

## DEL PRINCIPIO A LA REGLA: UNA INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICA DE LOS MODOS DE APLICACIÓN JUDICIAL

JOSÉ CARLOS MUINELO COBO \*

### I. INTRODUCCIÓN

Dejo mi propuesta <sup>1</sup> indicada desde el principio: mi intención consistirá en conferir una unidad epistemológica al debate judicial. Una unidad que sintetice las dos corrientes interpretativas (en sentido amplio) al nivel jurídico; a saber, por un lado, una *interpretación* en sentido estricto por oposición a todo tipo de argumentación; por otro, una *argumentación*, en su especialidad propia, de la formalidad genérica de todo discurso práctico racional. De esta forma, se pretende quebrar la distinción decimonónica <sup>2</sup> que contraponía como

---

\* Becario de Investigación de la Fundación Caja Madrid. Alumno de Tercer Ciclo del Dpto. de Filosofía del Derecho Moral y Política I, UCM.

<sup>1</sup> Propuesta ésta que coincidirá en lo esencial con la mantenida por Paul Ricoeur en «Interpretación y/o Argumentación» en *Lo justo*, ed. Caparrós, trad. De Agustín DOMINGO MORATALLA, pp. 157-177.

<sup>2</sup> Al hablar de «quebrar la distinción decimonónica» no me refiero a que dicha distinción surja en el XIX sino que se plantea, a efectos hermenéuticos, con el «resurgir» de la Hermenéutica moderna (Schleiermacher y Dilthey). Véase en este sentido: MACEIRAS FAFIAN, M., y TREBOLLE BARRERA, J: *La Hermenéutica contemporánea*, edit. Cincel, 1990. Téngase en cuenta asimismo que la distinción metodológica que guía este nivel disyuntivo (explicación/comprensión) encuentra sus raíces en la escolástica tardía, cuando la relación transcendental («transcendere» = atravesar) del sujeto cognoscente y del objeto conocido (bajo la unidad preconstitutiva ontológica hilemorfista) queda poco a poco reducida en las «distinctio formalis ex natura rei» escotista y las subsiguientes (inaugurando la modernidad) «ideas claras

irreductibles dos modelos epistemológicos bajo campos ontológicos distintos. Si somos capaces ahora, a un nivel jurídico, de integrar ambos modelos en una unidad epistemológica bajo un presupuesto ontológico común, tendremos más posibilidades de comprender el *fenómeno jurídico* en su conjunto.

1. Queda así determinada la propuesta. Falta ahora saber cuál será el argumento. Para ello tomaré como punto de partida la distinción clásica entre modelos metodológicos de interpretación: por un lado, el modelo *explicativo* que toma como referencia ontológica el campo de las ciencias naturales; por otro, el modelo *comprensivo* cuyo objeto quedará determinado por las ciencias espirituales. Ambos modelos aparecen como opuestos e irreductibles. Si bien las ciencias naturales son objeto de posible explicación, las ciencias espirituales (o humanas) quedarían bajo los presupuestos de teorías comprensivas, al margen por principio de cualquier modo explicativo. A lo explicativo se le confiere el estatuto de *científico*, mientras que lo comprensivo queda relegado a lo intencional, lo subjetivo, lo puramente *psicológico*. Dificilmente cabría, en consecuencia, la posibilidad de aplicar criterios lógicos a lo puramente intencional o axiológico relegados a la voluntad arbitraria de una subjetividad. De igual forma, resultaría absurdo comprender aquellos fenómenos naturales que ya están presupuestos explicativamente, a priori, cuya función metodológica se limita exclusivamente al ámbito de la verificación <sup>3</sup>.

2. Si verificación y comprensión permanecen aislados en su irreductibilidad óptica, difícilmente podremos unificar un discurso jurídico

---

y distintas» cartesianas; algo similar ocurre en el ámbito de la ética-jurídica según el «bien» sea algo exterior o perseguible por la voluntad o bien esté presupuesto en la propia indiferencia volitiva, de «potentia absoluta dei» occamista: «Dios en su infinito poder, sustituye el objeto correspondiente al acto del intelecto o de la voluntad, sin precisión de que la cosa a la que se refiere esté presente»; o, de conformidad, con un supuesto Dios engañador capaz de poner ideas falsas en mi mente (Descartes), hasta llegar a Kant, quien sustituye la idea de Dios por el «sujeto trascendental» que extrae de sí mismo las formas a priori que determinan la posibilidad de aparición del objeto. De esta forma quedaba abierta ya entonces la brecha entre «comprensión» y «explicación». Vid. De MURALT, André: *L'enjeu de la philosophie médiévale*; E.J. Brill, Leiden, 1991; pp. 64-70. Vid., además LEÓN FLORIDO, F: «Duns Scoto, La forma de la materia», separata de *A parte rei*, Revista de Filosofía, Serie «La génesis de los conceptos» n.º IV; pp. 40-41.

<sup>3</sup> Para un estudio más detallado, véase: Paul RICOEUR, «Le modèle du texte: l'action sensée considérée comme un texte»; «Expliquer et comprendre», en *Du texte a l'action* (París, Du Seuil, 1986, pp. 183-211 y 161-181, respectivamente).

cuyos presupuestos y campos permanecen de inicio separados. Siguiendo esta distinción clásica, mientras que *lo jurídico* entraría en el ámbito de lo científico, *lo justo* lo haría en el ámbito del sentido, de lo comprensivo. Del primero podremos crear unas *condiciones de posibilidad* de su conocimiento, del segundo limitarnos a una *comprensión intencional* determinada por un «relativismo» o situacionismo ético <sup>4</sup>.

3. Esta distinción entre «*lo jurídico*» y «*lo justo*» deja paso en nuestro caso a una análoga que será el objeto propio de nuestra investigación. *Lo justo, diré, se equipara con el «principio», lo jurídico con la «regla»* <sup>5</sup>. De esta forma, «principio» y «regla» permanecen, vistas así las cosas, en una oposición inconciliable que constituye precisamente el presupuesto inicial de nuestro estudio. Dialectizar ambas nociones bajo la noción común de interpretación en sentido amplio, dijimos, era nuestra propuesta. Hasta ahora, sin embargo, nos hemos mantenido en los límites de una oposición: oposición que mantiene como irreductibles dos modelos metodológicos distintos, el explicativo y el comprensivo. Irreductibilidad que permanece en los dos campos ónticos a los que hacen referencia: el primero modela el campo de las ciencias naturales, el segundo el de las ciencias humanas. Irreductibilidad, dijimos, extrapolable a su vez al nivel jurídico: el modelo explicativo que toma como referencia el campo de las ciencias naturales es análogo a *lo jurídico*, como «condición de posibilidad» (verificación, explicación) de la ciencia jurídica; mientras que el modelo comprensivo de las ciencias humanas nos

<sup>4</sup> Prefiero hablar de «lo justo/injusto» antes que de «justicia» pues recoge mejor la condición reflexiva, fenomenológica del sujeto que «practica» la justicia. De esta forma, mientras que la «justicia», al quedar nominada «como tal», puede ser definida de acuerdo con la legalidad; en «lo justo/injusto» al recoger la reflexividad del juicio, actúa un desdoblamiento que imposibilita que no se tenga en cuenta el «hecho singular» en su predicación inmanente como ¡«injusto», «malo»! que determine a su vez, en un segundo momento, la nominación como tal. Por otro lado, no creo necesario recordar que la distinción «lo jurídico»/«lo justo» tal y como queda planteada aquí, coincide en lo esencial con el planteamiento principal de KELSEN en *¿Qué es la justicia?* Ariel. Barcelona, 1982.

<sup>5</sup> Y, a su vez, el Principio queda emparejado a la equívocidad y la Regla a la Univocidad: «La univocidad, se dice con insistencia, es una característica de las Reglas. Ella no conviene a los Principios que, en último recurso, son de naturaleza ético-jurídica. El derecho establecido, en cuanto sistema de reglas, no agota el derecho en cuanto empresa política». (Paul RICOEUR en alusión a Dworkin). Vid: Paul RICOEUR, «Interpretación y argumentación», op. cit., p. 169.

sirve como referencia analógica a *lo justo* como modelo comprensivo individual de un «deseo» (el deseo de justicia: ¡qué injusto!, decimos) bajo la égida de *lo bueno* (sentido del bien) <sup>6</sup>.

4. Bajaré ahora otro escalón. Diré: *Lo justo y lo jurídico guardan una analogía, al nivel metodológico que nos proponemos aquí, con las nociones enfrentadas de principio y de regla*. El «principio» es (dentro de la instancia judicial) a «lo justo» lo que la «regla» (idem) a «lo jurídico». Y a su vez, el principio es a una «interpretación» en sentido estricto (en oposición a una teoría argumentativa) (Dworkin) lo que la regla es a una «argumentación» (jurídica) bajo el supuesto de un discurso práctico racional (Alexy).

5. De esta forma, se ve, hemos ido, dentro de un *nivel disyuntivo*, de los *presupuestos generales del conocer* (bajo la égida decimonónica de inspiración newtoniana y más concretamente, aunque con matices, de la «*distinctio formalis ex natura rei*» escotista) <sup>7</sup> a los *presupuestos epistemológicos* (siempre, ya digo, bajo una fase disyuntiva) *de la aplicación judicial*.

Pero ya dije al principio que mi intención no es separar, sino unir en un modelo comprensivo común (lo «explicativo» y lo «comprensivo», lo «argumentativo» y lo «interpretativo», la «regla» y el «principio») una «realidad» (en su acepción fuerte) jurídica, esto es, en la aplicación judicial efectiva.

Hasta aquí, entonces, el nivel disyuntivo de la explicación. Pensemos ahora los fundamentos de un nivel conjuntivo.

1. Ante la oposición explicación/comprensión que distingue metodologías y campos ontológicos distintos, afirmaré la posibilidad

---

<sup>6</sup> Quede claro que mientras que «lo jurídico» (tomando como punto de unión las diversas acepciones de la «justicia») se desvincula por principio de todo sentido del «bien» (común); «lo justo» toma como referencia primordial, que no única, esta noción. El primero, en consecuencia, pertenece a un ámbito puramente deontológico (kantiano), cuyo máximo exponente actual, en su versión procedimental, como «justicia procedimental» vendría representado por Rawls; el segundo, a un ámbito teleológico (que toma como paradigma a Aristóteles y encuentra entre otros su exponente en Ch. TAYLOR).

<sup>7</sup> Vid. Nota 2.

de unirlos en una dialéctica. Si somos capaces de conciliar ambos modelos en un círculo, al que llamaremos, «*círculo hermenéutico*», podremos asentar nuestra investigación bajo un prisma integrador que abarque la realidad jurídica en su conjunto. Esta primera unidad, ya digo, estará contenida en la dialéctica de la explicación/compreensión. La recuerdo ahora brevemente:

El paradigma sobre el que se sostiene esta interpretación hermenéutica es el de los *textos*. Todo discurso, entiende Ricoeur, se «fija» como texto y esta fijación implica una plurivocidad significativa que lo hace susceptible de ser interpretado de distintas formas, en distintos contextos y a distintos niveles. Esta plurivocidad significativa del texto «como tal» es mucho más amplia y más rica que la simple plurivocidad que determina el discurso oral. Lo oral, añadirá, es puro acontecer, de ahí su dificultad para adquirir una autonomía semántica distinta de la intencionalidad significativa de los interlocutores en la pura relación dialógica. Con el texto, al quedar fijadas las palabras, el sentido de las mismas se autonomiza de la intención de su autor, y esta «autonomización» permite la posibilidad de interpretar sin estar sometida al yugo de una voluntad, la del hablante, que determine el sentido de sus palabras. De esta forma, la *precomprensión* que nosotros lectores tenemos del texto se convierte en verdadera *comprensión* por la fijación del texto como tal, es decir, por la fijación significativa de las palabras de una determinada forma, la forma textual. A esta «formalidad textual», por oposición a la «informalidad» o no formalidad completa del «habla» o discurso oral, lo llamaré el *momento explicativo* de la comprensión<sup>8</sup>. Y, como añade Ricoeur, «*explicar más es comprender mejor*», es decir, *sólo reglando lo que precomprendemos llegamos a comprender*. Y esta reglamentación, a este nivel de textos, queda determinada por las leyes lingüísticas que presiden todo texto coherente, que, al quedar fijado, es susceptible de compren-

<sup>8</sup> Sobre esta «formalización», perfecta o imperfecta, según se trate de la formalidad textual u oral, distingue RICOEUR las dos grandes tradiciones del pensamiento jurídico acerca de la Justicia. Mientras que la «formalización imperfecta» se adecuaría a un tipo de justicia teleológica (aristotélica) donde el sentido prima sobre la regla (la fase pre-comprensiva que decimos nosotros); la «formalización perfecta» se adecuaría a un tipo de justicia reglada, deontológica, cuya función fundamental consistiría en separar lo «justo» de lo «bueno», y encuentra en RAWLS su máximo exponente (la fase explicativa de la dialéctica). La tarea hermenéutica consistirá en «mediar», a la vez, la práctica y la regla como dos momentos necesarios de una misma unidad interpretativa. (Paul RICOEUR, «Lo justo entre lo legal y lo bueno», en *Amor y justicia*; Caparrós, (Colección «Esprit», 1993, pp. 35-56).

der-se (en ese tránsito que va de la de la pre-comprensión a la comprensión pasando por la explicación) sin necesidad de la mediación física, situacional de los interlocutores. Sólo mediante esta distancia que establece el texto al quedar fijadas sus palabras, podemos apropiarnos del sentido de las mismas y poder así dialogar hermenéuticamente con la tradición (jurídica, filosófica, histórica, bíblica, ...) en su conjunto <sup>9</sup>.

Hasta aquí, *grosso modo*, lo que Ricoeur entiende por «círculo hermenéutico». Hagamos nosotros ahora algunas precisiones al hilo de nuestra explicación:

2. He utilizado a propósito, para dar cuenta de la dialéctica fundante de la nueva unidad epistemológica a tratar, la distinción entre *texto* y *habla*. Hay otras aunque tal vez no tan explícitas. Hay que tener en cuenta que este «círculo hermenéutico» es desarrollado por Ricoeur en el preciso momento en el que trata los textos como categoría específica propia del discurso. El texto conlleva una peculiaridad explicativa, consecuencia de la fijación, que lo distingue del habla cuya significación queda desplazada por la temporalidad puntual del mismo acto de habla. Trasladaré ahora, como dije, la clasificación *oralidad/textualidad* al nivel en el que fue presentada la oposición metodológica. Si nos mantenemos en la distinción explicación/comprensión, como dos modelos metodológicos distintos y diferenciados, somos incapaces de significar objetivamente las manifestaciones puramente espirituales, humanas como las nociones de «sentido de la justicia o de la injusticia», «de lo bueno o malo», etc. En este nivel, la comprensión se mantiene ajena a cualquier posibilidad de interpretación al no quedar objetivada «como tal» más que en la propia intencionalidad (noesis) sin referencia noemática alguna <sup>10</sup>. Bajo esta distinción, el sentido de lo justo o de lo injusto queda determinado por la

---

<sup>9</sup> La noción «círculo o arco hermenéutico» tiene en Ricoeur múltiples analogías. He tomado aquí como paradigma la constituida, dentro del ámbito textual, por la dialéctica «explicación/comprensión», la más explícita quizá, en nuestro nivel de investigación. Véase en todo caso: Paul RICOEUR, «Le modèle du texte...» op. cit.; «Expliquer et comprendre» op. cit.; «La fonction herméneutique de la distantiation» (pp. 111-12); «Qu'est-ce qu'un texte?» (pp. 139-142); «De l'interprétation» (pp. 31-32); todos ellos en *Du texte à l'action*, op. cit.

<sup>10</sup> La referencia analógica está constituida en este caso por las nociones de *noema* y *noesis*. Así, mientras que el *noema* (tomo la definición de M. MACEIRAS, op. cit., p. 217) sería el objeto o correlato objetivo de los actos intencionales exteriores a ellos mismos; *noesis* sería la conciencia como origen activo de los actos intencionales. Vid. Relación con nota 2; vid. también entre otros: Paul

«apercepción» individual de su sentido del bien, acorde con una voluntad de razón puramente inmanente, a priori. Esta aporía comprensiva lo distingue de la verificación explicativa. Mientras que «yo» como sujeto (y entiéndase este «yo» en sentido amplio: como «sujeto legislativo», como «sujeto judicial»...) no puede delimitar con absoluta certeza lo que es el bien o la justicia (al carecer del referente noemático que decíamos más arriba), (acepciones éstas puramente subjetivas), tendrá que proceder a objetivar, a modo de las ciencias de la naturaleza, las condiciones de posibilidad de tal o cual hecho (*factum*) como si de un hecho natural se tratase (*Faktum der Vernunft*). Esta formalidad a priori, entendida en nuestro caso como la juridificación y moralización de lo jurídico (deóntica) crea las condiciones de posibilidad a priori para determinar jurídicamente que sea lo jurídico. Digo bien, «jurídico» (lo jurídico/juridificar-se) que no «justo», pues esto último no entra en los lindes de un conocimiento determinado a priori como condición de posibilidad en su «deber ser», significación bi-unívoca, teológica, como determinación práctica de «ser», en nuestro caso, de «ser jurídico»<sup>11-12</sup>.

---

RICOEUR, «Phénoménologie et Herméneutique» en T.A. op. cit. (pp. 48 ss.); «L'action sensée...» op. cit. (pp. 183-211); «Expliquer et comprendre», op. cit. (pp. 161-181).

<sup>11</sup> Cito a Ricoeur: «Es cierto que Kant no habla de «hecho» más que de la conciencia (*Bewusstsein*) que tomamos de la capacidad autolegisladora del sujeto moral (C.R.Pr. trad. Francés PICAUVET, París, PUF, 4.<sup>a</sup> edición 1965). Pero esta conciencia es el único acceso que tenemos al tipo de relación sintética que la autonomía instaure entre la libertad y la ley. En este sentido, el «hecho de la razón» no es otro que la conciencia que tenemos de este vínculo original» (vid. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Du Seuil, París, 1990, p. 248). Piénsese en la relación que mantiene con los presupuestos filosóficos que dijimos constituían la matriz de la distinción epistemológica fundamental. De este modo, la idea de «ley» como *ratio cognoscendi* de la «libertad» (que a su vez sería la *ratio essendi* de la ley) es en Kant lo que en Descartes, con matices, es el *cogito* con respecto a «Dios». Si el *cogito* es la *ratio cognoscendi*, «Dios» es la *ratio essendi* del *cogito*. En todo caso, lo que quisiera resaltar es la ruptura cognoscitiva entre el sujeto y el objeto, bien se trate de la biunivocidad cartesiana «sujeto/Dios» o la biunivocidad kantiana (en el ámbito de la moral) «ley/libertad». En Descartes primará un tipo de «comprensión» intuicionista confiando en la «buena voluntad del genio maligno»; en Kant, un tipo de comprensión, digámoslo así, explicativa en las «formas a priori» que determinan la posibilidad del conocimiento. En ambos se opera la ruptura identitativa (entre el decir y el ser, el sujeto y el objeto, la forma y la materia, la voluntad y el bien...) por el que el «sí» (sujeto cognoscitivo/sujeto autolegislativo) determina, bien de forma «intuicionista», bien de forma «explicativa», el sentido del otro polo de la dialéctica.

<sup>12</sup> «Es solamente en estos límites, y esto no quita el valor de la idea de ley, donde se puede, según me parece, reflexionar sobre la especie de «analogía»

3. Esta formalidad práctica, como condición a priori de la posibilidad de determinar deductivamente el conocimiento de lo jurídico en un caso concreto, pierde la referencia «acontecitiva» de ese caso concreto<sup>13</sup>. Podemos, siguiendo esta distinción, decir que somos capaces de explicar un caso concreto a la luz de esta formalidad teológica que determina el conocer, pero en ningún caso podemos decir que hemos comprendido dicho caso. Y no podemos interpretar aquello que no es comprensible, como tampoco aquello que no es explicable. Explicamos, decíamos, siguiendo el «arco hermenéutico», lo que previamente pre-comprendemos. Decimos bien, «pre-comprender», no comprender del todo ni directamente, a riesgo de no caer de nuevo, ahora con Heidegger, en la otra polaridad de la dialéctica<sup>14</sup>. Porque «somos en un mundo», porque el objeto a inter-

---

que puede haber entre los imperativos sometidos a un criterio de universalidad y lo que llamamos leyes constatativas. La tentativa responde a la necesidad de unificación característica de la «razón», de lanzar un puente entre el mundo de la libertad y el mundo de la naturaleza, de establecer la homología del funcionamiento ético y del funcionamiento epistemológico, es decir, colocar a los dos bajo un mismo *logos*. Pero entonces, la voluntad de coherencia ocupa el lugar del proceso ético entero que ha instaurado este paralelismo entre las dos legalidades. Es, pues, en la medida en que se ha olvidado el proceso constitutivo del mundo ético por lo que se conserva solamente esta película formal de la ley de la universalidad. Esta última, efectivamente, es una legalidad que se une a la otra y establece una homología entre legalidad y legalidad. Puedo entonces decir de manera equivalente, con el mismo Kant: «obra de tal manera que puedas considerar la máxima de tu acción como una ley "universal", o, de otro modo: ¡obra de tal manera que puedas considerar la máxima de tu acción como una ley de la "naturaleza"!». Un poco más adelante, añade: «Pero, ¿qué quiere decir exactamente «como una ley de la naturaleza»? (...) ¿no es esta simbolización fruto de una abstracción? No sólo de una abstracción que elimina el deseo, sino de una abstracción que diluye el dinamismo entero que, a través de las ideas de institución, de norma, de valor, de imperativo, nutre la savia el imperativo exangüe de la ley moral, análogo al de la naturaleza, y que continúa vinculando esta ley a la libertad, permitiendo incluso hablar de ley de la libertad» Paul RICOEUR, «El fundamento de la moral» en *Amor y Justicia*, editorial Caparrós/Esprit 1990; pp. 86-87.

<sup>13</sup> El «acontecimiento» se significa en el «sentido». Sentido y acontecimiento son los dos polos de una nueva dialéctica en el ámbito del discurso. Mientras que el acontecimiento designa la forma verbal activa o pasiva, el sentido indica la forma verbal substantivada. (Paul RICOEUR, *Teoría de la Interpretación —discurso y excedente de sentido—*, Madrid, Siglo XXI, pp. 25-26).

<sup>14</sup> Esta «otra» polaridad de la dialéctica vendría representada en Heidegger por la «facticidad». Según RICOEUR, dicha «facticidad» rompe con la relación

pretar pertenece a un mundo, consecuencia de la conflictividad humana (trágica), este objeto debe ser comprendido con arreglo a elementos explicativos. Digo bien: «debe ser comprendido» porque lo que «debe ser» es comprendido primero a la luz del caso concreto. Se comprende (ser) en un debe (deber ser) que le procede y le rige en su aplicación efectiva como heurística de ser (como/ser equitativo)<sup>15</sup>. No cabe entonces, a fin de no caer en un reduccionismo formal a modo de una «ontoteología» (fisiocrática/explicativa o tecnocrática/comensiva)<sup>16</sup> en la implantación explicativa de lo que no pertenece al orden natural, ni en la implantación comprensiva de lo que no es únicamente un orden mentalista, volitivo, interesado.

4. La distinción «HABLA/TEXTO» nos ha dado la pista. El HABLA, para ser interpretada, ha de ser fijada de una determinada forma (vgr. en la forma textual), con arreglo a unas estructuras explicativas, semióticas que permitan significar lo que de suyo no constituye más que un hecho aislado, concreto, puramente puntual; de tal forma que permitan, ahora ya sí, decir «cosas» con «palabras», «casos» con «normas»<sup>17</sup>.

5. Extraigamos esto último, brevemente, al primer ámbito jurídico. Si en un primer «lugar» (*topos*) (lugar éste sobre el que no me

---

intencional inmanente entre la *énérgieia* y la *dynamis* o el elemento explicativo y el comprensivo. Vid. «Vers quelle ontologie?»; en *Soi-même comme un autre*; op. cit; pp. 364-65. En el mismo sentido, vid: «Metáfora y discurso filosófico» en *La metáfora viva*, Cristiandad, Madrid, 1980, pp. 418 ss.

<sup>15</sup> Sobre la noción de «heurística de ser» o «vehemencia ontológica» vid. Vgr: «La metáfora viva», op. cit. pp. 404 ss; «Soi-même...», op. cit; 345 ss.

<sup>16</sup> Esta es la «perversión jurídica» que denuncia De MURALT: «El derecho así concebido, según los principios de la filosofía aristotélica, es la muralla jurídica de la libertad humana contra el legalismo administrativo-tecnocrático con el que el mundo moderno nos amenaza- y contra el falso remedio que el positivismo sociológico le pretende oponer. ¡Felices tiempos los del siglo XVIII «fisiócrata» en los que el monstruo frío de la racionalidad «tecnocrática» podía tomar la forma amable de una ideología natural originaria!» («Souveraineté et pouvoir, La structure de la philosophe politique moderne, d'Occam à Rousseau», *Cahiers de la Revue de Théologie et de Philosophie*, Diffusion Vrin, París, 1978).

<sup>17</sup> «Decir «cosas» con palabras y «casos» normas, es estar situado ya en el nivel de una pragmática. Vid. En este sentido: AUSTIN, J.L.; «Cómo hacer cosas con palabras», Barcelona, Paidós Ibérica, 1988, 2.ª edic.

detendré más que para llegar a nuestro nivel de investigación) distinguíamos conforme a la oposición metodológica clásica entre sentido y regla, esto es, sentido de la justicia por un lado y norma por otro, bajo la distinción primigenia nos mantendríamos en una irreductibilidad perenne entre lo «justo» (nivel de sentido puramente comprensivo, forma oral del discurso) y lo «legal» (nivel del concepto, puramente explicativo, formalidad textual a «modo» de lenguaje). La aplicación jurídica (*sic*) en esta irreductibilidad se hace inocua, pues, o bien nos mantenemos al nivel de lo justo impidiendo cualquier criterio de validez, de seguridad (como elemento coercitivo), o bien al nivel de lo legal, lo normativo en suma, bajo la forma predicativa de «todo o nada», perdiéndose definitivamente la «capacidad comprensiva» (valga la redundancia) como sujetos jurídicos activos y activamente pasivos.

6. No quisiera, ya digo, detenerme en este nivel de discurso; mi propósito, como ya avancé, es conferir (problematizar) una unidad epistemológica al debate judicial. La idea es la siguiente: si hemos sido capaces de entrever la necesidad, a efectos hermenéuticos, de conjugar en una dialéctica los dos momentos que constituyen la interpretación, el comprensivo y el explicativo; la necesidad, en consecuencia, de conferir una significatividad explicativa al acontecimiento del que se deriva cualquier conflicto social, en forma, al menos a este nivel, de textos; de articular dialécticamente, en suma, el sentido y la regla de justicia, creo que no será difícil mostrar como esta dialéctica puede ser manifestada al nivel de las instancias de justicia.

7. De esta forma, pretendo explicitar, con un cierto detalle, cómo a la hora de interpretar hermenéuticamente a efectos jurídicos no caben ni la univocidad comprensiva de una interpretación conforme a principios, tal y como propone Dworkin, ni la univocidad explicativa (argumentativa) sin tener en cuenta, al menos en algún estado de justificación de su inferencia, el elemento comprensivo (Alexy)<sup>18</sup>. Una hermenéutica jurídica, diré, es aquella capaz de conciliar en una dialéctica la comprensión completa de esta parcela de ser que llamamos lo jurídico. Sólo llevando el ser, que es previo (praxis) al discurso (discurso este, como veremos, con peculiaridades

---

<sup>18</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989; Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989).

afines a los textos, vgr., proceso judicial) (*ser jurídico*) podremos significar el caso concreto (conflictivo) (*aplicación jurídica*) bajo la tecnicidad comprensiva (dialéctica) (*téchne-práctica*), constituyendo toda una hermenéutica jurídica <sup>19</sup>.

Veamos pues, en primer lugar, el primer polo de la dialéctica para a continuación problematizar el segundo en una unidad epistemológica, aquella caracterizada por una dialéctica.

## II. DEL PRINCIPIO A LA REGLA

Lo dije al principio: la propuesta consistirá en conferir al discurso judicial una unidad epistemológica análoga a la dialéctica de la explicación y de la comprensión al nivel de los textos. Así, mientras que la comprensión quedaría emparejada con una interpretación conforme a principios (Dworkin), la explicación se hallaría vinculada a una argumentación jurídica como explicitación de un discurso práctico general (Alexy) <sup>20</sup>.

Tematicemos, pues, el primer momento de la dialéctica:

1. El punto de partida de una teoría de la interpretación según el modelo de los principios lo situaríamos en los llamados «casos difíciles» (*hard-cases*) <sup>21</sup>. Son supuestos de anomia, en donde no hay norma aplicable al caso. Al menos esta es la interpretación de Dworkin que no de la corriente positivista (Austin, Hart) a la cual precisamente Dworkin opone su teoría interpretativa. Si decimos, vendrá a decir, que en la aplicación judicial existen situaciones anómicas, es entonces necesaria la interpretación jurídica. Interpretación ésta desdeñada por la corriente positivista, para la cual las «lagunas jurídicas» quedan solventadas por procedimientos tipificados «ad hoc» en el propio ordenamiento jurídico <sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Vid. HANS-GEORG GADAMER, «El significado paradigmático de la Hermenéutica jurídica», en *Verdad y Método I*, Sígueme, 6.ª edic. 1996, pp. 396 ss.

<sup>20</sup> Vid. Nota 14.

<sup>21</sup> R. DWORKIN; «Los casos difíciles», en *Los derechos en serio*, op. cit. pp. 146-208.

<sup>22</sup> «El positivismo —argumenta— es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es el

De esta forma, y siempre bajo la perspectiva dworkiana, la teoría positivista del derecho recurriría a tres tipos de soluciones que evitarían en lo posible una heurística del juez conforme a principios no reconocidos jurídicamente. Estas soluciones ante «casos difíciles» estarían contenidas en alguno de estos tipos: en primer lugar (utilizando la terminología de Dworkin) en la apelación al «pedigree» de la norma, esto es, a la intención del legislador; en segundo lugar, el positivismo (al menos cierto tipo de positivismo) entiende que las disposiciones jurídicas son siempre unívocas, no hay equivocidad posible; y en tercer lugar, apelan a que en todo caso siempre cabe un poder discrecional del juez <sup>23</sup>.

Por tanto, tanto la remisión a la intención del legislador como a la univocidad significativa de la norma, como la llamada al poder discrecional del juez serán los argumentos propios de una corriente positivista ante situaciones de laguna jurídica. Será la refutación de estas tres tesis el contenido fundamental de una teoría de la interpretación: contenido que lo aleja, como veremos, de toda argumentación jurídico-práctica.

2. No nos sería difícil mostrar las incoherencias dadas por el positivismo desde nuestra perspectiva hermenéutica arriba indicada. No me detendré, sin embargo, en un análisis que excede nuestra problemática. Tan sólo dejaré anunciadas algunas notas: en primer lugar, decimos, el positivismo apela a la «intención del legislador» como medio para evitar la laguna interpretativa de la norma. Esta «llamada» al legislador imposibilita cualquier tarea hermenéutica. Desde el prisma positivista, el «legislador» se comportaría como un alocutor *intemporal*, lo que de suyo es absurdo porque el contexto que determina el sentido de su intención es puramente situacional. Si apelamos a la intención del legislador tenemos que apelar a un legislador concreto (me refiero a su presencia física), a un lugar y espacio concreto (al momento y lugar en el que elaboró y aprobó la norma) y a la intención subjetiva (entiéndase subjetiva en su acepción jurídica, no exclusiva-

---

derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones (o principios) que no son reglas» («¿Es el derecho un sistema de reglas?»; *Cuadernos de crítica*, n.º 5, 1975, p.18.

<sup>23</sup> Sobre las soluciones a los supuestos de anomia propuestos por la corriente positivista, vid. *Ibid.* pp. 10-11. Sobre las diferencias en el seno mismo del positivismo (en particular entre Austin y Hart) vid. pp. 17-18.

mente humana) de dicho legislador. El «pedigreé» de la norma representado en la figura del legislador impide su interpretación. E impide su interpretación porque el texto jurídico es primariamente texto, esto es, un compendio de acciones codificadas bajo una forma explicativa determinada (en este caso, bajo la formalidad a efectos de validez y eficacia jurídica) aplicable a su vez, por «mímesis explicativa»<sup>24</sup>, a una acción no codificada que actúa como presupuesto «lectivo-hermenéutico» de la interpretación de la norma. Al tratarse de un texto, esto es, al quedar fijadas «como tal» las intenciones legislativas, se desarrolla un tipo de «autonomía significativa» que impide el «dictado» de la significatividad intencional de tal o cual sujeto. Al no ser «dictado» (lo «dictado» viene determinado por el «dictador») sino «fijado» (y esta es la diferencia entre lo oral y lo escrito que decíamos antes), el sentido queda autónomo, siendo «potencialmente» (privativamente) aplicable (por su referencia abierta, no meramente situacional, consecuencia de su fijación como texto en su especialidad, en este caso, jurídica) a todo acto, «caso» que por su «dificultad» merece ser interpretado. Lo «fijado» en este caso remite al sentido de los «potenciales» intérpretes (y lo potencial designa equivocidad) actualizados conforme a la reglamentación (explicación) que delinea la precomprensión del hecho concreto<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> No ha de extrañar esta expresión: «Mímesis explicativa», pues desde el principio de la investigación he pretendido mostrar los paralelismos entre el texto y la acción. ¿No decíamos que el texto (y más en concreto, el texto jurídico, análogo en este sentido al literario) es una determinada formalidad que reviste la codificación de múltiples acciones? En este sentido (como no podía ser de otra manera, la expresión se la debemos a Aristóteles) es como queda configurado la raíz trágica del conflicto jurídico. Para éste, la tragedia es imitación de acción, entendiéndolo por acción una disposición en sistema (*systasis*, *synthesis*) de incidentes, de hechos, de naturaleza tal que puedan plegarse a la configuración narrativa (discursiva). Precisa: «Lo más importante de estos elementos (de la tragedia) es la disposición de los hechos en sistema; pues la tragedia es representación (*mímesis*) no de hombres sino de acción, de vida (*bion*) y de felicidad (la desgracia reside también en la acción) y el objetivo buscado (*telos*) es una acción (*praxis tis*), no una cualidad (*on poiótes*); ahora bien, los hombres tienen tal o cual cualidad en función de su carácter; pero es en función de sus acciones como son felices o infortunados» (Aristóteles, *Poética*, edic. trilingüe de Valentín GARCÍA YEBRA, Gredos, 1988; VI, 1450 a 15-19). (No sería difícil armonizar los predicados de acción «feliz» e «infortunada» a otros tipos de predicados jurídicos establecidos en la distancia de dicha «mímesis explicativa»).

<sup>25</sup> Véase el paralelismo entre este razonamiento y el que ofrece Ricoeur en «Interpretación y/o Argumentación», op. cit., p. 160.

3. En segundo lugar, decíamos, el positivismo remite al carácter unívoco de las disposiciones jurídicas. Ante esta pretensión de univocidad, nosotros diremos que el carácter fundamental del texto (texto jurídico) es el de la plurivocidad, consecuencia de la fijación. Un texto puede ser leído de diferentes formas, a distintos niveles, en diversos contextos, etc; pues no existe la voluntad significativa a priori que determine lo dicho como tal. Hay que tener en cuenta, asimismo, que un texto es siempre una disposición de acciones bajo una determinada forma, en el caso concreto del texto jurídico, bajo las formas de reglas de prescripción y de imputación; pues bien, esta ontología «práctica» que constituye la norma como texto, es originaria de un conflicto (el mismo que se le presenta al autor al pretender ordenar lo narrativo) en donde confluyen dos voluntades significativas opuestas. Éste, ya digo, es el presupuesto, su solución, la hermenéutica del texto con arreglo a la inmediatez interlocutiva del conflicto, o bien su desplazamiento a nuestro ámbito, la mediación del proceso judicial (texto como instancia judicial) como mecanismo interpretativo con sus reglas procesales propias, distantes, de la inmediatez ininteligible, por situacional, del conflicto violento/no violento, lícito/ilícito ... que mantienen las partes <sup>26</sup>. Esta clasificación, siempre equívoca, caracteriza tanto la estructura abierta del texto como la posición misma de las partes en un proceso, los turnos de intervención, igualdad probatoria... cuya «tutela judicial»... consistirá precisamente en posibilitar, hacer «efectivo» lo equívoco de la interpretación. ¿No es en definitiva, me pregunto, el proceso judicial la puesta en distancia, mediante su reglamentación «como tal», «de esta forma», con respecto a la violencia del habla (tal y como distinguimos en su momento) permitiendo la equivocidad argumentativa hasta el momento de una decisión en forma de «juicio veredictivo»? ¿Y este juicio veredictivo, con las formalidades propias de una escritura «como tal» (bajo la forma de «apelación», de «casación»), no es, a su vez (por una equivocidad que podríamos llamar de segundo grado) lo que permite ser recurrido?

4. Pero no será sino la tercera de las tesis que toma en cuenta la corriente positivista, la referencia al poder discrecional del juez, la que llamará nuestra atención hasta el final <sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Sobre la función hermenéutica del proceso judicial puede consultarse: Paul RICOEUR, «Lo justo entre lo legal y lo bueno» en *Amor y justicia*, op. cit. pp. 48-55; «El acto de juzgar» en *Lo justo*, op. cit. pp. 177-183; «La fonction hermétique de la distanciation», op. cit. pp. 111-12.

<sup>27</sup> Ésta será la tesis fundamental que guiará toda la contraargumentación dworkiana. Podemos leer al comienzo de «Los casos difíciles»: «En el positivis-

Este es el punto de arranque propiamente dicho de la teoría interpretativa de Dworkin. Parte, como dijimos, de la situación del «caso difícil». Dicha situación le permite poner en cuestión la «auto-suficiencia normativa» mediante la posibilidad, manifiesta por la corriente positivista, de un poder discrecional del juez. Dicho «poder discrecional» le servirá como punto de apoyo para problematizar dos presuntas contradicciones en el seno mismo del positivismo: bien que la discrecionalidad sea entendida como arbitraria y, por tanto, fuera de la ley; o bien, como suplantación de poderes por la que el juez se hace legislador promoviendo la inseguridad jurídica, consecuencia de la creación del derecho retroactivamente. ¿Cómo entonces, se pregunta, «justificar la idea de que siempre hay una respuesta válida sin caer sea en lo arbitrario, sea en la pretensión del juez de erigirse en legislador?»<sup>28</sup>.

Para salir de esta paradoja, común tanto a la interpretación en sentido estricto como a la interpretación hermenéutica, avanzaremos en un primer momento junto a Dworkin (asimilando su teoría de la interpretación con una hermenéutica, a pesar de que, como hemos dicho en repetidas ocasiones, la interpretación no es más que un polo de la circularidad dialéctica de una hermenéutica que engloba, de suyo, una argumentación, conforme al círculo paradigmático de la explicación y la comprensión), para, en un segundo momento, comprobar la insuficiencia de dicha teoría interpretativa con respecto a la hermenéutica, en la correcta aplicación de la norma jurídica. De esta forma dejamos resueltas dos cuestiones: en primer lugar, la falsa construcción positivista de la discrecionalidad judicial (esta crítica, decimos, será común todavía a una interpretación en sentido estricto y a una hermenéutica). En segundo lugar, la

---

mo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez —de acuerdo con esa teoría— tiene «discreción» para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. En los dos últimos capítulos sostuve que esa teoría de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada; en este capítulo he de presentar y defender una teoría mejor» (p. 160).

<sup>28</sup> Ibid. pp.146-47.

necesidad de incorporar a una interpretación en sentido estricto, tal y como la de Dworkin, una argumentación, como elemento común de una interpretación hermenéutica en sentido amplio.

5. Recobremos pues algunos de los recursos hermenéuticos aquí avanzados. Empecemos por una analogía que nos irá allanando el camino: dijimos en su momento que el texto (añadamos ahora: literario) nos permitía una disyunción, imperceptible en el habla. Mientras que en el habla el sentido de las palabras y la intención significativa del locutor coincidían, pues siempre podíamos ir a este último para preguntarle acerca del sentido de su intención, imposibilitando la interpretación hermenéutica del alocutor, en el texto, a diferencia del habla, el sentido se fijaba «como tal», independizándose de la intención del autor. Con el texto, consecuencia de la fijación, lo que primaba era su significación propia, su sentido se autonomizaba provocando la equívocidad, la plurivocidad hermenéutica propia del texto.

6. Algo parecido ocurre ahora con el texto jurídico. En éste, la disyunción (intencionalidad/sentido) viene determinada por el par: *sentido de la ley, instancia de decisión del significado de dicha ley*. Existe un paralelismo exacto al texto literario: mientras que el «sentido de la ley» remite analógicamente a la «significación inmanente en el texto», la «instancia de decisión» lo hace con respecto a la «intención del autor». Hasta aquí cabría una confluencia casi perfecta entre la crítica interpretativa que propone Dworkin y la teoría hermenéutica, al menos al nivel del «acontecimiento» («instancia de decisión»), según la distinción que mentábamos al principio entre acontecimiento y sentido, análoga a la distinción del habla y el texto. En efecto, tanto para Dworkin como para una hermenéutica, la «instancia de decisión del significado de una ley» (lado del acontecimiento), a falta de ley (significación inmanente), es común tanto al poder discrecional de un juez que actúa con arbitrariedad («sin sometimiento pleno a la ley y al derecho/ sin sometimiento a la significación inmanente») como a la función legislativa que no le es propia (intercambio arbitrario, bajo un juego de intropatías psicológicas, de los papeles de autor —legislador— y lector —intérprete judicial: el juez se hace autor, a efectos significativos, de su propia lectura)<sup>29</sup>. De este modo, en este nivel de «discrecionalidad judicial»

---

<sup>29</sup> Volvemos de nuevo al «monismo metodológico» característico de la distinción decimonónica: «Hay que comprender al autor y su obra mejor de lo que

(bajo la forma de «instancia de decisión») haríamos coincidir de nuevo lo racional con lo volitivo, lo significativo con lo intencional.

Bajo estas paradójicas conjunciones (que sin embargo no hemos dejado en ningún momento de tematizar: recuérdese que hablábamos del polo de la «comprensión», del «acontecimiento», de «noesis») por las que lo racional viene determinado a priori, sea por una voluntad o por una intención sin correlato noemático alguno, el sentido del sentido (sea éste la significación inmanente del texto o el sentido de la ley) está puesto, bien en la decisión arbitraria (en una voluntad racional a priori), bien en la suplantación de poderes, consecuencia del desplazamiento (tomo aquí la analogía textual) del significado inmanente del texto por la voluntad significativa a priori del «querer decir» («pedigreé») del autor (legislador), determinada, a su vez, por la conciencia (voluntad de razón) del propio lector. De esta forma, al hacerse el lector autor en un cortocircuito solipsista en el que la significación inmanente del texto se deja de lado, el lector (juez) determina a priori (demuestra) sin un correlato noemático (sin el sentido inmanente) cuál es el sentido de la ley. Esta derivación trascendente, consecuencia de la con-fusión de poderes (del plano judicial al legislativo; del lector al autor) conlleva, desde un plano lógico, la demostrabilidad a priori de aquello que sea lo jurídico. Volvemos de nuevo al cortocircuito solipsista/representativo (presente en Descartes y Kant) donde lo jurídico se determina jurídicamente, esto es, en el sentido de que el «sentido» de la ley está en el mismo «acto de creación» (unívoca), (en el mismo acto de voluntad divina, recogido ahora por la voluntad divina a semejanza unívoca de un «sujeto trascendental») del derecho por parte del juez.

7. Siguiendo con la referencia hermenéutica de los textos, diremos ahora: «si bien por el lado del *acontecimiento* del texto (lo que hemos dado en llamar «intención del autor/instancia de decisión judicial») podemos mantener un planteamiento común tanto de la interpretación de Dworkin como de nuestra hermenéutica en el doble intento de eliminar las «perversiones» discrecionales en la

---

él mismo lo habría podido hacer». La interpretación de las ciencias humanas expresadas vitalmente (objetivamente) en la intersubjetividad psicologista de las conciencias de autor y lector, hace dejación de cualquier modelo explicativo, cuyo lugar ontológico queda relegado a las ciencias de la naturaleza.

actuación judicial; desde el plano del *sentido* (lo que dimos en llamar significación inmanente del texto/sentido de la ley) se hace necesario la ruptura. Dicha ruptura vendrá determinada precisamente por la necesidad de incorporar a una interpretación en sentido estricto, una «argumentación» como elemento explicativo de dicha «interpretación».

8. Pero vayamos de momento por partes. Mantengámonos aún bajo el presupuesto de una interpretación en sentido estricto. Este presupuesto, decimos, es común tanto a Dworkin como a la Hermenéutica, al menos en un primer estado de esta última. Partamos, pues, de este elemento común. Pronto se verá la necesidad de sobrepasarlo. Nos preguntamos ahora: ¿en qué consiste interpretar? ¿No es acaso la interpretación la búsqueda del sentido de algo, en particular, la búsqueda del sentido del texto? Más explícitamente: si queremos interpretar, ¿no tendremos que «reconstruir el sentido del texto»? El texto, hemos dicho, posee una significatividad propia, inmanente que lo distingue del habla; pues bien, será esta significatividad propia del texto la que habremos de reconstruir si queremos interpretarlo, tomando como punto de referencia el primigenio «círculo hermenéutico» al que aludían Schleiermacher y Dilthey y que acopiará Ricoeur<sup>30</sup>. Sin ánimo exhaustivo, diré que para éstos existe una relación interpretativa o significativa entre el «todo» (*holos*) y la «parte» (*meros*) del texto<sup>31</sup>. El «todo» (la identidad narrativa) se

---

<sup>30</sup> El famoso «círculo hermenéutico» venía representado por la famosa proposición: «Toda comprensión de lo individual está condicionada por una comprensión de la totalidad». DILTHEY lo vio así en SCHLEIERMACHER: «La totalidad de una obra tiene que ser comprendida partiendo de las palabras y de sus combinaciones y, sin embargo, la comprensión plena del detalle presupone ya la comprensión del conjunto» (*El mundo histórico*, F.C.E; México, 1944, p. 335). Entre sus comentaristas destacan: MACEIRAS, M; op. cit. pp. 33 ss; NAVARRO CORDÓN, J.M; *Hermenéutica filosófica contemporánea*, Fundación Juan March, Boletín Informativo n.º 287, p. 6; vid. tb; RICOEUR: *Teoría de la interpretación: discurso y excedente de sentido* (Conclusiones, pp. 101-106).

<sup>31</sup> Lo cual, dicho sea de paso, es una «sublime» redundancia, al menos desde una teoría hermenéutica, como es la nuestra, que acoge como presupuesto ontológico la preconstitución ontológica común «hilemorfista» expresada analógicamente en las diversas categorías hermenéuticas. Hablamos, verbigracia, aquí de «explicación» y «comprensión» en su irreductibilidad dialéctica, porque ni las «partes» ni las «formas» son puras formalidades (ambas pertenecen a la noción común de ser como preconstituyente ontológico del «círculo

comprende en su «contexto» (entendido como el conjunto de partes) (aquello que permite darle forma), y viceversa. De esta forma, la significatividad propia del texto se comprende en su mismo contexto aplicando reglas explicativas que le confieren una determinada significación singular como texto. Esta reconstrucción del sentido del texto apela a *«relaciones de conveniencia, de justeza o de ajuste, entre la interpretación propuesta de un pasaje difícil y la interpretación del conjunto de la obra»*<sup>32</sup>. Por tanto, si decimos que interpretar un texto consiste en la reconstrucción de su sentido a partir de una «relación de conveniencia» que ajuste la parte con el todo, el acontecimiento particular con el sentido, la «comprensión» del hecho en la

---

hermenéutico»), pues las partes lo son (entiéndase estas por «campos ontológicos» que decíamos más arriba) del todo orgánico (el círculo), y la forma lo es de las partes materiales. De este modo, el resultado de dicha abstracción total es el todo universal (la significación inmanente en el texto, el sentido de la ley) que permite aprehender, mejor diría, «comprender» (la aprehensión de lo precomprensivo por lo comprensivo pasando por lo explicativo) la causa del ser natural (común) del ente, al hacer intervenir dichos aspectos materiales y formales en una estructura peculiar (las estructuras comprensivas de las que nos servimos a efectos hermenéuticos). El conocimiento obtenido es así universal, ya que dicha estructuración es similar en todos los individuos (en su acepción aristotélica) que pertenecen al mismo conjunto genérico. En este sentido es muy ilustrativa la clasificación que propone Tomás Calvo a nota a pie de página sobre las relaciones entre la parte y el todo en las categorías aristotélicas: «Aristóteles comienza señalando las dos cuestiones de que va a ocuparse: a) ¿el enunciado del todo ha de incluir el de las partes? Y b) ¿las partes son anteriores al todo? (1034b 20-22). La discusión de ambas cuestiones se entrecruza, de modo que la estructura del capítulo resulta: I) respecto de a) establece Aristóteles que «las partes materiales son partes del compuesto, pero no de la forma»: puesto que el enunciado lo es de la forma, aquéllas no han de ser incluidas en él (a no ser que se trate de enunciar el compuesto) (1034b 32-35b3); II) respecto de b) establece a continuación que «las partes de la forma son, todas o algunas, anteriores al compuesto»; *las partes materiales, a su vez, son posteriores a la forma, pero anteriores al compuesto en cierto sentido (como componentes suyos), si bien en cierto sentido son posteriores a él (pues su ser como tales depende del compuesto a que pertenecen); algunas partes del compuesto, en fin, son simultáneas a éste (aquellas en que primariamente reside la forma)*» (subrayado mío) (1035b3-31). III) Aristóteles retorna a (a) reafirmando que «las partes del enunciado son sólo las partes de la forma» (1035b31-36 a12). Por último,... (Aristóteles, *Metafísica*, trad. De Tomás CALVO; Gredos, Madrid, libro Z, 1034b20; nota 54).

<sup>32</sup> Vid. P. Ricoeur, *Interpretación y/o Argumentación* op. cit., p. 161.

explicación de la obra, la interpretación de un «caso difícil» en el argumento del texto, etc; ¿dónde podríamos tender este hilo de engarce comprensivo entre la interpretación del hecho particular (el «caso difícil») conforme a «principios» y el argumento de conjunto de la «obra judicial», como reconstrucción de sentido, bien de la parte, bien del todo? Será, como veremos, esta significatividad contextual/explicativa la que falle en Dworkin.

9. Hasta aquí he querido ir de la mano del propio Dworkin. Tomando el texto por el lado del acontecimiento, por su intención, las críticas de ambas propuestas coincidían, tanto con respecto a la arbitrariedad «decisionista» como con respecto a la suplantación de poderes. Pero es llegados al «sentido del texto» donde surgen las diferencias entre una y otra. El sentido del texto, decimos, se determina en el ajuste mutuo de la interpretación de un hecho y la interpretación del todo. Este ajuste es el equivalente exacto entre la interpretación del texto a través de su contexto: «todo texto es con-texto». Y, a su vez, el texto en su conjunto es (a un nivel jurídico-procesal) la «*historia de la empresa judicial*», cuya dimensión temporal, narrativa, se pretende establecer en el ajuste de los «precedentes» (lo ya juzgado) y la «perspectiva» (el perfil anticipado de la empresa jurídica considerada en su historicidad). Pues bien, la pregunta que marcará la ruptura será: «¿en qué contexto sería preciso ahora situarse para ver la interpretación del «ajuste» (fit) interpretativo de lo que Dworkin llama los «hechos de coherencia narrativa»?»<sup>33</sup>.

Será preciso —como bien señala Ricoeur— «salir del caso aislado y puntual de un juicio determinado, y situarse en la perspectiva de una historia de la «empresa judicial», donde quede significado la parte (el caso particular conforme a principios) teniendo siempre en cuenta la dimensión temporal de esta empresa». De este modo, el intérprete del derecho no inicia la cadena en un juicio determinado mediante principios *ad hoc*, al margen de la coherencia narrativa establecida por los precedentes (lo ya juzgado) sobre el que se incorpora el nuevo hecho a enjuiciar (la perspectiva presumible del conjunto jurídico en curso de elaboración). Uno y otro se interpretan

---

<sup>33</sup> Véase el paralelismo entre la interpretación de Ricoeur (Ibid. p. 161) y el argumento principal de Dworkin en «Is a law a system of rules?» in R. Dworkin, *The philosophy of law*, Oxford Univ. Press, 1977.

conjuntamente (la tradición y la innovación), eliminando cualquier acto de arbitrariedad judicial al margen del contexto jurisprudencial que establece el «todo» de la «empresa judicial». Este «ajuste», decimos, es el que falla en Dworkin; es decir, desplazándolo al ámbito textual: lo que Dworkin es incapaz de hacer es de clarificar el momento explicativo (argumentativo) de la comprensión (de los dos momentos que constituyen el todo de la empresa judicial: los precedentes y la perspectiva), esto es, el «ajuste» que permite comprender la totalidad del texto (la «empresa judicial») en su significatividad propia (de acuerdo a sus propias reglas explicativas, argumentativas, delimitadas por los precedentes y las perspectivas) mediante las referencias abiertas (los casos particulares, los juicios concretos) por ese mismo texto que es la historia narrativa judicial.

10. ¿Y por qué ocurre esto? Porque, en opinión de Ricoeur, «Dworkin está mucho menos interesado en la formalidad de los argumentos que en su sustancia moral y política (...). La univocidad es una característica de las reglas... Ella no conviene a los principios que, en último recurso son de naturaleza ético-jurídica... El derecho establecido, en tanto que sistema de reglas, no agota el derecho en cuanto empresa política». Y a continuación añade: «Estos principios, a diferencia de las reglas, no son identificados por su «pedigré» sino por su fuerza normativa propia... A diferencia de las reglas de segundo grado (de reconocimiento), su estatuto ético-político excluye la univocidad... Hay que interpretar cada vez...»<sup>34</sup>. De este modo, la flexibilidad de los principios que no se dejan subordinar a ningún modelo formal reglado («hay que interpretar cada vez», «todo es susceptible de ser más plausible, más probable, más persuasivo...», «lo importante está en la labor heurística del juez», «siempre cabrá interpretar tal caso en función de un nuevo principio *ad hoc*...»), entendiendo por tal reglamentación el hilo jurídico explicativo de lo «ya juzgado» donde se incorpora ahora, como parte de un relato que le precede (el relato de la «empresa judicial»), el nuevo hecho particular que se pretende interpretar conforme a «principios»; le permiten mantener, bajo la distinción irreductible, una «concepción general del derecho inseparable de una teoría política sustantiva» en la que el ámbito de lo comprensivo, de lo material, del acontecimiento, (en definitiva del situacionismo ético-político) determine comprensivamente qué sea lo jurídico, sin tener en

<sup>34</sup> Ibid. pp. 163-164.

cuenta la necesidad argumentativa de este hecho, caso, valor, principio, en el conjunto (constituido de reglas explicativas, sobre las que ya sí proceder a su interpretación conjunta, deslegitimando incluso aquello que no se adecúe al sentido material) que lo signifique. Será pues este «*interés*» (como primer momento de la dialéctica) el que lo aleja de una teoría formal de la argumentación jurídica.

### III. DE LA REGLA AL PRINCIPIO

Lo repito una vez más: nuestra pretensión consiste en conferir una unidad epistemológica al debate judicial sintetizando lo que generalmente se ha presentado como antinómico, a saber, una teoría de la interpretación que acoge como fundamento al «principio» y una teoría de la argumentación que toma como paradigma la «regla».

Hemos visto la primera parte de la dialéctica. Nos detuvimos justo en el momento en que observábamos las primeras incongruencias en la obra de Dworkin. Éste era incapaz de armonizar explicativamente el famoso círculo hermenéutico de la «parte» y el «todo», el caso particular y la asunción de la «práctica legal» en su desarrollo histórico, al evitar cualquier tipo de formalidad que escindiera el derecho de la ética y la política.

Nos quedamos entonces en la necesidad de conciliar una interpretación bajo los presupuestos explicativos de una argumentación (más en concreto, de una argumentación jurídica). La interpretación ha quedado ya tematizada; es momento ahora de tematizar la argumentación e intentar conjugarlas en una dialéctica.

Para ello, como dije, propongo como modelo la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. Mi intención únicamente consistirá en tomar este modelo como paradigma (Atienza habla de modelo *standard*)<sup>35</sup>, sin ánimo exhaustivo, de las diferentes teorías de la argumentación jurídica para problematizarlo (y pongo el acento en la cuestión metodológica) como miembro de la dialéctica. En conse-

---

<sup>35</sup> ATIENZA, M.: «Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica» en *Teorías de la argumentación jurídica* (Cuadernos y debates CEC; n.º 31) (1991) p. 235.

cuencia, apenas entraré en el contenido sustantivo de esta teoría, reteniendo únicamente, a efectos metódicos, los delineamientos fundamentales y las intenciones básicas de dicho autor.

Comenzaré con una breve sinopsis de su configuración discursiva, como «*discurso jurídico*», caso especial del «*discurso práctico normativo general*»<sup>36</sup>. En primer lugar su pretensión, en segundo, su argumento.

En cuanto a la primera, consistirá fundamentalmente en tratar de inscribir el pequeño círculo de la argumentación jurídica en el gran círculo de la argumentación práctico-general. Éste será el fundamento de justificación, el cual tematizaremos más adelante<sup>37</sup>. En cuanto al argumento, tratará de sustantivar la pretensión anterior en la descomposición de los conceptos que constituyen el fundamento de su pretensión. De esta forma, si el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general será porque efectivamente en el primero se discuten cuestiones prácticas, tiene una pretensión de rectitud (corrección) y queda a su vez delimitado bajo determinadas condiciones. Por ello, «*en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada posición es sin más racional, sino que pueda ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente*»<sup>38</sup>. Desde esta perspectiva, delimita un procedimiento bajo estos presupuestos: en primer lugar, por las reglas y formas del discurso práctico general (que constituirá el primer momento de nuestro acercamiento); en segundo lugar, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico, que sintéticamente expresan la sujeción a la ley, a los procedimientos judiciales y a la dogmática. A su vez, y por último, distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen igualmente dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico. Intentaremos por nuestra parte abrir un círculo dia-

---

<sup>36</sup> Dos referencias bibliográficas fundamentales para la explicación de este segundo modelo. En primer lugar el ya citado artículo de Ricoeur «Interpretación y/o Argumentación». En segundo lugar, *Teorías de la argumentación jurídica* de M. ATIENZA, en especial el capítulo VI: «Robert Alexy: La argumentación jurídica como discurso racional». (Me parece este último un buen paradigma al ser el propio autor traductor de la principal obra de Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica*; trad. DE ATIENZA e I. ESPEJO, CEC; Madrid, 1989).

<sup>37</sup> ATIENZA, M; op. cit. pp. 177-178.

<sup>38</sup> Ibid. p. 193.

léctico-hermenéutico en cada una de estas aproximaciones, conduciéndonos finalmente a la inserción hermenéutica en el aspecto más formal de la inferencia lógica: el silogismo jurídico.

Veamos brevemente cada uno de estos pasos:

1. En primer lugar, decíamos que la pretensión última de Alexy consiste en «*considerar al discurso jurídico, a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral*»<sup>39</sup>. De este modo, tendremos que precisar, aunque sea de forma somera, qué entendemos por «discurso práctico racional general». Preciado éste en su tratamiento hermenéutico, se verá la necesidad de acudir a la especificación propia del discurso jurídico. Ya aviso: para esta explicación, tal y como hace Alexy, debemos tomar en consideración la teoría del discurso práctico habermasiano.

2. Situémonos al nivel de los conceptos. Decimos: «*discurso práctico normativo*». La noción de «práctico» (en su versión substantivada (practico/práctica) designa un «lugar» (*topos*) de interacciones humanas (pragmática). Conlleva, de suyo, una «normatividad»: los «practicares» se dicen como «prácticas» bajo la formulación de un discurso. ¿Qué tipo de discurso? Aquel que se halla caracterizado por un cierto formalismo (el que la palabra «argumentación» sugiere) como elemento mediador de los otros dos conceptos: mediante el discurso de la acción (de los practicares), somos capaces de nominar a éstos, bajo una determinada acepción práctica. Así, verbigracia, decimos: «práctica jurídica», tanto al «practicar» el derecho «como» (discurso del...) juez, como (discurso del...) letrado, como (discurso del...) jurista, etc.

3. Dejemos de momento a un lado la noción de discurso y práctica (el discurso, decimos, es el elemento formal —argumentativo— que confiere a los practicares una acepción general). Centrémonos en el concepto de «normatividad». Éste guiará la explicación hasta el final. Designa, como ya avanzamos, una «pretensión de rectitud, de corrección o de delineamiento de los practicares puestos en un discurso». Esta «pretensión de rectitud» nos servirá como elemento común fundamentador de la posibilidad de inscribir el discurso jurídico dentro del gran círculo del discurso práctico general. Detengá-

---

<sup>39</sup> Ibid. p. 177.

monos, pues, en analizar qué entendemos por esta «pretensión de rectitud o corrección»: ¿No estaremos, me pregunto, ante un concepto análogo al de *universalidad*?

Para responder a esta cuestión hay que hacer valer los pasos que dijimos tomaríamos en consideración. Habrá entonces, tal y como hace Alexy, que acudir a la teoría del discurso práctico habermasiana, desplazándola después al ámbito jurídico. Diremos: «*la corrección es la pretensión que la inteligibilidad eleva, dado que admite el criterio de la comunicabilidad universalizable*»<sup>40</sup>. Esta afirmación tiene su apoyo en el mismo Habermas: «*Sólo puedo (...) atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que «pudiera» entrar en discusión conmigo «atribuyese» el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiera encontrar si mi vida fuera coextensiva con la historia del mundo humano). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de los demás*»<sup>41</sup>.

4. Será sobre este horizonte de «*consenso universal*» donde se sitúan las reglas formales de toda corrección. Decimos bien: «de toda corrección,» pues es en el discurso, como elemento mediador entre la forma verbal («acontecitiva») de la acción (practicares) y la forma verbal substantivada (la práctica...), donde rige el criterio de corrección, de universalidad, de dichas acciones particulares. Evitamos así caer en tres tipos de perversiones análogas a las sugeridas por una teoría interpretativa: por un lado, la de una lógica puramente formal, ajena a la corrección argumentativa; por otro lado, la intuición (intropatía) de aquellas teorías morales que determinan a priori cuál sea el objeto del conocimiento; por último, en un decisionismo arbitrario al margen de la contraargumentación propia de la argumentación correctora; poniendo, en los tres casos, al poder discrecional bajo una fuerte sospecha. Estas reglas correctoras constituirán pues la base de una *pragmática universal*, esto es, la base cuyo fundamento de «verdad» no viene determinada por la pretensión

<sup>40</sup> RICOEUR, *Interpretación...* op. cit. p. 165.

<sup>41</sup> J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. JIMÉNEZ), Cátedra, Madrid, 1989; p. 121.

semántica de contenidos proposicionales (a modo de *correcto* e *incorrecto*) sino «*en tanto que referida a los actos que se realizan al decir algo: afirmaciones, promesas, mandatos, etc;* o, dicho de otra manera, su teoría supone un paso desde el nivel locucionario al ilocucionario del lenguaje»<sup>42</sup>. Dicho paso del nivel locucionario al ilocucionario nos salva de las perversiones que citaba más arriba. Al poner, decíamos, la corrección en el discurso de la acción cabría siempre la posibilidad de democratizar (argumentar) (explicar; explicar-se) (frente al otro); cosa que no ha lugar, ni en la decisión, ni en la intuición, ni en la intención.

5. Incidamos un poco más en la noción de «corrección». Hemos dicho que este criterio implica una argumentación sobre prácticas tomando como criterio la universalidad. Hablábamos entonces de una «pragmática universal». El acento hay que ponerlo aquí, en la noción de «pragmática». Piénsese que si por un lado la universalidad establece el criterio de rectitud, por el otro, incorpora una predicación sobre la que se dice dicha universalidad: la *praxis*. Nos desvinculamos de nuevo del tipo de universalidad contenida en el primer imperativo categórico, pues con Habermas, el principio de universalidad se pone en juego en una situación dialógica de entrada (pragmática), mientras que en Kant permanece confinado en el monólogo interior<sup>43</sup>. El mismo Habermas modifica el imperativo categórico kantiano: «*Desde esta perspectiva, hay que volver a formular el imperativo categórico en el sentido propuesto: «En lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría al objeto de que quepa hacer la comprobación discursiva de su aspiración a la universalidad. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a los que todos de común acuerdo quieren reconocer como ley universal»*»<sup>44</sup>. Estas reglas de la «pragmática universal» establecen, pues, el criterio corrector que lo distingue del imperativo categórico: «Algunas, de ellas, rigen el ingreso en el discurso, digamos, al tomar la palabra: todos tienen

<sup>42</sup> ATIENZA; op. cit., p. 180.

<sup>43</sup> Recordemos la formulación más general del imperativo categórico: «Obra únicamente según la Máxima que hace que puedas querer al mismo tiempo que ella se convierta en ley universal» (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de GARCÍA MORENTE, Madrid, Espasa Calpe, 1983, 8.ª edic.)

<sup>44</sup> HABERMAS, op. cit., p. 88.

un igual derecho a intervenir, a nadie se le prohíbe tomar la palabra. Otras reglas acompañan todo el proceso de diálogo: cada uno debe aceptar la exigencia que se le hace de dar razones y, si es posible, el mejor argumento, o justificar el rechazo. Esta regla constituye la regla general de justificación. Otras reglas rigen el desenlace del discurso: cada uno debe aceptar las consecuencias de una decisión si las necesidades bien argumentadas de cada uno son satisfechas»<sup>45</sup>.

6. Llegamos aquí al nivel de una *mediación*. Recordemos que nuestro propósito consistía en articular una hermenéutica en los distintos niveles de desarrollo de un discurso cuyo punto final avocara a la inclusión de una interpretación conforme a principios en el plano más formal de la inferencia jurídica. Pues bien, en este nivel todavía meramente «práctico general» encontramos razones para vincular los conceptos de *interpretación* y *argumentación* en virtud del recurso que se hace de las nociones de *necesidad e interés*. Piénsese que lo que el argumento ofrece es un criterio de corrección en cuanto «universalidad de un consenso» (reglamentación de principios interpretativos comunes) establecido a partir de las interpretaciones de las partes conforme a principios de necesidad e interés. La apreciación (o, mejor dicho, la pre-comprensión de los principios), sólo es posible a la luz de un criterio explicativo, establecido en la noción misma de discurso bajo la formalidad reglada de una argumentación donde la estimaciones o pre-comprensiones de los principios soliciten, en aras de la aceptación común, el requisito explicativo de «una estimación compartida por comunidades de tamaño variable». El argumento es el mismo que en Rawls: Sabemos que en éste, a diferencia de otros contractualistas, no existe ningún hecho de razón a priori por asumir, «sino el recurso laborioso a la teoría de la decisión en un contexto de incertidumbre»<sup>46</sup> mediante una concepción puramente procedimental de la justicia. Dicha concepción procedimental es análoga «en regla» al «consenso universal». Ahora bien, lo que a mí me interesa destacar es que tanto en Alexy como en Rawls (se trate en el primero de «estimaciones» o «necesidades», en el segundo de «sentidos» o «convicciones»), lo más que pueden llegar a hacer ambos, es formalizar un sentido (una estimación, unos principios) que se presupone continuamente. Quizá resulte más

<sup>45</sup> RICOEUR, *Interpretación...* op. cit., p. 166.

<sup>46</sup> RICOEUR, *Soi même...* op. cit., p. 274 in fine.

claro el argumento en Rawls: «el «argumento» —leemos en Ricoeur— sobre el que se apoya su concepción procedimental (reglada) se basa en una pre-comprensión de lo que significa lo justo y lo injusto, que permite definir e interpretar los dos principios de justicia antes de que fueran escogidos en la situación original bajo el velo de la ignorancia <sup>47</sup>. En este sentido, habla de «equilibrio reflexivo» entre la teoría y nuestras «convicciones bien sopesadas» <sup>48</sup>. A continuación cita dos ejemplos: «Hay, sin embargo, otro aspecto para justificar una descripción particular de la posición original. Ésta consiste en ver si los principios que podrían ser elegidos corresponden a las «convicciones» que tenemos de la justicia o las amplían de un modo aceptable» <sup>49</sup>. Y un poco más adelante: «Podemos, entonces, comprobar la validez de una interpretación de la situación inicial según la capacidad de sus principios para acomodarse a nuestras más firmes convicciones y para proporcionar orientación allí donde sea necesario» <sup>50</sup>. Lo que en estos ejemplos parece evidente es que los argumentos teóricos desempeñan la misma función de comprobación que Kant asigna a la regla de universalidad de las máximas, con la diferencia que ya mentamos más arriba: tanto en Alexy como en Rawls saltamos al ámbito de una pragmática donde el presupuesto ontológico a teorizar viene determinado por la inter-acción (en sus diferentes manifestaciones: lingüísticas, prácticas, éticas, políticas, jurídicas...) que proporcionan la base sobre la que la «argumentación» (explicación) cumple la única función de «racionalizar progresivamente» (textualizar) unas convicciones (precomprensiones/dialogos/inter-acciones/principios), cuando éstas son afectadas o debilitadas por dudas. Esta racionalización consistirá, pues, (al igual que decíamos con Dworkin) en un proceso complejo de «ajuste» entre la convicción y la teoría.

7. De este modo, podemos concluir este primer nivel del discurso diciendo: en la medida en que nos encontramos de entrada en el plano de la comunicabilidad, intereses y necesidades acceden a la discusión reglada en términos de comprensión compartida. «*La*

<sup>47</sup> RICOEUR, *Ibid*; op. cit., p. 275.

<sup>48</sup> RICOEUR, *Ibid*; op. cit., p. 275; nota 1.

<sup>49</sup> RAWLS, J; *Teoría de la justicia*; trad de María Dolores GONZÁLEZ, FCE, 1978, p. 37.

<sup>50</sup> *Ibid*; p. 38.

*normatividad formal no se da sin la normatividad presunta por la cual una posición particular se anuncia como discutible, es decir, en el sentido propiamente dicho, como plausible»*<sup>51</sup>. Las reglas constitutivas del discurso práctico racional en general «postulan» la noción de situación ideal de un discurso en cuyo interior los protagonistas mantienen una pretensión para la rectitud de su propio discurso.

Las analogías se hacen evidentes: estas reglas constitutivas del discurso práctico racional (la forma explicativa que, decíamos, constituye el texto como un todo; la «conciencia narrativa» de la «empresa judicial» que delimita el caso particular en su contexto) «postulan» (delimitan epistemológicamente) la noción de situación ideal de un «discurso» (evitando, en consecuencia, caer en una pura formalidad reglada al margen de las prácticas temporales que la misma noción de discurso requiere) en cuyo interior los protagonistas (jueces, legisladores y demás partícipes de la trama, incluidos los lectores) mantienen una pretensión (una pre-legitimación, una pre-comprensión conforme a principios, una interpretación) para la rectitud (para la validez, para la seguridad (jurídica), para la explicación) de su propio discurso, de su comprensibilidad, de su legitimidad (hermenéutica).

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

1. Nos preguntaremos en primer lugar por el lugar (*topos*) del discurso jurídico. La cuestión es importante, no tanto por cuáles sean los lugares específicos del discurso jurídico sino por si estos lugares comparten rasgos atributivos comunes al lugar por excelencia del discurso práctico general. Si es así, podremos decir que el discurso jurídico es efectivamente un discurso normativo de tipo específico. ¿Y cuál es, decíamos, el lugar por excelencia de esta forma general

<sup>51</sup> RICOEUR, *Interpretación...* op. cit., p. 167.

del discurso normativo? Aquel, contestábamos, constituido por un consenso entrecruzado en donde el argumento venía determinado por la pretensión de corrección, de universalidad, de los principios alegados por las partes. Se trataría, pues, de saber ahora si los tipos de procedimientos jurídicos que Alexy añade al discurso práctico general: el lugar de la creación estatal de las normas jurídicas, el de la argumentación jurídica o discurso jurídico en sentido estricto y el discurso judicial, comparten este rasgo común de corrección <sup>52</sup>.

2. Tomemos como paradigma la «instancia judicial» (recuerdo que nuestra pretensión última era conferir una unidad epistemológica al debate judicial). Ricoeur empieza enumerando algunas de las «constricciones» de esta peculiaridad de discurso jurídico, susceptible de abrir un *abismo* entre el discurso práctico en general y el discurso judicial. Las cito brevemente: «Ante todo, la discusión se desarrolla en un recinto institucional propio (tribunales y cortes). En este marco, no todas las cuestiones están abiertas al debate, sino sólo aquellas que se insertan en el marco codificado del proceso. En el proceso mismo, los papeles están innegablemente distribuidos (el acusado no está presente de un modo voluntario: está *convocado*). Además, la deliberación se somete a reglas procesales codificadas. Añadamos también que la deliberación tiene lugar en un tiempo límite, a diferencia de la dogmática jurídica y, hasta cierto punto, de las deliberaciones de la instancia judicial. En fin, la discusión ante la instancia judicial no se termina con un acuerdo e incluso no busca, al menos en una primera aproximación, el acuerdo; juzgar consiste en zanjar una cuestión y, por ende, en separar las partes, en instituir, como se ha subrayado en otro momento, una justa distancia entre ellas. En fin, no podemos perder de vista la obligación legal de juzgar que pesa sobre el juez» <sup>53</sup>.

3. A pesar de estas fuertes constricciones que, como vemos, lleva aparejada la apertura de un proceso judicial, no podemos decir que se produzca un «abismo» entre este tipo de discurso específico y el discurso práctico general. Y ¿por qué no se produce dicho abismo? Por la «pretensión de rectitud» que, decíamos, conlleva todo discurso normativo. El acento, ya dijimos, hay que ponerlo en la «normativi-

---

<sup>52</sup> ATIENZA, op. cit., p. 192.

<sup>53</sup> Paul RICOEUR, «Interpretación», op. cit., p. 168.

que da inicio al fallo de las sentencias: «*debemos condenar y condenamos...*». Dicho enunciado performativo (volvemos a la «pragmática»), en virtud del cual el simple hecho de la enunciación equivale a realizar lo mismo que se enuncia, conlleva, de nuevo, la superación del cortocircuito excesivamente formal del imperativo categórico en un tipo de máxima que ya es acto eficaz y ejecutivo (ilocutivo/perlocutivo). Este elemento pragmático viene consolidado, a efectos «racionales», «correctivos», en la expresión «*deber de condenar*», en su doble acepción: como criterio racional de todo discurso práctico general (en este nivel se «desarrolla» el discurso procesal) y como criterio específico (éste será el que veremos a continuación: momento del «silogismo jurídico») de un discurso racional jurídico que «debe» poner fin al debate interpretativo, en la «pretensión de corrección», de reglamentación, de enderezamiento, del desequilibrio originador del conflicto, de acuerdo con las reglas propias del discurso judicial. Estas reglas propias del discurso judicial que fundamentan, que «motivan» el fallo o la decisión judicial, deben ser conocidas por todos, pues es precisamente en este «espacio reglado desarrollado discursivamente» donde encuentran sentido, «coherencia», los principios alegados por las partes, las equivocidades interpretativas conforme a «principios», donde siempre cabe añadir un «más»: «mi argumentación es más justa, más plausible, más persuasiva...»; donde, en definitiva, se ofrece un espacio reglado a la equivocidad jurídica en forma de interpretaciones distintas conforme a principios contrarios. Esta nueva comprensión hermenéutica en el desarrollo mismo del proceso entre los principios y las reglas (los primeros sólo tienen sentido en un marco delimitado por reglas; las segundas sólo permiten explicar los primeros) termina con un juicio que, por el especial carácter coercitivo de lo jurídico, pone fin a un debate que, si fuese establecido únicamente conforme a principios, se haría interminable. Será precisamente la mediación hermenéutica en esta fase final del proceso judicial, aquella caracterizada por la *justificación de la «decisión judicial»*, la que constituya el último paso en donde haremos convenir el principio y la regla, la interpretación y la argumentación, como modelo hermenéutico de aplicación judicial.

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

dad», como elemento explicativo, de «rectitud» de toda acción bajo una forma discursiva, cualquiera que ésta sea. Sería conveniente remitirnos de nuevo a la categoría propia que conlleva la textualidad con respecto al habla. Dijimos en su momento que el «proceso judicial» podía ser perfectamente equiparado a un texto como «instancia judicial». Dicha distanciamiento que producía el texto, consecuencia de su fijación «como tal», le distinguía de la violencia conflictiva de la oralidad, manifestada en nuestro caso por el desacuerdo previo al proceso. Este conflicto «prejudicial» (entiéndase como pre-reglado) constituía el momento de la violencia, al confluir la razón o el motivo de cada uno de los contratantes con su voluntad. «La voluntad determina a priori la razón». «El «poder ser...» que subyace en la expresión «derecho subjetivo» se pervierte en favor de un «poder sobre...». Con el texto, decimos ahora, media una distancia que permite un nuevo tipo de equívocidad con respecto al habla. Esta nueva equívocidad reglada conforme a múltiples normas procesales permite restablecer el desequilibrio originado en la mera situación dialogal. Pues bien, será precisamente esta corrección, consecuencia de la distancia y fijación de los pasos procesales, lo que autorice una verdadera interpretación de los litigantes de acuerdo con el objeto procesal. La función, pues, de esta mediación hermenéutica que supone el texto como instancia judicial (proceso judicial) consiste en restablecer una justa distancia para lo cual se hacen necesarias estas constricciones implícitas en la expresión «como tal» (como «modo» de discurso específico) que garanticen la «pretensión de corrección», de equilibrio, de la igualdad de las partes (sus respectivos derechos subjetivos). Y no sólo al final, con una sentencia al menos motivada, sino también durante el desarrollo del mismo. De esta forma es en la que habría que entender que las constricciones del discurso procesal quedan siempre delimitadas bajo una pretensión de corrección<sup>54</sup>.

4. Una pretensión de corrección, entiéndase bien, en el sentido de que puede ser siempre fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente mediante las reglas y formas (análogas al discurso práctico general en cuanto a su formalidad) específicas (en cuanto a su contenido) del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática jurídica. Es muy ilustrativa en este sentido la expresión

<sup>54</sup> Ibid. p. 169.

1. Como sabemos, Alexy distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa. La primera concierne a la «coherencia lógica entre las premisas y la conclusión: caracteriza pues el argumento como inferencia»<sup>55</sup>. La segunda hace hincapié en los modos de justificación de las mismas. Estas últimas pueden ser de tres tipos: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y reformulaciones de normas, para cuya fundamentación hay que acudir a la argumentación jurídica; en concreto, a las formas y reglas de justificación externa. Distingue seis grupos de reglas y formas de justificación externa, según que las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos<sup>56</sup>.

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

3. ¿Cómo caracterizar, pues, la argumentación como inferencia? Distinguiremos, de entrada, dos formas de justificación interna. La

---

<sup>55</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 194.

<sup>56</sup> *Ibid.* p. 195-96.

primera, a la que Alexy llama «*simple*», pretende satisfacer estas dos primeras reglas de fundamentación interna: la apelación a una norma universal como criterio de fundamentación de una decisión jurídica; la necesidad lógica, junto a otras proposiciones, de justificar la decisión jurídica conforme a una ley universal. La segunda expresa una forma más «*general*» de justificación interna, estableciendo diversos pasos de desarrollo, de tal manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible. Podría expresarse mediante las siguientes reglas adicionales: a) Siempre que exista duda sobre si «a» es un «T» o un «M» hay que acudir a una regla que decida la cuestión. b) Son necesarios los pasos de desarrollo que permiten formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea discutible. c) Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo <sup>57</sup>.

4. Quedémonos en la distinción entre una y otra forma de expresión de esta justificación interna. La diferencia es importante. Piénsese, como parece tener en cuenta el propio Alexy, que en algunos casos, la «*simple*» justificación interna de subsunción de un caso a una regla no resulta suficiente <sup>58</sup>. Se necesita entonces de un segundo tipo de justificación «*mas general*», en la mediación de diversos pasos de desarrollo configurados bajo una regla de universalidad que permita dilucidar si un caso «a» es un «M» o un «L», para lo cual se hace necesario una interpretación fáctica. Llegamos al nivel de una nueva y última *mediación*. No se trata aquí, como bien señala Ricoeur, únicamente de la subsunción de un caso a una regla (cosa que por otra parte admitiría Alexy: tal es el fundamento de la inclusión de la forma «*general*»), sino que debe además satisfacer el «*reconocimiento de carácter apropiado*» <sup>59</sup> de la aplicación de tal norma a tales casos. La aplicación de una regla requiere de un proceso de «ajuste» (similar al que proponía Dworkin) entre una interpretación fáctica y jurídica. El razonamiento es evidente: si surge la necesidad de incorporar a la forma simple de subsunción una forma más general es porque la norma jurídica puede flexibilizarse conforme a la flexibilidad implícita que conlleva el hecho. Ambos deberán interpretarse conjuntamente. ¿Conforme a qué criterio? Lo veremos más adelante. Lo que es importante destacar

<sup>57</sup> Ibid. p. 194.

<sup>58</sup> Vid. Nota anterior, en concreto: la forma general de justificación interna.

<sup>59</sup> RICOEUR, «Interpretación...»; op. cit., p. 170.

ahora es que dicha flexibilidad conjunta viene provocada de nuevo por el «carácter narrativo» de todo hecho que se pretende calificar jurídicamente. Piénsese que tal caso «a» (que se pretende calificar jurídicamente) es la historia de un caso «a» contextualizado en la situación «b», «c»,...; que adquiere la condición de «â». Dicha condición lo acerca a la «conciencia narrativa» que subyace en todo hecho desarrollado en el tiempo. Una temporalidad, además, intensiva, en un continuo espacio-temporal. De este modo, este nuevo «â» desarrolla un tipo de equivocidad narrativa (la equivocidad potencial de ser efectivamente conformado, narrado de acuerdo a un «encadenamiento factual») que imposibilita la univocidad reglada (que tanto quebraderos provocaba a Dworkin) conforme al aspecto simple de inferencia (volvemos a Dworkin: «de demostrabilidad»); necesitando, en consecuencia, de una interpretación jurídica donde acomodar dicho encadenamiento factual a este nuevo encadenamiento jurídico. Este es el fundamento (a efectos «técnicos») de la flexibilidad jurídica mediante normas. Pero, y esto es lo fundamental, el fundamento verdaderamente común que permite la adecuación de ambas interpretaciones es la *praxis* que constituye ontológicamente, tanto el discurso narrativo factual como el jurídico. Esta noción de *praxis* hace estéril la huería oposición decimonónica y todos los monismos metodológicos análogos que distinguen campos ontológicos y modelos epistemológicos distintos. El discurso jurídico es la formalización, la necesidad, la explicación, la argumentación (todos estos son análogos al concepto de discurso) de acciones (pre-comprensiones, principios, valores) codificadas (inteligibles, comprensibles) de una determinada forma (la constrictión específica de un tipo de discurso coactivo); similar al cualquier otro tipo de discurso (verbigracia, el que hemos dado en llamar «discurso narrativo factual»), con las únicas diferencias en orden a las peculiaridades constrictivas (a efectos únicamente de especificación explicativa) que cada tipo pueda conllevar. De esta forma, si por «principio» Dworkin entendía esta «compreensión mutua», no habría nada que alegar en contra de él; el «principio» en efecto, participa tanto de la naturaleza factual, axiológica como de la naturaleza jurídica; ésta última le confiere los elementos necesarios para ser alegados, invocados y, finalmente, motivados. No hay que olvidar que la «naturaleza jurídica» es la naturaleza (explicativa) especificada en un discurso jurídico, sobre el que se puede invocar (comprensivamente) incluso su derogación (por ilegal o ilegítima). Por tanto, tan absurdo sería invocar lo «explicativo» como «comprensivo»

(confundiendo conceptos como «validez y legitimidad jurídica»: «lo legal es legítimo») como lo «comprensivo» sin lo «explicativo» (lo «legítimo es lo legítimo»).

5. Dworkin fue incapaz de establecer el «ajuste» mutuo entre principios y normas; esos sus «principios» no difieren en nada de la univocidad reglada (que él tanto criticaba); pues tanto unos como otros (principios y reglas) determinarían: bien los primeros, el imperio de la «facticidad» (tan «fáctico» es un valor como un enfrentamiento: «praxis no codificada»); los segundos, el imperio transcendental por el que lo unívoco de la regla determine a priori qué sea el «ser fáctico» y sus predicaciones (el «ser justo», «equitativo»; «codificación sin praxis»). Únicamente partiendo del criterio narrativo de todo hecho (caso, juicio, norma... todos ellos se desarrollan en el tiempo) cabría la posibilidad «comprehensiva» de interpretar ambos conjuntamente tal y como el desplazamiento del silogismo jurídico (de la fase simple a la general) nos da a entender: «aún no hemos terminado de desenredar con certeza los hilos de la historia personal del acusado, y «tal forma» de leer el encadenamiento sitúa el caso considerado bajo tal regla. Decir que «a» es un caso particular de «D» es tener decidido que el silogismo jurídico vale para él»<sup>60</sup>. El criterio de «universalidad» al que apela la regla de encadenamiento sólo sirve como elemento corrector del ajuste mutuo entre la interpretación propiamente fáctica y la jurídica. Y este criterio de universalización como «tercer término» que pone fin a la flexibilidad de la calificación, consecuencia de la flexibilización del hecho, cumple una función similar a la que decíamos cumplían las reglas procesales en el desarrollo del mismo, conforme a la discordancia entre las partes. Si acudimos al criterio de universalización es porque el silogismo jurídico, en su especificidad, conlleva una problematicidad que lo distingue del simplemente práctico: mientras que el segundo procede por común analogía conforme a una regla universal (decimos que «practicar» el derecho «como» abogado, juez o jurista, cae bajo la nominación de la «práctica jurídica» conforme a un discurso reglado), en el caso del primero, la subsunción simple (sea ésta por inducción o por deducción) no sirve más que como criterio universal, ampliado en unas reglas de desarrollo que permiten ajustar más la condición narrativa de

---

<sup>60</sup> Ibid; p. 170.

«dicho ser» en la condición de posibilidad de «esta» calificación jurídica <sup>61</sup>.

6. Lo «universal» en consecuencia, como criterio de nominación necesaria («a es ser-a», «b es ser-b»...), debe, digámoslo así, «descomponerse» en grados que determinen el ajuste del «todo» de la regla (universalidad) y de la «nada» de la práctica («ontopraxis», dice Alexy) o, si se prefiere, del «todo» del «principio» y de la «nada» de la regla (Dworkin). De esta forma, la «singularidad del caso» entendida como la «identidad narrativa» susceptible de una interpretación hermenéutica (tal y como mencionábamos en otro momento al hablar del «círculo hermenéutico» en el romanticismo) debe «comprenderse» gradualmente en los distintos niveles predicativos (que van del sentido inmanente de lo bueno/malo a grados de complejidad técnica, deónticos, infinitamente superiores) en el ajus-

---

<sup>61</sup> Lo que pretendo mediante este argumento es conjugar hermenéuticamente (en lo que sea posible) el modo de «predicación esencial» aristotélico del modo de predicación de la lógica moderna. Con la predicación esencial se cumplen todos los principios lógicos primitivos: 1) Principio de Identidad (A es) sin el que no es posible ni el decir ni el ser. 2) Principio de no contradicción (no es «A y no A») sin referencia al tiempo. Con la aparición de la lógica moderna (en donde se enmarca «lo jurídico») apenas se pueden distinguir ambos principios: la posición del ser idéntico es, en realidad, hipotética: «si A, entonces A». ¿Por qué ocurre esto? Ya hicimos una breve referencia en la nota 2. En todo caso (cito a León Florido, «Los futuros contingentes: Peri Hermeneias IX 18 a 28-19b 4» en *Cuadernos de Hermenéutica* 1; Separata de *A parte rei*, revista de Filosofía, pp. 19 ss) se debe a la peculiar génesis ontológica de la noción de ser a partir del medievo, cuando el ser se duplica en un ser eminente, Dios, y un ser común, la criatura. La única auténtica unidad *per se* sería la unidad divina, pero por ser ésta eminente queda fuera de las posibilidades del conocer lógico humano, que se funda sobre el ser común como primer inteligible. Sin embargo, el ser común no se pone por sí mismo, sino que ha de ser puesto por un acto creador (el acto de derecho, añadiría yo) (efectivo o, al menos posible) de Dios. A partir de esta posición hipotética de la identidad del ser, la lógica moderna tendió a olvidar los orígenes teológicos de su doctrina del principio de identidad» (conjugar entonces una interpretación fáctica que dice el «ser real» en una interpretación jurídica bajo la forma explicativa de una argumentación jurídica manteniéndose en todo caso la relación «tensional» entre una y otra, el «caso» considerado como «cosa en sí», la «norma aplicable» como referente explicativo último, y la función del juez/interprete como «reglamento» de «cosa en sí» bajo una formalidad explicativa, pretende ser la apuesta hermenéutica de conciliación de ambas tradiciones).

te mutuo entre dicha interpretación fáctica y jurídica. De ahí entonces que en opinión de Ricoeur «*la interpretación se haya convertido en el «organon» de la inferencia»*<sup>62</sup>.

7. Si nos preguntamos ahora: ¿bajo que regla situar tal caso?, no nos queda más remedio que responder que la universalización no vale entonces más que como regla para el control del proceso de ajuste mutuo entre la norma interpretada y el hecho interpretado. En este sentido, la interpretación no es exterior a la argumentación: constituye su «organon», la «cosa en sí» en su relación intencional con la conciencia «constituyente». Sólo así somos capaces de eliminar (al menos en distintos grados) el «reducto teológico» de la aplicación judicial. De esta forma concluiríamos, con Ricoeur, en que «*la interpretación (a este nivel de la decisión judicial) está incorporada a la justificación desde el nivel de lo que Alexy llama justificación interna donde sólo está en juego la coherencia lógica de la inferencia»*<sup>63</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

¿Cómo concluir un debate que no tiene principio ni fin y que no ha hecho más que comenzar? ¿Cómo caer en la tentación, desde una Hermenéutica, de apostar por unas líneas metodológicas (¡así, como de forma absoluta!) de aquello que deba ser una unidad epistemológica a la hora de interpretar y aplicar correctamente el derecho? Quizá el objetivo fue excesivamente pretencioso al intentar conferir una unidad epistemológica cuando no cabe hablar más que de unidad del ser, en este caso, práctico, dicho epistemológicamente (si se me admite en este contexto la expresión) en las distintas formas análogas de preguntarse por ese ser común práctico. ¿Cómo, pues, conferir una cierta unidad a lo que de suyo es dispersión en cuanto al modo de preguntar, por analogía común a ese fondo de ser que decimos práctico? Quizá únicamente convenga decir que, si puede mentarse una unidad epistemológica en los modos de aplicación judicial, ésta no puede resultar de un monismo metodológico, sea interpretativo o argumentativo, sin olvidar el fundamento ontológico que le da sentido: la *praxis*. Una hermenéutica jurídica, diré, supone una relación

---

<sup>62</sup> RICOEUR, «Interpretación...»; op. cit., p. 171.

<sup>63</sup> Ibid; p. 171.

transcendental (atravesada) entre el «ser» y el «decir», entre el «practicar» verbal y la «práctica» substantivada, dicha, específicamente, en las diversas analogías de un discurso jurídico. Sólo de esta manera evitamos caer en el monismo metodológico actual por oposición de epistemologías (momento «conceptual» del conflicto y la violencia) que olvida la unidad preconstituitiva ontológica común, (en sus diversas manifestaciones: materia/forma; *dynamis/enérgeia*; «*demos/crácia*»; sujeto/objeto...), la única que permite dar sentido (como comprensión y explicación, como interpretación y argumentación, como principio y como regla...) a las distintas formas de decirse el ser, en nuestro caso, el ser práctico-jurídico.

Sólo así, digo, podremos quebrar la distinción huera que opone campos y modelos distintos: desde la primigenia explicación/comprensión con la que comenzábamos (análoga a otras: acontecimiento/sentido, sentido/referencia, causa/motivo, habla/texto; o, desplazándonos al ámbito jurídico, justicia/ley, legitimidad/validez, interpretación/argumentación...), pasando por el modelo de los textos como conjunción significativa de lo inmanente y de lo referente; de ésta al texto jurídico en análoga distinción: sentido de la ley/instancia de decisión, como medio para deslegitimar aquellas «grandes» perversiones discrecionales en la aplicación judicial: la arbitrariedad y la «demostrabilidad»; centrándonos poco después en la pura significación inmanente (el sentido del sentido que decíamos) como medio de distinción entre una interpretación simple que no permite el ajuste de los principios en un argumento que le precede y del cual forma parte; para, a continuación, desarrollar el camino inverso en donde se vea la necesidad de incorporar a una argumentación pura, conforme a «reglas», una interpretación conforme a «principios», como referente ontológico dinámico o material en los tres niveles de discurso que propone Alexy: en el discurso práctico general, en el discurso propiamente jurídico en su fase de desarrollo, y en el momento de deliberación de la decisión jurídica.

Estas formas conjuntas de interpretar en sentido amplio, sin tener en cuenta el nivel de discurso sobre los que nos interroguemos y el hecho práctico que medie de referencia, me impiden apostar por una respuesta absoluta acerca de la interpretación judicial. Tan sólo diré, y sin que sirva de precedente, que todas estas formas análogas a las que hemos hincado el diente de la interpretación se podrían resumir en aquella máxima ricoeuriana que dice: «*Explicar más es comprender mejor*».