sino normativas (o valorativas). La justificación interpretativa de los jueces es, entonces, racional si está conforme con un modelo deductivo del mismo tipo de que ha sido delineado *supra*.

No obstante, para esclarecer mejor el modelo de la justificación interpretativa racional es oportuno hacer una breve referencia a los caracteres fundamentales del principio metodológico de la interpretación, es decir, de la premisa normativa de esta justificación.

En primer lugar, puede asignarse a este principio un contenido diverso por jueces diversos. En efecto, si argumentos interpretativos distintos permiten atribuir significados distintos a un mismo texto jurídico, los jueces tienen la posibilidad de elegir uno u otro argumento y justificar esa elección sobre la base de un adecuado principio metodológico³².

³¹ De l'*Ecole de l'Exégèse* francesa al *Law as integrity* de Dworkin, la historia de las doctrinas metodológicas de la interpretación ocupa una gran parte de la historia del pensamiento jurídico moderno.

³² En varios ordenamientos están presentes reglas de derecho positivo relativas a la interpretación y a la aplicación de la ley aptas para restringir el ámbito en el que puede realizarse la elección de un principio metodológico de la interpretación. Entre estas reglas pueden mencionarse, por ejemplo, las expresadas por los arts. 12 a 14 de las Disposiciones preliminares al Código civil italiano: la primera indica los modos en que debe ser atribuido un significado a los textos jurídicos, mientras que la segunda prohíbe la aplicación analógica de las leyes penales y excepcionales. Generalmente, sin embargo, estas reglas están suficientemente indeterminadas

En segundo lugar, puede asumirse que un principio metodológico es satisfactorio si puede ser utilizado en una gran variedad de circunstancias diversas y si indica variados argumentos interpretativos, especificando las condiciones en que deben ser utilizados. En el apartado precedente, tratando de los argumentos interpretativos, ha hecho las siguientes observaciones: a parte del argumento de la interpretación literal, los demás argumentos interpretativos deben ser necesariamente utilizados para precisar el significado que un texto jurídico tiene *prima facie*, si no está suficientemente determinado a los efectos de la decisión, y pueden ser usados para corregir el significado que un texto jurídico tiene *prima facie* si es considerado insatisfactorio; argumentos interpretativos distintos pueden ser utilizados para precisar o corregir de distintos modos el significado *prima facie*; algunos argumentos interpretativos pueden ser usados conjuntamente y algunos sólo pueden ser utilizados si se usan también otros; algunos argumentos interpretativos no pueden ser usados en algunas circunstancias. Sobre la base de estas observaciones se puede concluir que un principio metodológico satisfactorio debe indicar uno o más argumentos interpretativos, especificando si deben ser usados sólo para precisar el significado *prima facie* de los textos jurídicos, en el caso en que no esté suficientemente determinado a los efectos de la decisión, o bien también para corregir ese significado, en el caso en que sea insatisfactorio; si especifica que estos argumentos deben ser utilizados también para corregir el significado *prima facie* de los textos jurídicos, tiene que especificar también las circunstancias en que aquel significado debe ser corregido, en cuanto que insatisfactorio; puede indicar conjuntos de argumentos interpretativos a utilizar conjuntamente y/o secuencias de argumentos interpretativos a utilizar sucesivamente; si entre los argumentos que indica hay alguno de los que pueden resultar inutilizables en algunas circunstancias, debe indicar también otros argumentos a utilizar en sustitución de aquéllos, cuando aquellas circunstancias se presenten.

para conseguir una amplia posibilidad de elección entre principios metodológicos en contraste. Pueden incluso imaginarse reglas de derecho positivo que limiten de forma sustancial la elección entre principios metodológicos, indicando con precisión los argumentos interpretativos a los que deben recurrir los jueces y estableciendo un orden de preferencia entre esos argumentos; sin embargo, ninguna regla de este tipo puede impedir que, al menos a veces, se haga necesaria una elección entre principios metodológicos. Como toda regla, en efecto, también una regla de este tipo estará (en alguna medida) indeterminada; además, una regla de este tipo no podrá, de todos modos, indicar los argumentos interpretativos en base a los cuales deba atribuirse un preciso significado a la formulación por la que ella misma es expresada, por la simple razón de que una norma no puede prescribir y ser al mismo tiempo el objeto de la prescripción (al respecto, cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961. cap. 5, en referencia a la norma que indica los criterios de pertenencia de un sistema jurídico; A. Ross, «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78, 1969, pp. 1-24, en referencia a las normas constitucionales relativas al procedimiento de reforma de la constitución).

En tercer lugar, los principios metodológicos deben tener un alcance universal. Según el modelo de la justificación racional que he presentado en el segundo apartado, si en una justificación normativa se utiliza una norma moral, debe ser usada en su forma universal. Ahora, debe asumirse que los principios metodológicos consisten en normas morales, por las razones de que no son puestos por algún órgano provisto de competencia, no dependen de la costumbre y encuentran su fundamento en un conjunto de principios y valores morales. Los principios metodológicos, entonces, en cuanto consisten en normas universales, no indican una única circunstancia en la que un argumento interpretativo deba ser usado, sino el tipo de circunstancias en que un argumento interpretativo debe ser utilizado. En efecto, si hay razones para que un juez deba utilizar en una circunstancia uno o más argumentos interpretativos, esas mismas razones deben valer para todo juez que se encuentre actuando en una circunstancia del mismo tipo. Las circunstancias a las que me refiero incluyen tanto el tipo de ordenamiento jurídico en que el juez se encuentra actuando como las circunstancias específicas que se presentan o pueden presentarse en el curso de la interpretación. Por ejemplo, un principio metodológico podría prescribir que todos los jueces que actúen en un sistema de derecho codificado deben atribuir a los enunciados legislativos el significado que expresan literalmente, y recurrir al argumento psicológico únicamente en el caso en que el significado *prima facie* de una formulación legislativa esté indeterminado a los efectos de la decisión y con el único fin de precisar el significado *prima facie*. Otro principio metodológico podría prescribir que todos los jueces que actúen en un ordenamiento jurídico en el que son válidos principios constitucionales relativos a derechos fundamentales de los individuos, deben atribuir a los enunciados legislativos los significados en que éstos expresen las normas más coherentes con aquellos principios, incluso si eso a veces conlleva que a un texto jurídico deba atribuírsele un significado parcialmente en contraste con el significado literal. Se puede observar que este último principio, a diferencia del precedente, autoriza a los jueces a realizar una interpretación correctiva.

Finalmente, si bien el contenido de los principios metodológicos adoptados por los jueces puede ser diverso, todos ellos deben ser aceptables. Un principio metodológico puede ser inaceptable al menos por dos razones: porque prescribe la utilización de argumentos interpretativos inaceptables en la comunidad jurídica o porque establece condiciones inaceptables para utilizar tales argumentos. Por ejemplo, sería inaceptable el argumento en base al cual se atribuyera a un enunciado legislativo el significado en el que expresa la norma más adecuada para la obtención de las finalidades de un organismo religioso o de la secretaría de un partido político. Sería, en cambio, una condición inaceptable para el uso de argumentos interpretativos

aceptables aquella que estableciera que, cuando algún hombre político poderoso esté directa o indirectamente interesado en la decisión judicial, los jueces deben utilizar entre los argumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica, aquellos que permitan obtener la norma más adecuada para la satisfacción de los intereses del poderoso hombre político.

Así, para retomar el hilo del discurso, las justificaciones interpretativas de los jueces son justificaciones normativas que, por tanto, pueden ser consideradas racionales únicamente si se adecuan al modelo deductivo y están basadas en una premisa normativa constituida por un principio metodológico provisto de las características que he señalado supra. No es posible esbozar aquí de forma satisfactoria una justificación de este tipo, por lo que me limitaré a ofrecer una esquematización en la que tanto el razonamiento necesario para justificar una tesis interpretativa como el contenido del principio metodológico estarán muy simplificados.

PRINCIPIO

[1] En un ordenamiento que presenta los caracteres

METODOLÓGICO DE LA INTERPRETACIÓN

A, B y C, debe atribuirse a todo enunciado legislativo el significado literal, es decir, el significado que aquél expresa de acuerdo con las reglas de la lengua en uso en la comunidad jurídica, y únicamente debe ser atribuido un significado distinto del literal, sobre la base de la intención del legislador que puede obtenerse de los trabajos preparatorios, a los enunciados que expresan un significado literal indeterminado a los efectos de la decisión, siempre que el significado atribuido sea más preciso que éste pero no en contraste con el mismo.

RAZONAMIENTO REALIZADO PARA ATRIBUIR UN SIGNIFICADO SUFICIENTEMENTE DETERMINADO A LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN

[2] El enunciado legislativo *E*, del ordenamiento *X* que presenta los caracteres *A, B y C*, expresa el significado literal *N* indeterminado a los efectos de la decisión.

[3] En consecuencia, debe atribuirse al enunciado legislativo *E* un significado distinto de *N*, más preciso pero no en contraste con él, sobre la base de la intención del legislador que puede obtenerse de los trabajos preparatorios de la ley *L* en la que está contenido el enunciado *E*.

[4] En base a la intención del legislador que puede obtenerse de los trabajos preparatorios de la ley *L*, es razonable atribuir al enunciado *E* el significado *N*, más preciso que *N*, pero no en contraste con *N*.

TESIS [5] En consecuencia, debe atribuirse al enunciado legislativo *E* el
INTERPRETATIV significado N_j .
A

Todas las premisas de esta justificación podrían resultar controvertidas en la comunidad jurídica. La premisa [1] consiste, en efecto, en un principio metodológico estrictamente formalista, que autoriza al intérprete a hacer uso únicamente del argumento psicológico y prohíbe la interpretación correctiva, al que pueden ser contrapuestos una gran variedad de principios metodológicos más moderadamente formalistas o antiformalistas. El contenido de la premisa [2] puede ser controvertido porque, no siendo posible delimitar con precisión la clase de casos a los que no está determinado si se aplica una expresión lingüística, puede suceder que dos intérpretes estén en desacuerdo acerca de si un caso está o no comprendido en la clase de los casos en que no está determinado si se aplica una expresión lingüística contenida en el enunciado *E*, disintiendo en consecuencia sobre la cuestión de si el significado literal de un enunciado legislativo *E* está o no indeterminado a los efectos de la decisión sobre cierto caso³³. El contenido de la premisa [4] puede ser controvertido por la razón de que los trabajos preparatorios pueden ser susceptibles de interpretaciones diversas o, de todos modos, permitir diferentes atribuciones de significado al enunciado legislativo *E*.

Sea como sea, sobre la base del modelo de la justificación normativa racional, adoptado en el segundo apartado, y del examen de la interpretación jurídica desarrollado en el tercer apartado, esta justificación constituye un ejemplo de justificación interpretativa racional. El problema que queda por afrontar es si las justificaciones interpretativas efectivamente ofrecidas por los jueces presentan la misma estructura que ésta y, en particular, si contienen al menos implícitamente un principio metodológico adecuado.

6. Las justificaciones interpretativas de los jueces como justificaciones «retóricas»

Es un hecho que en las justificaciones interpretativas de los jueces, desde el punto de vista de su contenido explícito, está ausente la necesaria premisa normativa constituida por un principio metodológico de la interpretación. A mi juicio, es también evidente que sería forzado considerar implícito

³³ Acerca de la imposibilidad de delimitar con precisión la clase de los casos a los que no está determinado si se aplica una expresión lingüística, o sea la clase de los casos de aplicación de un término, vid. B. Russell, «Vagueness», *Australasian Journal of Philosophy*, 1, 1923, pp. 84-92, aquí, p. 87; M. Black, «Reasoning with Loose Concepts», *Dialogue*, 2, 1963-64, pp. 1-12, aquí p. 8; J. Raz, «Legal Reasons, Sources and Gaps», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 11, 1979, pp. 197-216, reed. en J. Raz, *The Authority of Law*, cit., pp. 53-77, aquí pp. 73-74; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 4.

en esas justificaciones un principio metodológico. Mas precisamente, sostengo que añadiendo a las justificaciones interpretativas judiciales las premisas necesarias para adecuarlas al modelo de la justificación racional no se explicitaría lo que en ellas está implícito sino que se elaborarían nuevas justificaciones, emparentadas pero distintas de aquéllas.

No es necesario aducir pruebas para mostrar que las justificaciones interpretativas de los jueces no indican expresamente un principio metodológico adecuado para justificar la tesis de que un determinado significado debe ser atribuido a un texto jurídico con preferencia a otros significados posibles, porque eso puede ser simplemente constatado con una lectura de esas justificaciones. A veces contienen afirmaciones genéricas acerca de la relevancia de algún argumento interpretativo³⁴, pero en general no hay nada capaz de suministrar un fundamento general al razonamiento interpretativo. Para mostrar que un principio metodológico de la interpretación no puede ni siquiera ser considerado implícito en las justificaciones judiciales, creo que es oportuno examinar brevemente, a título ejemplificativo, un fragmento de una justificación interpretativa judicial.

En el fragmento que tomo en consideración se sostiene que a la expresión «daño no patrimonial», contenida en el art. 2059 del código civil italiano, se le debe atribuir el significado de «daño moral, es decir, alteración, aflicción del ánimo, sufrimiento»³⁵:

[...] el legislador ha usado la expresión daño no patrimonial, a parte del art. 2059 cod. civ., sólo en otras tres normas: el art. 89 cod. proc. civ. y los arts. 185 y 598 cod. pen., cuya interpretación es absolutamente pacífica en el sentido de que hacen referencia a otras tantas hipótesis de daño moral. Ahora bien, si es bastante fácil y trivial identificar el bien protegido por las normas de los arts. 89 cod. proc. civ. y 598 cod. pen. en el ámbito de los cuales la ofensa forma parte de un daño moral, es importante, en cambio, subrayar la circunstancia de que el mismo contenido sea atribuido también al artículo 185 cod. pen. porque, efectivamente, un delito produce daños no patrimoniales de los tipos más diversos y, entonces, el hecho de que la interpretación absolutamente pacífica del artículo 185 cod. pen. haya restringido el ámbito de tales daños no patrimoniales -relevantes a los fines de la indemnización- únicamente a los daños morales y el hecho de que la misma noción esté -por necesidad lógica- presente en los arts. 89 cod. civ. y 598 cod. pen. demuestran que el legislador, todas las veces que ha usado la expresión, he pretendido, en realidad, referirse al daño moral (alteración, aflicción del ánimo, sufrimiento). Y en base a estas afirmaciones parece correcto concluir que la misma expresión de] artículo 2059 cod. civ. deba tener

³⁴ Puede verse un examen de las máximas de la jurisprudencia italiana relativas a los argumentos interpretativos en R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp 397-406.

³⁵ El artículo 2059 del código civil italiano tiene el siguiente contenido: «El daño no patrimonial sólo debe ser resarcido en los casos determinados por la ley».

el mismo significado, no tanto y no sólo por razones sistemáticas sino sobretodo porque se trata de una simple norma de reenvío³⁶.

En consecuencia, según esta argumentación hay razones para atribuir a la expresión «daño no patrimonial» contenida en el art. 2059 cod. civ. el significado de «daño moral». Pero, ¿de qué razones se trata? Indudablemente, uno de los argumentos utilizados es el de la constancia terminológica: este significado puede ser atribuido a la expresión contenida en el art. 2059 cod. civ. por la razón de que la misma expresión puede ser entendida en ese mismo sentido en otros artículos. Pero, ¿por qué en los artículos esta expresión puede ser entendida en el sentido de «daño moral»? La respuesta a esta pregunta es cuanto menos vaga y equívoca.

En efecto, en la justificación se hace expresa referencia a la intención del legislador; entonces, podría sostenerse que se adopta el llamado argumento psicológico. Sin embargo, esto contrasta con el hecho de que no se aporta ninguna prueba para mostrar que realmente el legislador histórico pretendiera referirse únicamente a los daños morales al usar la expresión «daño no patrimonial». Se destaca correctamente que en los arts. 89 cod. proc. civ. y 598 cod. pen. la expresión «daño no patrimonial» designa evidentemente los daños morales³⁷; pero esto no es suficiente para sostener que los autores de los textos contenidos en los dos artículos entendieran la expresión «daño no patrimonial» con el significado de «daño moral», del mismo modo que no sería suficiente destacar que en una determinada circunstancia un hablante usa la palabra «árbol» para indicar un tilo para sostener que él usa la palabra «árbol» exclusivamente con el significado de «tilo». Por cuanto concierne al significado que la expresión «daño no patrimonial» asume en el artículo 185 cod. pen.³⁸, en la justificación se afirma simplemente que los intérpretes tradicionalmente atribuyen a esta expresión el significado de «daño moral»; pero esto, obviamente, no constituye una prueba del hecho de que la expresión haya sido entendida con ese significado por

³⁶ Sentencia del *Tribunale di Genova*, 25 de mayo de 1974, *Giurisprudenza italiana*, 1975, 1, 2, pp. 54-72.

³⁷ Art. 89 cod. proc. civ.: «En los escritos presentados y en los discursos pronunciados ante el juez, las partes y sus defensores no deben usar expresiones inconvenientes u ofensivas. El juez [...] puede [...] asignar a la persona ofendida una suma a título de indemnización del daño, incluso no patrimonial, sufrido cuando las expresiones ofensivas no versan sobre el objeto de la causa». Art. 598 cod. pen.: «No son punibles las ofensas contenidas en los escritos presentados o en los discursos pronunciados por las partes o por sus defensores en los procedimientos ante la Autoridad judicial [...] cuando las ofensas conciernen al objeto de la causa [...] El juez, pronunciando sentencia, puede [...] asignar a la persona ofendida una suma a título de indemnización del daño no patrimonial [...]».

³⁸ Art. 185.2 cod. pen.: «Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al culpable a indemnizar [...]».

el legislador. Así, la precisa razón por la cual la expresión «daño no patrimonial» puede ser entendida en el sentido de «daño moral» no es en absoluto clara. Podría pensarse que el argumento interpretativo utilizado sea, a pesar de todo, el psicológico; o bien que, dada la alegación de una presunta interpretación consolidada del art. 185 cod. pen., sea utilizado el argumento de autoridad. Sin embargo, en realidad, toda reconstrucción precisa de esta argumentación no es otra cosa que un abandono de su efectivo contenido, que es irreduciblemente indeterminado y equívoco.

Pues bien, si no está claro qué argumentos interpretativos se adoptan en la justificación, no puede tampoco estar claro qué principio metodológico está implicado en la misma. En otros términos, la justificación interpretativa, dado su irreducible indeterminación y equívocidad, no puede tener una reconstrucción plausible conforme al modelo de la justificación racional. O bien, una reconstrucción de este tipo no es imposible, pero constituiría una alteración de la justificación examinada más que una reconstrucción de la misma.

El fragmento de la justificación judicial examinado no constituye una excepción, ya que sucede a menudo que las justificaciones interpretativas de los jueces son parcialmente indeterminadas y/o equívocas. A este respecto, debe incidentalmente señalarse como esta indeterminación y equívocidad dificulta no sólo la identificación de los argumentos interpretativos usados en una determinada justificación, sino también la redacción de una lista completa y satisfactoria de los argumentos interpretativos. Un argumento interpretativo consiste, en efecto, en una razón aceptable que puede ser adoptada para sostener una tesis interpretativa; pero siendo a menudo confusas las razones adoptadas por los jueces para sostener las tesis interpretativas, una clasificación de estas razones requiere una cierta dosis de arbitrio. Por ejemplo, he distinguido *supra* el argumento psicológico-teleológico, o de los fines del legislador, del argumento teleológico, o de los fines que pueden razonablemente asignarse a las normas; pero, ¿es realmente legítima esta distinción? y ¿cómo puede trazarse exactamente?

Esta distinción refleja la existente entre doctrinas subjetivistas y doctrinas objetivistas de la interpretación³⁹; pero ¿estos dos argumentos son usados realmente por los jueces? De hecho, los jueces habitualmente se refieren a la intención del legislador y no a las finalidades de la ley⁴⁰; sin embargo,

³⁹ Sobre esta distinción entre dos doctrinas de la interpretación o entre dos actitudes del intérprete, vid. K. Engisch, *op. cit.*, cap. 5. Sobre el carácter necesariamente difuso de esta distinción, vid. A. Ross, On Lavi, and Justice, London, Stevens, 1958, pp. 142-144.

⁴⁰ Me refiero obviamente a los jueces italianos, cuya apelación al legislador puede suponerse condicionada por el respeto formal al art. 12 de las Disposiciones preliminares al Código Civil, que prevé la aplicación de la ley atribuyéndole «el sentido [...] que resulte del significado propio de las palabras según su conexión y de la intención del legislador».

muy frecuentemente asignan a las normas jurídicas determinados fines sobre la base de una reconstrucción sistemática del derecho, sin aducir pruebas (contenido de los trabajos preparatorios, problemas a resolver en el momento de la producción de la ley, etc.) del hecho de que el legislador histórico efectivamente se ha propuesto esos fines. ¿Es esto suficiente para legitimar la distinción entre dos tipos de argumentos interpretativos utilizados por los jueces? Una respuesta a esta pregunta puede darse valorando diversos elementos; pero no es posible ninguna respuesta cierta. Después de todo, debe señalarse que una distinción entre estos dos argumentos se hace difícil por el hecho de que la figura del legislador a la que se refieren los intérpretes no tiene un claro referente empírico y sufre de una irreducible indeterminación⁴¹.

No obstante, la indeterminación y la equívocidad de los argumentos interpretativos adoptados por los jueces constituye únicamente uno de los aspectos por los que las justificaciones interpretativas judiciales pueden ser consideradas «retóricas». En efecto, tampoco las justificaciones judiciales en las que son claramente adoptados determinados argumentos interpretativos pueden ser consideradas conformes al modelo de la justificación racional, por el hecho de que no contienen, explícita ni implícitamente, un adecuado principio metodológico. En otros términos, aunque en una justificación interpretativa judicial resultan claras las razones por las cuales un cierto significado *puede ser atribuido* a un enunciado legislativo preferentemente a otros significados posibles.

Para aclarar este aspecto, retornemos el fragmento de la justificación interpretativa que he reproducido *supra*, fingiendo por simplicidad que no se trata de un fragmento sino de una argumentación interpretativa completa, y supongamos que la tesis interpretativa de que debe atribuirse a la expresión «daño no patrimonial» el significado de «daño moral» claramente sostenida en base al argumento de la intención del legislador. Pues bien, aun en ese caso, no se podría igualmente sostener que esté implícito en la justificación un principio metodológico claro.

Se pueden imaginar diversos principios metodológicos en base a los cuales la justificación puede convertirse en deductiva, pero ninguno de ellos puede ser considerado razonablemente implícito en la misma. Se puede imaginar un principio metodológico categórico, que prescriba en todos los casos la atribución a los enunciados legislativos del significado en que fueron entendidos por el legislador, o bien se pueden imaginar varios principios metodológicos condicionales, que prescriban la atribución a los enunciados

⁴¹ Puede verse una satisfactoria discusión sobre el problemático concepto de la intención del legislador en G. C. Mac Callum, jr. «Legislative Intent», *Yale Law Journal*, 75, 1966, pp. 754-787.

legislativos del significado en que fueron entendidos por el legislador, cuando se den determinadas condiciones. La justificación interpretativa, sin embargo, no ofrece ningún elemento para escoger entre estos principios metodológicos y, sobretodo, se puede presumir que una integración de aquella con uno u otro de los posibles principios metodológicos daría lugar a una nueva justificación provista de menor eficacia en la comunidad de los juristas.

En efecto, es plausible que la gran mayoría de los que están dispuestos a aceptar la tesis según la cual debe atribuirse a la expresión «daños no patrimoniales» el significado de «daños morales», sobre la base de las razones adoptadas en la justificación, no estarían dispuestos a aceptar uno u otro de los principios metodológicos que podrían ser puestos como premisa de la justificación. En efecto, ¿cuántos juristas adoptarían seriamente el principio según el cual debe atribuirse a todos los enunciados legislativos el significado en el que han sido entendidos por el legislador, o bien cualquier otro principio que indique precisamente las circunstancias en que los intérpretes pueden hacer esto?

Plausiblemente, hay algunos principios metodológicos que muchos intérpretes podrían aceptar; estoy pensando, por ejemplo, en principios metodológicos que prescriben la utilización de los argumentos interpretativos que permiten atribuir a los enunciados el «mejor» significado, o el significado en que éstos expresan la norma «más justa», etc. Se trata, sin embargo, de principios metodológicos tan indeterminados que no ofrecen efectivamente una razón para que un cierto significado deba ser atribuido a un texto jurídico preferentemente a otros significados posibles.

Con esto, hemos llegado a una primera conclusión: una justificación interpretativa judicial es racional si es conforme al modelo deductivo, pero el modelo deductivo de la justificación interpretativa es inadecuado para dar cuenta del contenido efectivo de las justificaciones interpretativas judiciales; las justificaciones interpretativas efectivamente ofrecidas por los jueces son «retóricas» o «imperfectamente racionales». Sobre la base de lo dicho hasta aquí, puede llegarse también a otra conclusión: el modelo deductivo de la justificación interpretativa no tiene ni siquiera utilidad a los efectos del control de la corrección de las tesis interpretativas ofrecidas efectivamente por los jueces y de las decisiones judiciales que se obtienen de esas tesis.

Para aclarar esta conclusión, puede observarse, en primer lugar, como una reconstrucción de las justificaciones interpretativas judiciales conforme al modelo deductivo, si bien es inapropiada para dar cuenta del contenido efectivo de estas justificaciones, es de todos modos posible; es decir, es posible imputar a un juez intérprete la adhesión a uno de los principios metodológicos que pueden ser inferidos del contenido explícito de la justificación. No obstante, debe observarse también que esta operación no tiene ninguna

utilidad a los efectos de controlar la corrección de la tesis interpretativa justificada por el juez, ni de la decisión que de esa tesis se obtiene. En efecto, puede asumirse que una tesis interpretativa es jurídicamente correcta si es justificable sobre la base de los argumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica, pero no que una tesis interpretativa sea correcta si es justificable sobre la base de un determinado principio metodológico y no de otro. Los principios metodológicos, en efecto, consisten simplemente en razones morales en base a las cuales puede realizarse una elección entre argumentos interpretativos cuyo uso se admite en la comunidad jurídica.

La conclusión de que el discurso interpretativo de los jueces no es «perfectamente racional» puede parecer sorprendente si se considera que la comunidad en la que se realiza, integrada por expertos juristas que se ocupan del *efectivo* contenido del derecho, parece al menos a primera vista comparable con otras comunidades de científicos o de estudiosos cuyas discusiones habitualmente satisfacen los requisitos de la racionalidad. Surge entonces la cuestión acerca de las razones por las que el discurso de los expertos en derecho, o una parte de este discurso, no es racional del mismo modo en que lo son los discursos de los expertos en otras disciplinas. Pero en estas páginas no es posible dar a esa cuestión, que sitúa la investigación en el terreno de la sociología, ni siquiera una sucinta respuesta.

(Trad. de Jordi Ferrer Beltrán)



DOXA 20 (1997)
