

Por consiguiente, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que tratan de ser constituciones para todos, incorporan necesariamente valores –valores últimos- de signo contrapuesto (Atienza, 1997, p.264) .

La idea de un pluralismo constitucional no hace otra cosa que recoger el hecho de que vivimos gobernados por lógicas diversas y, por tanto, “los referentes constitucionales, en mayor medida que el resto de las normas jurídicas no son precisos y siempre requieren un grado de interpretación muy elevado dada la proximidad a elementos valorativos integrantes de la moralidad crítica, la generalidad de las normas constitucionales, su carácter plural y la necesidad de integrar distintas posibilidades de comprensión o desarrollo en un conjunto de funciones que determinarán el sentido del resto del Ordenamiento, y que finalmente podrá generar tensiones y contradicciones entre las distintas visiones que se tengan del texto constitucional” (Peña, 1997, p.111-112).

Ya I. BERLIN se ha encargado de advertirnos contra el profundo error de suponer que todos los bienes, todas las virtudes, todos los ideales, son compatibles, y que lo deseable puede unirse, en última instancia, en un todo armonioso sin pérdida, toda vez que no tenemos una concepción coherente del mundo sin pérdida, y de ahí que los bienes (y los valores en función del cual se organiza la sociedad) entran en conflicto por su misma naturaleza, sin que pueda existir un plan indiscutible para armonizarlos, con el añadido inevitable de que no todos los valores pueden hacerse igualmente presentes a todos los puntos de vista (Cfr. Willians, 2004, p.22-23).

En definitiva, hay que considerar la posibilidad de colisión de los diversos fines humanos, pues “en la vida, según se vive normalmente, los ideales de una sociedad y una cultura chocan con los de otras, y (...) con el paso del tiempo llegan a chocar unos con otros dentro de una misma sociedad y, a menudo, dentro de la experiencia moral de un mismo individuo”, con el agravante de que “tales

conflictos no siempre, ni siquiera en principio, pueden resolverse totalmente” (Berlín, 2004, p.169).

Superar los esquemas tradicionales que se oponen a esta consideración exigirá tiempo, tanto a las estructuras del Estado como, posiblemente también, a algunos custodios de la Constitución. Todavía es fuerte la inercia de los viejos discursos y todavía sigue habiendo modos de decir y Sentencias de los Tribunales que tienen una idea del poder de acuerdo con la cual es la vida misma la que es anticonstitucional (Cfr. Innerarity, 1998).

A los nostálgicos del buen Derecho liberal introducido por la burguesía europea creadora del derecho positivo moderno, reacios a admitir la relatividad propia de la pluralidad constitucional, cabe sugerirles algo análogo a aquello que decía J. M. KEYNES de los economistas <<clásicos>>: si resulta que las paralelas insisten en juntarse cuando según los principios de nuestra geometría no deberían hacerlo, hay que cambiar de geometría en vez de dedicarse a fustigar a las paralelas (Jiménez, 2000, p.16).

Afortunadamente, la vida es más poderosa que sus normas, menos rígida, más favorable a que principios distintos compartan un mismo espacio o a que puedan ser varias cosas al mismo tiempo, en el sentido de que en las circunstancias de un caso se ha preferido una solución jurídica inspirada por un principio y no por otro, pues los principios son graduables según las circunstancias en que se materializan (Peña, 1997, p.115).

Así, la aceptación del pluralismo social y del relativismo de los valores como presupuestos constitucionales, según resalta A. M. PEÑA FREIRE, tiene como efecto que la función asignada a la Constitución no sea la de realizar un programa de justicia sino, precisamente, la de asegurar las posibilidades para la discusión y confrontación pacífica del gran número de proyectos de vida y justicia que tiene cabida en ella.

Por estos derroteros, la existencia de distintos valores que permiten desarrollos normativos diversos como condición de la pluralidad como valor homogéneo constituye la esencia y/o el sentido de la ductilidad constitucional y el sustrato para la expansión constitucional, pues un ordenamiento (Cfr. Peña, 1997, p.80), a la mejor usanza liberal, cuya constitución estuviera formada exclusivamente por reglas, es decir, por normas de contenido preciso no modulable y, en algunos casos, hasta petrificado, bloquearía las posibilidades de expansión constitucional. La legislación vendría predeterminada, en un elevado grado, por las determinaciones constitucionales y, en el resto, el poder legislativo actuaría sin sujeción alguna limitándose a regular libremente todo lo demás (Cfr. Peña, 1997, p.116).

Los valores de signo contrario (o, dicho de otro modo quizás mejor, las disposiciones jurídicas que los anidan), rasgo característico del contexto jurídico complejo, cognitivamente abierto y plural, propio del Estado constitucional (Cfr. Peña, 1997, p.95), requieren concreción y precisión en lo que tengan de indeterminado, pues al contrario de lo que ocurría con la visión de los derechos en las Constituciones de corte liberal, el marco constitucional (en el Estado constitucional de Derecho) es, como resalta A. M. PEÑA FREIRE, incierto, dinámico y a la vez con vocación de proyección sobre el resto del Ordenamiento.

1.5. La interpretación y labor de concreción del texto constitucional.

Lo anteriormente dicho constituye otro referente por el que los postulados constitucionales, en mayor medida que el resto de las normas jurídicas, no son precisos y siempre requieren un grado de interpretación muy elevado dada la proximidad a elementos valorativos integrantes de la moralidad crítica, la generalidad de las normas constitucionales, su carácter plural y la necesidad de integrar distintas posibilidades de comprensión o desarrollo en un conjunto de funciones que determinarán el sentido del resto del Ordenamiento, y que finalmente podrá generar tensiones y contradicciones entre las distintas visiones que se tengan del texto constitucional.

Lo anterior lleva a A. M. PEÑA FREIRE a resaltar que

La generalidad e imprecisión de los enunciados normativos de la Constitución y su relación con referentes externos plurales son las causas de que sus necesidades y posibilidades interpretativas sean mucho mayores. Las normas constitucionales, por lo tanto, precisan de un proceso de concreción que sólo puede realizarse mediante una peculiar actividad interpretativa en las que se expresarán tensionalmente los valores e intereses sociales y económicos o los posicionamientos éticos que afectan al sistema jurídico en una conexión que no está desprovista de sentido (Peña, 1997, p.112).

Para alcanzar la concreción y precisión de los valores y normas jurídicas anidadas al interior del Ordenamiento, especialmente en el ámbito constitucional, reseñada en párrafos anteriores, necesarias para que aquello que constituye la clave principal del Estado constitucional de Derecho -esto es, los valores axiológicos expresivos de la centralidad de la persona en el Derecho y frente al Estado: *dignidad, libertad e igualdad* (Cfr. Peña, 1997, p.82-87 y 112), aparezca acompañado de los elementos internos al Ordenamiento y por cuyo través (mediante procedimientos, estructuras y funciones) se garanticen las pretensiones y valores externos de los que el propio derecho es un efecto, la teoría y la práctica del derecho han desarrollado, como respuesta a los problemas que esto pueda suscitar, la teoría general de la interpretación jurídica: esta, según lo dicho por J. WRÓBLEWSKI,

Explica que las valoraciones desempeñan un importante papel en la justificación de las decisiones interpretativas y en los procesos de toma de decisión interpretativa (Wróblewski, 1988, p.113)

Por consiguiente, la referida teoría general suministra pautas y reglas para realizar aquella labor de concreción y precisión de los enunciados de las disposiciones jurídicas (Cfr. García, 2001, p.87) de carácter constitucional.

Ahora bien, debido a que estas pautas y reglas encajan en una axiología política, por lo menos a través de términos valorativos que se refieren a valores políticos que influyen en la interpretación de aquellos, la función de la interpretación constitucional es política, siempre que por esto se entienda que dicha interpretación va dirigida y se interesa tanto por garantizar la observancia de reglas constitucionales que tienen de por sí un carácter político, como por

determinar, en muchas ocasiones, los asuntos políticamente relevantes (Cfr. Wróblesky, 1988, p.112-113).

Queda fuera de esta apreciación, en cambio, la búsqueda, al menos desde la jurisdicción, del sentido político del Ordenamiento jurídico constitucional, a lo que volveremos más adelante.

En un sistema de pluralismo político (art. 2 de la Constitución) la función del intérprete de la Constitución es, como destaca el Tribunal Constitucional español, “fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo” (Tribunal Constitucional, 4/1981, de 02 de febrero, Fundamento Jurídico 3º.).

Y es que, a pesar de que la lucha política se expresa mediante una perenne pugna “por la afirmación hegemónica de proyectos particulares, es decir, formulados como universales y exclusivos” lo cual es “lícito, además de inevitable, para cada parte política en liza”, no así “para el derecho constitucional del Estado democrático y pluralista actual”. “El derecho constitucional invocado en las salas de los tribunales constitucionales (...) y en todos los lugares en los que puede ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abierta sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente la perspectiva de alguna de las partes”. En fin, “hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado” (Zagrebelsky, 1999, p.16).

De ahí que “los expertos no sólo interpretan las distintas proposiciones normativas a partir del contexto que esas proposiciones tienen en el corpus del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una precomprensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación. En este aspecto la interpretación del derecho es siempre

también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera” (Habermas, 2000, p.469).

Para actuar en este contexto, no parece aventurado afirmar que, como acertadamente señala L. PRIETO SANCHÍS siguiendo ideas de A. CARRASCO, el método característico de la interpretación se sitúa a medio camino entre lo que éste último llama la deducción estricta propia de la justicia ordinaria y el juicio de optimización política:

De un lado, y por la misma naturaleza de su actuación, el Tribunal Constitucional (y vale igual para nuestro Tribunal Supremo cuando actúa como intérprete de la Constitución) no está en condiciones de verificar una mera labor de subsunción, pues generalmente ni aquello que ha de ser enjuiciado se asemeja a un supuesto de hecho, ni los parámetros para el enjuiciamiento pueden dejar de ponderar conjuntamente principios y reglas;

De otro lado, ha de <<autocontenerse>> también a fin de no realizar un juicio de optimización que implicaría decidir cuál es la <<mejor>> interpretación del texto constitucional y, consiguientemente, asfixiar el margen de apreciación del Parlamento” (Prieto, 1991, p.176-178).

1.6. Ni judicialismo ni deducitismo extremos.

Y es que, como se desprende de lo acertadamente destacado por J. AGUILÓ REGLA, existen dos posiciones extremas:

1.- En la primera (el “judicialismo extremo”), las decisiones judiciales sólo son explicables en términos de pura voluntad, y en este supuesto, “la nota característica sería el escepticismo frente a las normas jurídicas como guías de conducta, de forma que las decisiones judiciales sólo resultan explicables en términos de actos de voluntad”, y así, “esta visión de la decisión judicial hace superflua la noción misma de Derecho objetivo y, en consecuencia, también la de

normas de origen judicial entendidas como guías para las decisiones judiciales futuras” (Aguiló, 2000, p.103)-,

2.- En la segunda (el “deductivismo extremo”), en realidad no hay decisiones, se trata simplemente de conclusiones, de allí que desde esta otra posición se considera que “el Derecho objetivo es completo y cerrado, de forma que suministra todos los criterios necesarios para resolver todos los casos posibles. Para esta posición teórica aplicar, pues el Derecho es algo así como deducir; y, en consecuencia, del mismo modo que la conclusión no aporta nada a las premisas, la aplicación de normas no aporta nada al Derecho objetivo” (Aguiló 2000, p.103).

De esta manera, y como destaca el autor en referencia, ni el “judicialismo extremo” ni el “deductivismo extremo” excluyen la posibilidad de hablar de normas de origen judicial, y, en el fondo, esa exclusión es el resultado de una visión muy empobrecida de la argumentación jurídica o del método jurídico, que, vale la pena mencionarlo siguiendo al referido autor, juega un papel central en todas las operaciones de aplicación del Derecho que no son meramente subjuntivas, es decir, aquellas que suponen la extensión (argumentación por analogía), restricción (argumentación a contrario) o selección (reducción al absurdo) del Derecho explícito (Aguiló, 2000, p.146-147).

1.7. Dos niveles de análisis que conviene distinguir.

Como el tema objeto de estos comentarios promete ser escabroso, antes de seguir adelante, importa resaltar que existen dos planos de análisis que conviene distinguir adecuadamente:

1) en un plano hay que situar las decisiones y actividades políticas de los distintos grupos que combaten en la dirección del Estado y el enjuiciamiento político que estas cuestiones merezcan, es decir, y por lo que aquí importa, si el sometimiento a discusión parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia adolece, o no, de fallas reprochables y si, en efecto,

se juega, o no, con las coyunturas políticas que, en su caso, darán lugar a su promulgación en conformidad con orientaciones políticas que, genética y/o funcionalmente, estén conectadas con las relaciones entre diversos grupos interesados en utilizar el poder del Estado en sus direcciones preferidas (Cfr. Wróblewsky, 1988, p.112).

El Tribunal Constitucional español resaltado que

En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos (Sentencia número 11/1981, de 8 de abril, F. J. 7). En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1982, F. J. 2. Esta aseveración del Tribunal Constitucional español tiene sustento teórico en la separación entre la función legislativa y la de control constitucional de la legislación, y en el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional (Cfr. Bernal, 2005, p.46).

Para este enjuiciamiento no se puede (ni se debería) proceder con simple actitud trivial a tinter, sin más, de colorido político la elección de las opciones preferidas, porque en cualquier caso, las valoraciones y/o críticas van en una dirección, y con otras predeterminaciones teóricas y contextuales. Sin embargo, este plano no será objeto del análisis que aquí pretendemos hacer.

Si que importa destacar, en cambio, que “a consecuencia de la pluralidad constitucional, el sentido político impreso en los procesos jurídicos por el legislativo no es el único posible desde la óptica constitucional ni su cooptación por la mayoría gobernante anula a todos los demás. (...). El sentido político impreso por el legislativo al ordenamiento no sólo no es el único, sino que puede no ser el más recomendable o legítimo desde un punto de vista constitucional; es más, puede que incurra en desviaciones considerables respecto del sentido constitucional del ordenamiento” (Peña, 1997, p.249-250).

Lo anterior no implica soslayar la capacidad del poder legislativo para, conforme al principio de oportunidad política, apreciar las exigencias del interés general y, como órgano competente para la dirección y programación políticas, adoptar decisiones legislativas y “optar por cumplir con los mandatos

constitucionales de contenido material de maneras diversas, en la forma y tiempo que estime conveniente” (Espín, 2004, p.16).

Las anteriores cuestiones, en conjunto, determinarán en buena medida la decisión de los jueces, aunque no exclusivamente, pues como partes del poder judicial, absolutamente vinculado al Derecho (y no sólo a la ley parlamentaria), aquellos están sometidos, además y principalmente, a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico;

2) en otro plano distinto, que sí nos interesa en estos comentarios, se ubica la calificación de incorrecta, insuficiente y/o no fundamentada, a la decisión por cuyo través el Tribunal Supremo le atribuye significado al art., 203 constitucional, en el sentido de que es posible la presentación y aprobación del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia con mayoría simple de los parlamentarios, calificación que tiene que formularse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos y lógico racionales, porque como ya se ha dicho, y para resaltarlo ahora con palabras del Tribunal Constitucional español,

“La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm., 11/1981, F. J. 7º).

Y es que, en efecto, Si reparamos en que, muchas veces, la Constitución es fruto de mayorías parlamentarias de diferente signo político y, en muchos casos (independientemente de esto), resultado de compromisos políticos y/o de mayorías que se producen en coyunturas históricas muy precisas, lo normal es que no sean la expresión de un único valor sino de puntos valorativos diferentes

y a menudo divergentes; de ahí que las Constituciones suelen recoger, incluso, valores potencialmente contrapuestos (Cfr. Iturralde, 2003, p.304).

Es a la vista de lo anterior que, sin duda, los programas de esas opciones pueden presentar ideas distintas sobre el grado de realización de los principios o directrices constitucionales (Cfr. Atienza, 1992, p.346); ahora bien, interesa destacar dos cuestiones.

La primera, que si la necesaria configuración del significado de una disposición constitucional admite varias opciones posibles (Cfr. Bernal, 2005, p.43)¹, para que la labor del intérprete no se convierta en un puro decisionismo judicial (Cfr. Andrés, 1999, p.11-12)² y, a la postre, en arbitrariedad, es necesario, para la debida tutela y garantía (Cfr. Fernández, 1994, p.161 y sigs)³, la justificación racional del fallo como la mejor elección posible, al menos dentro de las que se han barajado en las interpretaciones propuestas para dotar de significado al texto objeto de interpretación (Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 174/1985, de 17 de diciembre, F. J. 6°).

Esto es así porque, “de acuerdo a la estructura y sentido del Estado constitucional, la función jurisdiccional es un instrumento de garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y de la corrección jurídica de los

¹ La posibilidad de varias opciones queda rubricada, además, de la normal ambigüedad, vaguedad e indeterminación del texto constitucional, que permiten afirmar y, hasta, autorizan diversas lecturas válidas de dicho texto y, con ello, permite concebir múltiples soluciones para las conflictos específicos; de ahí que, en este sentido, la Constitución en un ordenamiento marco, que deber ser concretado, sólo fija las condiciones del proceso de decisión política y le establece unos límites.

² Es oportuno señalar que la discrecionalidad del intérprete experimenta un *plus* de sujeción en la observancia de la Constitución y en el deber de motivación de las decisiones judiciales, que proscrib el decisionismo tan arraigado en los viejos hábitos judiciales.

³ La exigencia de motivación de las decisiones tiene aquí especial importancia, pues en un sistema político construido desde la centralidad de los derechos de la persona, cualquier intervención, positiva o negativa, en la esfera personal de un individuo ha de estar justificada (motivada), pues de aquí depende esencialmente, y como atinadamente resalta T. R. Fernández Rodríguez, la legitimidad de ejercicio de todo poder, legitimidad de ejercicio que es inexcusable e irrenunciable, como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. En este contexto, importa recordar que todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular; es un poder, por tanto, obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de éste.

desarrollos normativos” (Peña, 1997, p.256), en el que “la independencia y el exclusivo sometimiento a derecho de los jueces es requisito necesario para la efectividad y funcionamiento de esta importante garantía” (Peña, 1997, p.256-257).

La segunda, que como resalta A. M. PEÑA FREIRE, asistimos a un concepto ampliado de independencia del poder judicial; así, “adquiere ahora un significado específico que superará la interpretación personalista que la definía tradicionalmente como independencia frente a las partes y que apuntaba a la proscripción de las injerencias de los poderes públicos o privados en la actividad de interpretación y aplicación de las leyes. Ahora, el concepto se amplía para abarcar también la independencia del poder judicial respecto de lo que hemos denominado el sentido político del ordenamiento: sólo con la facultad de situarse al margen de las valoraciones y ponderaciones que realizan los poderes políticos con potestad normativa, es posible apreciar su posible desviación o ilegitimidad respecto de la constitución.

Lógicamente, esta independencia tiene un límite infranqueable, que no es otro que el propio *derecho* en su sentido constitucional, pues no conviene olvidar que el poder judicial también está sometido a derecho: independencia judicial es así sometimiento del juez a derecho, pero sólo a derecho” (Peña, 1997, p.234).

En este punto resulta beneficioso para la claridad de nuestros argumentos, aclarar junto con ESPÍN:

Que la Constitución no es sólo una norma con contenidos materiales decisivos – entre los que destacan los derechos fundamentales- sino, todavía más, un marco de actuación en el que deben caber políticas legislativas diversas que no han de quedar coartadas más allá de lo necesario por consideraciones de igualdad material. Si no queremos agotar el marco de la política y confundir la norma constitucional con una ley universal cuyo contenido queda deferido a la jurisdicción constitucional, debe haber un amplio margen constitucional para políticas legislativas diversas e incluso, en muchos casos, antagónicas. Y este margen de diversidad legislativa dentro de un marco constitucional es una exigencia inexcusable tanto del propio concepto de Constitución como de dos de sus valores primordiales, el pluralismo y la libertad” (Giménez, 2004, p.15).

En definitiva, y como corolario de lo anterior, una cuestión es la política, que desde nuestra perspectiva, y siguiendo a J. F. LÓPEZ AGUILAR, puede verse como el “proceso de determinación de la voluntad del poder”, y otra la justicia, esto es, el “el proceso de determinación del sentido del Derecho” (López en Peña, 1997, p.250) a partir de valores compartidos.

Y es que la Constitución, y en general el Derecho, como apunta L. FERRAJOLI, no es otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de Estado o cambios institucionales (Ferrajoli, 1996, p.29). De modo pues que, para que esa suma de ideología, coerción fuerza y consenso, escenificada en el Derecho (Cfr. Fernández, 1997, p.29), pueda conseguir y mantener el orden en una sociedad dada, es necesario que el sentido del Derecho sea socialmente compartido.

La pluralidad de valores e intereses sociales, su recepción constitucional y su afirmación legítima frente a las elaboraciones políticas del interés general exigen, como resalta A. M. PEÑA FREIRE, la existencia de un poder independiente que ofrezca una solución jurídica a los conflictos de acuerdo al único criterio rector de la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Esta solución, continúa señalando el autor, es una forma específica de garantía de la pluralidad de intereses sociales frente a las tendencias neutralizadoras del interés general tal como es formulado normativamente (Cfr. Peña, 1997, p.246-247).

1.8.- La interpretación como actividad creativa.

Si todo lo anterior es cierto, podemos afirmar con M. ATIENZA (Cfr. Atienza, 1997, p.247), varias cuestiones importantes:

1.- que la interpretación designa típicamente una actividad (parcialmente) creativa.

La creación no legislativa de una norma se produce cuando el contenido de esta es distinto al de cualquier otra norma del mismo sistema jurídico o al de sus consecuencias lógicas (Cfr., Bulygin, pág., 360).

Decimos que la creatividad sólo es parcial porque no se puede olvidar que el juez queda, en algún sentido, vinculado por la formulación del mensaje legislativo, de modo que entre el mensaje legislativo y la interpretación del juez se produce “una relación dialéctica, es decir, de conexión y de implicación”, por cuyo través “el juez efectúa una operación (...) ‘demiúrgica’, o sea, de transformación de los datos informativos de la legislación en un nuevo producto mental que se compone de elementos fácticos y valorativos, y que está dotado de una fisonomía distinta propia y de autonomía operativa” (Frosini, 1995, p.105-106).

2.- Que la interpretación tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado, y por tanto, añade algo nuevo y, en alguna medida, legislativamente orientado, como ya ha dicho SUMMERS (Summers, 1997, pág., 109) e implícitamente ha reconocido H. KELSEN desde antiguo al referirse al acto judicial como un proceso creador del derecho.

Partiendo del supuesto de que se utilice una lógica apropiada, la inferencia de consecuencias lógicas de reglas generales y abstractas quedan comprendidas dentro de lo determinado por el derecho; de ahí que, según el análisis teórico no se puede considerar a la interpretación como una operación puramente lógica ni a las consecuencias interpretativas de una norma como sinónimo de sus consecuencias lógicas.

Una decisión interpretativa es creativa si su formulación no está determinada por el derecho sino que, antes bien, exige opciones (valorativas) del

intérprete; así, la creatividad depende de las opciones que se describen también como valoraciones del intérprete (Cfr., Wróblewski 1988, p.82-83).

A mayor abundamiento, que la interpretación añade algo nuevo es admitido, aunque de modo muy limitado en sus consecuencias, por el propio positivismo jurídico cuando, al efecto, H. Kelsen resalta que,

“la resolución del tribunal nunca puede hallarse determinada por una norma general, ya existente, del derecho substantivo, hasta el grado de que esa norma que el tribunal aplica, sea, por decirlo así, simplemente reproducida por la individual constitutiva de la decisión. Por precisa que la norma general pretenda ser, la especial creada por la decisión del tribunal siempre añadirá a aquella algo nuevo” (Kelsen, 1995, p.173).

Ya desde antiguo H. Kelsen resaltaba, al referirse al acto judicial como proceso creador del derecho, que las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente, por así decirlo, productos semi-elaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta. Se trata, decía Kelsen, de un proceso de individualización y concreción siempre crecientes. En la decisión, continúa resaltando más adelante el autor, se aplica una norma general preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones, sin embargo, y en contra de lo que en ocasiones se afirma, el tribunal no se limita a formular el derecho ya existente (Cfr., Kelsen, 1995, págs., 159-160).

3.- Que la interpretación aporta algo no reconocido previamente por aquello que es susceptible de interpretación.

Por ello, F. J. Ezquiaga Ganuzas ha dicho con razón que

“las decisiones de algunos órganos jurisdiccionales determinan en buena medida cuáles son las normas de un sistema jurídico” (Ezquiaga, 2000, p.134).

En consecuencia, no parece exagerado hablar de “normas que provienen de autoridades jurisdiccionales” (Aguiló, 2000, p.67), esto es, creación judicial de normas que tienen que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del Derecho objetivo contribuye a la conformación del mismo (Aguiló, 2000, p.103).

Y es que, como ya apuntaba O. VON BÜLOW en el siglo pasado, la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces, pues el papel central en la construcción del Derecho lo ejerce el Juez. Es en la magistratura (en el <<Richteramt>>) donde verdaderamente adquiere forma

definitiva el texto legal, de modo que la ley, según lo indicado por el autor, una vez emitida por el legislador no es todavía derecho vigente. Ella es tan solo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento jurídico al que se desea llegar (Cfr. Sálas. 2001, p.210).

Dicha creatividad se debe, en parte, a que la complejidad e imperfección formal de los actuales ordenamientos jurídicos permite desechar la idea de que el Ordenamiento jurídico ofrezca la solución a cada uno de los casos individuales: para decirlo con palabras de ITURRALDE, el Ordenamiento jurídico no predetermina totalmente la solución a los casos individuales (Cfr., Iturralde, 2003, pág., 252 y 257).

Al hilo de lo indicado, conviene precisar que la imperfección de los Ordenamientos jurídico no ocurre sólo en nuestro país; también en los de la Europa continental, a los que se refieren las elocuentes palabras de P. GROSSI:

“¡Pobres de nosotros!, ¡cuántas veces los productos normativos de los legisladores modernos están lejos de ser derecho! La hipertrofia y la hipervaloración de la ley pesan sobre la sociedad y cultura europeo-continental y sobre las otras zonas del mundo por ellas condicionadas. En una óptica semejante se ha hablado de <<descodificación>> y además de <<deslegalización>>. La exigencia es una y sólo una: quitarle a la ley su papel totalizador y socialmente insoportable que la era burguesa le ha otorgado” (Grossi, 2003, p.64).

Que el Ordenamiento y su derecho no ofrezcan solución a toda la ocurrencia fáctica que se pueda presentar porque, al efecto, no predeterminen totalmente la solución a los casos individuales no implica que sea sólo un buen consejo que el intérprete (por ejemplo, el juez) puede seguir o ignorar sobre la base de su propio juicio, y de ahí que, por ser el Ordenamiento la base dotada de autoridad para la decisión (Cfr. Aarnio, 1991, p.14), esta ha de producirse en un marco determinado por dicho Ordenamiento y por las limitaciones legales que el mismo impone (Cfr. Iturralde, 2003, p.256)⁴, en condiciones de tiempo escaso y de saber incompleto (Gunter, 1995, p.300). Con todo, debe desaparecer la idea de que el derecho se hace sólo mediante leyes y que sólo el legislador es sujeto

⁴ Limitaciones legales que, de una parte, imponen el tipo de razones que pueden (deben) darse a favor de una decisión, y de otra parte, no impiden reconocer que las razones en apoyo de una determinada decisión judicial no pueden reducirse a razones legales, y es por esto por lo que son necesarios criterios de justificación de dichas decisiones

iusproductivo capaz de transformar todo en derecho casi como un rey Midas de nuestro tiempo (Cfr. Grossi, 2003, p.64).

Si bien se considera, la interpretación consiste, como insistiremos más adelante, no en descubrir sino en atribuir un significado a una disposición legal (Alchourron, 1993, p.37/ Moreso, 1997, p.19); para ello, el juzgador acude a principios jurídicos y, en base a la labor interpretativa de disposiciones legales que realice, hace evolucionar la jurisprudencia o la estanca. Esta operación no es ni más ni menos que cualquier otra tarea creativa (Cfr. Peces, 2000, p.168).

1.9. La caracterización de la decisión jurídica.

Ahora bien, esto no siempre ha sido visto así, y tampoco podría decirse que actualmente exista completa claridad respecto a lo anteriormente indicado, muy a pesar de que en “los últimos cincuenta años buena parte de la filosofía del Derecho viene dedicando su atención al razonamiento jurídico en general y al judicial en particular” y que, además, existan hoy día, como se ha resaltado con razón por V. ITURRALDE SESMA, muchos lugares comunes, lo que implica un avance en la teoría de la justificación de la judicial. En efecto, resalta la referida autora que,

“Los análisis que suelen incluirse bajo la denominación <<teorías de la argumentación jurídica>> parten de lo que hoy pueden considerarse lugares comunes en materia de aplicación del Derecho: que no hay una separación tajante entre creación y aplicación, que los problemas de interpretación son en buena medida inevitables debido al vehículo —el lenguaje— a través del cual se expresa el Derecho; que la determinación de los hechos sólo la pueden hacer los aplicadores del Derecho que pueden presentarse problemas de lagunas y contradicciones, etc. Por todo lo cual la solución a los casos individuales no puede venir siempre predeterminada por la Ley” (Iturralde, 2003, pág.,13)-. La cursiva es nuestra.

La cuestión es importante porque tiene que ver no sólo con la caracterización de la decisión judicial como un silogismo que reduce a aquella a una simple aplicación a los casos concretos de soluciones abstractas y generales previstas por las normas jurídicas, sino también con el principio estructural y funcional básico del Estado de Derecho, esto es, la vinculación del Juez a la Ley, con el que se encuentra conectado el *iura novit curia*.

Desde esta perspectiva, como resalta F. J. EZQUIAGA GANUZAS, durante mucho tiempo se ha considerado que el interés de presentar la decisión judicial como un razonamiento silogístico (Wróblewski, 1977, p.11) se derivaba de la necesidad de separar las actividades de creación y aplicación del Derecho: los órganos judiciales se limitan (o deben limitarse) a aplicar normas jurídicas no creadas por ellos, sino por los órganos legislativos (Cfr. Ezquiaga, 2000, p.68). Sin embargo, a pesar de que, como más adelante se insistirá, nada impide resaltar la corrección lógica de utilizar el esquema silogístico para conectar (a los efectos de la decisión judicial) la premisa normativa y la fáctica con la conclusión, la cuestión es, en realidad, muy otra.

Incluso, recientemente se ha insistido en que la práctica judicial muestra que existen, por un lado, casos que pueden ser resueltos conforme a derecho pero en sentidos diversos⁵, y por otro, casos que son resueltos por el juez mediante la producción de una norma jurídica de origen no legislativo, aunque posteriormente sea presentada como significado de una disposición normativa; con lo cual, si esto es así, se afirma que, al menos en algunos casos, la función judicial implicaría la producción de normas jurídicas y no la simple aplicación de las normas producidas por los órganos legislativos, con lo que se difuminaría la tradicional distinción entre función legislativa, de creación del derecho, y función judicial, de aplicación de derecho (Cfr. Ezquiaga, 2003, p.51).

Estas afirmaciones suponen dos cuestiones importantes como seguidamente se verá.

⁵ Un ejemplo de lo indicado en el texto se manifiesta en los llamados *casos difíciles*, donde el gran problema radica en que pueden ser resueltos de modo diverso, a menudo dependiendo de las valoraciones del juez. Aunque no existe consenso respecto a lo que ha de entenderse por *caso difícil*, puede señalarse que el mismo “puede estar provocado por la indeterminación del lenguaje usado para redactar las disposiciones, porque se pone de manifiesto una antinomia o una laguna o porque el juez no comparte la solución normativa; sus consecuencias serán que no cabe en relación a ello hablar de solución correcta; su solución puede requerir sopesar las disposiciones en conflicto, utilizar los principios o acudir a juicios morales; y el conocimiento de las normas que lo resuelven no es posible ya que esta no preexisten, sino que deben ser <<construidas>>” (Ezquiaga, 2003, p.48).

En primer lugar, que la interpretación jurídica y, en lo que aquí importa, la interpretación constitucional “es especialmente relevante por razón del lugar y de las funciones de la Constitución en un sistema jurídico. El papel de la discutida creatividad de esta interpretación es, así, muy importante para todas las áreas de regulación legal y de actividades del Estado en las que la Constitución sea relevante y/o aplicable [que, en el contexto de Estado Social y democrático de derecho, puede decirse que su aplicación es en la casi totalidad de los supuestos que se puedan presentar, incluso los de derechos sucesorales; y ello es así, habida cuenta que, generalmente, todos los casos discutidos son susceptibles de ser llevados a una controversia referida a los principios jurídicos recogidos en el texto constitucional (Cfr., Atienza y Ruiz, 1996, p. 2 y sigs)]. Esto se hace claramente patente en la oposición entre las ideologías dinámicas y estática de interpretación constitucional, como en la discusión que concierne a las instituciones particulares de esta interpretación y de sus funciones” (Wróblewski, 1998, p.90).

En segundo lugar, por un lado, que dicha interpretación se corresponde mejor con la ideología dinámica descrita por J. WRÓBLEWSKI como sigue.

Según una ideología dinámica, una interpretación constitucional debería adaptarse a las necesidades políticas en el contexto cambiante de las actividades del Estado. La constitución fija algunos principios, pero el lenguaje constitucional, al menos en muchas disposiciones, es un lenguaje abierto (*open-ended*), utiliza cláusulas generales que se interpretan según la política ejecutada en el Estado. En este sentido, las reglas constitucionales carecen de significado fijo y la Constitución sólo expresa <<*les lignes essentielles de la philosophie politique gouvernementale*>>. (...). La interpretación constitucional cumple funciones políticas, se basa en valoraciones políticas. La interpretación constitucional institucionalizada otorga enormes poderes políticos a los intérpretes oficiales. Al Tribunal Supremo de EE.UU se le tiene como un *policy-marker* y la historia de su actividad, desde los tiempos del *New Deal* (...) demuestra ese papel y el significado cambiante que se atribuye a las reglas constitucionales de EE.UU. El poder de la interpretación constitucional es tan relevante por razón del impacto del contexto funcional sobre el significado de las reglas constitucionales (Wróblewski, 1988, p.79-80).

Y por otro lado, que la referida interpretación pivota sobre el desacuerdo y/o la duda respecto al significado de una disposición o, más exactamente, como dice J. RAZ:

“La interpretación sólo es posible cuando el significado de lo que es interpretado no es obvio” (Raz, 1996, p.26).

Esta indicación, aunque pareciera trivial, tiene consecuencias importantes que, sin embargo, suelen olvidarse con frecuencia en los argumentos justificatorios del fallo judicial.

1.10. La atribución de significados a los textos legales no es cognoscitiva.

El proceso de asignar significados no es cognoscitivo; es un asunto de decisión que, por supuesto, puede estar apoyada en razones más o menos convincentes (Cfr. Bulygin, 1999, p.470-471) Más claramente, cuando el intérprete atribuye un significado a la disposición legislativa que interpreta, la interpretación se convierte en una actividad discrecional (Cfr. Alchourron, 1991, p.444/ Ezquiaga, 2000, p.190). Y es que, como ha dicho H. L. A. HART, “en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto” (Hart en Moreso, 1997, p.238), con lo cual, puede afirmarse que los jueces, aunque no fuere en todos los supuestos, crean derecho.

2. Desacuerdos interpretativos y actividad discrecional. La motivación.

En efecto, el desacuerdo obliga a precisar la naturaleza lingüística, sistémica o funcional del mismo o si, en su defecto, se trata de varios o de todos ellos; y la importancia de esta delimitación radica en que, por un lado, contribuye a enmarcar adecuadamente el ámbito decisorial en el que el juzgador le tocará desenvolverse, y por otro, que dependiendo de su naturaleza los desacuerdos serán de tipos diferentes (Igartua, 2003, p.122-127) y, por tanto, diferentes sus necesidades de justificación racional.

No obstante, es cierto (y hay que admitirlo) que “de cara a justificar su decisión, es preferible para el juez apelar al sentido unívoco del texto claro, del que él es un simple lector, que a la autoridad de que está investido para imponer su interpretación del documento normativo controvertido. Su actividad resulta de la primera forma mucho más aséptica y la credibilidad de su decisión (al menos

desde un punto de vista formal) mucho más acentuada. En este caso el juez no decide, sino que simplemente pronuncia lo establecido por el legislador” (Ezquiaga, 1984, p.42).

Sin embargo, también cierto que esta es una disyuntiva falsa: no se trata de optar entre decir que un texto es claro o, en su defecto, imponer la interpretación del juzgador sino, más bien, de ejercer el poder discrecional de interpretar que subyace al ejercicio de la jurisdicción permitiendo el control intersubjetivo de lo decidido y siguiendo los cánones que permiten hablar del ejercicio legal y legítimo de aquellos poderes discrecionales por cuyo través el juzgador elige (opta por) una decisión en lugar de otra.

En esta perspectiva, han de puntualizarse los momentos en los que el juez se ve compelido a optar -o sea, a elegir entre distintas opciones para decidir; en palabras de Ferrajoli, esta elección es producto de que “la actividad jurisdiccional se identifica en el entrelazamiento de ‘saber’ y ‘poder’, en los que siempre hay márgenes de discrecionalidad potestativa más o menos amplios, pero irreducibles más allá de ciertos límites” (Ferrajoli, 1997, p.63) -, los cuales deben constar expresamente en la sentencia, pues “la elección entre un método de interpretación u otro no es objetiva sino valorativa” (Ezquiaga, 1984, p.43); de ahí que “la elección entre interpretación subjetiva u objetiva, lógica o teleológica, literal o sistemática (...) no son adoptadas por el jurista práctico sobre el fundamento de abstractas argumentaciones metódicas, cuanto sobre el objetivo de la relevancia de los resultados a los que tal elección en concreto conduce, y, por eso, a fines prevalentemente justificativos” (De Ruggiero, en Ezquiaga, 1984, p.43).

La validez de estos asertos puede confirmarse con un somero examen de la jurisprudencia de cualquier sistema judicial, lo que bastará para comprender que las directivas se eligen según las circunstancias, que es una actividad discrecional y, además, que no existe lo que podríamos llamar <<el método favorito de cada juez>>. Estos no sienten especial predilección por un

método determinada por la ideología del juez de cara a la aplicación de la interpretación (Ezquiaga, 1984, p.43-44)..

Puede decirse con A. ROSS que, en lo que atañe a la interpretación del derecho legislado, no pueden darse reglas fijas; lo más que puede alcanzarse es un estilo de método o estilo de interpretación y, por ello, el grado de certeza de las aserciones concernientes a la interpretación es muy bajo (Cfr. Ross, 1997, p.144). Y es que “los métodos de interpretación son susceptibles de ser enunciados de forma muy diversa, pueden ser utilizados de manera muy variada y, finalmente, (...) un mismo método proporciona sentidos diferentes de un mismo documento normativo” (Ezquiaga, 1984, p.46). Si esto es así, es decir, si un método es susceptible de ser entendido de varias formas, también serán diversas las maneras en que pueda ser utilizado” (Ezquiaga, 1984, p.48).

Por tanto, al no existir “criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable” (Ross, 1997, p.190), y es por lo que “las máximas de interpretación no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que –dentro de ciertos límites- habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo, preserva la ficción de que sólo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación” (Ross, 1997, p.190-191).

Pues bien, sobre estas cuestiones gira la motivación (Igartua, 2003, p.127) de la decisión⁶, y todo porque, como señala El Tribunal Constitucional Español, “en contra de lo que con naturalidad ocurría en el Antiguo Régimen –haciendo referencia a la situación histórico-política anterior a la Constitución Española de

⁶ Aclaro que entiendo por “decisión” lo que define la elección; de ahí que, “decisión” en este sentido no es el equivalente a la designación del resultado (conclusión) de la actividad judicial y, por tanto, ningún acto de decidir, en cuanto tal, puede ser inferido por vía de razonamiento lógico (deductivo), es decir, la decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinado por la lógica (Cfr., Alchourrón, y Bulygin, 1991, p.303). el que la decisión sea un acto de voluntad no lleva consigo que ya por ello es un acto arbitrario, y tampoco que se configure como un ejercicio del más puro decisionismo judicial.

1978-, en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado. Con ello se cumple (...) con la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial ..." (Tribunal Constitucional Español, Sentencia núm., 24/1990, de 15 de febrero, fundamento jurídico 4).

2.1. Atribución de significados: explicación y justificación.

Esas Razones no pueden ser de cualquier índole, pues de poco vale una descripción exhaustiva de una <<ratio decidendi>> que, a la postre, hilvana razones polivalentes; esto es, de fallos que se excluyen recíprocamente: las razones que fundamentan el fallo han de ser razones con fundamento (Cfr. Igartua, 2003, p.59). Y esto no es un simple juego de palabras, pues de aquí emerge la necesidad de fundamentar el fallo en razones justificativas, no en razones explicativas.

Las razones explicativas son distintas a las razones justificativas. En efecto, como lo ha apuntado M. CRISTINA REDONDO,

"toda explicación tienen un propósito descriptivo mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo. El aspecto interno, esto es, la intención de explicar, presupone el interés cognoscitivo de hacer inteligible la acción. En contraste, la intención de justificar presupone el interés práctico de evaluarla o aprobarla" (Redondo, 1996, p.79).

Para decirlo con palabras de C. S. Nino,

"las razones *explicatorias* se identifican con los motivos. Ellas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicatoria o motivo está dado por una combinación de creencias y deseos (...). Las razones *justificadorias* u objetivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si (desde algún sistema de valores –jurídico-fácticos- en que debe basarse la justificación) fue buena o mala desde distintos puntos de vista" (*La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág., 126).

Decir que un juez condenó a X por el homicidio de Z porque cree que es culpable y desea que se todo comportamiento inmoral sea castigado significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en la

interpretación del artículo del Código Penal vigente que castiga el homicidio significa enunciar una razón justificatoria, de ahí que, como señala M. ATIENZA,

“los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas” (Atienza, 1997, p.23).

Solo las razones justificativas permitirán determinar si es aceptable, o no, la decisión adoptada, siempre partiendo de algún sistema de valores en que debe basarse la justificación.

En definitiva, como estamos en el ámbito de un recurso de interpretación y lo que se discuten son significados (no la norma aplicable al caso), lo propio de las decisiones jurídicas en general, y de la interpretación constitucional en particular, es que el Juez o Tribunal justifique la selección de las directivas interpretativas y las valoraciones por las que ha optado para atribuir significado a la disposición constitucional objeto de interpretación; pero además, ha de justificar porqué deja de seleccionar otras directivas interpretativas y otras valoraciones que se consideran aplicables para atribuir significado a la disposición en referencia, y, de paso, “identificar todos los argumentos determinados por los problemas básicos que tendrían que resolverse si la decisión fuera racional” (Wróblewski, 1998, p.62).

En esta perspectiva, “parece claro que un problema de interpretación puede plantearse siempre como un problema semántico, un problema de atribución de significado a un término, a un enunciado o a un conjunto de enunciados, (es decir, a un material jurídico) lo cual exige la utilización de una regla semántica (previamente existente o creada para la ocasión) que, a su vez, habrá que justificar argumentativamente”, y “un juez que tenga que motivar una decisión (originada en un problema interpretativo) no puede dejar de hacer las operaciones que se acaban de señalar aunque (...) su cometido no se termine ahí” (Atienza, 1999, p.135)

2.2.- El papel de la jurisdicción.

Sentado lo anterior, importa destacar -por las razones que seguidamente apuntaremos- que, en los tiempos que corren, resulta insostenible afirmar, como lo hacía MONTESQUIEU, que "los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes" (B. De Montesquieu, 1984, p.199).

Porque es evidente que hoy este pensamiento ha muerto⁷ y la posición del juez se ha modificado sustancialmente, cuestión que es reafirmada de G. DEL VECCHIO:

"sólo una concepción errónea de la Ciencia jurídica podría desear para sus normas aquella rigidez mecánica que convertiría al Juez en un autómatas, haciendo del *summum jus* (...) una *summa injuria*. De una aparentemente mayor determinación de esas normas derivaría, no ya sólo una más perfecta correspondencia de las mismas con todas las clases de hechos, sino una mayor dificultad para mantener su espíritu, en relación con la realidad siempre nueva y siempre distinta" (Del Vecchio, 1967, p.139-169).

La referida modificación ha operado tanto por la imposibilidad de mantener, desde el estrado judicial, una concepción del discurso judicial inspirada en la certeza, en la verdad inequívoca y unívoca y, en fin, en la absoluta objetividad que automáticamente excluye y desacredita las soluciones alternativas a las que toma el cuerpo colegiado, pero también, y como corolario de lo anterior, porque la imagen de la jurisdicción como actividad sustancialmente mecánica y aséptica, que se basa sólo en un saber técnico, no se corresponden con la exigencia del juez responsable, propia de las democracias actuales, en las que ley, derechos y justicia no son equivalentes.

⁷ Desde el punto de vista que aquí interesa, la muerte de Montesquieu alude al fin de una idea de la división de los poderes según la cual "el juez no es sino un instrumento de la letra de la ley". En realidad, para Montesquieu el judicial es "en cierto modo un poder nulo", en tanto es simplemente "la boca que pronuncia las palabras de la ley". Esta concepción de la administración de justicia fue llevada a la práctica en Francia y, luego, difundida a otras naciones del continente, por la perdurable reforma de Napoleón Bonaparte, y cuyo ocaso puede que se iniciará con la obra de H. Kelsen (Cfr. Caro, 2002, p.1). Ahora bien, si ya nada es como en su día imaginó Montesquieu, en las democracias occidentales más maduras, su muerte rejuveneció, paradójicamente, la reflexión jurídica y política, y terminó alumbrando nuevas reglas de funcionamiento de los poderes del Estado, que se corresponden con la formulación contemporánea de los principios democráticos fundamentales y, en líneas generales, preservan los imprescindibles equilibrios funcionales, los controles y las responsabilidades que guían la actuación de los tres poderes públicos tradicionales.

En efecto, respecto a esta cuestión importa destacar, con O. BACHOF, algo que, a fuerza de evidente, no deja de ser importante: el constitucionalismo y el liberalismo clásico tenían una gran fe en la ley y en el legislador —que contrastan con su desconfianza hacia el juez—, en los que veían la garantía contra el arbitrio de la autoridad, y este es el motivo de la “vituperada equiparación positivista entre ley y derecho” (Bachof, 1963, p., 39).

Hoy día, en cambio, cuando ya no se puede equiparar ley derechos y justicia, todo poder necesita justificar sus decisiones de manera adecuada y suficiente, habida cuenta que la sociedad está interesada en la funcionalidad del sistema normativo y estatal antes que en sus, siempre retóricas, declaraciones de principios, y al no existir aquella equiparación ya no basta indicar que la aplicación de la ley es la atribución del derecho y el otorgamiento de la justicia, que demandan una justificación adecuada y suficiente en cada supuesto fáctico.

Hoy día no sorprende la afirmación de que la elaboración del derecho no es tarea única del parlamento (derecho legislado) sino también de la jurisdicción —derecho interpretado— puesto que como afirma P. Ibáñez, el Estado constitucional de derecho comporta, cierta redistribución del poder a favor del judicial, como consecuencia de la mayor relevancia del papel de este y de la consiguiente revitalización de su independencia; también conlleva un replanteamiento del criterio de legitimidad del la jurisdicción (Ibáñez, 2003, p.252) cuya función judicial no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas y, en definitiva, por la Constitución (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español núm., 120/1987, de 10 de julio), sin que esto implique, como acertadamente lo ha señalado A. E. PÉREZ LUÑO, menoscabo de la seguridad jurídica.

La moderna ampliación de las facultades hermenéuticas del juez en la búsqueda de la decisión justa, al decir de E. PÉREZ LUÑO, no actúa en detrimento de la seguridad jurídica, siempre que este realice un ejercicio de

racionalidad práctica basado y controlado por el conjunto de fuentes normativas y los valores ético-políticos que inspiran el sistema jurídico, de modo que con esa opción a favor de la justicia no se menoscaba sino que se refuerza la seguridad jurídica, pues esta es una categoría axiológica más amplia y compleja que la mera seguridad legal (Cfr. Pérez, 1991, p.103-104).

De este modo, como resalta A. M. PEÑA FREIRE, la actividad jurisdiccional deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo. Ahora, la función jurisdiccional adquiere relevancia constitucional y el poder judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. *Frente al imperio de la ley surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores constitucionales.*

Por consiguiente, el poder judicial se convierte en el guardián del derecho en su expresión constitucional: su función será la realización del Estado constitucional de Derecho o, también, el control jurídico de las distintas posibilidades de realización del programa constitucional, en donde la función jurisdiccional detenta un contenido garantista, que se expresa en dos vectores: mediante la corrección jurídica del ordenamiento conforme a su sentido constitucional y, además, la garantía de una solución desde el Derecho para el conflicto entre derechos e intereses legítimos que se plantee (Peña, 1997, p.233).

Así, dado que el elemento primario que caracteriza la jurisdicción es la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos en todos los momentos y procesos jurídicos, el juzgador en el ejercicio de su función sólo está vinculado a Derecho y en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluido aquel que se refiere a la centralidad de sus pretensiones e intereses legítimos (Peña, 1997, p.288-289).

En cualquier caso, y sea como fuere, parece de recibo señalar, como ha destacado K. LARENZ, que en la actualidad,

“toda reciente metodología jurídica está de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente ‘preprogramadas’ en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez siempre ha de emitir (también) juicios de valor y que, a este respecto, le queda un cierto margen de libre enjuiciamiento” (Larenz, 1994, p.496).

Pareciera que va de suyo lo que venimos planteando y que, al efecto, se trata de una disquisición meramente académica que, por evidente, no hace falta referir. Sin embargo, esta consideración perderá pronto todo su sabor meramente académico cuando el lector se complazca en pensar, por lo que seguidamente le referiremos, que no siempre ha sido así. Para evidenciarlo basta una elocuentísima cita de P. LABAND al respecto, quien resaltaba que la decisión jurídica consistía en

“la subsunción de un supuesto de hecho bajo el Derecho vigente, y es, como toda conclusión lógica, independiente de la voluntad; no hay libertad para decidir si la consecuencia debe darse o no, pues, como suele decirse, resulta de suyo, con necesidad interna. El llamado a decidir puede verse obligado a investigar el hecho y en el establecimiento del mismo se le puede reconocer un amplio espacio de juego para su libre apreciación, pero la configuración del mismo no depende de su voluntad. Del mismo modo, el Derecho objetivo (la proposición lógica superior) puede conceder al juez un amplio poder discrecional, prescribirle que atienda a la equidad, autorizarle una sentencia arbitraria. A pesar de ello, el juez no habrá dado vigencia a su voluntad, sino a la del Derecho objetivo, pues es la *viva vox legis*” (Laband, en Starck, 1979, p.359).

Sin embargo, pese a lo dicho por LABAND, “si la norma individual de la sentencia no contuviese algo nuevo, que no está determinado en la regla general, holgaría el fallo judicial, no sería necesario formular una norma individualizada” (Recansens, 1980, p.215).

De modo, pues, que el juez a lo largo del proceso de aplicación del Derecho, que concluirá con la decisión final sobre la cuestión planteada, elige, valora, extrae conclusiones, vierte opiniones personales, en definitiva, proyecta en su actividad todas sus convicciones, preferencias y opciones, cuando menos, en seis momentos diferentes:

- 1.- En la interpretación de los hechos,
- 2.- En la elección de la norma aplicable al caso,
- 3.- En la determinación de la necesidad o no de interpretar la norma,
- 4.- En la elección del método de interpretación,

5.- En los modos de utilizar los métodos de interpretación (pues estos son, como ya ha quedado dicho, susceptibles de ser enunciados de forma muy diversa, pueden ser utilizados de manera muy variada y un mismo método es susceptible de proporcionar sentidos diferentes de un mismo documento normativo), y

6.- En la elección de precedentes jurisprudenciales y doctrinales (Cfr. Ezquiaga, 1984, p.33).

Esas valoraciones y/o elecciones son, hoy con mayor razón, propicias y, hasta, necesarias en el ámbito del pluralismo constitucional, por tres razones que seguidamente apuntamos:

1.- Por razones de confianza profesional y de técnica. J. Igartua Salaverria lo ha dicho con la claridad que le caracteriza: el que, a los efectos de fijar qué consecuencia jurídica precisa ha de coronar la resolución de la controversia, el juzgador tenga ciertas dosis de libertad es

“perfectamente aceptable y hasta deseable por razones de *confianza* profesional (los jueces están capacitados para escoger la solución mejor al resolver casos individuales) y de *técnica* (no es posible asegurar una buena solución si se excluye todo margen en la elección de consecuencias)” (Igartua, 2003, p.188).

Esto plantea, a su vez, el problema de la obligatoriedad, que recae en el Juez, de motivar el modo puntual del ejercicio de esas dosis de libertad.

2.- Por la indeterminación del derecho en un mundo de leyes desbocadas:

E. GARCÍA DE ENTERRÍA escribía recientemente que:

La segunda gran crisis de la Ley, y seguramente la más grave, es la producida por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las Leyes como consecuencia de su multiplicación incontinente, que, además ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que complementan o ejecutan las leyes. La vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontinente de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético.

La extraordinaria movilidad de las Leyes (continúa diciendo el autor en referencia) y, por ello, su producción masiva,

afecta gravemente al propio basamento del sistema jurídico y a sus dos valores centrales, la justicia y la seguridad jurídica, de aquí que la multiplicidad de las normas nos ha forzado, paradójicamente, a volver los ojos a los métodos precodificadores de la jurisprudencia, a los que pusieron en marcha los juristas romanos y que nunca han dejado de estar presentes en la conciencia de los hombres de Derecho por encima de la envoltura formal de sus normas, y mucho más cuando éstas son tan ocasionales y fugaces como ya nos consta. Ese método es el de la primacía de los principios generales del Derecho, condensado ético de la justicia y reguladores de todas y cada una de las instituciones positivas de un ordenamiento. (...). Solo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas a un proceso de cambio incesante y continuo. Esta situación nos entrega, insoslayablemente, aunque pueda parecer paradójico, a un pensamiento jurídico de valores o por principios generales (García, 1999, p.47.48).

Llegados aquí, se comprende fácilmente la importancia de la justificación racional de las decisiones jurídicas, habida cuenta de la incapacidad de la ley, por su crisis estructural y funcional dentro del sistema jurídico y, con ello, dentro de la estructura del Estado, para legitimar por sí sola las decisiones que resuelvan controversias inter-institucionales, intra-institucionales y extra-institucionales.

3.- porque en la sociedad de hoy es muy compleja y cambia aceleradamente, lo que, a fuerza de obviedad, no deja de tener implicaciones importantes en la concepción y función de la legislación y de la jurisdicción, pues en este contexto conviven en los Ordenamientos jurídicos actuales cierta dosis de rigidez y flexibilidad (Cfr. Parejo, 1993, p.100-101).

Respecto a esta cuestión, importa destacar que la complejidad y diversidad del Ordenamiento aumenta con la de la sociedad: de ahí la propuesta de que “cuando, como hoy ocurre, se producen un alto de diferenciación social y la correspondiente fragmentación del estado de conocimiento y de la conciencia de los grupos potencialmente amenazados, lo indicado son mecanismos que <<pongan a los individuos en condiciones de desarrollar intereses, de defenderlos comunitariamente y de hacerlos valer en los procesos estatales de decisión>>” (Habermas, 2000, págs., 527 y sigs.).

En virtud de estas tres razones, cobra especial importancia la interpretación de las regulaciones jurídicas en función de las situaciones y circunstancias dadas y, por tanto, la creación del Derecho se convierte en un

trabajo en equipo del cuerpo que formula reglas (el Parlamento) y el que administra justicia, esto es, los Tribunales y la maquinaria administrativa (Cfr. Aarnio, 1991, p.33).

La realidad aquí descrita ha movido a algunos autores a resaltar, como lo hace J. HABERMAS, que el desarrollo del Derecho por parte de los jueces ha llegado a “convertirse en una legislación implícita”, que, entre otros problemas puede poner “en peligro la racionalidad de la administración de la justicia” y, de paso, sobrecarga “en exceso la base de legitimidad con que cuenta el poder judicial” (Habermas, 2000, p.517), por lo que, una buena manera de fortalecer esa base es justificando racionalmente el ejercicio puntual de la jurisdicción, en forma tan similar como ocurre en cualquier tipo de decisión⁸, salvando, claro está, las diferencias de contextos, sus exigencias y sus implicaciones.

Lo que antecede ha sido resaltado por la doctrina española: La sociedad moderna, escribe J. IGARTUA SALAVERRÍA,

Ha entronizado la necesidad de justificar racionalmente cualquier tipo de decisión. Lo cual supone el entierro de creencias en iluminaciones privadas y el destierro de aquellas prácticas canonizadas por el autoritario *sic volo sic iubeo* (el equivalente de nuestro vernáculo *ordeno y mando*). En el mundo que nos toca vivir, valga lo que valiere y salvo casos singulares y extrapolados, parece indigno que las opciones de un sujeto sean un frenesí de su capricho. Las decisiones han de estar justificadas. Y queda tácito que las decisiones de los jueces también. He aquí, pues, el abolengo cultural de la motivación de las sentencias” (Igartua, 1991, p.143).

En definitiva, como la organización judicial implica necesariamente la creación de una autoridad que resuelve las controversias con carácter autoritativo (el resultado de una controversia es lo que el arbitro dice que es), y de paso, como dijimos en el epígrafe I y por las razones allí apuntadas, dado que la interpretación (y, con ello, la decisión judicial) presenta cierta complejidad y diversidad (Cfr. Iturralde, 2000, p.527) , más cuando se trata de disposiciones constitucionales, es requisito *sine quo non* de la decisión judicial la motivación; y ello no sólo por una exigencia del orden legal sino, lo que es más importante, por la idea misma de jurisdicción y de su ejercicio en los Estados democráticos, donde

8

no pueden desligarse las ideas de jurisdicción y motivación (Cfr. Iturralde, 1998, p.143).

En este sentido, y como destaca incluso J. IGARTUA SALAVERRÍA, el pensamiento jurídico ha ideado, para fijar los atributos definitorios de los tribunales, una seña de identidad, elevada nada menos que a principio general de Derecho: la obligación de motivar las decisiones judiciales; es decir, la jurisdicción lleva aneja la motivación (Igartua, 1991, p.143).

2.3. La existencia de Votos Salvados es propia del pluralismo contingente de la sociedad actual.

En síntesis, son tal suerte de razonamientos los que nos conducen a entender que no ha de extrañar la existencia de Votos Salvados en las decisiones jurídicas, porque la razón que origina determinar el significado de una disposición constitucional, que luego se expresa en una decisión interpretativa, trae causa en que el significado *prima facie* del texto es dudoso, de ahí que en estos casos, como lo señala J. WRÓBLEWSKI, siempre hay una elección entre significados diferentes, y la manera de eliminarlos es por medio de directivas interpretativas y de valoraciones (Cfr., Wróblewski, 1988, p.29 y 37), que admiten una ubérrima floración de posibilidades y combinaciones al interprete⁹.

Esto no obstante, se requiere precisar dos consideraciones adicionales: la primera, que no cabe confundir *interpretación* con *invención* y/o *descubrimiento* ni *creatividad* con *arbitrariedad*, tal como notaremos más adelante en estos comentarios; la segunda, que incluso, si hay divergencias en las valoraciones asumidas, no queda otra alternativa que resolver *ex autoritate*.

Resultaría muy extenso ilustrar tanto las razones ideológicas a favor o en contra de la tesis de la única solución correcta en la interpretación

⁹ Adviértase que el problema de las decisiones interpretativas, típico de las jurisdicciones constitucionales europeas de control de constitucionalidad concentrado de la ley, son fruto de una ponderación de intereses sustanciales que se extraen de principios institucionales que influyen en el fondo mismo de la decisión, tanto en la interpretación que *resulta* de la decisión como en la interpretación que *lleva* a la decisión (Cfr. López, 2003, p.9-10).

operativa que echan a andar los Tribunales, como el largo y complejo elenco de factores (formales, sustanciales, legales y extralegales) que generan en los sistemas jurídicos indeterminaciones. Basta decir aquí, a los efectos de esta investigación, que “la tesis de la única interpretación correcta es aceptada por cualquier ideología de la interpretación legal operativa que mantenga que la tarea de la interpretación consiste en descubrir el significado de una regla legal que es, al menos en parte, independiente de la actividad del intérprete”. Sin embargo, “existe la posibilidad de establecer que una regla ofrece varios significados y todos igualmente justificables y que queda en manos del legislador (y, por lo que aquí importa, del intérprete) decidirse por uno” (Wróblewski, 1988, p.86).

Las indeterminaciones arriba referidas permiten hablar de la existencia del “pluralismo contingente”, según el cual se atribuye a la indeterminación objetiva del derecho las discrepancias en un tribunal respecto a las interpretaciones. No es este el lugar adecuado para tales disquisiciones, de modo que, sin perjuicio de lo anterior, y sin entrar ahora mismo en dichas discusiones, podemos afirmar que si hubieren interpretaciones diferentes las divergencias insalvables (que no son extrañas a las soluciones jurisdiccionales) serán determinadas en última instancia por un argumento *ex auctoritate*.

He aquí, pues, uno de los tantos problemas relativo, en general, a los límites de la argumentación jurídica y, en particular, a los límites de la justificación de las decisiones judiciales - también a nivel legislativo existe la posibilidad de establecer que una disposición legal ofrece varios significados, todos igualmente justificables, quedando en manos del legislador decidirse por uno o por otro, cuestión sobre la que, no obstante la polémica al respecto, puede afirmarse, en base a lo dicho en el texto, que las posibilidades de elección legislativa no han de extrañar a nadie-, y, en fin, a los límites del conocimiento humano para llegar a la *verdad* como predicado de las aserciones fácticas y a la *corrección* como predicado de las aserciones jurídicas.

2.4. Estupidez ilustrada e ilustrados desesperados.

Desde el punto de mira de las consideraciones que anteceden, se puede afirmar que no se exhibe sino una ignorancia supina cuando se critican fallos, o con pretensiones propias del escéptico ilusionista que se propone un objetivo inalcanzable (esto es, encontrar una solución que, además de agradar a todos, sea la totalmente correcta), o con las pretensiones del escéptico desencantado y frustrado, que se propone el caos debido a las limitaciones humanas (esto es, no existe posibilidad de alcanzar la justicia, por la maldad del hombre, por las injerencias políticas, por las limitaciones humanas, etc). Huelga decir que:

Estas dos posiciones son inaceptables. La alternativa entre el mito ilustrado de la certeza jurídica objetiva y el decisionismo subjetivista en el derecho es comparable a aquella otra, recurrente desde siempre en la historia de la filosofía del conocimiento, entre dogmatismo realista y escepticismo relativista, es decir, entre la pretensión de que la ciencia esté dotada de (o pueda conseguir o justificar definitivamente) la verdad absoluta y la idea de que la verdad es inaccesible y la elección entre teorías concurrentes es arbitraria (Ferrajoli, 1997, p.62).

Se trata, en definitiva, de los 'irracionalistas' y los 'escépticos', que son en realidad 'verificacionistas' y 'justificacionistas desengañados' (POPPER Dixit); y lo que ya no podría asegurarse es si se trata sólo del solapamiento, bajo ignorancia aparente, de otras preferencias no confesadas ni justificadas, o si se trata, en cambio, de incapacidad para responder con la idoneidad y la altura que ha de expresarse un desacuerdo en la práctica forense ante una sentencia cuyos criterios no se comparten.

Tanto unos como otros (irracionalistas y escépticos), en sus intentos frustrados de encontrar una decisión objetiva, pontificante y completamente unívoca, desvinculada del contexto político, que la procuran desde dos perspectivas igualmente inaceptables al tiempo que, desde sus respectivas perspectiva logran, sin proponérselo, un mismo objetivo. En efecto, las críticas se nuclean:

1.- Bien desde el colorido de la crítica política (no de la teoría política sino desde la política personal o partidista), inaceptable en este estrado, toda vez que se confunde el que los jueces no pueden evitar lo político, tal y como lo entiende la

teoría política con otro asunto muy distinto: el de la política personal o partidista, solapando la primera dentro de ésta última.

Si bien se mira, puede afirmarse sin empacho que las leyes, el derecho y la interpretación no son asunto de política personal y/o partidista, al tiempo que se afirma que quienes tienen que ver con el derecho también les incumbe lo político, que no pueden evitarlo y, desde la perspectiva aquí apuntada, hace parte de lo que toda interpretación significa (Dworkin, 2000, p. 143 y 177).

2.- Bien en fin, desde los deseos de argüir a favor de supuestos “vericuetos” interpretativos que no terminan de esbozarse, y de pésimas redacciones (Cfr. Blyde, 2004), que, más bien, son omisiones legislativas que habrán de valorarse con criterios acordes a la teoría general del derecho.

Y el objetivo común que logran no se hace esperar, a saber, el estimular a la audiencia que se deje (des)orientar por criterios tan primitivos como ineficaces, a la retirada al irracionalismo y, con ello, a la ‘guarimba’, a la ‘desobediencia tributaria’ y, en fin, a todo lo que puede suponer la ausencia de cohesión hacia un argumento legítimo y válido.

Las posiciones de los irracionalistas y escépticos párrafo anterior concuerdan, en lo referente a la búsqueda de una decisión objetiva pontificante y completamente unívoca, desvinculada del contexto político, y en este contexto se inscribe, al parecer, la aspiración de G. Blyde cuando, para hacer una crítica desde la postura partidista en referencia a la decisión del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve la interpretación del artículo 203 de la Constitución de 1999, concerniente a determinar el tipo de mayoría parlamentaria que ha de votar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, destaca que “resulta imposible abstraer esta interpretación realizada por el Tribunal Supremo de Justicia de la actualidad política y legislativa” (Blyde, 2004).

En realidad, este aserto parece descubrir el mediterráneo, por lo siguiente. En materia de interpretación constitucional, y siguiendo a J. WRÓBLEWSKI (Wróblewski, 1985, p.102-109), parece que hay cuatro peculiaridades principales:

1) variedad de las reglas constitucionales (en las que se comprenden las reglas de conducta, las que determinan la organización y competencia de los órganos del Estado, las que determinan los fines que deberían llevar a cabo los destinatarios de las reglas constitucionales, las reglas directivas que señalan las funciones que deberían realizarse mediante algún tipo de actividades o los valores que deberían conseguirse);

2) características de los términos utilizados en la formulación de estas reglas (la tipología de términos constitucionales, relevantes para la interpretación constitucional, distingue términos valorativos cuasidescriptivos y descriptivos);

3) aplicabilidad de las reglas constitucionales;

4) *carácter político de la interpretación constitucional*: “la peculiaridad de la interpretación constitucional consiste en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las dudas constitucionales y a las opciones interpretativas. Parece que el papel del contexto funcional y, especialmente, el de sus componentes políticos es muy fuerte. La interpretación de los términos valorativos está mayormente enlazada con la axiología política, y las controversias concernientes a los términos descriptivos y cuasidescriptivos están estrictamente unidas a los problemas políticos de funcionamiento de las estructuras sociopolíticas” (Wróblewski, 1985, p.102-109).

De ser comprobable lo anterior, y de hecho parece serlo, entonces va de suyo que las decisiones interpretativas del Tribunal Supremo de Justicia no se pueden abstraer del contexto político, ya que a ello obedece la concepción dinámica de la interpretación constitucional; por tanto, es una sinrazón arengar contra el fallo porque, en el contexto político en el que se produce, favorezca a

una de las partes en competencia política; la cuestión ha de plantearse, más bien, en términos de si a la vista de la interpretación dinámica de la Constitución está justificada la elección interpretativa formulada en el fallo y, por tanto, si el mismo se sostiene o resulta inaceptable.

Es lo que siempre ocurre cuando los comentarios se ahorran, inicial y finalmente, todo esfuerzo de afinar al máximo posible y de acotar con todo rigor técnico el problema sobre el que se pretende discurrir o debatir, ahorro que muy pronto pasa la cuenta en forma de dificultades añadidas, que muchas veces llegan a ser tan insuperables como estériles y, en muchas ocasiones, hasta con el despropósito de la huidiza manera de enturbiar con lo trivial y con réplicas aparentes (no argumentos), que, a decir verdad, no asumen siquiera jerarquía de falacias merecedoras de aclaratorias y/o desenredos.

El hecho de que la atribución de significados en la interpretación constitucional no sea apta para alcanzar la absoluta objetividad, que la técnica jurídica o, quizá mejor, su uso, y la preferencia de una técnica frente a otra no sea neutral (Cfr. Igartua, 2003, p.102-103/ Igartua, 1999, p.23 y sigs), aunque tampoco pueda decirse que la misma legitima cualquier decisión ni siempre más de una [por ello merece la pena suscribir que, como atinadamente se ha escrito, “la única objetividad posible en el Derecho es la objetividad de la técnica jurídica. Fuera de ella o al margen de ella, todo es puro decisionismo, gratificante cuando coincide con los propios intereses, pero insoportable en caso contrario” (Fernández, 1998, p.134)], como tampoco son neutrales los jueces algunas veces y que, en definitiva, en el ámbito jurisdiccional haya lugar para momentos de decisión, no autoriza a la crítica de ilustres profesionales del derecho que, debe lamentarse, no haya podido regalarnos ni una sola muestra confirmatoria de lo que sostienen.

De ahí que respecto a estas críticas que llaman al escepticismo pueda decirse, siguiendo a H. L. A. HART, que “el escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y

podrían anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna” (Hart, 1963, p.173).

Así, vale la pena recordar a estos efectos que, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional español, la Constitución “no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada” (Tribunal Constitucional Español, núm., 11/1981, f 8º) y, por tanto, el hecho de que existan en la interpretación jurídico constitucional intersticios de la legalidad que permitan el arbitrio judicial (Cfr. Nieto, 2000, p.224 y sigs), ello no es óbice para negar y hasta, casi, evitar -como se ha pretendido- tanto la crítica *auténtica* (a la vista de que se desdibuja el problema real) como la delimitación de la verdadera dimensión del problema, que es lo que pretendemos en el epígrafe que sigue.

2.5.- Parcialidad política o ejercicio de poderes discrecionales en la jurisdicción.

En la perspectiva indicada *supra*, tampoco parece razonable atribuir a los fallos del Tribunal Supremo de Justicia defectos que, al efecto, no pasan de afirmaciones infundadas y, de paso, a adjudicar dichos supuestos a compromisos políticos y a la falta de cualidad de quienes deciden, agravados por una actitud tan pontificante como si hubiere una rabiosa relación de causalidad, y por la propia naturaleza de las cosas, entre supuestos defectos del fallo y supuestos compromisos políticos de los Magistrados.

¡No; no es eso señores abogados!, porque resulta una simplificación inadmisibile, que, si obedece a algún modelo teórico, no puede ser otro que el monolítico, preocupado exclusivamente por las exigencias de reducción de la complejidad, por la generalidad, la pretensión de aplicar herramientas de carácter general y predeterminadas a problemas históricos concretos, que antepone las exigencias conceptuales a las evidencias reales y sacrifica éstas a las primeras, que

desconoce la complejidad y la flexibilidad, e impide ofrecer una imagen multiforme del Derecho.

La referida imagen es, por lo demás, adecuada a la compleja naturaleza del mismo. Sin embargo, esa simplificación excesiva, apuntada en el párrafo que antecede, pareciera la propia de los <<abusos>> de quienes V. FAIREN GUILLÉN decía que “todo lo que les molesta resulta inconstitucional” (Fairén, 1990, p.57), y además, lejos de analizar para aclarar, oscurece la verdadera comprensión del problema, que va mucho más allá y es mucho más complejo que esa explicación basada en las, supuestas, sinrazones de la actividad judicial.

Efectivamente, por lo que se refiere concretamente a las relaciones del Poder Judicial con el resto de los poderes públicos en las democracias avanzadas, los principales debates y conflictos giran alrededor de los siguientes asuntos (Cfr. Caro, 2002, p.1):

- 1.- el llamado activismo judicial;
- 2.- la independencia e imparcialidad de los jueces, y el control democrático al que debe estar sometida la magistratura;
- 3.- los conceptos de responsabilidad política y responsabilidad criminal de los gobernantes;
- 4.- la judicialidad de los actos políticos; y.
- 5.- el problema de la discrecionalidad de los jueces.

En este último, y en la independencia e imparcialidad de los jueces, es donde se ubican los problemas de la decisión interpretativa que comprenden los fallos del Tribunal Supremo de Justicia que traen causa en recursos de interpretación de disposiciones constitucionales.

Y es este el contexto en el que hay que reparar, sin ánimo de exhaustividad, que según se use un argumento de la interpretación gramatical o de

la sistémica o de la funcional, el significado que se le atribuye a una disposición puede ser notablemente distinto, e incluso puede ser distinto aunque se adopten argumentos de un mismo tipo (Cfr. Igartua, 1994, p.100 y sigs).

De ahí que, más allá de sus posibles defectos y de la aparente relación de causalidad entre los supuestos del fallo y la tarea especulativa de adjudicárselos a compromisos políticos de los Magistrados, se trata más bien de que, frecuentemente, argumentos interpretativos diversos permiten justificar tesis interpretativas en contraste, e interesa reparar en que lo aquí indicado no ocurre solamente en la atribución de significados a las disposiciones legislativas; también sucede igual con los conceptos del derecho público, puesto que,

“si valoramos en su conjunto la reflexión científica sobre el derecho público llevada a cabo en estas décadas, no podemos dejar de notar que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados de la tradición. Ahora bien, *ya no producen significados unívocos y estables*. Al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que de ella derivaba, *los significados resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público*” (Zagrebelsky, 1999, p.12).

Por tanto, conviene tener presente que a un mismo texto jurídico le son atribuibles significados diversos y ello no es en absoluto sorprendente: utilizando el método literal, llega un abogado a la conclusión A, mientras que el contrario llega a la conclusión B porque ha utilizado el método teleológico. Y a ninguno podemos reprochar nada, porque ambas son técnicas admisibles (Cfr., Nieto, 1998, p.155) desde dos puntos de vista diferentes aunque complementarios:

1.- Desde el punto de vista político en general, puesto que,

Las sociedades actuales se caracterizan por su carácter plural, que trae consecuencias en el orden constitucional. Porque la aspiración de que los conflictos que se presentan en la sociedad se solucionen bajo el prisma de uniformidad, de lo monocromático y lo monótono, es realidad que pertenece a otros tiempos, por lo que el Derecho Constitucional “es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales”, y la Constitución habrá de entenderse, como dice G. Zagrebelsky y destaca el fallo de la mayoría, como un ‘compromiso de las posibilidades’, y no como un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, por lo que “será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos” (Zagrebelsky, 1999, p.13-14).

2.- Desde la perspectiva técnico jurídica referida a la concepción del Ordenamiento jurídico:

Porque hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan por sí un ordenamiento como podía suceder en el siglo pasado. La crisis de la idea de código es la manifestación más clara de este cambio (Zagrebelsky, 1999, p.39). Y es que, como ha destacado T. R. Fernández, en el conflicto de paradigmas del Estado liberal y del Estado social de Derecho pugnan aquél por sobrevivir y éste por imponerse, en un contexto de crisis en el que son bien visibles, desde luego, la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas. (...). Es indiscutible que el clásico paradigma del Estado liberal de Derecho, construido a la medida de un Estado y de una Administración limitados a mantener el orden que necesitaba una sociedad económica y expresado en una ley abstracta y general que operaba a partir de casos típicos a los que asociaba consecuencias jurídicas claramente definidas, aportando de esa forma la imprescindible seguridad jurídica frente a eventuales —y puntuales— intervenciones de la Administración, ya no puede explicarlo todo. El Estado social, que aspira a la justa distribución de las oportunidades y compensaciones sociales, reclama, ciertamente, otro tipo de ley, una ley orientada a fines, y otro tipo de actuación administrativa, que se resiste a una predeterminación normativa concluyente (Fernández, 1999, p.255-256).

3.- Por las implicaciones propias de los métodos de interpretación autorizados en el Derecho.

El problema que desde esta perspectiva se plantea consiste en que, salvo escasos supuestos en que el propio Ordenamiento establece qué métodos han de usarse para interpretar y en qué orden, no existe un orden de preferencia respecto a los métodos a utilizar, de modo que se instauren criterios para preferir un tipo de interpretación o de resultado interpretativo en detrimento de otros, con lo cual, la decisión queda, como se insiste en el texto, a merced de la discrecionalidad del intérprete. Y como cada método interpretativo propicia ciertos valores en detrimento de otros, serán entonces las preferencias valorativas del intérprete las que determinan los resultados de la interpretación al optar por uno u otro método (Cfr., Igartua, 1994, p. 84 y sigs).

Cuestión distinta es que, en lugar de arengar contra los Magistrados, se afirme que no sería descabellado pensar que se ha preferido la utilización de determinados métodos de interpretación en lugar de otros porque se buscaba llegar a un resultado querido en lugar de otra conclusión también posible y, hasta, admisible, sólo que productora de un resultado no querido (o no preferido) por el intérprete, toda vez que podría afirmarse que, en buena medida, “de la elección del método interpretativo depende el resultado jurídico, ya que frente a un mismo texto y frente a un mismo caso práctico la elección de una u otra vía interpretativa puede conducir a soluciones divergentes” (Ezquiaga, 1984, p.45),

Y todavía más: la concepción teórica sobre interpretación podría prefigurar inexorablemente el esquema adecuado de <<motivación>> para las decisiones interpretativas (Cfr. Igartua, 2003, p.136).

Ahora bien, obsérvese que si este es el sentido del problema, también sería distinta su concepción y sus consecuencias, como seguidamente veremos.

En efecto, si se asume la cuestión desde esta perspectiva, entonces ya no se podría hablar de relación de causalidad entre el resultado del fallo y los compromisos políticos de los magistrados que suscriben el mismo sino, más bien, de que el juzgador ostenta poderes decisorios que se manifiestan en el uso discrecional de las distintas opciones interpretativas, poderes que debe justificar adecuadamente cuando los utiliza en sede de interpretación constitucional, dado que aquí no son admisibles las actitudes judiciales presididas por el uso irreflexivo de la discrecionalidad inevitable.

Ocurre sin embargo que, desde esta perspectiva, los esfuerzos de rigor jurídico demandan mayor dedicación que la simple denuncia en titulares de periódico, pues se ‘choca de frente’ con barreras que, si bien no son nada insuperables, demandan la criba adecuada para opinar, con propiedad, respecto a los problemas jurídicos de interpretación de disposiciones jurídicas y, en nuestro caso, constitucionales.

En efecto, un análisis que parta de estos supuestos admitirá, necesariamente, que las normas no hablan de sí mismas, y que toda norma, para existir, tiene que ser *leída*, esto es, valorada, interpretada o aplicada por alguien.

Esta lectura, y esto es lo más importante a nuestros efectos, “puede hacerse desde numerosos y variados puntos de vista que, necesariamente, afectarán al propio significado normativo. La conclusión es evidente: las normas no son ecuaciones o factores neutros sino *cadena de argumentación* que, en todo caso, traducen *valores ideológicos e intereses sociales, políticos y económicos*”(Peña, 1997, p.21-22).

Y, desde luego, estas afirmaciones no son tampoco neutrales sino que, más bien, penden de una concepción específica, en la que consideramos al Derecho como una realidad multidimensional, variable, contextual y epistemológicamente abierta a su entorno (Peña, 1997, p.29).

Hoy 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, y 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 (Cfr. Dicoti, 1997, p.117/ Dworkin, 2000, p. 143 y sgs).

Además, el punto de partida del discurso jurídico, como acertadamente apunta R. ALEXY, “lo constituyen las convicciones normativas realmente existentes, que con frecuencia son incompatibles entre sí” y “puesto que no todos los pasos de la argumentación están fijados y algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada, existe por ello siempre la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo”.

Por tanto, queda un “amplio campo de lo posible discursivamente en el que puede justificarse tanto un determinado enunciado normativo como su negación, sin infringir las reglas del discurso” (Alexy, 1997, p.273).

Para decirlo con otras palabras:

Por un lado, “el juez es un decisor racional que bajo condiciones de incertidumbre procura maximizar la certidumbre legal” (Aarnio, 1990, p.65);

Por otro lado puede afirmarse que, formalmente, la solución de una controversia jurídica consiste en un conjunto de restricciones, que definen el espacio de soluciones posibles, y una regla de decisión que permite elegir la solución dentro de ese contexto.

Dado que tanto las restricciones como la regla de decisión pueden ser cambiadas, entonces una misma controversia puede ser resuelta en un sentido u otro, según sea el marco considerado. Y la valoración exhaustiva de las consecuencias prácticas que de la aceptación de las reglas de derivación (inferencia) empleadas se pueden llegar a producir, traerá como consecuencia preferir una solución coherente a otra solución coherente, en razón de considerarla más aconsejable para el logro de un determinado fin (Barragán, 1990, p.65).

De los párrafos anteriores se observa palmariamente que existe la posibilidad de encontrar más de una solución jurídicamente correcta al significado de la disposición interpretada, y con mayor razón cuando se repara en el carácter inductivo de las conclusiones obtenidas en la interpretación de las disposiciones y en la aplicación de las mismas a las situaciones fácticas concernidas.

El referido carácter permite afirmar, con P. ANDRÉS IBÁÑEZ, que no hay, pues, sentencia, que, como hipótesis, no pudiera haber sido otra distinta. Pero dirigir este argumento de principio como reproche contra una resolución tendría que llevar, no a revocarla, sino, directamente, a cerrar los tribunales (Ibáñez, 1998, sp). Y es que, como los métodos de interpretación del Derecho son múltiples y diversos, ellos registran diferencias sustanciales entre sí y, en consecuencia, también difieren las conclusiones obtenidas por quienes los aplican (Cfr. Cueto, 1998, p.111).

Por tanto, está claro “que si un juez se vale de un conjunto de directivas y valoraciones diferente al conjunto de directivas y valoraciones de otro juez, la disposición interpretada tendrá dos sentidos diferentes”(Igartua, 1994, p.91), de manera que, como ha enfatizado A. NIETO, la inevitable discrecionalidad judicial no se debe a una especial testarudez o soberbia de los jueces sino a la naturaleza de las cosas¹⁰: porque las leyes y los Tribunales y, en definitiva, el Derecho son

¹⁰ Desde una perspectiva lingüística se ha advertido que “las interpretaciones posibles de un término legal son tantas como resulten compatibles con los límites de su significado en nuestro lenguaje (nuestro lenguaje ordinario y/o nuestro lenguaje técnico-jurídico) y con la lectura contextualizada de ese término”, si bien se resalta también que esto pone el “límite a las interpretaciones posibles”, porque “todo lo que traspase ese límite ya no será interpretación de esa norma” (García, 2001, p.87).

así y no pueden ser de otra manera (Cfr. Nieto, 1996, p.19-20), siendo el Derecho, como atinadamente lo destaca J. PÉREZ ROYO, la más frágil de todas las ramas del saber, muy a pesar de que es, sin embargo, la que más incidencia tiene en nuestra vida. Y en efecto, como destaca el autor citado, “en el Derecho no hay reactivos químicos, ni microscopios, ni aceleradores de partículas. El jurista no dispone nada más que de la palabra. Ésa es su única herramienta para analizar las relaciones humanas y dar respuesta a los conflictos que se plantean en la convivencia entre unos y otros. El Derecho es, por tanto, la más frágil de todas las áreas del saber” (Pérez, 1998, sp)-.

Esto sin perjuicio de que las indeterminaciones propias del derecho únicamente permiten que, a veces, sean jurídicamente aceptables más de una solución, no que se pueda aceptar cualquier solución, porque ello implicaría, ya no indeterminación sino ausencia de regulación, y por tanto, falta de la objetividad necesaria para el avance del derecho y para evitar la arbitrariedad, y como ha destacado PÉREZ ROYO: “el progreso científico en el mundo del derecho se ha expresado siempre en la afirmación de criterios y técnicas de objetivación del razonamiento jurídico, con la finalidad de, en la medida de lo posible, reducir el subjetivismo y suprimir la arbitrariedad” (Pérez, 1998, sp).

Adviértase que lo anterior no atenta contra la bodierna estructura y organización judicial: simplemente, así como existen situaciones en que una disposición legal, pese a su claridad lingüística y sistémica, puede ocasionar dudas en un contexto funcional dado, así también existen situaciones en las que jurídicamente son defendibles soluciones alternativas, pese a que existirá otro núcleo de cuestiones en las que no habrá modo de razonar con argumentos válidos y aceptables más que una de las soluciones que hayan sido propuestas.

Además, de la práctica de las decisiones judiciales puede afirmarse su *independencia* y su *imparcialidad*: lo primero “en la medida en que, *primero*, los programas jurídicos del legislador no vulneren el núcleo moral del formalismo jurídico; y en la medida en que, *segundo*, las consideraciones de tipo político y de

2.- O bien con la retirada al irracionalismo optamos por la relación de fuerza y menoscabamos su coacción legítima, esto es, la coerción estructural que se obtiene, como nos enseña J. HABERMAS, mediante un sistema de normas respetado por todos (Cfr. Habermas, 1973, p.118).

Así como este mecanismo (jurídico) sirve para lograr una distribución desigual del producto social y, sin embargo, legítima por aquella coerción, lo mismo vale, *mutatis mutandi*, para las discusiones jurídicas y políticas referidas a la organización del Estado y de sus instituciones: la única manera de darle cauce a las diferencias es aceptando el sistema de reglas y principios jurídicos, así como las consecuencias derivadas de su aplicación.

Esto sentado, parece importante recordarles aquí a los críticos desesperados lo que, con buen criterio y en relación a decisiones del Tribunal Supremo español con altas implicaciones políticas, ha señalado J. PEREZ ROYO: "la sentencia tiene, en consecuencia, que ser acatada y respetada. Pero la obligación de acatamiento y respeto no sólo no es incompatible, sino que presupone el derecho a disentir de ella y a criticarla públicamente. En nuestro derecho a disentir y a criticar públicamente las resoluciones judiciales está el fundamento de nuestra obligación de acatarlas y respetarlas y no a la inversa" (Pérez, 1998, sp).

De ahí que resulte fuera de lugar, por un lado, la incitación a irrespetar la decisión¹¹ y, por otro, la referida trivialización de la discusión con apariencia de crítica, porque esta última ha de hacerse con razones y fundamentos suficientes como para que merezcan el calificativo de crítica y disenso, en cuyo contexto, por cierto, no entran (ni califican como tal) los insultos y vejámenes que invitan a la irracionalidad.

¹¹ Lo indicado en el texto aparece ganado muy a pulso en comentarios que, firmados por un conspicuo miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (me refiero a J. Muci-Abraham), se dirigen a calificar de "indignos" a los magistrados que votaron la decisión que comentamos, y a señalar que son "*jueces traidores a la Constitución, inmorales, deshonestos y sinvergüenzas en la cúpula de Poder Judicial, deshonorado hoy, más que nunca antes, en el discursar de nuestra vida republicana*" (Cfr., *La "triplea" de Rincón, Delgado y Cabrera*, 2004, Opinión, p.9).

Importa reparar en esos llamados a la irracionalidad, puesto que ni todo vínculo o interconexión de la justicia con el resto de poderes guarda una relación intrínseca con lo indebido o incorrecto jurídica y políticamente, ni toda incidencia de la justicia en la política por medio de decisiones es reprochable, porque el Derecho guarda relación con la política que, en su caso, es preciso delimitar y, a buen seguro, decir que “la interpretación en el derecho es esencialmente política” (Dworkin, 2000, p. 172).

Por tanto, parece importante recordar que M. WEBER tenía ya razón: sólo la cuidadosa preocupación por la racionalidad immanente del derecho mismo puede asegurar independencia del sistema jurídico. Pero porque el Derecho guarda una relación interna con la política, por un lado, y con la moral, por otro, la irracionalidad del Derecho no puede ser sólo asunto del Derecho (Habermas, 2000, p.570). Así, las invitaciones a la irracionalidad no le hacen buen servicio al sistema jurídico, ni es el mecanismo idóneo para reparar contra supuestos fallos en el sistema judicial.

Para alegar vulneraciones del Estado de Derecho no basta hoy día con afirmar *a priori* que se están vulnerando la división de poderes del Estado, o que la decisión X o Z del Tribunal Supremo viola el Estado de Derecho, pues como principio superior el Estado de Derecho no es una magnitud jurídica fija y rígida; antes al contrario, es flexible y admite su modulación según la realidad social, y la indicación y confirmación de las razones que sustentan su infracción es un correlato necesario de la denuncia de su violación (Cfr. Parejo, 1993, p.99-100).

Lo que antecede resulta pertinente con mayor razón si, al efecto se repara en las violaciones y/o infracciones antes referidas no se producen en balde y por referencia a la funcionalidad del sistema en abstracto, sino más bien en un contexto dado y sobre la base de actuaciones específicas, de modo que la posición central de los problemas se ha trasladado, desde los contenidos del sistema y la confianza (o desconfianza) general en el mismo a la funcionalidad de la sociedad.

En efecto, como apunta A. AARNIO, el juzgador se ve confrontado permanentemente con el problema de la incertidumbre de los contenidos del sistema jurídico, y cuando se especifican sus contenidos, el juez, al igual que el científico, tiene que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas: respetar la *estabilidad* y procurar la *flexibilidad* requerida por las circunstancias.

El primero de estos objetivos sirve a la continuidad, a la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, y permite que las relaciones sociales puedan ser anticipadas. Por otra parte, en la actualidad y como ya ha quedado dicho, la sociedad cambia aceleradamente. Si el Derecho no se ajusta a su ritmo, actúa como un freno del desarrollo, cuando más rápido es el cambio, tanta mayor es la flexibilidad que se requiere del sistema jurídico.

Esta responsabilidad pesa sobre quienes tienen a su cargo la adaptación de la ley a las nuevas circunstancias, y es por esto que, según indica el referido autor, el intérprete estira o ajusta los artículos de la Ley según las circunstancias, de modo que sólo cuando permiten una única interpretación, es decir, cuando han sido estirados hasta su límite extremo, ha llegado la hora de solucionar el problema creando nuevas regulaciones. La estabilidad y las normas estrictas requeridas por la estabilidad se encuentran en estrecho contacto con la llamada ideología del Estado de Derecho. Cuando se enfatiza la flexibilidad, el razonamiento apunta en otra dirección.

En este último caso, siempre según el autor citado, no se destruye directamente la idea del Estado de Derecho, pero privilegia la solución equitativa de cada caso individual. A menudo, el resultado es presentado entonces como el adecuado y correcto en las circunstancias dadas (como especialmente vinculado con los rasgos del caso). Las soluciones son, por así decirlo, modeladas de acuerdo con un propósito especial (Cfr. Aarnio, 1991, p.32-33). Parece que esta perspectiva es la que se corresponde mejor con la idea <<flexibilidad>> y con el carácter <<abierto>> de la Constitución en el marco del pluralismo político, que hemos esbozado anteriormente.

De modo, pues, que así como puede señalarse que la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones y, por tanto, la base para el uso de los poderes discrecionales en la jurisdicción reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener (Cfr. Aarnio, 1991, p.29), así también es de recibo que, en el marco del Derecho que caracteriza al sistema social democrático (Estado Democrático y Social de derecho y de justicia), para arengar contra la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no basta con llamar a la irracionalidad, ni basta con tener el poder de los medios de información para llegar a los ciudadanos con cualquier aserto que parezca un comentario, porque estos no están interesados en la mera funcionalidad de la sociedad sino que, más allá de la confianza general en el sistema, están interesados en los contenidos del sistema, de suerte que su producto ^{valor} tiene que responder a las ideas de aquellos acerca de lo correcto y lo falso (Cfr. Aarnio, 1991, p.42).

2.6. Pluralidad de opciones interpretativas: su uso por la Sala Constitucional.

Importa aquí volver a una idea que apuntamos en párrafos anteriores y que ha dado lugar a los comentarios que anteceden. Dijimos que la manera de eliminar significados diferentes era por medio de directivas interpretativas y de valoraciones, que permiten múltiples posibilidades al intérprete.

Interesa agregar ahora que “la historia de la Ciencia del Derecho pone de manifiesto dos aspectos de la máxima importancia en esta materia: *Primero:* no existe una jerarquía de métodos interpretativos, de manera tal que pueda sostenerse una cierta prioridad en la aplicación de un determinado método. *Segundo:* no existe, dicho con una eficaz redundancia, un método para la elección de un método. El juez se encuentra, por lo tanto, frente a una doble selección, la del Derecho aplicable y la del método interpretativo”(Cueto, 1998, p.112); y ambas opciones se llevan a cabo en base a la intuición de los valores en juego

(Cueto, 1998, p.116). Esto apunta de nuevo a la cuestión de la técnica jurídica que referíamos en líneas anteriores.

Y es que la “opción por una técnica u otra, por un uso u otro de la técnica escogida entraña indefectiblemente una valoración, pues toda opción implica necesariamente una preferencia y toda preferencia supone *ex definitione* una valoración (Igartua, 1999, p.26). De modo, pues, que al profundizar un poco aflora la roca ideológica (Cfr. Nieto, 1991, p.2243) y el aparato teórico de referencia condiciona las manipulaciones técnicas de tal manera que quienes se encuentran en puntos de partida distintos –que en realidad se trata, más bien, de actitudes mentales diferentes- es difícil que puedan coincidir porque cada batallón tiene técnicas propias que son incompatibles entre sí.

En esto somos tributarios de A. NIETO, quien para graficar lo que hemos indicado resalta la historia según la cual “los dos jugadores se han sentado en la misma mesa, están trabajando en el mismo caso, barajan las mismas cartas, pero les dan distinto valor y las combinan de diferente manera, porque unos se atienen a la regla de la brisca y otros a las del tute. Pues si esto es así, ningún jugador sensato puede pretender que las figuras que él ha logrado en el tute, sean superiores a las de su pareja en la brisca” (Nieto, 1998, p.155).

Ahora bien, algunas directivas interpretativas generan incertidumbre, dado que inevitablemente, al menos hasta ahora, no vienen acompañadas de un “catálogo” indicativo de su modo de empleo: no sabemos en qué orden han de ser utilizadas ni cuáles van primero, si intercaladas o por bloques enteros.

De modo, pues, que “el listado de las directivas interpretativas es como el escaparate de un bazar donde hay de todo pero luego cada uno compra lo que quiere. O sea, existe un consenso generalizado sobre una larguísima lista de directivas (de primer grado) de las que el juez puede servirse”; no así “cuando se trata de determinar qué directivas concretas y de qué manera se tienen que utilizar para interpretar la disposición que sea. ¿Porqué? Porque eso depende de las valoraciones del intérprete. Y como intérpretes los hay a montones y como a

menudo no comparten sus valoraciones, se esfuma la posibilidad de formular unas directivas de segundo grado (de procedimiento y de preferencia) que gocen de aceptación universal –eso ni soñar- o al menos mayoritaria” (Igartua, 1994, p.85).

2.7. El contraste de significados atribuidos a la expresión incluida al final del primer aparte del artículo 203 de la Constitución.

En la dirección que acabamos de apuntar en los párrafos que anteceden es donde se ha de situar la controversia en torno al significado de la frase “*Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes Orgánicas*”, incluida en la parte final del primer aparte, artículo 203 de la Constitución, sostenida entre el criterio de la mayoría y el criterio del segundo Voto Salvado en torno al quórum parlamentario requerido “para que la Asamblea Nacional sancione una Ley Orgánica que derogará otra Ley Orgánica”.

La directiva interpretativa asumida por la mayoría consiste en “*atribuir significado a una norma en función del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículo en el que aquél se encuentra*”-de acuerdo a lo indicado, en el criterio de la mayoría se supone que “un legislador racional traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y en las divisiones (partes, capítulos, etc) que introduce en los textos legislativos (Igartua, 1994, p.109)- y acoger el principio de paralelismo de las formas.

Por su parte, la directiva interpretativa seguida por el segundo Voto Salvado consiste en que “*el Constituyente no realizó distinción alguna en cuanto a las distintas ‘categorías’ de leyes Orgánicas a los efectos de su modificación. Por el contrario, pretendió que la regulación para su modificación fuese siempre igual, sino lo hubiese dicho expresamente*” -es decir, según el criterio del Voto Salvado si el legislador hubiera querido regular ese supuesto no expresado lo hubiera dicho; si se calla es que no quiso regularlo (<<ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit>>-).

Hay que advertir que este esquema de argumentar también sirve para esgrimir, contra lo pretendido en el Voto Salvado, que “a un caso que está

expresamente regulado en la Ley no debe extenderse la reglamentación prevista para otro caso" (Cfr., Igartua, 1994, p.109), es decir, el sentido de una disposición es deudor de la intención del legislador que la promulgó, y, además se utiliza el argumento a contrario¹².

Adviértase que el argumento *a contrario*, como señala F. J. EZQUIAGA GANUZAS siguiendo a G. TARELLO, supone un respeto o veneración de la letra de la ley, tomando a esta como única guía para la interpretación –A. Aarnio resalta que las conclusiones e contrario son una forma de la interpretación gramatical, en las que el intérprete excluye del área de aplicación del texto legal todos los casos que el texto no trata explícitamente (Aarnio, 1991, p.151)-.

Así, el argumento a contrario "tendrá una importante fuerza persuasiva en las culturas jurídicas en las que se da gran valor a la letra documental, bien porque se considera emanación directa de la divinidad, bien porque se quiere entorpecer o limitar la actividad creadora de los órganos de aplicación del derecho. Por esta misma razón el argumento *a contrario* es un instrumento típico de formalismo interpretativo" (Ezquiaga, 1986, p.136).

En cualquier caso, y sea como fuere, en la utilización del argumento a contrario reina gran confusión, que es fruto, bien de combinar acriticamente tesis

¹² El argumento a contrario "es uno de los argumentos de la interpretación jurídica que podríamos denominar <<clásicos>>, en el sentido de que su uso se remonta a varios siglos. En principio no hay grandes diferencias entre los autores a la hora de definirlo. La fórmula más elaborada es seguramente la de Tarello, para quien es un argumento por el que, 'dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquél término de tal modo que comprenda a sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo'. Sin embargo, aunque quizás con una redacción más simple, todos los autores coinciden en señalar que el argumento *a contrario* se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella. A partir de ahí, no obstante, se aprecian algunas diferencias en las formas de entender el argumento. Así, hay autores que consideran que el argumento *a contrario* consiste en que cuando la ley prevé y da una regulación a una hipótesis, se debe entender que ha pretendido regular de forma diferente *la hipótesis contraria*. Pero lo más frecuente, y a nuestro juicio lo más acertado (y lo que resulta además, (...) confirmado con el análisis empírico de la jurisprudencia de la jurisprudencia constitucional española), es considerar que por medio del argumento *a contrario* lo que se rechaza es *cualquier otra hipótesis* distinta a la expresamente contemplada por el legislador, y no sólo la hipótesis contraria; en concreto, se opina que la regulación no se extiende a las demás especies del mismo género no mencionadas en el texto" (Ezquiaga, 1986, p.133-134).

sobre él que provienen de las distintas concepciones –lingüística, intencional y material (García, 1986, p.136) del derecho y su práctica y, otras veces, de no explicitar suficiente y claramente los presupuestos iusfilosóficos desde los que cada autor razona sobre el asunto (García, 2001, p.90).

Así planteada la “guerra” de significados, el criterio de la mayoría concluye que “al estar referida la mayoría calificada prevista en el único aparte del artículo 203 (en donde se encuentra el acápite citado) a la mayoría exigida por el Texto Constitucional para admitir un proyecto de ley orgánica –no calificado así por la Constitución- antes de iniciarse su discusión, sólo en dicha etapa del procedimiento legislativo donde se discute un proyecto de reforma parcial o total (derogatorio) de una ley orgánica vigente, es exigible, con base en la proposición contenida en el mencionado aparte primero, que la Asamblea Nacional lo admita con el Voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse su discusión (...)”, para destacar al final que “no es necesario el Voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de los proyectos de leyes Orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional que pretendan modificar leyes Orgánicas vigentes, entre los que se encuentra el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (...)” así como también, que el quórum requerido para la sanción es de mayoría absoluta. En esta última cuestión equiparó el régimen de sanción para todas las Leyes Orgánicas, lo cual será objeto de algunos comentarios más adelante.

El segundo Voto Salvado, partiendo de las directivas interpretativas arriba señaladas, concluye que, al no haberse hecho diferencias por el Constituyente respecto a la modificación de las distintas Leyes Orgánicas pretendió que su regulación fuese siempre igual y, por tanto, también se requiere de una votación calificada para la modificación de las leyes Orgánicas con independencia del tipo de Ley Orgánica que sea, sin poder hacer, como lo pretende el criterio de la mayoría, diferenciaciones que el Constituyente no hizo y no quiso hacer, al no establecer un régimen diferente para modificar las “distintas categorías de leyes Orgánicas”, tal como si las estableció respecto a la mayoría que se requiere para la

admisión de un proyecto de Ley Orgánica según sea de las que reciben esa denominación por el Parlamento o de las denominadas así por la Constitución, realizando para estas últimas una excepción al régimen general relativo a la “admisión”, que de haberlo querido el Constituyente para su “sanción” lo hubiese hecho de la misma manera, esto es, expresa e indubitadamente.

Esta última propuesta para atribuir significado a la disposición legal en referencia no parece aceptable o, cuando menos, no parece tener mayor potencialidad que la seguida en el criterio de la mayoría, por lo que a continuación diremos.

Además de las razones que seguidamente ofrecemos para sustentar esta afirmación, hay que resaltar que esa directiva interpretativa no se puede utilizar con carácter exclusivo como se ha pretendido, esto es, excluyendo otras directivas que también han de aplicarse, porque dicha exclusividad supondría prescindir totalmente de las directivas sistémicas, “las cuales se sustentan en la idea de que una disposición forma parte del sistema jurídico en su totalidad, y éste se compone no sólo de disposiciones explícitas sino también de las normas lógicamente inferibles a partir del significado de aquellas” (Igartua, 1994, p.81), y parece claro que si todo lo que quiso el Constituyente lo dijo expresamente, de modo que lo que no dijo no lo quiso, es de recibo que no pueden existir normas lógicamente inferibles del significado de las disposiciones explícitas.

En base a la misma lógica que esgrime el Voto Salvado, puede argumentarse que, en virtud de las consecuencias que tales criterios interpretativos generan, se pone a decir a la Constitución algo que ella no dice “*expresa e indubitadamente*” como lo requiere el criterio seguido en dicho Voto, esto es, que para sancionar una Ley Orgánica, cualquiera sea su clase, que pretenda o no modificar total o parcialmente una Ley Orgánica vigente, se requerirá el Voto favorable de una mayoría calificada de dos terceras partes de la Asamblea Nacional. Es evidente a todas luces que eso no lo dice el texto constitucional, pues si así lo dijera la duda no existiera y el recurso de interpretación sobraba.

A esa aspiración de manifestaciones expresas e indubitables en lo legislado por el Constituyente, importa resaltar otro aspecto que no se puede pasar por alto en el referido Voto Salvado, esto es, que añade la nota relativa a que la disposición, objeto de interpretación, es inequívoca en cuanto a su sentido, que "*la única duda que puede haber no puede ser sino infundada*".

Así las cosas, parece que el punto clave de este razonamiento estriba:

1.- por una parte, en considerar que no hay sino solamente una interpretación *verdadera*, frente a otras que están equivocadas, a lo que habría que reparar que aquella tesis según la cual se pretende sostener que, entre varias interpretaciones concurrentes, no puede haber más que una interpretación correcta, sólo es defendible si, y en la medida en que, la interpretación sea concebida como una tarea consistente en *descubrir el significado*¹² de una disposición (Cfr. Igartua, 1994, p.91); y,

2.- por otra parte, en soslayar que la claridad en la interpretación de una disposición legal no es un punto de partida sino un punto de llegada¹³. Quizá sea

¹² En efecto, "la claridad de un texto legal no es el *presupuesto* sino el *resultado* de una operación mental más o menos rápida, de un procedimiento interpretativo condensado en una síntesis o desarrollado en un análisis", de modo que "la ley no es como se formula por el legislador sino como se lee, se interpreta y se aplica por el juez" (Frosini, 1995, p.50). Pero es que, además, en la actividad interpretativa que ha realizado el Magistrado que formula la afirmación indicada en el texto, se pueden observar dos procesos interpretativos, que permiten afirmar que la disposición no es clara sino que, antes bien, existen dudas referidas al significado que ha de atribuírsele. Existen dos niveles de interpretación: "la mera clasificación de una disposición como <<clara>> o como <<dudosa>> implicaría ya una actividad interpretativa", por lo que, en ausencia de dudas la actividad interpretativa, por un lado, se dirige sólo a clasificar la disposición como clara y el significado literal de la disposición configuraría un punto de partida que excluye desde el inicio cualquier duda en torno a su significado; por otro lado, y como consecuencia de lo que antecede, en estos casos de claridad existe un solo proceso de interpretación, cuya función es ofrecer las razones que permiten afirmar que la disposición es clara. Además, en la controversia relativa a estos supuestos de claridad no se proponen varios significados para una misma disposición. Aquí termina el proceso interpretativo en casos de claridad. Ahora bien, cuando se han propuesto, como en efecto ocurre en la Sentencia que comentamos, varios significados para una misma disposición (la parte que interpone el recurso de interpretación y la mayoría sentenciadora), en presencia de esta surge la necesidad de adicionarle al anterior un *segundo proceso de interpretación*, dirigido a disipar las dudas y, por tanto, a resolver las incertidumbres de la disposición catalogada como dudosa ante la pluralidad de interpretaciones alternativas propuestas respecto al significado que se le ha de atribuir; de ahí que no hay que dejarse despistar por el lenguaje de la sentencia, pues en el contexto en el que se está invocando la ausencia de dudas existe, en virtud de la pluralidad de opciones, la necesidad de un primer nivel interpretativo dirigido a determinar si la disposición es clara o dudosa y, después, un segundo nivel de interpretación dirigido a seleccionar un significado y, además, debió justificarse el por qué de esa selección, con lo cual puede afirmarse que no se

lugar común afirmar que al lenguaje legislativo se le ha de suponer la capacidad de significación (de poseer significado(s)), pero esto en modo alguno implica caer en la ingenuidad de imaginarse que tal lenguaje es o puede a ser perfectamente preciso, determinado e inequívoco, pues como ya ha quedado dicho, la semántica del lenguaje jurídico padece los mismos problemas que la semántica del lenguaje ordinario, si acaso con algunas peculiaridades y matizaciones (la existencia de terminología técnica, la presencia de definiciones legales, etc.) (Cfr. García, 2001, p.87).

3.- en tercer lugar, desconoce nociones elementales en la interpretación jurídica, esto es, que aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, pueden surgir –y a menudo surgen- dudas acerca de su aplicabilidad a un caso o situación concreta, dada (Cfr. Alchourrón y Bulygin, 1991, p.443), debido la ambigüedad semántica y la vaguedad sintáctica del lenguaje legislativo (Igartua, 1994, p.58 y sigs).

4.- En fin, parece obviar que todos los términos de un lenguaje que tiene uso empírico, es decir, que se usa para referirse a objetos de experiencia, son en mayor o menor medida vagos, y siempre cabe la posibilidad de que surjan dudas y, por tanto, problemas de interpretación (Cfr. Alchourrón y Bulygin, 1991, p.443).

Si partimos de considerar, como insistiremos más adelante, que en materia de interpretación ha de diferenciarse entre disposiciones legales (textos, enunciados legislativos, significantes) y normas o contenidos normativos de esas disposiciones (normas jurídicas, significados)(Cfr. Rubio, 1999, p.22-23), esta diferenciación, que es muy influyente en la teoría italiana y puede clarificar bien el tránsito del enunciado legal a los enunciados interpretativos del mismo (Cfr.

trata de una situación de claridad, porque cuando esta se presenta *el significado literal inmediato excluye de partida cualquier duda* referida al significado, en cambio en el caso dudoso el significado (literal o no) de la disposición es el *punto de llegada del proceso interpretativo*, como en efecto ha ocurrido en el contexto del Voto Salvado: “la presunta claridad no ha sido un punto de partida incontrovertible, sino un punto de llegada menesteroso de justificación” (Cfr. Igartua, 1994, p.50 y 53).

García, 2001, p.98), nos permite afirmar que las normas que interpretan un sistema jurídico son ‘enunciados interpretativos’, lo que, a su vez, lleva de suyo que en cualquier razonamiento judicial se configuran contenidos normativos (significados) diferentes del soporte lingüístico expresado en las disposiciones escritas (Cfr. López, 2003, p.22).

De aceptarse esto, podría afirmarse que cuando en el Voto Salvado se indica que la disposición objeto de interpretación es inequívoca y las dudas infundadas no se hace sino verter en el Voto Salvado declaraciones que carecen de la debida fundamentación, afirmación que acaba de confirmarse y, por tanto, desbarata las referidas declaraciones, si reparamos en que lo inequívoco (la ‘claridad’) en la comprensión y aplicación de un texto es objeto, y resultado, de una ~~previa~~ operación interpretativa. Y ésta última sólo procede en casos de duda, que por cierto, es el punto de partida de la interpretación¹⁴.

De modo que si se trata de atenernos a la directiva interpretativa según el cual todo, y sólo, lo que ha querido el Constituyente lo ha dicho expresamente, sin que puedan admitirse diferenciaciones que no haya hecho explícitamente, entonces tampoco es posible decir, como lo hace el Voto Salvado, que el Constituyente ha declarado el mismo régimen jurídico para la modificación de todas las Leyes Orgánicas, porque en realidad no lo ha hecho así: no ha establecido expresamente que no quiere diferenciaciones y de haberlas querido las hubiese establecido, pero por la misma razón no quiere equiparaciones, dado que tampoco dijo expresamente que quiere un régimen indiferenciado de sanción para los distintos tipos de Leyes Orgánicas. Con lo cual habría que preguntar, desde la perspectiva del Voto Salvado, qué es lo que quiere el Constituyente, y, así

¹⁴ En un modelo general de interpretación operativa, escribe J. Wróblewski, se destacan los siguientes elementos: a) una duda inicial concerniente al significado de la regla legal a aplicar; b) aplicación de las *directivas de interpretación de primer nivel*, que determinan el modo en que el intérprete debería atribuir significado a una regla legal teniendo en cuenta los contextos relevantes de la regla, a saber, contextos lingüístico, sistémico y funcional. Esta aplicación se debe hacer conforme a las *directivas interpretativas de segundo nivel (de procedimiento)*, que determinan cómo deberían utilizarse las directivas de interpretación; c) comparación de los resultados obtenidos; d) si los resultados en cuestión son diferentes, se pasa entonces a la elección de un significado según las *directivas de segundo nivel (de preferencia)*; e) formulación de la decisión interpretativa y de su justificación (Cfr. Wróblewski, 1985, p.36).

planteada la cuestión podría decirse, en correspondencia con los criterios interpretativos que ahí se siguen, que lo que quiere es que se interprete, toda vez que no dijo expresamente si quería equiparación o si prefería diferenciación.

Por tanto, cabe una u otra interpretación (la del Voto Salvado y la de la mayoría sentenciadora) con su respectiva justificación, a fin de que la 'termometría' correspondiente pueda determinar cuál es la mejor; de modo que "si respecto de un mismo texto caben diversas interpretaciones en función del medio de interpretación empleado, o lo que es lo mismo, se derivan soluciones diferentes, la validez de la interpretación efectuada por el juez y, por consiguiente su decisión del caso, viene dada por la autoridad de que está investido y por la <<calidad>> que se predica de su interpretación"(Ezquiaga, 1984, p.45). Ahora bien, esto ya no le sirve a los propósitos del Voto Salvado, puesto que no necesariamente, ni solamente, permite concluir con los asertos y con las consecuencias que se concluye allí.

Pero todavía más: siguiendo los criterios del Voto Salvado se puede concluir que no han sido alteradas las diferencias expresas que el Constituyente estableció, pues la equiparación final de unas y otras leyes a los efectos de la sanción legislativa no altera ni desvirtúa aquellas diferencias explícitas establecidas en el texto constitucional, y como el Constituyente no afirmó ni negó expresamente la equiparación final, entonces se entra en un ámbito en el que el propio Constituyente le da entrada al intérprete para que, mediante la interpretación, dirima el conflicto con criterios autorizados y/o permitidos en Derecho.

En la misma línea del Voto Salvado, si no se pueden admitir diferenciaciones que el Constituyente no haya dicho expresamente, va de suyo no sólo que no dijo expresamente que hay que seguir el mismo quórum para la modificación de todas las Leyes Orgánicas, sino que además, siempre en coherencia con la directiva interpretativa del Voto Salvado, no lo quiso así, porque si esto fuere lo que quería el Constituyente, pues hubiera procedido de otra manera, en el sentido de que la frase "*Esta votación calificada se aplicará*

también para la modificación de las leyes Orgánicas” no estaría incluida en el primer aparte del Art., 203 de la Constitución ni precedida de un punto y seguido sino que, antes bien, la encontraríamos separada del referido primer aparte mediante un punto y aparte, y, posiblemente, redactada de modo diferente, como sigue: “*Para la modificación de las leyes Orgánicas se requerirá votación calificada*”.

Hay otra cuestión que interesa destacar de este Voto Salvado: luego que señala que la duda que asoma el criterio votado por la mayoría sentenciadora no puede ser sino infundado, agrega que ello es “*con el ánimo de modificar o sustituirse en lo que expresa la Constitución*”. Ya hemos visto que parte de la argumentación del Voto Salvado toma como fundamento el argumento *a contrario*. Pues bien, también aquí existe, sino una contradicción, al menos un contrasentido, pues va de suyo que unos de los aspectos vertebrales del referido argumento *a contrario* de asumir que “si el documento al que se aplica el argumento *a contrario* es un precepto constitucional, su utilización puede dar lugar a la enunciación de verdaderos principios constitucionales no expresamente formulados por los constituyentes”(Ezquiaga, 1986, p.149). Es decir, como ya indicamos anteriormente “el argumento *a contrario* se basa en el silencio del legislador sobre un supuesto concreto. Por lo tanto su utilización lleva a la creación de una norma (...) de una norma ‘nueva’ no expresamente dictada por el legislador, que sirve para regular una situación no prevista en los textos normativos”¹⁵.

¹⁵ Agrega el autor que “para evitar posibles críticas por la excesiva creatividad judicial que comporta entonces el uso del argumento, éste ha sido tradicionalmente justificado por medio de una presunción: la conclusión normativa a la que se llega fue implícitamente dictada por el legislador al promulgar expresamente una regulación particular para una especie del género de que se trate. Este mecanismo puede llevar en cualquier proceso interpretativo a la creación de normas generales no expresamente dictadas por el legislador, pero cuando el objeto de ese proceso es el documento normativo que se encuentra en la cúspide del ordenamiento, el argumento *a contrario* puede dar lugar a la creación (o, si se prefiere, a la enunciación) de verdaderos principios constitucionales” (Ezquiaga, 1986, p.145).

2.8. ¿Es posible alternar y/o combinar los criterios de distintas directivas interpretativas para resolver un mismo punto controvertido?

Seguramente no faltaran reparos a lo anteriormente dicho, indicando que la Constitución no es lo que el legislador ha dicho que es y no dice sólo lo que expresa el texto sino, más bien, lo que los intérpretes de la misma dicen que la Constitución dice, y en definitiva, como lo hemos sostenido en estos comentarios, que la interpretación siempre añade algo al texto constitucional.

Examinando despacio las cosas, esta consideración perderá pronto todo su sabor cuando sus partidarios se complazcan también en pensar que, en efecto, desde las directivas interpretativas acogidas para atribuir significado a la disposición controvertida no es posible dar menudo salto hasta estas opciones y valoraciones, tan contrapuestas a las seguidas para llegar a las conclusiones del Voto Salvado, ya que las reglas del discurso práctico en general, y las del discurso jurídico en particular, luego que se asumen algunas opciones valorativas, “exigen algunos enunciados como discursivamente necesarios (y) su negación es incompatible con ellas” (Alexy, 1997, p.273), como seguidamente analizaremos.

Ese <<originalismo>> en la interpretación de la Constitución, para llegar a un resultado conforme a las intenciones de los autores del texto, se parece mucho al positivismo legalista. En efecto, pretender que aquello que el Constituyente quiere lo dice expresamente y en caso que no lo diga así es porque no lo ha querido¹⁶, bien sea que esto se sostenga desde una perspectiva subjetivista

¹⁶ Este es un asunto que se circunscribe en el debate respecto al lugar de las intenciones en la interpretación. Tradicionalmente suele distinguirse entre teorías *subjetivas*, que privilegian la intención del legislador y teorías *objetivas*, que privilegian la denominada <<voluntad de la ley>> (Cfr., Moreso, 1997, p.223). Sin embargo, la distinción, planteada en términos de lo *objetivo* y *subjetivo* es, como dice C. E. Alchourrón y E. Bulygin, es insostenible, porque “es ilusoria la creencia en un sentido objetivo, es decir, una entidad única, correlacionada necesariamente con la palabra. El pretendido sentido objetivo no puede ser otra cosa que el uso común en sus contextos característicos. Pero aun así, la oposición entre una interpretación subjetiva consistente en lo que el legislador quiso decir y la interpretación objetiva consistente en asignarle a sus palabras el sentido que éstas tienen en el uso común sigue siendo insostenible. Si no hay indicio alguno de que el legislador haya usado un término en algún sentido distinto del uso común, no hay más remedio que recurrir a este último, si, en cambio, se apartó del uso común y ha usado una expresión en un sentido diferente, éste es el sentido que la expresión tiene. Interpretarla conforme al uso común sería modificar el sentido y con ello cambiar la norma. Esto es lo que ocurre normalmente con la llamada interpretación objetiva: más que un método para identificar el sentido que el texto tiene, es una manera de cambiar el sentido del texto” (Alchourrón y Bulygin, 1991, p.444).

(intención de los autores del texto constitucional¹⁷), bien desde una postura más objetivista (la finalidad del Constituyente está contenida en el texto mismo (Frosini, 1995, p.110), que puede entenderse, cuando menos, en cuatro sentidos distintos: como el fin concreto de la disposición interpretada, como fin general de la materia o institución regulada, como fin genérico del derecho en su conjunto, y, como fin de la sociedad en la que el precepto va a ser aplicado (cfr. Igartua, 1994, p.106) – y como afirma Summers, “el argumento de intención legislativa trata de ser, con mayor frecuencia, de tipo objetivo, ‘y se deriva de varias formas de historia legislativa que se extienden de los dictámenes de comisiones a los debates parlamentarios, a los proyectos de ley y a otras formas” (Summers, 1997, p.114)-, es una pretensión que raya en los aledaños del positivismo legalista¹⁸.

Esa pretensión es la encargada de ‘esposar’ la idea del juez aséptico y lineal que sigue su actividad únicamente sobre la base de criterios técnicos –la conciencia del jurista, y pensamos que también la del juez, no debe limitarse a atenerse a la letra de la Ley, sino que ha de ser reflexiva. ‘normológica’; ‘debe incitar a la percepción de la Ley, en mayúsculas, como principio universal de la experiencia humana’ *La conciencia del jurista no debe aprisionarle en el círculo*

¹⁷ Sobre esta cuestión hay que decir que las intenciones del legislador se borran con el tiempo y/o se difuminan, o incluso, muchas veces cambian de significado cuando se hayan en un contexto inspirado en principios diversos que atribuyen a la misma disposición una funcionalidad social diferente, o bien porque nos encontremos ante interpretes que se valen de criterios interpretativos diferentes (Cfr. Frosini, 1995, p.111). Huelga advertir aquí, a propósito de la utilización de criterios interpretativos diferentes, que “los dilemas entre la <<letra>> y el <<espíritu>> de la ley, entre estabilidad legal y cambio legal, entre certeza y funcionalidad del derecho, se manifiestan en las controversias que conciernen a las directivas funcionales de interpretación”, no en el ámbito de las directivas sistémicas ni en el de las directivas lingüísticas (Wróblewski, 1988, p.52).

¹⁸ El positivismo legalista como ciencia de la legislación positiva presupone una situación histórico-concreta: “la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia– a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador” (Zagrebelsky, 1999, p.33). Según indica el autor, esta vocación de la ciencia del derecho todavía hoy suele estar presente, como residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos, sobre todo los jueces, pero es un residuo que, según destaca, sólo se explica por la fuerza de la tradición, pues, el Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental.

mágico de la letra de la ley, sino hacerle intérprete y guardián del espíritu que a la Ley da vida" (Alarcón y Llano, 1995, p.13), que, de paso, se mueve en una dimensión cultural que le lleva a actitudes judiciales deformadas respecto a sus propias tareas en el estado constitucional de derecho¹⁹, lo que equivale a esbozar, por ideología o por desconfianza, una postura en la que pareciera que las implicaciones del actual Estado constitucional en la idea del derecho no han entrado plenamente en (el "aire que respira") el Voto Salvado. Merece la pena resaltar que G ZAGREBELSKI, luego de indicar que:

de la fórmula <<Estado constitucional>> se obtiene una idea del Derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica, e intentar poner en cuestión lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente, afirma que "se podría decir simplificadaamente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas" (Zagrebelki, 1999, p.10).

Y es que los mitos de la ley clara, coherente, que admite sólo una interpretación, principales fundamentos del proyecto jurídico burgués, no resisten frente a las necesidades y a las demandas de la sociedad contemporánea, extremadamente compleja desde el punto de vista social, económico y tecnológico (Grossi, 2003, p.63). Si esto es así, el soporte de la decisión es dúctil o complejo (Peña, 1997, pp.100-101) y, por tanto, carece de todo sentido pretender afirmar que, ante una controversia interpretativa, sólo una decisión era posible. Y es que "para un problema, en un sistema complejo, hay diversas soluciones más o menos adecuadas o desviadas, pero todas ellas susceptibles de ser consideradas, en un

¹⁹ Las reticencias de raíz política frente al poder del juez con su reforzado estatuto en el Estado liberal de derecho, "favorecidas por la inercia en materia de formación, han llevado a hacer que los jueces sigan viéndose a sí mismos preferentemente en el espejo heredado del jurista del positivismo dogmático. Es decir, como intérpretes privilegiados del único sentido de la ley, cual mecánicos y naturales productores de certeza. Ello a consecuencia de una deficiente comprensión del orden jurídico (...). Así, no es exagerado afirmar que el juez de estos años padece, en la materia, cierto *síndrome del burgués gentilhomme*, es decir, un mal conocimiento o incluso desconocimiento de la verdadera calidad de los instrumentos que emplea, por ejemplo, cuando pondera en la aplicación de principios sin plena conciencia del alto margen de discrecionalidad que se abre ante él y de la necesidad de justificar adecuadamente su uso", lo que da lugar "al tipo más peligroso de juez: el que opera desde la falsa conciencia de los perfiles reales del propio papel, de la naturaleza del poder que ejerce. La insistencia -burda o más elaborada- en la apología del formalismo interpretativo y hasta del paradigma exegético, lleva directamente a la difusión de actitudes judiciales irresponsables presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente, de la discrecionalidad inevitable" (Ibáñez, 2003, pp.254-255).

momento concreto, válidas conforme a una pluralidad –numérica pero también interna y funcional- de principios constitucionales” (Peña, 1997, p.101), no sin prescindir de que el componente formal del referente jurídico no permite cualquier interpretación, esto es, el texto constitucional “es un texto y, por ello, es formal y delimita el ámbito de las posibilidades hermenéuticas” (Peña, 1997, p.101).

De modo, pues, que la interpretación no es personal o arbitraria, puesto que no queda a la libre disposición del intérprete, sino que se encuentra limitada, bien por su propia formalidad, bien por interpretaciones especialmente cualificadas o por elaboraciones doctrinales que también actúan como mecanismos de control delimitando el margen de opinabilidad (Cfr. Peña, 1997, 101).

En definitiva, se trata de la no absoluta disponibilidad de los *contenidos normativos* como producto de la voluntad del Estado (límite interno a la acción legislativa del Estado) y la *absoluta indisponibilidad del sentido del Derecho* como límite externo a la acción del mismo (Cfr. Amato, 1997, p.58), lo que constituye, en fin, una manifestación del cambio paradigmático que se gesta del Estado de Derecho liberal al Estado democrático y social de Derecho o, quizá mejor, al Estado Constitucional de Derecho²⁰.

En esa perspectiva, se termina asumiendo una posición también aséptica y, hasta, anoréxica (extrema delgadez) en la motivación de las decisiones, tomadas bajo el prisma de la *lógica de lo necesario* [huelga resaltar, con J. A. García

²⁰ El paso del Estado legislativo (Estado de Derecho liberal) al Estado constitucional, apunta A. M. PEÑA FREIRE, presupone la afirmación del carácter normativo de las Constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes –de modo que queda definitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del periodo liberal- al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política. De este modo, *los poderes públicos -incluido el legislativo y el judicial-, no pueden disponer del sentido y contenido de las normas constitucionales* –al menos en condiciones de normalidad general- y, precisamente por ello, del propio derecho como realidad constituida. El constitucionalismo de este siglo no es sino un intento de superar esta debilidad estructural de lo jurídico. La afirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la Constitución, su *rigidez* y la cualificación de determinados referentes jurídicos, como son los derechos fundamentales, vinculantes a todo poder, son ejemplos de este proceso” (Peña, 1997, p.59).

Amado, que “hay mucho de cierto en la afirmación que hace décadas hiciera Spindel, en el sentido de que ‘bajo prestigiosas palabras <<lógicamente fundados>>, <<consecuencia necesaria>>, <<analogía o razonamiento a contrario>> se esconde a menudo no otra cosa que ideas oscuras o pseudoargumentos” (García, 2001, p.85)], para desembocar, como lo hace el Voto Salvado, en la *única* explicación posible e inequívoca²¹, y llegar a la conclusión en su verdad y exactitud, sin reparar en que, subrepticamente, se trata de justificaciones pletóricas que acaban convirtiéndose en opacas y crípticas, puesto que se valen de fundamentos erróneos y falsamente objetivos, al pretender presentar con la fuerza de la semántica y de la lógica lo que precisamente desde ellas se desautoriza, porque no es correcto querer dotar falsamente del rigor de la lógica algo que forma parte de lo opinable (Cfr. García, 2001, pp.106-107); y esto muy a pesar de la simpatía (o no) y del carácter formalista (o progresista) de los criterios hilvanados por un Magistrado con ocasión de un fallo.

• Lo anterior no se corresponde con la función que actualmente se le asigna a los jueces y a la *jurisdicción* en el Estado democrático y social de Derecho y de justicia. A los primeros porque ejercen una función en la que hacen uso de ciertos poderes discrecionales que ha de ser justificada *internamente*, esto es, a quienes personifican en conflicto y el desacuerdo en torno al significado de una disposición legislativa, y *externamente*, esto es, a la sociedad, que, en las democracias modernas funge como contralora del ejercicio de los poderes del Estado [como acertadamente apunta A. Aarnio “desde el punto de vista social, la actividad judicial es ejercicio del poder. En este contexto, el papel del derecho consiste en respaldar las decisiones tomadas en este procedimiento de ejercicio del poder” (Aarnio, 1991, p.14)].

²¹ Obsérvese que el Voto Salvado que comentamos destaca que el fallo de la mayoría de la Sala Constitucional expresa que “pudiera existir duda en cuanto al sentido que debe atribuirse al acápite incluido en el mismo primer aparte de la norma examinada -artículo 203-“, a lo que el magistrado repara que “*por el contrario, la norma es precisa, ¿de dónde se infiere que puede haber dudas de algo que es inequívoco?, la única duda que puede haber no puede ser sino infundada, con el ánimo de modificar o sustituirse en lo que expresa la Constitución*”. La cursiva es nuestra.

A la segunda (la *jurisdicción*), porque la misma personifica un poder del Estado, cuya concepción actual, en el marco de la crisis de la ley²², constituye un *ius dicere* en el que confluyen 'saber' y 'poder', siempre en búsqueda de que en las resoluciones judiciales prevalezca el saber y, con ello, la democracia, y no el poder, con lo que se demarcaría el ejercicio de una función judicial autoritaria que, so pretexto de la desconfianza en los jueces, no pretende sino llegar a resultados apodícticos, que insisto, en el contexto de las sociedades complejas actuales y de la crisis de la ley, es sencillamente imposible cuando no inútil e innecesario.

En efecto, y como ha señalado entre nosotros J. BARRAGÁN, "las características propias del sistema de normas hacen que en los proceso de derivación (inferencia) sólo pueda emplearse un álgebra blanda que no ofrece soluciones puntuales, sino solamente las soluciones lógicamente posibles dentro del sistema. Las llamadas soluciones *lógicamente* posibles son aquellas que guardan coherencia con las premisas utilizadas y con las reglas de derivación aceptadas dentro del sistema" (Barragán, 1990, p.64). Y aquí no es posible las soluciones únicas.

²² En el Estado liberal de derecho, la primacía de la Ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos se imponían mediante la continua afirmación del principio de legalidad, que traducía "en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley. Con respecto a la jurisdicción, se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos y la eliminación de cualquier función de contrapeso activo, del tipo de la desarrollada en el Antiguo régimen por los grandes cuerpos judiciales. (...). La época actual viene marcada por la 'pulverización' del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en la que no existe una intención 'regulativa' en sentido propio", a lo que se añade la heterogeneidad de sus contenidos" (Zagrebelsky, . G.- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón Abellán, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999, págs., 30 y 37). Todo esto lleva a considerar que la ley, aquel mito de seguridad y de certeza, ya no es expresión de orden, porque expresa un desorden que intenta poner remedio *ex post factum*, ni garantía absoluta y última de estabilidad, porque ella misma se convierte en instrumento y causa de la inestabilidad. En este contexto, la Constitución asume la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrencias, en base a la interpretación basada en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio.

2.9. Verdad y corrección. El predicado de las decisiones jurídicas interpretativas.

Conviene apuntar algunas cuestiones respecto a la verdad de las conclusiones “*como resultado lógico de las premisas expuestas*”, que demanda el Voto Salvado, con el fin de reforzar y confirmar lo que afirmábamos en los comentarios de los párrafos correspondientes al epígrafe anterior, pues sin desconocer el lugar, y la importancia, que le corresponde a la conclusión como resultado lógico de las premisas, han de hacerse algunas consideraciones que parecen importantes; para comenzar, respecto al carácter preferente y, casi, exclusivo, que el Voto Salvado muestra por el resultado lógico de las conclusiones, esto es, por la corrección de la inferencia, sin plantear ninguna interrogante sobre las premisas, y luego, en referencia a la verdad como predicado de las decisiones interpretativas.

En el marco de la racionalización científica, y su correlato jurídico, el legalismo –entendido como resultado de un positivismo científico que “trató de desterrar los valores metajurídicos del conocimiento del Derecho (como si fuera posible un concepto de Derecho en el que falte el elemento axiológico o valorativo)” (Moreno, 2000, p.XV), se distinguía entre una *elaboración política* de la ley, mediante un contraste reglado de voluntades, y una *aplicación técnica* de su texto, puramente lógica²³ y libre de toda interferencia ideológica (Cfr. Taruffo, 2003, p.18); por estos derroteros discurre una motivación cuya concepción tiende a *demostrar* que la decisión es la única solución posible de la controversia, en la que el elemento dominante (lo exclusivo) es el elemento lógico

²³ Al más puro estilo del antiguo derecho Romano: no es el juez el encargado de “la descomposición analítica, sino que el procedimiento mismo descomponía la relación jurídica, puesto que las formas de acciones existentes no pueden recibir más que demandas analíticamente simples. (...) La jurisprudencia antigua no desiste ante los obstáculos que encuentra, ni se para en rodeos para llegar a su fin, pero siempre trata de justificar los procedimientos y el camino que sigue. Pero gracias al culto servil de la regla y a una lógica incansable, que no retrocede ante lo ridículo –lo que le valió los sarcasmos de Cicerón– gracias al poderoso vigor del método conquistó las ventajas sobre las creaciones de la jurisprudencia posterior; claridad de arquitectura, pureza y precisión de líneas, distinción casi matemática entre sus principios” (Ihering, 1997, p.253). Este autor reaccionó contra el “culto de lo lógico, que piensa elevar la jurisprudencia a una matemática del Derecho”, sin dejar de admitir, con se observa de lo aquí citado, las ventajas que, en su ámbito, corresponden a esa metodología. (Cfr., Alexy, 1997, p.45).

formal, que no admite más que un control de coherencia lógico-formal, relativa sólo a las operaciones lógico-deductivas en las que el juez articula la *demonstración* (Cfr. Taruffo, 2003, p.18).

No obstante, además del ocaso del positivismo legalista²⁴ y de las críticas al formalismo –estas críticas han seguido, según G. CARRIÓ, dos direcciones: 1.- se le ha reprochado que es falso en cuanto descripción de lo que efectivamente acontece en la administración de justicia, y 2.- que es inconveniente en cuanto modelo de lo que deben hacer los jueces o funcionarios al decidir casos concretos (Carrió, 1976, p65. Cfr. Iturralde, 2003, p.18)-, “el análisis lógico muestra que la decisión en todos los casos medianamente problemáticos no puede obtenerse exclusivamente con los medios de la lógica a partir de las normas y conceptos jurídicos que hay que presuponer. Para ello se requieren evaluaciones adicionales (...). Una forma de consideración que pretenda obtener resultados sin tales premisas adicionales y, en este sentido, quiera ser *productiva*, puede ser sólo un método seudológico que oculta las premisas normativas necesarias para una fundamentación lógica realmente correcta” (Alexy, 1997, pp.44-45).

Pero es que además, si se quisiera seguir el prurito de la lógica deductiva habría que reparar también en que las implicaciones lógicas no dan lugar a una conexión que asegure por sí misma argumentos relevantes, de modo que “para

²⁴ conviene precisar algunos pormenores, importantes a nuestros efectos, de la decadencia del legalismo, originada en buena medida por las diversas corrientes antiformalistas que se expandieron por Europa en las primeras décadas del siglo XX y provocaron un desplazamiento de aquel lugar estelar y exclusivo que ocupaba la Ley como expresión (con argumentos rousseaunianos) de la voluntad general a favor de la interpretación, por las siguientes razones: “primero, el Derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuesta a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el Derecho no tiene, como pretende, un carácter sistemático y coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el Derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, *la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras sus enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es en ningún caso una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley.* Dicho en pocas palabras, frente a lo que imaginó la ‘ciencia de la legislación’, la ley no agota la experiencia jurídica; incluso, para los más radicales, será un obstáculo a la misma” (Prieto, 1998, p.20). La cursiva es nuestra.

mostrar que un conjunto de premisas normativas (y, en su caso, fácticas) *justifican* una conclusión no es suficiente con que la conclusión se derive lógicamente de las premisas, sino que también ésta ha de ser una conclusión *relevante* de ese conjunto de premisas” (Moreso, 1997, p.42), con lo cual, habría que distinguir entre consecuencias relevantes y consecuencias irrelevantes²⁵, para afirmar que desde esta perspectiva la argumentación, esto es, mostrar que de un conjunto de premisas dado se deduce una conclusión determinada (Moreso, 1997, p.40), consiste entonces en “lógica *plus* relevancia” (Moreso, 1997, p.42).

Hay que advertir que, frente a la sobreestimación del elemento lógico en el Derecho, se opuso R. V. IHERING al poner énfasis en el elemento social del Derecho, primero desde los intereses en lucha, desembocando más adelante en el finalismo que gobernaría la vida jurídica, tendencia que se calificó como ‘jurisprudencia de la realidad’, que combatía tanto aquella sobreestimación, capaz de convertir, incurriendo en un defecto poco recomendable²⁶, en categorías absolutas lo que, en puridad, son categorías históricas y relativas —siendo necesario recordar que, los conceptos, figuras o categorías jurídicas no son más que “agrupaciones ideales, es decir, mentales o pensadas, de elementos de la realidad, de las que se predica en conjunto la procedencia de una serie sistemática de consecuencias jurídicas” (Puig-Brutau, 2000, p.228)—, cuanto la concepción estática del Derecho, contraria a un derecho flexible y dinámico capacitado para gobernar los cambios sociales y no meramente reproductor de los más fuertes,

²⁵ J. J. Moreso usa la noción de conclusión lógica relevante elaborada por Schurz: se asume que C es una conclusión relevante de la premisa P si y sólo si ninguna de las variables proposicionales de C es sustituible en alguna de sus ocurrencias por cualquier otra variable proposicional, *salva validitate* de P. (Moreso, 1997, p.68). En otras palabras, exigir que las consecuencias sean relevantes supone que exista alguna conexión entre las premisas y la conclusión, en donde la implicación lógica no asegura argumentos relevantes, dado que pueden ser sustituidos por otras implicaciones de las premisas.

²⁶ Respecto a cualquier asunto relativo a la interpretación y aplicación del Derecho, y de los medios o instrumentos que en los correspondientes razonamientos decisivos se utilizan, J. A. García Amado resalta que, en este contexto, “apenas es posible hablar al margen de una determinada concepción del derecho y de las reglas rectoras de su práctica. Ciertamente es que los teóricos no suelen explicitar su postura al respecto, pero ésta siempre opera en el trasfondo, condicionando las tesis que se sostienen, con lo que se incurre en el poco recomendable defecto de presentar como verdades universales lo que no es sino dependiente de prejuicios o <<aprioris>> que no se justifican expresamente” (García, 2001, p.85).

pasiva, que esté dispuesto a admitir no un sólo protagonista socrático (el titular del poder) sino una pluralidad compacta de sujetos. Quizá es el momento de comenzar a construir el derecho también por parte de los que la tradición ha llamado, con implícito desprecio, los destinatarios de la norma (Grossi, 2003, p.60).

porque frente a la '*lógica del concepto*', ha de hacerse prevalecer la *práctica del fin* (Cfr. Monereo, 2000, p.XI).

Y no le faltaba razón al autor citado, pues el sistema jurídico y, con ello, sus normas, han de estar cognitivamente abiertos al entorno, que es lo que, en definitiva determina la evolución y respuesta del propio sistema. Si esto es así, aunque se parta de la concepción de que las normas jurídicas establecidas en la Constitución son *partículas* que, por agregación, componen el Derecho, o de otra concepción, según la cual aquéllas disposiciones son unidades conceptuales que existen gracias a la trama variable de relaciones de validez del sistema jurídico, en el que sólo es posible la norma en el sistema y a partir del sistema, y fin, aun cuando se admita que el Derecho, más que la simple suma de sus elementos, es un sistema y una unidad compleja diferenciada respecto de su entorno, ni las normas ni el sistema podrán, sin embargo, prescindir de su realidad social o histórica (Cfr. Peña, 1997, pp.31-32).

En esta perspectiva importa destacar que "el único instrumento para quitarle al derecho el repugnante esmalte potestativo y autoritario tradicional era y es concebir su producción como un procedimiento que no termina con la aprobación de la norma sino que tiene un momento subsiguiente, el interpretativo, como momento propio de la realidad compleja de la norma, en suma, la interpretación como momento esencial de la positividad de la misma norma, condición necesaria para la concreción de su positividad" (Grossi, 2003, p.59), para lo cual es necesario darle otro enfoque a la mirada del jurista²⁷.

Sin menospreciar, pues, la dimensión analítica en el Derecho, porque sin una consideración sistemático-conceptual del derecho, no es posible la ciencia del

²⁷ Enfoque que no reduzca, según lo dicho por P. GROSSI, la interpretación a una dimensión meramente cognoscitiva sino que la tome como vida de la norma en el tiempo y en el espacio, encarnación de la norma en cuanto a ejercicio, práctica, uso; enfoque que esté dispuesto a aceptar en el panorama jurídico incluso a la comunidad de usuarios con una función no meramente pasiva, que esté dispuesto a admitir no un sólo protagonista socrático (el titular del poder) sino una pluralidad compacta de sujetos. Quizá es el momento de comenzar a construir el derecho también por parte de los que la tradición ha llamado, con implícito desprecio, los destinatarios de la norma (Grossi, 2003, p.60).

derecho como disciplina racional, lo cierto es que no se pueden fundamentar las decisiones jurídicas *exclusivamente* con medios de la lógica, entre otras razones porque Según lo dicho por M. ATIENZA, la utilización de la lógica deductiva deja abiertos varios problemas, que son los siguientes:

- 1.- no dice nada sobre cómo establecer las premisas;
- 2.- tampoco sobre cómo pasar de éstas a la conclusión;
- 3.- es dudoso que quepa una inferencia normativa;
- 4.- sólo suministra criterios formales de corrección: el juez que utilice como premisas una norma inválida, y un relato de hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica;
- 5.- no permite considerar como argumentos válidos supuestos en que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible;
- 6.- no tiene en cuenta una de las formas típicas de argumentar: la analogía;
- 7.- no determina la decisión en cuanto tal, sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial: por ej., un enunciado 'debo condenar a X pero no le condeno' no representaría una contradicción de tipo lógico (Cfr. Atienza, 1997, pp.32-34 y 40-42).

De ahí que es importante que cada nivel (el lógico de *corrección* y el de las evaluaciones adicionales) ocupe su respectivo ámbito, sin invasiones ni solapamientos inadmisibles (Cfr. Alexy, 1997, p.45). Para decirlo con otras palabras, no basta, y tampoco parece adecuado, acoger la concepción según la cual el Derecho es, sin más, lo que establecen las convenciones jurídicas (convencionalismo jurídico), ni aquella conforme a la cual el Derecho es, simplemente, un instrumento a disposición de la sociedad para la consecución de sus fines (pragmatismo jurídico) - en esta dicotomía podría afirmarse, respecto a la interpretación, que "es falso que las decisiones de los jueces estén siempre y

enteramente determinadas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad (como defendía la teoría formalista); e igualmente es falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y en todo lugar (como lo quería la teoría escéptica)”(Igartua, 1994, p.45)-, y menos aún, que el Derecho designa sólo un conjunto de textos o documentos normativos, reservándose el término “norma” para referirse, tanto a los enunciados pertenecientes a esos documentos, como al resultado de la actividad interpretativa. Como confirma Ezquiaga:

Para esta concepción el objeto de la interpretación son, por tanto, las norma, ya que no tiene en cuenta (o no considera relevante) la distinción entre un texto y su significado, entre la disposición y la norma. La razón reside en la opinión de que entre el lenguaje y su significado existiría una relación biunívoca, de tal modo que cada enunciado elaborado por el legislador expresaría una sola norma que el Juez debe descubrir por medio de la interpretación. A partir de esta postura, en consecuencia, las autoridades normativas promulgan normas, cabe hablar de interpretación “correcta” o “falsa”, cuando una “norma” es clara no precisa ser interpretada, etc... (Ezquiaga, 2000, p.132).

Se trata, más bien, de admitir que hay una serie de presupuestos jurídicos (principios), de los que derivan las leyes, que sirven, en una función metodológica, para orientar la interpretación jurídica con un carácter prevaleciente, sin menospreciar las otras dos dimensiones: convencionalismo y pragmatismo. En este contexto, y frente a la concepción formalista del Derecho, hoy en día se reconoce, por un lado, que la aplicación del Derecho es, en mayor o menor medida y por razones inherentes a los ordenamientos jurídicos, discrecional –en efecto, hoy en día son escasos los iusfilósofos que defiendan una concepción formalista de la aplicación del derecho y, más bien, aceptan, en mayor o menos medida, la tesis de la discrecionalidad judicial (Cfr. Iturralde, 2003, p.87)-, lo que no ha de conducir necesariamente a la arbitrariedad (Cfr. Iturralde, 2003, p.26), y por otro, que dadas las dificultades para acomodar los principios bajo el planteamiento positivista (García, 1998, p.87), estos han alcanzado una <<nueva edad de oro>> (Cfr. Prieto, 1992, p.17) que los ha llevado a convertirse, como apuntaba N. BOBBIO “en un capítulo fundamental de la teoría general del Derecho” (Bobbio, 1998, p.87), lo cual no deja de tener consecuencias en el ámbito de la interpretación.

Antes de seguir adelante es necesario hacer, con carácter previo, una consideración de orden general. En materia de decisiones interpretativas pueden surgir, cuando menos, dos criterios, que dependen de si se considera que la interpretación tiene que ver con un acto de *conocimiento* y, por tanto, los enunciados interpretativos tendrían carácter *descriptivo*, cuya verdad o falsedad puede ser contrastada - según esta postura, propia del juez fiel a la ley, “la interpretación se presenta como una actividad de conocimiento: interpretar es ‘averiguar’ el ‘verdadero’ significado de las leyes y/o la ‘verdadera’ intención del legislador. Los problemas de interpretación, a su vez, se presentan como fuentes o motivos de duda en torno al significado de la ley o a la intención del legislador” (Guastini, 1997, p.121)-; o si, antes bien, se parte de la idea según el cual la interpretación es un acto de *decisión*, cuyos enunciados se sustraen a la clasificación de verdadero/falso, sin que la decisión sea, necesariamente, arbitraria —conforme a este criterio, “la interpretación se presenta no como ‘averiguación’, sino como valoración, elección, y decisión: interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto, valorar de cada uno los posibles resulta-dos prácticos, y escoger el más oportuno en vista de un fin preestablecido” (Guastini, 1997, p.121)-. A tenor de lo dicho en el Voto Salvado, parece que su ubicación corresponde a la primera corriente, que es la sostenida por los ‘formalistas’, quienes consideran que el intérprete lo que hace es ‘descubrir’²⁸ el significado de un texto; como lo afirma Igartua:

Este formalismo interpretativo (muy difundido en el iuspositivismo del siglo XIX) se basa en algunos presupuestos inaceptables: o en la creencia de que las palabras poseen un significado propio, que no depende del uso de las palabras sino de una relación natural entre palabras y realidad ; o en la creencia de que el legislador (que en el mundo moderno es normalmente un órgano colegiado con las consiguientes discrepancias internas) posee una voluntad unívoca y reconocible como si fuera la de un individuo. Por

²⁸ En esta concepción subyace, además, una ideología estática de la interpretación. Según esta “la interpretación no debería ser creativa, sino que debería descubrir el significado existente de una regla, oculto en su formulación lingüística”. Muy otra es la cuestión en la ideología dinámica, pues aquí “la interpretación debería ser creativa y el intérprete colaboraría con el legislador creando nuevas reglas adaptadas a situaciones nuevas” (Wróblewski, 1988, p.85). En la concepción que llamamos estática subyace la utilización del término “Derecho” para designar solamente al conjunto de textos o documentos normativos y se entiende por “conocimiento del Derecho” el acceso a los textos redactados por las diferentes autoridades normativas, ya que en ellos se encuentran implícitos los significados que el intérprete debe descubrir (Cfr., Ezquiaga, 2000, p.132).

eso se sostiene que es objetivo de la interpretación el de <<descubrir>> el significado objetivo de las palabras o la voluntad del legislador, ambos preexistentes en todo caso a la operación de interpretar. Además, el formalismo habitualmente incluye la opinión de que el sistema jurídico es completo (sin lagunas) y consistente (sin antinomias), de modo que para la solución de cualquier controversia hay siempre una, y una sola, norma preconstituida. De todo ello (a saber, de la posibilidad de conocer el significado objeto de las disposiciones y/o voluntad del legislador, así como del carácter completo y consistente del sistema jurídico) se infiere que, en la interpretación, el juez carece de márgenes verdaderamente decisionales y que a cada disposición legal sólo le corresponde una única interpretación verdadera (Igartua, 1994, p.42).

Ese parecer se refuerza con el pesar que se expresa porque, según se sostiene, *“los argumentos esgrimidos en el fallo estén colocados de tal modo que hagan presumir una solución preconcebida, como si los mismos estuviesen dispuestos de modo de justificar, de manera aparente, una solución que se obtuvo de antemano y no al revés”*, es decir, según esto primero es el *contexto del descubrimiento* (se descubre un significado verdadero y exacto) y luego la justificación (interpretación, acto de conocimiento). Saltan a la vista las connotaciones psicologistas esbozadas en este planteamiento, relativas al *iter mental* seguido por el juzgador –premisa esta que se ve complementada por la agudeza del pensamiento de J. FRANK “El proceso de juzgar tal y como nos lo dicen los sicólogos raramente comienza con una premisa de la que se obtiene consecuentemente una conclusión. El acto de juzgar comienza más bien de manera inversa: con una conclusión más o menos vagamente formada; una persona normalmente comienza con dicha conclusión y después intenta encontrar las premisas que la sustenten” (Frank, 1970, p.108)-, propias de quienes se abonan “al escepticismo en materia de razonamiento judicial” (Igartua, 1999, p.150), cuando en realidad, como veremos seguidamente, poco importa si el juez decide primero y justifica después o viceversa.

En efecto, aparte de que respecto a si se ha de decidir primero y justificar después, o viceversa, se enfilan posiciones para todos los gustos y preferencias, ello nos permite reparar en dos cuestiones, esto es, que sea como fuere, la posición de preferencia no impide que la decisión pueda ser correcta²⁹ ni se sabe

²⁹ Esta afirmación se incluye implícitamente en lo dicho por P. Calamandrei cuando resalta que, a veces el juez siente intuitivamente de cuál de las partes está la razón, pero no consigue dar con los medios dialécticos para demostrarlo *-rectius: mostrarlo-* (Calamandrei, p.107). Si esto es así, va de suyo que (y esto es lo que me interesa resaltar), en algunas veces los

si primero se decidió y luego se motivó - Aparte de “decir que los jueces primero deciden y luego motivan (de modo que no coinciden las *causas* de la decisión con los *argumentos* de la motivación) a estas alturas ya no preocupa a casi nadie, (...) carecemos de acceso a la mente de cada juez para conocer por qué itinerario ha transitado al adoptar una decisión; y, si acaso, es en la motivación –sobre todo si ésta manifiesta fragilidades- donde pulularían indicios objetivos para conjeturar que el juez ha procedido con irracionalidad y/o sin imparcialidad” (Igartua, 1999, p.151)-; además, poco aportan las connotaciones psicológicas referidas a la intimidad del juzgador en las cuestiones nucleares del control racional de la decisión; conviene hacer referencia a esto, aunque sea brevemente.

Respecto a lo primero, huelga advertir que la motivación ejerce de cautela preventiva contra el riesgo del error (Cfr. Igartua, 2003, p.180) (que es lo que, en definitiva, ha de importar), pues por mucho que se redacte tras la decisión, ya deja sentir su peso en el momento de decidir: la obligación de motivar apremia al Juez a decidir racionalmente si pretende afrontar con éxito los controles *procesales* (que, a estos efectos, pudieran representarse en los Votos Salvados de los Magistrados disidentes) y *sociales* (al hacer disponibles para quien quiera las razones del juez, la publicidad de la motivación posibilita el control popular de la decisión), todo lo cual permite desentrañar, si lo hubiere, el error de la Sentencia objetada en los Votos Salvados, pero insisto: es este (el error) lo que importa y no el simple anuncio de haberse decidido primero y argumentado después. Los controles procesales y sociales contribuyen, pues, a que la decisión judicial deba ser doblemente limitada: “de un lado, por el *principio de legalidad* (que implica que el juez debe aplicar el Derecho); de otro lado, por la *mejor o más correcta justificación* de la misma, justificación que está en apoyo de una determinada decisión, así como del peso que dichas razones tienen frente a otras”(Iturralde, 2003, p.26).

jueces primero deciden y después justifican, sin que importe el *iter* mental seguido por el juez para llegar a la decisión, como se desprende del mismo autor cuando destaca que “al redactar los fundamentos (del fallo) debe ser el defensor de la tesis antes fijada por su conciencia”. De modo, pues, que donde hay que apuntar es a la justificación del fallo.

En lo relativo al control racional de la decisión importa, antes que procurar indagar si se ha decidido primero y justificado después, resaltar algo que parece obviar el Voto Salvado al vertir los asertos que venimos comentando, esto es, que una es la cuestión referida a la caracterización de la *validez lógica de una inferencia normativa*, y otra la *justificación de las premisas de un argumento*:

En cualquier inferencia, ya sea teórica o práctica, es necesario distinguir cuidadosamente entre la elección de un conjunto de premisas P y la derivación de la conclusión a partir del conjunto P. La falta de una adecuada distinción entre estos aspectos de la justificación de una decisión puede provocar importantes confusiones (...), es verdad que frecuentemente surgen dificultades relativas a la selección de las premisas de un argumento; pero esto no tiene ninguna incidencia en la validez de una inferencia: *antes* de la elección de las premisas, no es posible establecer ninguna inferencia y *después* de establecer las premisas sólo resta analizar la validez lógica de la inferencia. Las dificultades epistemológicas y psicológicas, relativas a la elección de las premisas no afectan en manera alguna al razonamiento deductivo en general y a la validez del esquema inferencial *modus ponens* en particular (Moreso, y Redondo, 1992, p.258).

De modo que lo importante es analizar, tanto la *estructura* del razonamiento, para determinar si la conclusión está correctamente inferida de las premisas³⁰, cuanto la *fuerza* del mismo, para precisar en qué medida las premisas del razonamiento son <<buenas razones>> para apoyar la conclusión -de aquí se derivan importantes consecuencias: en primer lugar, en determinados casos, dichas razones no pueden reducirse al principio de legalidad (es decir, a una mera remisión a las normas dadas por el legislador); en segundo lugar, no puede establecerse, ni con carácter general ni respecto de un sector específico del ordenamiento, a priori cuáles son las <<buenas razones>>; o, para decirlo con otras palabras, “la dificultad de la justificación judicial reside en que parece difícil fijar, a priori y para todos los casos (al margen del caso individual) el peso de las diferentes razones” (Cfr., Iturralde, 2003, p.265, 266 y 297)-, esto es, allende la lógica en sentido estricto, que la elección de las premisas de la inferencia sean “el resultado de un proceso de deliberación y argumentación que se desarrolla

³⁰ Al examinar los elementos de que está compuesto el razonamiento y la relación entre los mismos, nos atenemos a unas reglas en función de las cuales el razonamiento será considerado correcto: las reglas de la lógica. Estas reglas, en cuanto reglas *lógicas* se consideran, como destaca V. ITURRALDE SESMA, verdades necesarias, universales e inmutables, y en este sentido suele pensarse que la lógica tiene (frente a las conjeturas científicas) una seguridad epistemológica especial, referida a lo necesariamente válido, es decir, para determinar en qué medida la conclusión se sigue lógicamente de las premisas (Cfr., Iturralde, 2003, pp-277-278).

conforme a criterios diferentes a los proporcionados por la lógica deductiva”(Moreso, 1992, p.258).

Restaría por expresa, pues, que es esto, y no las connotaciones psicológicas –las cuales hemos dicho no son parte del itinerario científico práctico del Derecho, puesto que carecemos de acceso a la mente del Juez para conocer por qué itinerario ha transitado al adoptar una decisión; debido a ello, “ni las partes ni la ciudadanía en general *deben* (y, encima ni pueden) aspirar a más que una resolución sustentada en –comparativamente- buenas razones, independientemente de si preceden, acompañan o son posteriores a la decisión (Igartua, 1999, p.151), lo cual determina que aquellas son objeto de estudio de la psicología y no del Derecho (Cfr. Iturralde, 2003, p.273)- lo que nos puede llevar a un fallo judicial errado= puesto que, es que difícilmente se puede controlar la decisión si el objeto de ésta fuera explicar el *iter* mental del juzgador, pues ello conduciría a un mejor conocimiento del juzgador como individuo, pero eliminaría toda posibilidad de control racional sobre la fundamentación y sobre la validez de las decisiones (Cfr. Igartua 1991, 147/Igartua, 1999, p.150/ Iturralde, 2003, p.277)-, e impedirá, en principio, que las opciones del juzgador sean un frenesí de su capricho y desde este punto de vista normativo, como ha destacado PECES:

El acierto o desacierto de una sentencia no discurre paralelo al método; lo importante, al momento de fijar un método o técnica para el pronunciamiento de sentencias, no es la cuestión, tan frecuentemente debatida, de si primero se llega a la decisión y después se justifica con los argumentos más idóneos para ello, sino que lo imprescindible es que aquellas tengan una fundamentación correcta, ya se haya adoptado previamente la decisión, ya sea consecuencia del discurso que la precede, porque dentro del sistema jurídico no interesa el proceso psicológico o intelectual que la haya producido sino su explicación (y su justificación, agregaríamos nosotros) a través de los argumentos que se expresen. Es esto último lo que va a permitir su crítica y su impugnación o la exigencia de responsabilidad al juez.(Peces, 2000, p.167).

De ahí que la palabra “razonamiento” equivale, en el sentido que aquí le asignamos, a “justificación”, esto es, “a la serie de argumentos o premisas que forman parte de un proceso y cuya finalidad es apoyar o justificar una determinada conclusión” --importante aclaratoria, puesto que el término *razonamiento* no tiene un significado unívoco y, en sede judicial, es importante precisar el sentido que se le otorga, pues parte del indicado en el texto (Cfr.

Iturralde, 2003, p.266)- en la decisión judicial, analizada desde la perspectiva que podemos llamar normativa; desde este punto de vista normativo se “trata de responder a la pregunta de qué razones (argumentos) *deben* justificar la decisión. Este aspecto se refiere a las condiciones bajo las cuales una conclusión (la decisión judicial) debe considerarse válida, e incluye un doble aspecto: formal, en aras a valorar la corrección formal de la decisión y material, de cara al análisis de las razones sustantivas de la decisión” (Iturralde, 2003, p.273).

También parece evidente que la postura allí sostenida, respecto a la motivación de la decisión, pretende convertir a los fundamentos del fallo en una representación subrepticia que nada aporta a la elaboración de la decisión, y ello obedece a una fusión y (hasta) confusión de dos asuntos que merecen una consideración separada: “decisión” y “motivación” (Igartua, 1994, p.94). Lo relevante aquí es que la decisión sea motivada, es decir, debidamente justificada, sin importar la cuestión acerca de cómo el órgano judicante ha llegado a ella, esto es, si ha decidido primero y justificado después o viceversa³¹, pues una cosa es el procedimiento por el que se alcanza la decisión y otra el procedimiento mediante el cual se justifica dicha decisión (Moreso, 1997, p.214).

A mayor abundamiento, la postura del Voto Salvado hace eco aquí de las críticas que algunos escépticos, frente a las posibilidades de justificar las decisiones de los jueces, han dirigido contra el silogismo judicial. La crítica consistiría en lo siguiente (Cfr. Aguiló, 1997, pp.72-73): los jueces presentan sus decisiones como si fueran el resultado de un proceso consistente en hallar primero las premisas relevantes del caso y después la solución que de ellas se sigue; pero el proceso real –dirán los críticos- es el inverso: primero deciden y luego racionalizan esa decisión. Es decir, la presentan como si hubiera estado motivada por el Derecho. La ridiculización de estas actitudes críticas, como apunta J.

³¹ La cuestión no es saber si en la justificación de sus decisiones los jueces reflejan realmente el razonamiento que ha sido seguido o si se trata únicamente de un ropaje. La cuestión es saber si, a condición de quererlo, podrían tomar esta decisión u otra: la respuesta parece perfectamente clara: hay un rasgo de esta posibilidad en el hecho que, en el seno de los tribunales se vota y que con un desplazamiento del voto la decisión contraria podría haber sido tomada. En la medida en que no hay recurso posible, la decisión, cualquiera que sea, aun absurda, es jurídicamente válida y se impone en el orden jurídico (Cfr., Troper, 2003, p.219).